



**El Ministerio Fiscal y la Responsabilidad Penal de los Menores**  
**(Aplicación práctica del Principio de Oportunidad en la fase instructora)**

**TESIS DOCTORAL**

Doctorando:

Carlos Vicente Escorihuela Gallén

Codirigida por:

Dra. María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática De Derecho Penal Universitat Jaume I

Dr. Antonio Fernández Hernández

Profesor Contratado Doctor Universitat Jaume I

Septiembre, 2015



## ÍNDICE

<b><u>AGRADECIMIENTOS</u></b> .....	<b><u>7</u></b>
<b><u>ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS</u></b> .....	<b><u>9</u></b>

<b><u>INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO</u></b> .....	<b><u>11</u></b>
---	------------------

### **CAPÍTULO I**

#### **CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ...21**

1. CUESTIONES PREVIAS .....	21
2. ELEMENTOS CONFIGURADORES .....	29
3. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD FRENTE A OTRAS INSTITUCIONES ANÁLOGAS.....	31
4. PRINCIPIOS CON LOS QUE PUGNA Y FORMAS DE APARICIÓN.....	36
4.1. Principio de oportunidad vs. principio de legalidad.....	37
4.2. Principio de oportunidad vs. seguridad jurídica.....	40
4.3. Principio de oportunidad vs. principio de intervención mínima.....	42
4.4. Principio de oportunidad vs. principio de contradicción e igualdad .....	45
4.5. Formas de aparición del principio de oportunidad.....	47
5. CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	53

## **CAPÍTULO II**

### **ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES ..... 55**

1. CONSIDERACIONES GENERALES ..... 55
2. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES..... 57

## **CAPÍTULO III**

### **REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO ..... 63**

1. INTRODUCCIÓN ..... 63
2. DERECHO ALEMÁN..... 64
  - 2.1. Análisis del sistema alemán..... 64
  - 2.2. Procedimiento penal ..... 67
  - 2.3. Medidas a adoptar..... 70
  - 2.4. Manifestaciones del principio de oportunidad penal ..... 71
3. DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA ..... 76
  - 3.1. Análisis del sistema norteamericano ..... 76
  - 3.2. Procedimiento penal ..... 77
  - 3.3. Medidas a adoptar..... 81
  - 3.4. Manifestaciones del principio de oportunidad penal ..... 83
4. DERECHO FRANCÉS ..... 87
  - 4.1. Análisis del sistema francés..... 87
  - 4.2. Procedimiento penal ..... 90
  - 4.3. Medidas a adoptar..... 92

4.4.	Manifestaciones del principio de oportunidad penal .....	95
5.	DERECHO ITALIANO .....	97
5.1.	Análisis del sistema italiano.....	97
5.2.	Procedimiento penal.....	100
5.3.	Medidas a adoptar .....	103
5.4.	Manifestaciones del principio de oportunidad penal .....	105
6.	DERECHO PORTUGUÉS.....	110
6.1.	Análisis del sistema Portugués.....	110
6.2.	Procedimiento penal.....	112
6.3.	Medidas a adoptar .....	114
6.4.	Manifestaciones del principio de oportunidad penal .....	115
7.	CONCLUSIONES.....	117

#### **CAPÍTULO IV**

#### **CRITERIOS ORIENTADORES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LORPM.....121**

1.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR .....	121
1.1.	Conceptualización del término.....	121
1.2.	El interés superior del menor en la LORPM.....	134
2.	FUNCIÓN REEDUCADORA FRENTE A LA FUNCIÓN SANCIONADORA DE LA LORPM.....	135
2.1.	Cuestiones pedagógicas de la LORPM.....	135
2.2.	La celeridad del procedimiento como respuesta reeducativa.....	142
2.3.	Las medidas a imponer al menor: ¿reeducación o sanción?.....	148

3. JUSTICIA RESTAURATIVA FRENTE A JUSTICIA RETRIBUTIVA .....	158
3.1. Crisis del actual sistema de justicia penal y génesis de la justicia restaurativa .....	158

## **CAPÍTULO V**

### **EL MINISTERIO FISCAL EN LA LORPM .....** **173**

1. INTRODUCCIÓN .....	173
2. LA FIGURA DE LAS SECCIONES DE MENORES DE LA FISCALÍA. EVOLUCIÓN Y CUESTIONES ORGANIZATIVAS.....	180
3. LA FIGURA DEL SECRETARIO JUDICIAL EN LAS SECCIONES DE MENORES .....	185
4. EL MINISTERIO FISCAL ANTE LA DICOTOMÍA PROTECCIÓN O REFORMA .....	187

## **CAPÍTULO VI**

### **EL EQUIPO TÉCNICO.....** **195**

1. INTRODUCCIÓN .....	195
2. NATURALEZA JURÍDICA. DEPENDENCIA ORGÁNICA Y FUNCIONAL.....	197
3. COMPOSICIÓN Y FUNCIONES .....	202
4. CONFIDENCIALIDAD Y ACCESO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR AL INFORME DEL EQUIPO TÉCNICO.....	206

## **CAPÍTULO VII**

### **PROBLEMAS PRÁCTICOS ASOCIADOS AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD .....** **211**

1. CUESTIONES PREVIAS.....	211
----------------------------	-----

2.	FASE DE INVESTIGACIÓN POLICIAL .....	214
2.1.	Introducción .....	214
2.2.	Las actuaciones policiales con menores infractores con anterioridad a la LO 5/2000 .....	219
2.3.	Investigación, detención policial y puesta a disposición del Ministerio Fiscal.....	222
2.4.	Manifestaciones del principio de oportunidad en el momento de la investigación policial.....	231
2.5.	La mediación policial y su importancia en la jurisdicción de menores .....	234
2.6.	Conclusiones .....	237
3.	FASE DE DILIGENCIAS PRELIMINARES .....	242
3.1.	Naturaleza Jurídica de las Diligencias Preliminares .....	242
3.2.	Cuestiones previas en las Diligencias Preliminares respecto de la aplicación del principio de oportunidad .....	247
3.2.1.	Celeridad, sumariedad y prescripción .....	248
3.2.2.	Principio de seguridad jurídica.....	255
3.2.3.	La víctima, ¿la gran olvidada de esta fase procesal?.....	260
3.3.	Desistimiento de la incoación del Expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar.....	263
3.4.	Consecuencias del desistimiento.....	282
3.5.	Conclusiones .....	288
4.	FASE DE EXPEDIENTE DE REFORMA.....	292
4.1.	Naturaleza jurídica del expediente de reforma.....	292
4.2.	Cuestiones previas en el expediente de reforma respecto de la aplicación del principio de oportunidad .....	300
4.2.1.	Celeridad, sumariedad y prescripción .....	303

4.2.2. La víctima, la intervención de la acusación particular y el Ministerio Fiscal .....	311
4.2.3. ¿Existe un procedimiento penal de dos velocidades?.....	323
4.3. Facultades de aplicación de la oportunidad penal .....	336
4.3.1. El sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación con la víctima. Especial relevancia de la mediación.....	337
4.3.1.1. La conciliación .....	352
4.3.1.2. Las tareas educativas con carácter previo y el compromiso de reparación con la víctima.....	358
4.3.1.3. Efectos de la mediación.....	364
4.3.1.4. El sobreseimiento del expediente a propuesta del equipo técnico (artículo 27.4).....	374
4.3.1.5. El principio de oportunidad y los mayores de 18 años.....	381
4.4. Consecuencias de la aplicación del principio de oportunidad en el expediente de reforma.....	383
4.5. Conclusiones.....	385

**CONCLUSIONES FINALES..... 393**

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 409**

**RECURSOS ELÉCTRONICOS EMPLEADOS..... 433**



## **AGRADECIMIENTOS**

Resulta difícil entender la importancia que tienen los agradecimientos de una tesis doctoral hasta que no se finaliza la misma. Llegado este momento es cuando se valora la gratitud que se tiene hacia todos aquellos que la han hecho posible y que han permitido que este sueño pase a ser una realidad. No es mi intención enumerar todas y cuantas personas han influido en mi vida, opinión jurídica y resultado de esta tesis, ya que, de lo contrario, ello me llevaría más folios que el cuerpo de este trabajo.

En primer lugar a mis directores de tesis:

A la Dra. María Luisa Cuerda Arnau, por sus sabios consejos, dedicación, paciencia, sentido crítico y confianza en mí. Sin duda, un pilar fundamental para que este trabajo salga a la luz.

También al Dr. Antonio Fernández Hernández, quien con su dedicación, apoyo y confianza, ha conseguido que este trabajo evolucione hasta lo que es hoy.

A ambos gracias, de todo corazón, por vuestro trabajo, rigor y sobretodo por vuestra amistad.

No podría tampoco eludir en estas líneas la inestimable ayuda, en cuanto a mi formación jurídica, de la Universitat Jaume I de Castellón, donde me licencié y ahora presento esta tesis doctoral. La siento como parte de mi, y espero que ella se enorgullezca también de mí y de este trabajo.

A José Luis, quien además de compañero, puedo decir que es un buen amigo. Gracias a él siento esta pasión por el derecho en general, y la justicia juvenil en particular, así como unas ansias de perfeccionamiento constante en mi formación jurídica.

A Consuelo, Francisco, José Miguel, Carlos, Gema y demás compañeros de la Fiscalía General del Estado, por su apoyo, ayuda y colaboración.

A mis compañeros de trabajo, Fiscales, funcionarios, equipo técnico, diferentes Jueces con los que he compartido el trabajo, miembros de la entidad Pública y entidades que ejecutan las medidas, tanto en medio abierto como en cerrado.

A Eugenio, amigo, scout, y abogado, con quien comencé mis prácticas en el mundo jurídico, y me enseñó todo lo que se referente al mundo del ejercicio profesional de la abogacía.

También a Juanjo, compañero doctorando, y con el que comparto experiencias profesionales. Por haber compartido este largo camino y haber llegado juntos a la meta.

Y finalmente, pero no por ello en último lugar,

A mis padres, por hacerme como soy, dármelo todo sin pedir nada a cambio, apoyarme siempre en todas mis decisiones, e inculcarme la cultura del esfuerzo como forma de lograr todos mis propósitos.

A mis hijos, Ana, Carlos y Sofía, por enseñarme a superar los momentos más críticos de este trabajo con una sonrisa y un beso, por decirme siempre que soy el mejor padre del mundo, y porque, algún día, espero poder devolverles todo lo que me están dando.

Y en lugar preeminente a mi mujer, a Ana, a quien se lo debo todo, la más sufridora de este trabajo, y a pesar de ello, nunca ha puesto una mala cara, quien siempre ha tenido una sonrisa para conmigo y se ha sacrificado para que yo pudiera dedicarme a él. Sin ti, esto no hubiera sido posible.

## **ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS**

Apdo.	Apartado
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
Art./s	Article/s
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOCL	Boletín Oficial de Castilla y León
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOGC	Boletín Oficial de la Guardia Civil
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
CC	Código Civil
CDN	Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord./s	Coordinador/es
CP	Código Penal
CPP	Código de Procedura Penale (Italia)
DOCV	Diari Oficial de la Comunitat Valenciana
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOG	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DPR	Decreto del presidente della repubblica
Ed.	Editorial
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
F.J.	Fundamento Jurídico
FGE	Fiscalía General del Estado
G.P.	Grupo Parlamentario
INE	Instituto Nacional de Estadística
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JGGÄNDG	ErstesGesetzzurÄnderung des Jugendgerichtsgesetzes
JORF	Journal officiel de la République française
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores
LRTTM	Ley 4/1992 de reforma urgente de los Tribunales Tutelares de Menores
LTE	Lei Tutelar Educativa
LTTM	Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948
Nº	Número
Ob. Cit.	Obra citada
OIJJ	Observatorio Internacional de Justicia Juvenil
Pág./s	Página/s
Parr.	Párrafo
RLORPM	Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley

	Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRLRCSCVM	Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.
V.V.A.A.	Varios Autores
Vol.	Volumen

## **INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO**

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la incidencia práctica del principio de oportunidad en la jurisdicción de menores, y más concretamente, en las posibilidades que dicho principio otorga al Ministerio Fiscal de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores<sup>1</sup>

La LORPM se establece como una ley penal de marcado carácter procesal, en la que se regula el procedimiento a seguir cuando un menor de 18 años y mayor de 14 comete un delito. Sin embargo en el seno de la citada ley se establecen varias posibilidades desjudicializadoras en aplicación del principio de oportunidad, que serán objeto de estudio en el presente trabajo, y que se concretan en los arts. 18, 19 y 27.4 de la LORPM.

Se constata, en la práctica diaria de las Fiscalías y de los Juzgados de menores, problemas conexos a la aplicación de este principio de oportunidad penal, justificado en parte por una ley escueta, que se remite, en lo no expresamente regulado a la jurisdicción de adultos<sup>2</sup>, donde no existe referencia alguna a este principio, a excepción del actual artículo 963

---

<sup>1</sup> Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado (BOE) 13 de enero de 2000, nº 11, pág. 1422, (en adelante LORPM).

<sup>2</sup> Concretamente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (en adelante LECrim). Todo ello según se dispone en la Disposición Final Primera de la LORPM: “Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma”.

introducido por la reciente Ley Orgánica 1/2015<sup>3</sup>, del cual se carece de referencias al ser de reciente y novedosa aplicación.

Esta remisión a la jurisdicción de adultos, y concretamente a la LECrim, fue criticada en su día, al remitirse a una norma basada en un sistema procesal completamente distinto, lo que se presumía que haría extremadamente dificultosa la recepción de sus conceptos e instituciones en la jurisdicción de menores<sup>4</sup>. Sin embargo, hoy en día podemos decir que ambas normas han casado perfectamente, y aquellos casos en los que se ha tenido que acudir a la LECrim son de poca trascendencia. Sin perjuicio de ello, y como se analizará, hay determinados supuestos que no queda del todo claros si se deben regular conforme establece la LORPM o se debe acudir a la LECrim como norma supletoria.

Además, la actual regulación en la jurisdicción de menores ha sufrido diferentes modificaciones, las cuales de forma parcial han ido introduciendo cambios jurisprudenciales y nuevas pautas de actuación, causando en ocasiones más sombras que luces. Dichas reformas se han proyectado sobre aspectos concretos y puntuales sin tener en cuenta el alcance global de la ley, modificando, en ocasiones, un artículo y dejando otros concordantes con la redacción original, provocando con ello incongruencias y dudas en la interpretación de la norma.

A lo largo del presente trabajo, vamos a analizar las diferentes manifestaciones históricas del principio de oportunidad, así como diferente normativa internacional y de derecho comparado, para finalmente pasar a estudiar la regulación actual del mismo, sus manifestaciones y los

---

<sup>3</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE de 31 de marzo de 2015. (En adelante LO 1/2015).

<sup>4</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “La difícil transición hacia un proceso penal acusatorio (tentaciones inquisitivas del Juez de Menores)”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 20, 2002, pág. 42. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2002-20-DB749786/PDF>.

problemas prácticos que se constatan en el día a día de las diferentes Fiscalías y Juzgados que trabajan en la jurisdicción de menores.

Señalar a este respecto que, según se establece en la Exposición de Motivos de la LORPM, ésta tiene una naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa, tanto en su procedimiento como en las medidas aplicables a los infractores menores de edad. Esta manifestación, conforme veremos, nos puede dar una doble interpretación del principio de oportunidad. Así, si se entiende que la naturaleza material sancionadora debe predominar en nuestro procedimiento, podemos establecer que no debería aplicarse este principio o bien, que el mismo sea de un uso muy reducido, mientras que si entendemos que debe prevalecer esa naturaleza material educativa se debe proceder a utilizar el mismo dotando de amplias facultades en su uso a quien le competa; en nuestro caso, el Ministerio Fiscal.

Realizando una breve introducción a esta aplicación práctica del presente principio, podemos adelantar ya, como se desprende de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013<sup>5</sup>, que: “en el año 2002 sobre el total de diligencias preliminares incoadas se hizo uso del desistimiento (del artículo 18 de la LORPM) en un 18,33 por 100 de los casos y en 2003 en un 17,54 por 100. A partir de ahí se inicia un descenso paulatino, llegando a porcentajes del 12,41 por 100 en 2009; 11,72 por 100 en 2010, hasta alcanzar en el año 2011 un mínimo histórico del 9,76 por 100. En 2012 las diligencias desistidas han sido un total de 10.238, lo que supone un 10,25 por 100 de las preliminares abiertas. Un ligero ascenso respecto al año anterior, muy poco significativo.” En la memoria de la FGE de 2014<sup>6</sup>, se añade que “desde la entrada en vigor de la LORPM se ha constatado un progresivo descenso en el uso, por parte de los Fiscales, de la facultad

---

<sup>5</sup> Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2013. Pág. 418-419. En adelante se hará referencia a la Fiscalía General del Estado como FGE.

<sup>6</sup> Memoria de la FGE, año 2014. Pág. 447.

prevista en el art. 18 de la Ley. [...] En 2013 las diligencias desistidas han sido un total de 9.450, lo que supone un 10'52% de las preliminares abiertas.

Puede concluirse que las cifras de desistimiento se han estabilizado en torno a un porcentaje del 10-11%, precisando que esa es la media nacional, puesto que de unas Secciones a otras se aprecian diferencias muy importantes en cuanto a su uso, bajando en unas del 2% y superando en otras el 20%". Mientras que en la memoria de la FGE de 2015 se manifiesta en idénticos términos añadiendo que "la proporción alcanzó el 11,35%".

En efecto, teniendo en cuenta los datos del Instituto Nacional de Estadística del año 2012 el total de menores condenados en España fueron 16172, mientras que en el año 2013 fueron 14744, lo cual evidencia una clara disminución de los mismos, hecho que corrobora lo manifestado por la FGE.

Como se verá a lo largo del presente trabajo, las faltas –tras la reforma operada por LO 1/2015 en el Código Penal, delitos leves– son el paradigma de la aplicación del principio de oportunidad en la jurisdicción de menores, y ello, también se constata en las estadísticas judiciales, pues en el año 2012 fueron 3102 menores condenados por una falta, mientras que en el año 2013 lo fueron 2835<sup>7</sup>.

Ello no nos debe hacer pensar que los menores cometen más delitos que faltas, sino que, como ya hemos adelantado, es en los hechos calificados como faltas cuando se ve y se valora una mayor aplicación de la oportunidad penal y por tanto no aparecen en las estadísticas del INE como

---

<sup>7</sup> Hay que tener en cuenta que se han consultado los datos en agosto de 2015 por lo tanto el Instituto Nacional de Estadística (INE) todavía no había publicado los datos del año 2014, ya que estos se publican en el mes de septiembre. Además hay que señalar que se hace referencia a datos de menores condenados, no de menores denunciados e investigados en un procedimiento penal previsto en la LORPM, por lo tanto, y a modo de ejemplo, aquellos menores en los que el Fiscal ha intervenido aplicando el artículo 18 de la LORPM no aparecen en la estadística.



menores condenados en virtud de sentencia.

Por lo tanto, vemos como en la aplicación práctica de este principio estamos hablando de aproximadamente el desistimiento de entre un 10-15% de asuntos (tanto de delitos como de faltas), respecto de los cuales se ha considerado que ya ha existido un reproche previo y no es necesario abrir un expediente judicial contra el menor.

Otra de las manifestaciones del principio de oportunidad es la conciliación, reparación o realización de una actividad educativa extrajudicial, que establece, si cabe, unas cifras superiores, como se desprende de las mismas memorias, ya que nos encontraríamos en unas cifras aproximadas al 20-30% de asuntos.

Mientras que los supuestos de archivo a interés del menor por parte del equipo técnico, recogido en el artículo 27.4 de la LORPM se establece en torno al 9%.

Sin embargo, a este respecto, debemos manifestar que estos datos estadísticos son aproximados y deben tratarse con prudencia y cautela, pues las diferentes aplicaciones informáticas que se utilizan en las secciones de menores de las Fiscalías, y que sirven para aportar los datos con los que se elabora la Memoria anual de la FGE, no discriminan, de modo automático, los sobreseimientos al amparo del artículo 19 de los acordados conforme el artículo 27.4 de la LORPM.

Estas cifras constatan esta aplicación del principio de oportunidad conforme a la orientación reeducadora prevista en la LORPM, dirigido prioritariamente a hacerle ver las consecuencias de sus actos y a aceptarlas con clara intención de no volver a recaer en su conducta.

Por ello, y teniendo en cuenta que la LORPM se configura como una ley formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa, podemos afirmar que la aplicación de este principio es, cuanto menos,

importantísima para alcanzar la finalidad y el espíritu de la misma, que no es otro que reeducar al menor y atender a su interés superior. De lo contrario, la judicialización de determinados supuestos en los cuales ya subyace una ineffectividad de la faceta jurisdiccional, o mejor dicho, una posibilidad estigmatizante para las partes intervinientes, podrían dar lugar a efectos totalmente adversos a los interesados, y, como no, a la citada faceta reeducadora de la Ley. Como ya se ha anticipado, este presupuesto, se entiende que, debe ser el *leitmotiv* que inspira nuestra regulación y actuación con los menores infractores.

La LORPM, que desde su aprobación en el año 2000 ha sufrido diversas modificaciones, se configura como una evolución de nuestra normativa histórica en relación con los menores infractores. Desde que entró en vigor en el año 2001, hasta la actualidad, se ha podido constatar una excelente aplicación de la misma, observándose que los índices de delincuencia juvenil, como demuestran los datos del INE y de la FGE, manifiestan un descenso de la misma, y, aunque en algún momento se haya podido producido algún repunte, nunca ha sido desmesurado ni alarmante.

Como destaca CANO PAÑOS<sup>8</sup>, a un aumento de criminalidad le sigue un endurecimiento de las leyes; sin embargo, podemos observar cómo la delincuencia juvenil ha venido disminuyendo, mientras que nuestra norma se ha venido endureciendo. Según refiere este autor, ello es debido a los denominados “*delincuentes de gran intensidad*”, así como a aquellos asuntos mediáticos que han provocado alarma social y ante los cuales el legislador ha reaccionado incrementando el rigor de la ley. Por ello,

---

<sup>8</sup> CANO PAÑOS, M. A. “¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 55, mes 1, 2002, págs 287 a 320. En idéntico sentido GARCÍA PÉREZ, O. “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores”, en V.V.A.A. *Derecho Penal y psicología del menor*, Universidad de la Laguna, 2007, pág. 29 y ss.; COLÁS TURÉGANO, A. “Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil” en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CUERDA ARNAU, M. L. *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Col·lecció “estudis jurídics” Universitat Jaume I, nº 9, 2006, pág. 92.

compartimos el criterio de CANO PAÑOS cuando rechaza el endurecimiento de la ley penal juvenil y nos sumamos a las críticas que COLÁS TURÉGANO y POZUELO PÉREZ<sup>9</sup> han dirigido a la política criminal mediática en materia de menores. Debemos partir de la necesidad que se reaccione desde el punto de vista penal ante la conducta delictiva de los menores a fin de conseguir evitar esa carrera delictual de los menores y que la delincuencia juvenil sea “un fenómeno normal en el camino hacia el mundo adulto”, sin embargo, como veremos en el presente trabajo, abogamos por la introducción de técnicas restaurativas que sirvan para adecuar el procedimiento a sus destinatarios, que no olvidemos, que son menores de edad<sup>10</sup>.

Ya hemos referido que la LORPM ha sufrido varias reformas, y que con ellas se ha ido endureciendo la ley. Baste recordar que, incluso en el periodo de *vacatio legis* de la misma ya se produjo la primera reforma, la operada por la LO 7/2000<sup>11</sup>, la cual tan sólo fue para endurecer las medidas a imponer a los menores. Como bien señala COLÁS TURÉGANO<sup>12</sup>, con la

---

<sup>9</sup> COLÁS TURÉGANO, A. “La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del Juzgado de Menores de Sevilla, núm. 1. Sentencia de 24 marzo 2011 (ARP 2011, 2870)” en *Revista boliviana de derecho* nº 19, enero 2015, págs.. 726-747; POZUELO PÉREZ, L., “El futuro del derecho penal juvenil: De un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona 2009, pág. 7. En este sentido también CARMONA SALGADO, C., “Negativa influencia de algunos medios en la víctimas de delitos graves y en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos” en MÚÑOZ CONDE, F., LORENZO SALGADO, J. M., FERRE OLIVÉ, J. C., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ PAZ, M. A., (directores), *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. GERARDO LANDROVE DÍAZ*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2011, págs. 196-220.

<sup>10</sup> A este respecto se puede ver MONTERO HERRANZ, T. “La justicia juvenil en España. Comentarios y reflexiones”, en *Revista La Ley*, 2009, pág. 402 y ss. El citado autor refleja una comparativa, con ejemplos prácticos de conductas cometidas con menores antes de la entrada en vigor de la LORPM, con posterioridad y tras las primeras reformas, donde se puede ver la agravación punitiva de una misma conducta reforma tras reforma. También se puede ver un análisis de la criminalidad juvenil acompañado de su respuesta ante los tribunales.

<sup>11</sup> L.O. 7/2000, de 22 de diciembre de 2000, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores en relación con los delitos de terrorismo. BOE de 23 de diciembre de 2000, nº 307.

<sup>12</sup> COLÁS TURÉGANO, A. “Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil”,

reforma “se debilitan los principios inspiradores de la legislación de menores; lo que prima no es el interés del menor, su educación y socialización, sino la necesidad de mitigar la alarma social y la defensa a ultranza de la sociedad”.

Como veremos, y ratificando estos planteamientos, abogamos, como ya hemos anticipado, no por un endurecimiento de la ley, sino por un sistema restaurativo que en base a una asunción de responsabilidad del menor infractor y una efectiva reeducación del mismo, permita evitar los efectos aflictivos del procedimiento penal, que en nada o en muy poco, en la mayoría de ocasiones, favorece a nadie.

Así debe ser, máxime cuando, tanto en la práctica diaria, como en la evolución de la criminalidad juvenil, no se aprecian factores alarmantes de la misma, tratándose en su inmensa mayoría de delitos o faltas (ahora delitos leves) patrimoniales o contra las personas pero en su modalidad de lesiones. Por ello, se puede ver que la evolución de la delincuencia juvenil no ha sufrido un incremento que justifique una reforma agravatoria, y ello pese a que en los últimos años se hayan generado nuevas polémicas a raíz del aumento de conductas cometidas a través de las nuevas tecnologías, de las conductas relativas a la violencia intrafamiliar y también de las relativas a la violencia de género entre menores<sup>13</sup>.

Sin perjuicio de estas manifestaciones, vemos como la respuesta penal que se le debe dar a un menor, y así lo recoge la LORPM, no puede

---

Ob. Cit. Pág. 93. En referencia a la reforma operada por la LO 7/2000, de 22 de diciembre de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, ya que la citada modificación de la LORPM se realizó a los pocos meses de ser promulgada y todavía en el periodo de vacatio legis.

<sup>13</sup> Para más información al respecto se puede consultar CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., “Mediación y violencia de género en menores de edad: un enfoque educativo”. Conferencia impartida en el seno de la IV Conferencia internacional del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, celebrada en Bruselas en diciembre de 2014. Texto disponible en [http://www.oijj.org/sites/default/files/oijjconf2014\\_cervello\\_colas.pdf](http://www.oijj.org/sites/default/files/oijjconf2014_cervello_colas.pdf).

ser en modo alguno, similar a la de un adulto. Por ello, se establecen unas pautas encaminadas a buscar soluciones restaurativas en la actuación con el menor infractor, teniendo en cuenta, además, que en muchas ocasiones la víctima es otro menor, o, incluso, su núcleo familiar. Resulta, pues, necesario actuar con una especial sensibilidad en estos procedimientos, pues como establece la LORPM, se intenta actuar en aras del *superior interés del menor*, el cual se debe entender tanto como el del menor infractor, el de la víctima y el de sus entornos más cercanos.

A tal fin, la LORPM se ha revelado como un instrumento extraordinariamente útil, como lo acredita nuestra experiencia de muchos años como fiscal de menores, así como la del resto de profesionales que intervienen con menores infractores.

No obstante, también se ha constatado que, a pesar de ello, y debido en parte a las diferentes reformas legislativas que ha sufrido, así como con las diferentes resoluciones jurisprudenciales de las Audiencias Provinciales, se ha creado una incertidumbre en determinados aspectos de la LORPM, que en el presente trabajo, y desde la perspectiva de la aplicación práctica del principio de oportunidad, se pretende analizar. Así, vemos como el legislador, tras dictar una ley que, a nuestro juicio fue novedosa, paradigmática y referente de la justicia juvenil en Europa, luego se olvidó de la misma, pues tras realizar diferentes reformas parciales, consiguió alterar el espíritu de la misma, dando unos tumbos normativos, que en la actualidad nos hacen pensar más en una norma retributiva que restaurativa, y que ha generado más luces que sombras al respecto. A modo de ejemplo, podemos ver cómo en la reciente LO 1/2015, se ha olvidado reformar la LORPM, donde sigue manteniéndose la denominación de faltas, generándose, por tanto, dudas en cuanto a la prescripción, la gravedad de determinados delitos de cara a aplicar una u otra medida, etc. Todo ello ha provocado que la FGE

se haya tenido que pronunciar en un Dictamen<sup>14</sup> a fin de clarificar esas dudas. En suma, una muestra más de la irresponsabilidad legislativa que viene caracterizando las reformas penales en general y las que afectan a la legislación de menores en particular.

Así, a nuestro juicio, el legislador, tras dictar una ley de marcado carácter restaurativo, da la sensación que ha querido huir de este planteamiento, ya que en las diferentes modificaciones de la LORPM se encuentran conatos de una justicia retributiva que hace que tengan que ser las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales, coordinadas por la excelente labor de la Fiscalía de Sala de Menores del Tribunal Supremo, quienes interpreten la Ley e intenten reconducirla a los planteamientos restaurativos que fueron los que inicialmente inspiraron la ley.

El convencimiento de que esa es la orientación que debe prender la interpretación de la LORPM inspira las diferentes conclusiones y propuestas que surgen de este trabajo. Respecto a ellas, decir que si bien unas son consensuadas con la FGE y unánimemente aceptadas por los diferentes operadores jurídicos que intervienen con menores infractores, otras son propuestas propias que entendemos que pueden servir para agilizar, humanizar y hacer de este sistema de justicia juvenil un sistema más acorde con las necesidades tanto del menor infractor como del resto de intervinientes en él, devolviéndole ese espíritu restaurativo que inicialmente se le atribuía.

---

<sup>14</sup> Dictamen 1/2015 de la FGE, sobre criterios de adaptación de la LORPM a la reforma del Código Penal por LO 1/2015.

## **CAPÍTULO I**

### **CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

#### **1. CUESTIONES PREVIAS**

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de oportunidad, hasta la reciente LO 1/2015, tan solo ha tenido manifestaciones en la jurisdicción de menores, con determinadas salvedades que la doctrina ha venido entendiendo en la jurisdicción de adultos, como sería el caso de la conformidad penal<sup>15</sup>. Sin embargo, se discrepa de que esta conformidad penal pueda configurarse como una manifestación del principio que nos ocupa, considerándose más bien como una manifestación de la justicia negociada en España.

Sin embargo, dentro de los diferentes criterios de reforma, desde el punto de vista tradicional, siempre ha estado la posibilidad, entre otras, de realizar reformas concretas de determinadas instituciones, como la del Ministerio Fiscal, en aras a otorgarle facultades derivadas del principio de oportunidad para, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, entendiendo en ese momento que ello se podría plasmar a través del

---

<sup>15</sup> Entre otros GÓMEZ COLOMER, J. L., “La conformidad, institución clave y tradicional de la Justicia negociada en España”, en *Revue Internationale de Droit Pénal* 2012, núm. 83, 1er y 2 semestres, Págs.17 a 41; ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Ed. PPU, El sistema Penal, Barcelona 1991; DEL MORAL GARCÍA, A., “La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)” disponible en <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/conformidad-proceso-penal.pdf>.

instituto de la "conformidad", bien a través de la llamada "negociación sobre la declaración de culpabilidad"<sup>16</sup>.

Tradicionalmente este principio de oportunidad penal se ha venido entendiendo desde un punto de vista social como una actuación discrecional o, más bien, como una actuación esquizofrénica del Ministerio Fiscal<sup>17</sup>. Quizás, todo ello motivado por las amplias facultades que a éste se le otorgan de cara a la instrucción del procedimiento de menores.

En la LORPM se otorga al Ministerio Fiscal la facultad de instruir el procedimiento, por lo tanto, el mismo se puede entender como Juez y parte en la primera fase procedimental, que sería la de diligencias preliminares, mientras que en la segunda fase, la del expediente de reforma, es ya cuando entra el control judicial, y por tanto, la actuación del Juez de Menores, supervisando y acordando las decisiones pertinentes sobre el fondo del asunto a instancia de las partes intervinientes. Y claro está, entre ellas se encuentra el Ministerio Fiscal, estableciéndose como instructor del procedimiento. Si bien, respecto del mismo, se puede decir que actúa con una cualificación, un tanto especial, pues en modo alguno se encuentra en igualdad de condiciones que el resto de intervinientes en el proceso, ya que al disponer la instrucción, el Ministerio Fiscal lleva el impulso de la misma y puede desestimar cuántas diligencias interesen el resto de partes, a excepción de la declaración del menor expedientado, que es la única que la LORPM le obliga a aceptar<sup>18</sup>. Incluso tiene unas facultades más amplias, como veremos posteriormente, que le sitúan en una situación verdaderamente privilegiada en el procedimiento. Como señala DE

---

<sup>16</sup> GOMEZ COLOMER, J. L., "la instrucción del proceso penal por el ministerio fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado", en *Revista Peruana de Derecho Procesal* I, Setiembre 1997, págs.. 335-358.

<sup>17</sup> Así, PÉREZ MACHÍO, A. I., "Aproximación crítica a la intervención de la acusación particular en el proceso de menores", en *EGUZKILORE*, N° 23, San Sebastián, Diciembre 2009.

<sup>18</sup> Artículo 26 de la LORPM.



URBANO CASTRILLO<sup>19</sup>, en su momento, la atribución de importantes funciones al Fiscal, al fin y al cabo, una de las partes en el proceso penal, desnivelaba seriamente la posición dual que supone la igualdad de partes que debe asegurarse en toda contienda judicial.

Si bien estos planteamientos pudieran generar, o hacer pensar que generan, indefensión o vulneración del principio de igualdad de partes, no cabe tal consideración, pues las mismas pueden, en cualquier momento, acudir al Juez de Menores correspondiente reiterando su petición, y ante su decisión interponer los oportunos recursos<sup>20</sup>. Sin embargo, si que se podría incurrir en una vulneración del principio de seguridad jurídica, como luego se analizará, en fase de diligencias preliminares, pues esta actuación del Ministerio Fiscal en esta fase, no está sometida en modo alguno al control judicial.

Sin embargo, y respecto a la igualdad de partes, la LORPM parte de la una indiscutible desigualdad con respecto del Ministerio Fiscal., ya que como manifiesta MONTERO AROCA<sup>21</sup>, tiene más competencias que el resto. Sin embargo, desde la configuración de la LORPM, como una ley de marcado carácter procesal, se salvaguarda esa situación preeminente del Ministerio Fiscal, sometido en todo caso al principio de legalidad, y claro está, sujeto a la supervisión que de su actuación, al menos en el expediente de reforma, le realice el Juez de Menores cuando las partes recurran y acudan a él.

Esta configuración proviene de la evolución histórica de nuestra legislación de menores, y más concretamente, de la sentencia del Tribunal

---

<sup>19</sup> DE URBANO CASTRILLO, E., en MARCHENA GÓMEZ, M., *El Juez de instrucción y el Juez de garantías: posibles alternativas*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2002, pág. 53.

<sup>20</sup> Artículo 26 y 41 de la LORPM.

<sup>21</sup> MONTERO AROCA, J., “Los principios generales del proceso” en GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTERO AROCA, J. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I*, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 251 a 253.

Constitucional nº 36/1991<sup>22</sup>, en la que se introduce un nuevo sistema diferente a la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948<sup>23</sup>, que supuso la L.O. 4/1992<sup>24</sup> y posteriormente la actual LORPM, estableciéndose, como así apunta la Exposición de Motivos de la LORPM, como “un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar las medidas aplicables a estos en cuanto infractores penales”.

Para poder llegar a entender el concepto del principio de oportunidad no debemos obviar este concepto de flexibilidad, así como la diferente normativa internacional que inspira la LORPM, y más concretamente, el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989<sup>25</sup>, que ya es citado en la Exposición de Motivos de la LORPM.

---

<sup>22</sup> STC Pleno de 14 febrero 1991. (EDJ 1991/1562). Las referencias jurisprudenciales se han realizado sobre la Base de datos de El Derecho, sin perjuicio que aquellas de las que no consta su referencia en dicha base de datos se haga constar la referencia del Cendoj.

<sup>23</sup> Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948. En adelante LTTM.

<sup>24</sup> Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. BOE nº 140, de jueves 11 de junio de 1992, pág. 19794.

<sup>25</sup> En adelante CDN 1989. Dicha Convención fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. BOE número 313, de 31 de diciembre de 1990, págs. 38897 a 38904.

El citado artículo dice:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un

Tampoco podemos obtener, a ciencia cierta, el momento cuando se acuñó por primera vez el término “oportunidad”, pero sí que es cierto que en nuestro ordenamiento jurídico se introdujo el concepto que conocemos hoy en día, por primera vez, en la LO 4/92, cuando en el artículo 2.6 refería que “atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones”, para posteriormente asumir este concepto en la LORPM en diferentes artículos y supuestos como se analiza en el presente trabajo.

Ya en la Circular 1/2000 de la FGE, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, se recogía el concepto de *“juicio de oportunidad acerca del ejercicio de la acción penal”*

---

asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

basándose en la flexibilidad citada anteriormente, y que se desprende de las diferentes normas internacionales que inspiraron la LORPM.

Así, para llegar a entender este concepto podemos destacar el ya citado artículo 40 de la CDN, pero hay otros muchos, como el artículo 37 de la misma Convención<sup>26</sup>. En ambos se recoge la necesidad de instaurar un procedimiento con todas las garantías para los menores infractores, haciendo expresa mención a que se les debe tratar de acorde con su edad, y de una manera proporcionada, debiendo enlazar esta proporcionalidad y adecuación de cara a un sistema más reeducativo que sancionador, conforme se establece en la Observación General n° 10 (2007)<sup>27</sup>. Mostrándose claramente por una desjudicialización de la Justicia de Menores, cuyos efectos represivos se deben evitar en aras a unos efectos reeducativos, mostrándose por tanto la aplicación del derecho penal como la última consecuencia.

Por ello, si bien no se habla directamente de una aplicación del principio de oportunidad, si que subyace el mismo, cuando lo que se trata es de dotar de todas aquellas posibilidades que favorezcan el encauzamiento del procedimiento sin necesidad de llegar a una sentencia penal o a una “*remisión*” de la causa.

Son especialmente clarificadoras en este sentido las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de los menores<sup>28</sup>,

---

<sup>26</sup> El citado artículo promulga: “El Comité desea recordar a los Estados Partes que han reconocido el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de acuerdo con las disposiciones del artículo 40 de la Convención. Esto significa que toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores.”

<sup>27</sup> Observación General n. 10 (2007) “los derechos del niño en la justicia de menores”. Comité de los derechos del niño, 44º período de sesiones. Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007.

<sup>28</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de los menores (Reglas de Beijing de 1985), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

donde ya podemos ver cómo se establece el principio de oportunidad, aunque no se denomina así, al hablar de las necesidades de configurar facultades discrecionales atendiendo a las diversas necesidades especiales de los menores<sup>29</sup>.

Así, podemos ver como este principio de oportunidad, o este juicio de oportunidad acerca del ejercicio de la acción penal encuentra su acomodo en la normativa internacional sobre la materia. Dicha regulación viene a potenciarlo, ya que en este primer momento podríamos decir que se configura, partiendo de la base de la protección de los derechos reconocidos en la CDN, en un procedimiento penal juvenil con todas las garantías, pero en el que se recomienda que goce de una flexibilización adecuada de cara a una actuación proporcionada con la edad y situación del menor infractor.

Y es en este contexto donde se desarrolla el principio de oportunidad recogido en la LORPM, ya que haciéndose eco de estas recomendaciones se modificó y se flexibilizó nuestro sistema hasta el punto de poder desistir de un procedimiento penal antes de haberse incoado, durante su tramitación o incluso, después, en su ejecución.

Desde un punto de vista jurisprudencial, no debemos olvidar que los procedimientos de la jurisdicción de menores finalizan en las respectivas Audiencias Provinciales, salvo el recurso de casación por unificación de la doctrina<sup>30</sup>. De este modo, nos encontramos definiciones del mismo en diferentes Autos de las Audiencias Provinciales en el sentido de que “el

---

<sup>29</sup> La Regla número 6 dice: “6. Alcance de las facultades discrecionales. 6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones. 6.2 Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales. 6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.”

<sup>30</sup> Artículo 41 y 42 de la LORPM.

principio de oportunidad confiere al titular público de la acción penal la potestad para disponer de la misma, aunque esté acreditada la comisión de un hecho punible por una persona, debiendo destacarse que en estos casos no se amplían las facultades del órgano judicial, sino que se limitan, fortaleciéndose las facultades del Ministerio Fiscal”<sup>31</sup>.

En opinión de GIMENO SENDRA<sup>32</sup>, se puede decir que el principio de oportunidad implica “la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”.

Así y siguiendo a MONTERO HERNANZ<sup>33</sup>, podemos ver cómo el principio de oportunidad es aquel “que permite a los órganos del Estado dejar de perseguir o de condenar al responsable de determinadas conductas tipificadas como delito o falta, o hacerlo al margen del campo penal o con penas más leves o medidas distintas, cuando concurren circunstancias tasadas por la ley o libremente apreciadas por quienes están encargados de aquel derecho del Estado”.

Por su parte, MONTERO AROCA<sup>34</sup> lo define diciendo “que supone reconocer al titular de la acción penal la facultad para disponer, bajo determinadas circunstancias, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible cometido por un autor

---

<sup>31</sup> Audiencia Provincial De Barcelona, Auto 1014/12 de 31 octubre 2012 (EDJ 2012/281884), 327/2011 de 9 mayo 2011 (EDJ 2011/137796), 337/2011 de 9 mayo 2011 (EDJ 2011/137803) , 421/2011 de 1 junio 2011 (EDJ 2011/164183), Auto de la Audiencia Provincial de Castellón 396/2012. de 18 julio 2012 (EDJ 2012/248360).

<sup>32</sup> GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal. Proceso penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1993, pág. 56.

<sup>33</sup> MONTERO HERNANZ, T., “El principio de intervención mínima en la legislación penal juvenil española”, ponencia realizada en el II Congreso Internacional sobre justicia restaurativa y mediación penal, Burgos, 23 de marzo de 2012. Disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B0AD8E45CA1EEA0A05257E6D0077C5FA/\\$FILE/TOMAS\\_MONTERO.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B0AD8E45CA1EEA0A05257E6D0077C5FA/$FILE/TOMAS_MONTERO.pdf).

<sup>34</sup> MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch. Valencia 1997, Pág. 71.

determinado”.

De estas definiciones podemos hacer nuestras las de GIMENO SENDRA y MONTERO AROCA, sin perjuicio que más adelante establezcamos un concepto propio de principio de oportunidad. Se descarta la definición de MONTERO HERRANZ, por entender que el hecho que se impongan penas más leves o medidas distintas no es un elemento de este principio, ya que lo que configura el principio de oportunidad, a nuestro juicio, es la facultad de disposición del procedimiento y no una manifestación de la justicia negociada como sería pactar la medida a imponer en una hipotética conformidad.

## **2. ELEMENTOS CONFIGURADORES**

Ahora bien, de estas manifestaciones podemos entrar a analizar los diferentes aspectos que configuran el principio de oportunidad.

### a) Legitimación activa.

En nuestro sistema establecido en la LORPM, se establece la facultad instructora del Ministerio Fiscal<sup>35</sup> y en todos los preceptos en los que se recoge la figura del principio de oportunidad se le otorga al mismo la valoración de su uso. Es decir, será el Ministerio Fiscal quien decidirá en la fase de diligencias preliminares si continua o no el procedimiento, en virtud del artículo 18 de la LORPM. Una vez incoado el expediente de reforma, será él quien propondrá la conclusión del mismo por alguno de los supuestos de los artículos 19 o 27.4 de la LORPM, correspondiendo la

---

<sup>35</sup> Así en el artículo 6 de la LORPM “De la intervención del Ministerio Fiscal  
Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento”. Posteriormente se desarrolla la instrucción del procedimiento en el Título III y concretamente en el artículo 23 cuando habla de la “actuación instructora del Ministerio Fiscal”.

decisión final sobre lo peticionado al Juez de Menores correspondiente.

Por lo tanto, vemos que cuando estas definiciones que se han dado hablan de la facultad de los órganos del Estado o del titular de la acción penal, se está refiriendo al Ministerio Fiscal. Quien, cómo posteriormente se analizará, en este procedimiento ostenta las más amplias facultades para decidir sobre el estado del mismo, no permitiéndose a ninguna otra parte interviniente tan magnánima facultad.

b) Disposición o juicio de oportunidad sobre el ejercicio de la acción penal.

A este respecto debemos distinguir dos supuestos. El primero de ellos referido a la existencia de alguna de las causas previstas en la LECrim como causas de sobreseimiento del procedimiento<sup>36</sup>, en cuyo caso no nos encontraríamos ante este juicio de oportunidad, pues concurrirían los supuestos legalmente establecidos de archivo del mismo.

Sin embargo, y en el segundo supuesto, cuando nos encontremos ante casos en los que sí que queda acreditada la comisión de un ilícito penal y autor conocido, el ejercicio de la acción penal se debe llevar a cabo, al menos de forma imperativa, en los delitos perseguibles de oficio. Por lo tanto, cualquier decisión que se adopte apartándose de los presupuestos de sobreseimiento, da lugar a entender que efectivamente el ilícito penal se ha producido.

c) Consecuencias de su aplicación.

Como posteriormente veremos, la finalización del procedimiento puede darse en diferentes fases, y por diferentes motivos, pues no es lo mismo una conciliación, que la facultad de desistir de un procedimiento por

---

<sup>36</sup> Artículos 634, 637 y 641 de la LECrim.



las circunstancias del menor infractor. Ello puede provocar, como más adelante se analizará, que los presupuestos para dar eficacia a dicho archivo cambien.

### **3. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD FRENTE A OTRAS INSTITUCIONES ANÁLOGAS**

Como ya se ha anticipado, el principio de oportunidad es exclusivo de la jurisdicción de menores, sin perjuicio de la reciente introducción en la jurisdicción de adultos por la LO 1/2015.

Hasta este momento, la doctrina mayoritaria en la jurisdicción de adultos venía asimilando el principio de oportunidad con la justicia negociada<sup>37</sup> y dentro de la justicia negociada se entendía la conformidad penal como su manifestación más patente.

Como señalan BARONA VILAR y ARMENTA DEU<sup>38</sup> la conformidad desde siempre se ha venido encuadrando como una manifestación del principio dispositivo en el proceso penal y, en consecuencia, como una clara excepción al principio de oficialidad que informa al mismo.

La conformidad es una forma de finalización del procedimiento sin celebración de la pertinente audiencia. Es decir, una forma de finalización anticipada del procedimiento. En la jurisdicción de menores no existen las ataduras que se constatan en la jurisdicción de adultos. Así, es en esta fase intermedia donde se puede modular la medida interesada y evitar la

---

<sup>37</sup> Entre otros GÓMEZ COLOMER, J. L., *La conformidad, institución clave y tradicional de la Justicia negociada en España*, Ob. Cit., pág. 17; ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*: Ob. Cit.; DEL MORAL GARCÍA, A., “La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)” Ob. Cit.

<sup>38</sup> BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 222 y ARMENTA DEU, T., *criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*. Ob. Cit., pág. 216.

celebración de una audiencia que pudiera suponer un mayor o menor efecto estigmatizante entre las partes.

Como manifiesta CHOZAS ALONSO<sup>39</sup> “La conformidad del acusado constituye una clara expresión de la justicia pactada, cuyo origen se encuentra en los procedimientos de *plea bargaining* y de *guilty plea*, que se vienen aplicando sistemáticamente desde finales del S. XIX en los Estados Unidos de América; y que desde hace un cuarto de siglo están teniendo una entrada triunfal en el Derecho procesal penal de los países europeos (con esa misma denominación en Gran Bretaña y con otros nombres en países como Alemania, “*absprache*”, Italia, “*patteggiamento*”, etc.). Se trata de una institución de naturaleza compleja, en virtud de la cual la parte pasiva del proceso penal otorga su consentimiento, que prácticamente vincula al Tribunal, para que se le imponga la pena solicitada por la parte acusadora, o la más grave de las pedidas si fueran varias las acusaciones (Ministerio Fiscal y acusador particular, por ejemplo). Lógicamente, obteniendo el acusado algún beneficio a cambio”.

Según BUTRÓN BALIÑA<sup>40</sup>, la podemos definir como un acto procesal de la defensa que encierra una declaración de voluntad de poner fin al proceso penal iniciado, en orden a lo cual manifiesta la aceptación de la acusación más grave.

Esta figura sigue enmarcada en el concepto tradicional de Justicia Retributiva. Es un pacto entre acusación y defensa con un claro tinte pragmático y utilitarista que se lleva a cabo de espaldas incluso a la propia víctima, salvo que ésta se haya personado como acusación particular, pero no tiene nada que ver con la Justicia Reparadora o Restaurativa.

---

<sup>39</sup> CHOZAS ALONSO, J. M., en “Otro avance de la «justicia penal negociada»: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013”, en *Diario La Ley*, N° 8129, Sección Tribuna, 18 Jul. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley.

<sup>40</sup> BUTRÓN BALIÑA, P. M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*. McGraw-Hill, Madrid 1998, pág. 156.

En la concepción tradicional del Derecho penal, la idea de Justicia está basada en torno a la noción de castigo y la pena es el elemento fundamental para poder llevarlo a cabo. Su imposición como castigo al delito cometido viene a ser valorado por la sociedad como una reacción adecuada pues sacia el ánimo de venganza de la sociedad y sirve para intimidar al autor y/o terceras personas para que no vuelvan a delinquir.

Desde esta perspectiva que ahora analizamos, la conformidad sólo es un mecanismo de aligerar la carga de trabajo de los Tribunales, o una forma simplista de recompensar el reconocimiento de los hechos o el pago de la indemnización con una rebaja de la pena<sup>41</sup>.

Sin embargo, en la jurisdicción de menores no se establece esta configuración de la sanción como castigo, sino más bien como medida reeducativa, por ello, puede darse el caso que las circunstancias del menor infractor hayan variado de tal manera que se aconseje en el momento de la pertinente audiencia una medida más lesiva a la inicialmente interesada, o incluso la paradoja que las circunstancias hayan cambiado sobremanera que haga necesario evitar la celebración de la misma para así salvar determinados supuestos o circunstancias que puedan afectar, tanto al menor infractor, como al menor víctima, intentándose para ello una conformidad penal. Pero, este último supuesto no se puede entender como una necesidad imperiosa de evitar el acto de juicio con una conformidad a toda costa, pues ello puede provocar el efecto adverso al realmente buscado.

Además, tampoco se puede configurar la conformidad como un aprovechamiento del miedo o temor del menor al acto del juicio, ya que pudiera ser que en aras a evitarlo aceptara determinados hechos que nunca ha cometido a tenor de una medida más o menos laxa. Es en este supuesto

---

<sup>41</sup> CUESTA MERINO, J. L. en “La mediación penal en España: presente y perspectivas de futuro” ponencia realizada el 30 de enero de 2014 en el seno del I Congreso Iberoamericano de Mediación Policial realizado en Villarreal (Castellón). Artículo facilitado por el propio autor.

donde se debe agradecer la profesionalidad de todos los operadores jurídicos que intervienen, ya que en la inmensa mayoría, con buen criterio, no aceptan la conformidad, al ver que el menor rechaza de plano unos hechos por él no cometidos. Sin embargo, una pequeña minoría de menores sí que acepta esta conformidad a pesar de sentirse inocentes, quizás debido a un mal asesoramiento, o quizás debido a que sus legales representantes piensan que “no le vendrá tan mal a mi hijo la medida que le piden, y así enderezara su conducta” e insisten al menor que reconozca unos hechos y acepte una medida que realmente no se merece al no haber cometido los hechos referidos.

En nuestra actual regulación se recoge la conformidad en dos artículos 32 y 36 de la LORPM, que establecen cuestiones diferentes.

Así en el artículo 32, se establece la posibilidad de asumir el escrito de alegaciones de la acusación<sup>42</sup> cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 7 LORPM (exceptuando las cinco primeras letras que hacen referencia a los internamientos) requiriéndose, por tanto, la voluntad del menor, letrado y legal representante (en el caso de existir una petición de responsabilidad civil) manifestada en una comparecencia ante el Juez de Menores.

El artículo 36 recoge la posibilidad de conformarse con cualquier medida en el acto de la audiencia y antes de empezar la misma.

Ahora bien, en ambos supuestos se recoge la necesidad de comparecer ante el Juez y manifestar la voluntad de asumir los escritos de alegaciones, si bien con las propias matizaciones que se establecen en la LORPM, de asumir sólo los hechos, pero no la medida, o de asumir hechos y medida, pero no la responsabilidad civil, o bien asumirlo todo.

---

<sup>42</sup> Entiéndase con la acusación más grave, conforme se establece en el artículo 791.3 LECrim.

Por ello, y siguiendo a DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA<sup>43</sup>, vemos cómo el régimen de conformidad de la LORPM abre las puertas a una transacción o “principio de consenso” entre las acusaciones y la defensa en relación a la medida o medidas a imponer, pudiendo entenderse, por tanto, como una manifestación del principio de oportunidad.

Como criterio contrario, podemos destacar a SALA DONADO<sup>44</sup>, que manifiesta que no se recoge la posibilidad de negociación entre las partes en la LORPM, al referirse a que se admitirá “lo que se haya formulado en el escrito de alegaciones” y si se presentara un nuevo escrito se podría entender contrario a la ley. También argumenta esta autora que esta negociación podría ir en contra del espíritu de la norma al vulnerar la finalidad reeducativa de la ley.

Se discrepa de lo manifestado por esta autora, pues si bien se dice que se aceptará lo que conste en el escrito de alegaciones de la acusación, nada obsta a que dichas alegaciones se puedan modificar, pues las mismas se establecen como provisionales hasta el momento de la audiencia, momento en el cual se pueden elevar a definitivas o no. Es por tanto, un despropósito que las alegaciones deban permanecer invariables hasta esa fase procesal y por ello perjudicar una hipotética conformidad.

Además, nada más lejano al espíritu reeducador de la ley es el poder modificar en cualquier momento la medida interesada al menor, a tenor de un cambio de circunstancias que así lo aconsejen, y evidentemente, el reconocimiento de los hechos puede ser una de ellas. Ya que de lo contrario se produciría una incongruencia con las diferentes posibilidades de modificación, sustitución o cese de la medida inicialmente impuesta y que sí

---

<sup>43</sup> DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal Del Menor*, Aranzadi 2001, págs. 295, 305 y 327

<sup>44</sup> SALA DONADO, C., *proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*. Universitat de Girona, 2002, págs. 396-397.

que encuentran expreso articulado en la LORPM<sup>45</sup>.

Ya se ha anticipado que no se comparte el criterio doctrinal de entender que esta conformidad penal es una manifestación del principio de oportunidad, pues si atendemos a la definición jurisprudencial del mismo, no se está disponiendo del ejercicio de la acción penal, sino más bien todo lo contrario, se está ejerciendo dicha acción dentro de los parámetros legales, es decir un hecho tipificado como delito y una medida (o pena en la jurisdicción de adultos) dentro de los límites legales de dicho delito, por ello, se deben respetar en todo caso los límites máximos y mínimos de dicha medida, ya que de otro lado el Juez, que es quien debe velar por la legalidad de dicha conformidad podría aceptarla o no<sup>46</sup>.

#### **4. PRINCIPIOS CON LOS QUE PUGNA Y FORMAS DE APARICIÓN**

Dentro de la configuración del principio de oportunidad se puede ver una dualidad del mismo, el sistema reglado o tasado y el sistema no reglado.

El sistema reglado está supeditado a una serie de supuestos legalmente previstos que si se dan pueden autorizar el uso del mismo, mientras que el sistema no reglado implica la voluntad del órgano legitimado para ello de disponer a su criterio o a un criterio general de dicha oportunidad penal.

Como ejemplo del sistema no reglado se puede destacar el sistema norteamericano donde se establecen infinitas posibilidades de finalización de un procedimiento Así desde un primer momento podemos destacar la Facultad policial de no procesar a un joven infractor (*Discretion*)<sup>47</sup>; los

---

<sup>45</sup> Artículos 13, 40, 51 de la LORPM.

<sup>46</sup> Artículo 787 LECrim.

<sup>47</sup> La mayoría de los ingresos que se producen al sistema de justicia juvenil provienen de los arrestos que realiza la policía. Sin embargo, la policía al igual que en otros países tales

sistemas de derivación de un joven a sistemas de intervención alternativos al criminal o la definición de *Status Offenders*<sup>48</sup>, hasta la figura del *plea bargaining* o “*decline to prosecution*”<sup>49</sup>, como más adelante se analizará. O incluso el derecho francés en la figura del archivo del procedimiento en interés del menor, sin ningún otro motivo.

Mientras que el sistema reglado tiene su exponente en los sistemas continentales como el alemán, portugués o incluso el español, como también luego veremos, ya que someten el uso de la oportunidad penal a supuestos legalmente establecidos y condicionados a determinados supuestos.

Ahora bien, tanto uno como otro supuesto pueden dar lugar a que dicho principio de oportunidad choque o se enfrente a otros principios generales del derecho. Así en este sentido podemos analizar los siguientes:

#### **4.1. Principio de oportunidad vs. principio de legalidad**

El principio de legalidad<sup>50</sup> se ve configurado en el artículo 25 de la Constitución Española, donde dispone que “nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no

---

como Canadá e Inglaterra, realiza una importante labor de derivación, ejerciendo sus facultades discrecionales. Esta facultad se traduce en que ellos actúan como primer filtro de los casos que son admitidos al sistema, derivando el resto a programas alternativos insertos en una red social y comunitaria que funciona en estrecha comunicación con la red de seguridad local.

<sup>48</sup> Esta categoría de clasificación legal se refiere a todos aquellos jóvenes que cometen una infracción que, de haber sido perpetrada por un adulto, no se hubiese considerado delito.

<sup>49</sup> Puede llevarse a cabo en base a diferentes motivos, bien por entender que la ofensa carece de relevancia para ser llevada a la Corte Federal, bien por las circunstancias personales del menor, que no tenga otros procedimientos penales abiertos, la contundencia de las pruebas contra él, las habilidades parentales de sus progenitores o tutores, siendo que también se han admitido como circunstancias a tener en cuenta sus aptitudes, su aspecto, el soporte familiar o social e incluso si comparece o no con abogado.

<sup>50</sup> Sobre este principio nuclear – o principio de principios – vid. Con carácter general, entre otros, PEREZ DEL VALLE, C., “Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2008; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; ESCALADA LÓPEZ, M<sup>a</sup>. L., *Los orígenes del principio de legalidad del Juez*. Universidad de Valladolid, 2007; LAMARCA PÉREZ, C., “Principio de legalidad penal”, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* n<sup>o</sup> 1, septiembre 2011-febrero 2012, págs. 156-160.

constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente”, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1 de la LECrim donde se establece que “no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles, cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”.

Conforme se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, éste principio implica una garantía material y otra formal<sup>51</sup>. Es decir, una material consistente en la necesidad de exigir la predeterminación normativa de las conductas delictivas y de sus sanciones y la formal, donde se establece el rango de la normativa que tipifica dichas conductas. Y esto es en lo que puede chocar o hacer parecer contrapuesto el principio de oportunidad, pues el principio de oportunidad rompe con el concepto estricto de la legalidad y prevé un sistema de aplicación del *ius puniendi* de una forma facultativa.

Ahora bien, se entiende que en modo alguno el principio de oportunidad vulnera el principio de legalidad, ni tampoco que esté en supremacía respecto de éste. El principio de legalidad está constitucionalmente establecido, mientras que el principio de oportunidad viene regulado en la LORPM. Por lo tanto el principio de oportunidad debe someterse siempre al principio de legalidad. Por ello se puede afirmar que sí que se cumplen los dos requisitos jurisprudencialmente recogidos, el material y el formal, ya que como señala MARTIN DELPONT<sup>52</sup>, con la implantación del principio de oportunidad se podrán vulnerar otras garantías, pero nunca las consagradas en el principio de legalidad. No hay derecho fundamental a la acción penal, sino un derecho a obtener una resolución motivada y congruente, ya que la ley permite la modulación en la

---

<sup>51</sup> Entre otras sentencias STC Sala 2ª de 19 julio 2010 (EDJ 2010/158823).

<sup>52</sup> MARTÍN DELPÓN, J. L., “El principio de oportunidad: análisis de derecho comparado” en *anales de la facultad de derecho*, 28; diciembre 2011, págs. 192-193.



intensidad del ejercicio de la acción penal, siempre y cuando respete las garantías constitucionales y las exigencias del principio de legalidad.

Así, en palabras de CASTILLEJO MANZANARES<sup>53</sup>, que hacemos nuestras, “el que se abogue por la introducción de la oportunidad no supone contraponerlo necesariamente al principio de legalidad, como criterio de actuación del Ministerio Público, pues el uso de la discrecionalidad no rompe la legalidad cuando es la propia Ley quien la autoriza y más aún si al autorizarla le fija sus límites. Este tipo de oportunidad es la existente en legislaciones como la alemana, belga, noruega, portuguesa, irlandesa, danesa, luxemburguesa, polaca, la de algunos cantones suizos y la Francesa, las que prevén, ya en supuestos concretos, ya para ciertos delitos, o ciertos delincuentes, ya para los delitos menores in genere, la aplicación del principio de oportunidad por el Ministerio Público, sea absteniéndose sin más de la acusación, sea suspendiendo ésta bajo ciertas condiciones o medidas, cuyo cumplimiento se impone al acusado, en una anticipación de lo que sería la condena condicional o el régimen de *probation*.”

Es de resaltar que este modo de actuar ya fue recomendado en la Reunión de Helsinki de 1986<sup>54</sup> al establecer la posibilidad de que el

---

<sup>53</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hacia un nuevo proceso penal (investigación y juicio de acusación)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009), págs. 207-269.

<sup>54</sup> Non-prosecución in europe (proceeding of the European Seminar), en Publicaciones del Helsinki Institute for Crimen Prevention, núm. 9, 1986, en CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hacia un nuevo proceso penal...” Ob Cit. Pág. 231.

Las conclusiones de la citada reunión eran el siguiente tenor:

“3.a. El Ministerio público o “*prosecutor*” debe tener posibilidades de abstenerse de acusar en base a ciertas condiciones que vinculen al imputado de una infracción.

3.b. Deben desarrollarse normas legislativas o administrativas en orden a la fijación de las condiciones que puedan ser impuestas en la decisión de abstención.

3.c. El objetivo principal de esas condiciones debe ser la mejoría del comportamiento del infractor y al compensación a la víctima de la infracción.

3.d. Las condiciones impuestas no deben restringir los derechos políticos del imputado ni deben tener naturaleza punitiva.

3.e. Las condiciones que pueden ir asociadas a una abstención deben ser similares a las que pueden ser impuestas en el cuadro de una condena condicional o una suspensión de condena.

3.f. Particularmente, en el caso de infracciones relacionadas con el uso de drogas o de

Ministerio Fiscal pudiera actuar absteniéndose de plantear una acusación en determinados supuestos.

Se puede concluir a este respecto, que, más que un choque del principio de oportunidad con el principio de legalidad, existe una contraposición del principio de oportunidad con el principio de “obligatoriedad” del ejercicio de la acción penal<sup>55</sup>, ahora bien, desde el momento en el que el legislador permite que se utilice esa oportunidad penal para apartarse de la citada obligatoriedad, en modo alguno se entiende contraposición o enfrentamiento del principio de oportunidad con el principio de legalidad o de obligatoriedad, ya que esta última desaparecería por mandato legal.

#### **4.2. Principio de oportunidad vs. seguridad jurídica**

La aplicación práctica del principio de oportunidad regulado en la LORPM, se manifiesta en dos fases, a las que ya hemos aludido antes, las diligencias preliminares y el expediente de reforma. Como posteriormente veremos, en las diligencias preliminares los Decretos del Ministerio Fiscal son irrecurribles. Tampoco hay una intervención de la acusación particular y la defensa también tiene limitadas sus funciones, lo cual conlleva lo que se puede considerar como un verdadero monopolio del procedimiento por parte del Ministerio Fiscal.

Esta actuación es la que puede chocar a la hora de emplear esta

---

alcohol debe ser considerada como una posible condición la posibilidad de sujeción a tratamiento médico o sumisión a vigilancia”.

<sup>55</sup> En este sentido CONDE PUMPIDO FERREIRO, C, *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989, Págs.. 291-302 y el artículo 105 LECrim: “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad”.

ponderación de aplicar el principio de oportunidad con los intereses en juego del resto de las partes y por ende, vulnerar la seguridad jurídica.

Así, el Tribunal Constitucional<sup>56</sup> concibe la seguridad jurídica como “una certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre la cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho, añadiendo que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica.”

Aunque si bien es cierto que, como ya se ha manifestado, la oportunidad penal no se ve contrapuesta con el principio de legalidad, ya que tiene acomodo en un precepto legal, no es menos cierto que si dicho precepto no determina con claridad qué supuestos son susceptibles de ser aplicados, sí que se podría incurrir en una contraposición con este principio.

Por ello, si es más que evidente que el sistema no reglado vulneraría la seguridad jurídica, no lo es tanto el sistema tasado<sup>57</sup>, el cual ya establece unas pautas y supuestos de aplicación.

En nuestro ordenamiento, por tanto, y en virtud de lo establecido en los artículos 18 y 19 de la LORPM no se vería vulnerada la seguridad jurídica al tasarse los supuestos en los que cabe apreciar la oportunidad penal de continuar o no con el procedimiento, pero sí que se entiende que la

---

<sup>56</sup> Entre otras la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 30 noviembre 2000 (EDJ 2000/40918), F.J. decimoquinto. También en este sentido la STC 104/2000, del pleno, de 13 de abril del 2000 (EDJ 2000/4331) F.J. séptimo.

<sup>57</sup> Sobre estos principios volveremos más adelante.

misma pudiera verse afectada en la fase de diligencias preliminares, como más adelante estudiaremos, en la que la decisión del Ministerio Fiscal, acertada o no, al respecto de desistir de la incoación del procedimiento puede parecer un tanto arbitraria al carecer de facultades de control por el resto de las partes.

#### **4.3. Principio de oportunidad vs. principio de intervención mínima**

En nuestro ordenamiento jurídico pudiera entenderse que el principio de oportunidad está íntimamente ligado al principio de intervención mínima, e incluso en ocasiones pudieran confundirse. Como es sabido, dicho principio incorpora tres exigencias básicas que, de acuerdo con la formulación alemana del mismo, se descomponen en: a) idoneidad, b) Necesidad (intervención mínima y subsidiariedad) y c) Proporcionalidad en sentido estricto<sup>58</sup>.

Concretamente, en la actual LORPM, se establecen los principios de intervención mínima y flexibilidad como ejes vertebradores de la misma. Así, en la originaria Exposición de Motivos de la LORPM, ya en el proyecto

---

<sup>58</sup> Sobre tal principio vid. con carácter general QUINTERO OLIVARES, G., “Acto, resultado y proporcionalidad” en *Estudios penales*. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca, universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, págs. 483 y ss.; MORILLAS CUEVA, L., “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 2, 1983, Págs. 61 y ss.; MIR PUIG, S., “Sobre El principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal” en *Revista de la facultad de Derecho de la facultad de Granada*, nº 12, 1987, págs. 243 y ss.; CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup>. L., “Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal” en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, Valencia, 1997, págs. 69 y ss.; GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990; JAREÑO LEAL, A., “La proporcionalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las reformas penales de 2003”, en *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia-Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs 389 y ss.; LOPERA MESA, G., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006; DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El Principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Colex, Madrid, 2011; y más recientemente vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y RUSCONI, M. (directores), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

inicial que se presentó, recogía en su punto noveno que “conforme a las orientaciones declaradas por el Tribunal Constitucional, anteriormente aludidas, se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que preside este proceso, haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución”, es decir, más que un principio de oportunidad se habla de un uso flexible del principio de intervención mínima, no haciéndose mención alguna al principio que nos ocupa en ningún momento en ese proyecto inicial, ni tampoco en la actual regulación de la ley.

Según establece el Tribunal Constitucional<sup>59</sup>, el hecho que el Derecho Penal constituya el mínimo ético indispensable para la convivencia en sociedad, por llevar aparejado el máximo reproche social, tanto en su faceta retributiva como en la pedagógica, así como las más duras consecuencias a través de la pena, cuyo carácter infamante y su repercusión en el futuro, por obra de los antecedentes, la hacen especialmente gravosa y temible, se ha traducido en el principio de intervención mínima, ya que según se desprende de la LO 3/1989<sup>60</sup> “en mérito suyo el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena; tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden”.

---

<sup>59</sup> STC Sala 1ª de 10 junio 1994 (EDJ 1994/5264).

<sup>60</sup> Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

Se trata, en definitiva, de poder llegar a una decisión sobre el procedimiento cuando existen indicios de delito sin necesidad de proceso o juicio, mientras que el principio de intervención mínima es aquel por el cual el Derecho penal únicamente debe castigar las infracciones que se consideren más perjudiciales para la sociedad, aquellas que tengan una mayor relevancia social, imponiendo un castigo proporcionado a su gravedad.

Como se puede ver, estos principios aparecen íntimamente ligados con el objeto de evitar procesos de estigmatización social, como así se recoge en la citada exposición de motivos, ya que incluso en diferente jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se hace referencia al principio de intervención mínima en lugar del principio de oportunidad, confundiéndose uno con otro<sup>61</sup> al hacer referencia a un uso flexible del principio de intervención mínima manifestado entre otras formas en el sobreseimiento del procedimiento por el Ministerio Fiscal a instancia de la entidad pública.

Mientras que en otras sentencias<sup>62</sup> se manifiesta que el principio de intervención mínima es consecuencia del principio de oportunidad penal.

Sin embargo, a nuestro entender, el principio de intervención mínima debe ser prioritario al principio de oportunidad penal, ya que éste último es un desarrollo del primero al poderse producir el mismo en diferentes fases del procedimiento, bien en el inicio del mismo, como en su tramitación o posterior ejecución.

En un primer momento, al iniciarse el procedimiento, la facultad

---

<sup>61</sup> En este sentido los autos de la Audiencia Provincial de Madrid 105/2010 de 26 mayo 2010 (EDJ 2010/181564), 124/2010 de 24 junio 2010 (EDJ 2010/165782), 17/2011 de 11 febrero 2011 (EDJ 2011/52747),

<sup>62</sup> En este sentido Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de septiembre de 2007. (EDJ 2007/208550).

sobre si procede o no iniciar el mismo sí que se puede entender como una manifestación del principio de intervención mínima, pero si una vez iniciado, y en la tramitación del mismo, se autoriza a disponer sobre el ejercicio de la acción penal a la parte legitimada para ello, no se trata de la aplicación de este principio pues el procedimiento está en tramite. Es en este supuesto en el que se ve clara la diferencia entre uno u otro supuesto.

#### **4.4. Principio de oportunidad vs. principio de contradicción e igualdad**

Nuestro Tribunal Constitucional, en reiteradas sentencias<sup>63</sup>, ha manifestado que el artículo 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, a consagrado también los principio de contradicción e igualdad, garantizando el acceso al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos<sup>64</sup>.

Este principio a lo largo del proceso de menores no tiene por que contradecirse, desde el momento en el que se prevé que el menor este asistido de letrado, en idénticos términos que en la jurisdicción de adultos, y que se de entrada a la víctima como acusación particular<sup>65</sup>.

Sin embargo, como posteriormente se verá, estos principios se pueden ver afectados por la decisión del Ministerio Fiscal de archivar un procedimiento sin necesidad de oír a las partes. No cabe duda, que si el archivo es por una conciliación, la misma, ineludiblemente, ha de ser

---

<sup>63</sup> Entre ellas la STC 76/1982, de 14 de diciembre de 1982 (EDJ 1982/76), y la STC 27/2009, de 26 de enero de 2009 (EDJ 2009/11665).

<sup>64</sup> En este sentido AYO FERNÁNDEZ, M. “Las garantías del menor infractor (ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre responsabilidad penal de los menores y sus modificaciones posteriores” en *Derecho penal y proceso penal RDPP* monografías. Thomson Aranzadi, 2004, pág. 283. También CALAZA LOPEZ, S., en “Principios rectores del proceso judicial español” en *Revista de Derecho de la UNED*, nº 8, 2011.

<sup>65</sup> Respecto del menor infractor, además del artículo 24 CE, tenemos el artículo 22 de la LORPM. Mientras que respecto del menor víctima el artículo 4 y 25 de la LORPM.

ratificada por ambas partes, y por eso no cabe pensar que una de ellas pueda oponerse *a posteriori*. Pero, aún en el caso que eso ocurriera, siempre cabe la posibilidad de recurrir al Juez de Menores ese archivo en base a una conciliación viciada.

Otro de los supuestos en los que se ve más claramente la quiebra de este principio es en el desistimiento del artículo 18, en el cual, el Ministerio Fiscal, de *motu proprio*, sin necesidad de oír a las partes, ya que todavía no tiene cabida la acusación particular y tampoco es preceptivo oír al menor denunciado, decide archivar el procedimiento y no dar trámite al mismo.

También se puede ver esta quiebra de contradicción, en los supuestos en los que el equipo técnico solicita el archivo por interés del menor en su preceptivo informe, o en el supuesto que el Ministerio Fiscal decida que ya tiene suficientes elementos de juicio para tomar una decisión sobre el procedimiento, a pesar de las peticiones de las partes.

Como vemos, son innumerables los supuestos donde se puede manifestar esta desigualdad o quiebra del principio de contradicción.

Sin embargo, a nuestro entender, la LORPM, y más concretamente la utilización del principio de oportunidad no producen quiebra alguna de este principio, pues como refiere la STC nº 115/2001<sup>66</sup>. “la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso, “sólo puede sufrir excepción, en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante [...]”, ya que, “aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre en su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las

---

<sup>66</sup> STC 115/2001, de 10 de mayo de 2001 (EDJ 2001/4675).



finalidades para las que se establecen<sup>67</sup>”.

Así, nuestra LORPM, que no debemos olvidar que es una Ley Orgánica de marcado carácter procesal, a raíz de los intereses en juego, ha decidido excluir en determinados momentos a las partes para dar total libertad al Ministerio Fiscal (en el caso del artículo 18 de la LORPM), o bien limitarles el campo de acción como puede ser en los supuestos de los artículos 19 o 27.4 de la LORPM. En estos últimos supuestos, el resto de partes, en caso de disconformidad pueden plantear, tan sólo, los oportunos recursos ante el Juez de Menores.

Por ello, queda perfectamente justificada la exclusión total o parcial que realiza la LORPM de las partes sobre la decisión del Ministerio Fiscal a la hora de aplicar este principio. Sin embargo, en los supuestos en los que ya se ha incoado expediente de reforma, atendiendo a las diferentes modificaciones legislativas que se han venido haciendo a la LORPM, se plantean serias dudas, ante las lagunas que demuestra el texto actual de la Ley, de si efectivamente las partes pueden tener o no algún tipo de intervención, o incluso sustentar, la acusación particular, por si sola la acusación del menor expedientado. Decimos que son serias las dudas que se han generado al respecto, pues las Audiencias Provinciales han demostrado planteamientos discrepantes al respecto, no así la Fiscalía, que en todo momento ha pensado que no se puede sustentar la acusación sólo por una de las partes en contra del criterio del Ministerio Fiscal<sup>68</sup>.

#### **4.5. Formas de aparición del principio de oportunidad**

Una vez analizada en los epígrafes anteriores, si existe o no una

---

<sup>67</sup> STC 3/1983 Pleno de 25 enero 1983 (EDJ 1983/3), 99/1985 STC Sala 2ª de 30 septiembre 1985 (EDJ 1985/99), 164/1991 STC Sala 1ª de 18 julio 1991 (EDJ 1991/8073), 48/1995 STC Pleno de 14 febrero 1995 (EDJ 1995/239), entre otras.

<sup>68</sup> Este asunto es objeto de estudio en epígrafe aparte dentro del análisis de la fase de expediente de reforma, al cual nos remitimos.

posible confrontación entre el principio de oportunidad penal y el resto de principios, vemos que no necesariamente se produce un choque de principios entre el que aquí analizamos y los principios constitucionales limitativos del *ius puniendi* estatal.

Por ello, y como ya se ha avanzado, en base a estas definiciones se delimitan los dos sistemas del principio de oportunidad, el reglado y el libre o no reglado, ya se ha anticipado, también, que el sistema no reglado puede provocar una arbitrariedad a la hora de su aplicación y, por ende, una vulneración de algunos de los principios anteriormente expuestos. Pero el sistema reglado, en el momento en el que se tasan los supuestos de actuación, puede aminorar, por no decir eliminar, ese riesgo de arbitrariedad conforme se vayan estableciendo *números clausus* en su regulación.

A su vez, el principio de oportunidad puede conceptualizarse como “*puro*” cuando las partes son absolutamente dueñas de provocar la finalización anormal del procedimiento, y “*bajo condición*” cuando el procedimiento permanece condicionado a que el imputado cumpla con determinados objetivos<sup>69</sup>.

En el derecho comparado existen ordenamientos, como el francés o el sistema de los Estados Unidos de Norteamérica, en los que se establece la discrecionalidad del Fiscal de archivar un determinado asunto sin estar sometido a parámetros legales, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico, y más concretamente en el que nos ocupa, la LORPM, se establece una regulación tasada sobre en qué supuestos cabe esa oportunidad o no.

Como señala TAMARIT SUMALLA<sup>70</sup>, uno de los aspectos

---

<sup>69</sup> En este sentido Nota de Jueces para la Democracia sobre el Principio de Oportunidad, en marzo de 1989. Disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/congresos/IVCONGRESO/ponencias/I/Principio%20de%20oportunidad.pdf>.

<sup>70</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M., “El nuevo derecho penal de menores ¿creación de un sistema penal?” en *Revista Penal* nº 8, 2001.

fundamentales que no puede rehuir la legislación sobre menores radica en la previsión de mecanismos para limitar la intervención del sistema penal a los supuestos en que la misma resulta más necesaria, debiéndose establecer para el sistema un mayor grado de flexibilidad y desformalización.

Es por ello, por lo que se hace necesaria la regulación de este principio de oportunidad de una forma tasada, que lo que pretende es que aquellos menores que cometen hechos delictivos de escasa entidad y que se puede constatar que se trata de hechos puntuales, sean diferidos de un procedimiento penal, ya que se considera suficiente el reproche sufrido por el menor por el mero hecho de ver las consecuencias de sus actos.

Así, la introducción del principio de oportunidad reglada ha sido aplaudido por la mayoría abrumadora de la doctrina, y a mayor abundamiento, el legislador ha considerado que la oportunidad y la flexibilidad son principios fundamentales del proceso de menores en pro de la faceta educativa de la intervención en menores y del superior interés del propio menor. De este modo, y conforme manifiesta FRANCÉS LECUMBERRI<sup>71</sup> y al unísono de las pretensiones de la ley, la introducción de estos márgenes de oportunidad optimizarán los principios generales de intervención mínima y carácter fragmentario del Derecho Penal

Ya en la antigua LO 4/1992 se decía en su exposición de motivos que “se dispone que la dirección de la investigación y la iniciativa procesal corresponderán al Ministerio Fiscal, de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador. A éste se le otorgan amplias facultades en orden a acordar la terminación del proceso con el objetivo de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo puede llegar a producir”

Para posteriormente recoger en su articulado, en el 15.1, que

---

<sup>71</sup> FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor”. En *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Octubre 2012. Pág. 7.

“atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones”.

Como podemos ver, la aplicación del principio de oportunidad ya se introdujo en la citada ley. Y en la misma, la instrucción del Ministerio Fiscal, la cual se ha demostrado eficaz a lo largo del tiempo en que estuvo en vigor la reforma de la ley 4/92 y la actual LORPM al haber alcanzado una consolidación en nuestro sistema la figura del Fiscal como instructor. Esta figura, y concretamente en el ámbito que nos ocupa, ha servido para agilizar una jurisdicción con plazos más cortos que la de adultos y con necesidades diferentes, ya que, como ya se ha manifestado, predomina la función reeducadora del menor frente a la sancionadora.

Por ello, se pueden entender las críticas que se hicieron en su momento a la regulación de este juicio de oportunidad y que la misma se entendiera como una actuación discrecional del Fiscal, dada la novedad de tal institución y los problemas prácticos que se pretenden poner de manifiesto en este trabajo y que perduran hasta la actualidad.

A pesar de estas necesidades, y visto que en la LO 4/92 ya se recogió, en el texto original de la LORPM, no se reguló este principio en un solo artículo, y las manifestaciones del mismo se establecen en distintas fases, como es en diligencias preliminares, expediente de reforma e incluso en la ejecución de las medidas, debiéndose localizar a lo largo del articulado de la LORPM.

Pero a fin de poder entender el concepto del principio de oportunidad podemos ver el contenido y la evolución del artículo 18, como su máximo exponente.

Así cuando se reguló originariamente, se decía:

“Artículo 18. Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar.

1. El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando, tratándose de menores de dieciséis años, los hechos denunciados puedan encontrar su corrección en el ámbito educativo, familiar o comunitario, y a ello se comprometan los padres o representantes legales del menor, o los responsables de las correspondientes instituciones sociales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación, si procede, de lo establecido en el artículo 3.1 de la presente Ley. Si dicha entidad le comunicara la imposibilidad de obtener el aludido compromiso, el Ministerio Fiscal podrá incoar el expediente. Lo dispuesto en el presente apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

2. Solamente son susceptibles de dar lugar a corrección en el ámbito educativo, familiar o comunitario, a los efectos del apartado anterior, los supuestos en que los hechos cometidos constituyan delitos menos graves o faltas con arreglo al artículo 13, apartados 2 y 3, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley.”

Sin embargo, de los diferentes debates parlamentarios que tuvo el citado artículo, ninguno de ellos fue de supresión, sino más bien todo lo contrario, entendiéndose que el citado desistimiento debía garantizar que efectivamente se había conseguido un compromiso del menor<sup>72</sup>, para afrontar su futuro fuera del ámbito delincencial.

Es cierto que se postularon propuestas encaminadas a documentar el compromiso del menor<sup>73</sup>. Sin embargo, las mismas no prosperaron. Pero sí

---

<sup>72</sup> Así las enmiendas que se presentaron fueron:

Enmienda n. 179 del G.P. Catalán (CiU)

Enmienda n. 39 del G.P. Federal IU, apartado 1

Enmienda n. 40 del G.P. Federal IU, apartado 1

Enmienda n. 41 del G.P. Federal IU, apartado 1

Enmienda n. 124 de la Sra. Almeida Castro (GMx), apartado 1

Enmienda n. 98 de la Sra. Lasagabaster Olazábal (GMx), apartado 2

Enmienda n. 125 de la Sra. Almeida Castro (GMx), apartado 2

Enmienda n. 126 de la Sra. Almeida Castro (GMx), apartado 2

<sup>73</sup> En este sentido la enmienda n. 40 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

la enmienda núm. 179 del Grupo Parlamentario Catalán-CiU, en la cual y para evitar que la incoación del expediente al menor pueda depender de los mayores o menores recursos económicos de su familia se eliminó la referencia a que “los hechos denunciados puedan encontrar su corrección en el ámbito educativo, familiar o comunitario, y a ello se comprometan los padres o representantes legales del menor, o los responsables de las correspondientes instituciones sociales”, ya que se entendía que dicho compromiso podía quedar supeditado a unos mayores o menores recursos familiares. Y fue en este momento en el que se desvirtuó el contenido del citado artículo<sup>74</sup>, porque a pesar de eliminarse toda referencia a dicho correctivo familiar, el título del artículo no fue modificado manteniéndose “*Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar*”.

Ahora bien, ¿qué justificación encontramos a este contenido? Pues la respuesta a esta pregunta se encuentra en la propia exposición de motivos de la LORPM, ya que en la misma se establece que, “conforme a las orientaciones declaradas por el Tribunal Constitucional, anteriormente aludidas, se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso, haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no

---

Al artículo 18.1, en la que pretendían modificar “...dicho compromiso se llevará a cabo por comparecencia ante el Ministerio Fiscal. El menor, también deberá mostrar su conformidad con el compromiso asumido, ante el Ministerio Fiscal...”, todo ello debido a que del tenor literal del texto, se desprende que el compromiso lo ha de ser con la corrección. Y se establece una especie de formalización del compromiso a través de la entidad pública de protección de menores. Esto puede plantear serios problemas y debería regularse el modo de efectuar ese compromiso o simplemente que bastara con hacerlo ante el Fiscal. También sería conveniente recoger el consentimiento del menor, ya que, aunque en fase extraprosesal o extraexpediente, no deja de ser una aceptación de su participación en algo objetivado como punible.

<sup>74</sup> También se hace referencia a ello en DIAZ MARTÍNEZ, M., *La instrucción en el proceso penal de menores*, Colex, 2003, pág. 62.

apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución”<sup>75</sup>. Es decir, dentro del objetivo reeducador de la ley se entiende una posibilidad de no producir efectos estigmatizantes en los menores y que una vez conseguido el reproche de su conducta eviten la injerencia que el peso de la ley les pudiera acarrear.

Es en las diferentes fases procesales cuando es posible alcanzar este objetivo, como posteriormente veremos.

## **5. CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

Por ello y finalizando el presente apartado, podemos concluir que el principio de oportunidad, si bien está íntimamente ligado al principio de intervención mínima y al de legalidad, no es más que un desarrollo de los mismos. En el ejercicio de la función instructora que tiene el Ministerio Fiscal, se configura y se debe configurar, de una forma reglada, bajo los parámetros establecidos en la LORPM, como la posibilidad que se otorga al Ministerio Fiscal de minimizar la injerencia del procedimiento penal respecto de las partes intervinientes. Desde un primer momento, no ejerciendo la acción penal, o bien, desde un momento posterior, admitiendo como forma de finalizar el procedimiento el hecho que se haya producido, en los supuestos legalmente establecidos, un reproche real a la actuación del menor infractor.

A la vista de cuanto se ha expuesto, propondremos el siguiente concepto “el principio de oportunidad confiere al titular público de la acción penal, en este caso el Ministerio Fiscal, la potestad para disponer de la misma, aunque esté acreditada la comisión de un delito por una persona, en

---

<sup>75</sup> Apartado 9 de la exposición de motivos de la LORPM.

cualquier fase del procedimiento, siempre y cuando se cumplan con los requisitos legalmente establecidos en la legislación aplicable, en este caso la LORPM, debiéndose arbitrar cuantas formas de control se estimen procedentes para evitar su confrontación con el principio de seguridad jurídica.”



## **CAPÍTULO II**

### **ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES**

#### **1. CONSIDERACIONES GENERALES**

El principio de oportunidad se comienza a plantear en la doctrina a partir de la Primera Guerra Mundial. A partir de dicho acontecimiento el contexto social hace que se experimente un considerable ascenso de conductas criminales leves y menos graves. Tras la Segunda Guerra Mundial, comienzan a florecer los delitos leves de tinte patrimonial y económico. Es en este momento, por tanto, cuando se empieza a notar la necesidad de modificar y reformar los ordenamientos procesales penales de cuño decimonónico para poder afrontar con eficacia la nueva situación<sup>76</sup>.

Esto es así, pues los principios inspiradores que informan y configuran las características esenciales de los sistemas de enjuiciamiento criminal en los países democráticos se basan en los postulados filosóficos y humanistas impulsados tras la Segunda Guerra Mundial<sup>77</sup>. El proceso que surgió a partir de este momento histórico se ha caracterizado, no sólo por la ratificación de numerosos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho de defensa y a un proceso público con todas las garantías, sino también por una constante voluntad de incrementar y garantizar el derecho a la defensa en la fase de

---

<sup>76</sup> En este sentido RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pág. 120

<sup>77</sup> MARTÍN DELPÓN, J. L., “El principio de oportunidad: análisis de derecho comparado” Ob Cit., pág. 189 ss.

instrucción, divergiendo cada vez más del modelo inquisitivo.

Como manifestaciones de este principio de oportunidad podemos destacar el sistema anglosajón, mientras que Alemania, Portugal e Italia son los primeros países de nuestro entorno que incorporan, en mayor o en menor medida, el citado principio en el proceso penal.

Según MARTÍN DELPÓN el principio de oportunidad tiene su razón de ser en el aumento de los litigios penales y, en ocasiones, en la escasez de recursos humanos y materiales para poder afrontar con plenas garantías un proceso penal dentro de los cauces legalmente ordenados. La simplificación, la reducción del proceso se muestra, sin duda, como un elemento de especial eficacia en este sentido ya que supondrá un notable acortamiento de los trámites procesales con ahorro de esos medios materiales y humanos de los que la administración de justicia carece.

En nuestra doctrina jurídica han existido diferentes argumentos tanto a favor como en contra de la introducción del mismo.

Así, podemos destacar a CONDE PUMPIDO FERREIRO<sup>78</sup>, quien establece que mientras la criminalidad más grave es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que determinen y clarifiquen el conflicto, la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva y constitutiva de hechos aislados y no repetibles en la vida de su autor, debe conducir a soluciones de consenso, que contribuyan a la no estigmatización de quien, por la ocasionalidad de su infracción, no es propiamente un delincuente. En tales casos la búsqueda de la pacificación del proceso a través del consenso es un imperativo ético jurídico y el mantener en este terreno a ultranza el principio de legalidad es, con frecuencia, convertir un proceso público,

---

<sup>78</sup> CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, en *Revista del Poder Judicial*. Número especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, vol. 6/1989, pág. 24.

como el penal, en instrumento de intereses puramente privados, y que sólo el principio de oportunidad permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado de los hechos punibles, eligiendo la persecución de aquellos en los que existe un verdadero interés social de punición y excluyendo las bagatelas penales, esto es, los hechos con un mínimo interés social y en los que la pena carece de significación.

## **2. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES**

Históricamente nos podemos encontrar con sistemas de justicia juvenil que se encuentran a caballo de un sistema de protección puro, intentando proteger al menor que se encontraba en situación de riesgo, y de un sistema penal, reaccionando ante el menor infractor.

Esto nos lleva a ver cómo han evolucionado hasta nuestros días sistemas que han venido a equiparar la justicia juvenil a la de adultos, sometiendo a los menores a consecuencias que difieren mucho de la conceptualización y espíritu de nuestra actual regulación, aunque subyace una reminiscencia de la función tutelar originaria.

En nuestro ordenamiento, históricamente, no se dispone de un sistema propio de justicia juvenil a similitud del actual. Se puede observar cómo desde el Fuero Juzgo, El Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real o las Partidas, se adecua el sistema penal de adultos a los menores, atemperando o minorando la respuesta dependiendo de determinadas circunstancias, e incluso, de la edad del menor.

Ni siquiera el Pare d'orfens de Valencia, Aragón o Navarra, establece un procedimiento penal individualizado para los menores, ya que el mismo se configura más como una sistema de protección que de represión.

Quizás uno de los antecedentes primeros que se constatan y en el que

se puede ver una aplicación de este principio de oportunidad es en la regulación de los Toribios de Sevilla<sup>79</sup>, pues en la misma se establece un sistema ante infracciones cometidas por menores, si bien al margen de la jurisdicción penal, sometido a los acuerdos que adopten los menores en el seno de la casa donde se encuentran acogidos, estableciéndose que dichos acuerdos serán refrendados por el padre Toribio de Velasco y ejecutivos entre los menores.

Este sistema se ha considerado como un adelanto en siglo y medio a la famosa institución norteamericana *George Junior Republic*, establecida en Freeville, en el condado de Tompkins, Estados Unidos de América del Norte, por Mr. George, en el año 1887, y a la que se considera en los medios

---

<sup>79</sup> Así, refiere FRAY GABRIEL BACA (en BACA, FRAY G.: *Los Toribios de Sevilla*, Asociación de Católicos de Madrid, reimpresión de 1880), el ingreso del menor en la institución del padre Toribio de Velasco: “La primera diligencia que se hacía cuando venía alguno nuevo a la casa era juntar la comunidad en una pieza, que para este efecto estaba destinada, y se llamaba la Sala de Comunidad; allí se ponían todos sentaditos en dos filas o en dos coros, presididos de su humildísimo jefe, que, sin distinguirse de los niños, también se sentaba en el suelo como ellos. Al recién venido lo ponían de rodillas al fin de todos, de modo que hiciera frente a nuestro Hno. Toribio; éste le preguntaba ante todas las cosas la doctrina, y después que respondía, o que no respondía, a ella, como era lo más ordinario, mandaba que se pusiesen en pie todos los que conociesen al nuevo huésped. Se levantaban dos, tres o más, y luego le mandaba a uno que dijese en público cuanto supiese de aquel pobre, que, en ademán de penitente, estaba de rodillas, para oír la acusación de sus excesos; al punto refería cuantas travesuras o picardigüelas había hecho en su presencia, o con su asistencia; y mandándole sentar a este primero, hablaba otro, y después otro, hasta que todos concluían. De esta suerte quedaba hecha una sumaria, y el reo confeso y convicto en sus delitos”.

Seguidamente el Hno. Toribio preguntaba a sus muchachos sobre la determinación a tomar con el acusado “Para darla sentencia, consultaba nuestro Hermano allí mismo con sus niños, preguntándoles y haciéndoles decir qué penitencia les parecía conveniente y debida a los delitos que habían oído de aquel miserable. Ellos, sin mucha dificultad, resolvían, y con no poca crueldad recetaban azotes, ayunos, cárceles, etc.; pero nuestro Hermano, con su piedad innata, moderaba los rigores. Decíales con el más dulce agrado que todo aquello sería conveniente y necesario si aquel pobrecito hubiera sido antes amonestado o reprendido ; pero que debían considerar que hasta aquel punto había andado ciego, sin la luz del santo temor de Dios ; y tomando la mano de este exordio le hacía al reo una plática espiritual fervorosísima, llena de consejos, amonestaciones y prevenciones para lo futuro, tan proporcionada a la edad y capacidad del delincuente que acreditaba en estas pláticas las grandes luces y prudente discreción de que le había dotado el cielo para su piadoso ministerio. Concluía exhortándole al arrepentimiento y a la enmienda, y remitiendo los castigos para cuando su incorregibilidad los hiciese indispensables; pero siempre de pronto y para la recepción se le daba una disciplina, que era la propina de que ninguno se excusaba en su entrada, y se le señalaba el último lugar entre sus hermanos”.

científicos como la iniciadora de las instituciones reeducadoras en nuestra época<sup>80</sup>.

Como se desprende de estas manifestaciones nos encontramos con una primera expresión del principio de oportunidad no reglado, pues si bien el menor infractor era sometido a un juicio, el mismo se apartaba de todo procedimiento legalmente establecido y se podría enmarcar en un primer intento de justicia restaurativa, ya que el menor atendiendo a sus circunstancias personales era merecedor de uno u otro castigo, siempre moderado por la figura del Hermano Toribio.

Esta regulación a caballo entre la protección y la reforma ha ido evolucionando hasta nuestros días. En España el primer Tribunal se creó en la ciudad de Bilbao, el 8 de Mayo de 1920<sup>81</sup>. En ese momento se destaca que los Tribunales de Menores tenían una triple función, la llamada facultad protectora, en beneficio de los menores de 16 años víctimas de un mal ejercicio de la patria potestad, la llamada facultad reformadora en el caso de los menores delincuentes o descarriados y el enjuiciamiento de los mayores de 16 años, en determinados supuestos.

Como señala GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, el sistema tuvo sus momentos álgidos en los años cincuenta en plena dictadura franquista y en un claro intento de control de la juventud. Pero la escasa judicialización de los Tribunales de Menores fue ya puesta en tela de juicio en los años setenta. Es a partir de estas fechas que se inicia una tímida reforma dando entrada en los Tribunales de menores como jueces unipersonales, a personal en activo de la Carrera Judicial o Fiscal y se incluyó una referencia a la

---

<sup>80</sup> ROCA CHUST, T., *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Valencia, Sección de Publicaciones del Consejo Superior de Protección de Menores, 1968, pág. 45.

<sup>81</sup> En este sentido GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., “La Ley 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *manuales de formación continuada*, nº 9, 2000, ejemplar dedicado a *Justicia de menores : una justicia mayor : comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, pág. 28.

necesaria sujeción de los Tribunales Tutelares de Menores al ordenamiento jurídico, respetando en todo caso la jerarquía normativa. Por ello, vemos que cuando se procede a regular el primer precedente legislativo de nuestra actual legislación, es en la LTTM. Si bien no se recoge este principio de oportunidad, la misma se configura con un carácter educativo y tutelar (Art. 9 LTTM) cuyo fin es la corrección moral del menor sometido a ella, concretado en programas levantados sobre la idea de peligrosidad, y orientada a la rehabilitación, la reforma y la tutela, pero con una cierta libertad de criterio para adoptar la solución al caso concreto (Art. 16 LTTM). Sin embargo ello nos llevaba a una aplicación un tanto arbitraria del derecho penal de menores, demostrándose que la aplicación de las penas era más por cuestiones ideológicas que debido a criterios de imparcialidad y equidad, llegando incluso a sancionarse más a las chicas que a los chicos. Así un estudio sobre la actuación del Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona durante los años 1975 a 1985, demostró la arbitrariedad en la aplicación de las medidas y la ausencia de un criterio lógico en la aplicación de las mismas. La "*libertad de criterio*" establecida en el Art. 16 de LTTM sirvió para un endurecimiento en el control social de los jóvenes, hecho de una forma arbitraria y discriminada. De ahí que la reacción, que posteriormente se produjo, a favor de un sistema garantista, tenía un fundamento no sólo legítimo y constitucional, sino también de mejora del sistema<sup>82</sup>.

En este sentido, se plantearon por diferentes Juzgados de Menores, varias cuestiones de inconstitucionalidad, y ello provocó que el Tribunal Constitucional se pronunciara en la STC 36/1991, de 14 de febrero<sup>83</sup>, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 15 y, por lo tanto, todo el procedimiento.

---

<sup>82</sup> En este sentido GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. *Justicia de menores: Una justicia mayor*. Ob. Cit., pág. 29

<sup>83</sup> STC 36/1991, de 14 de febrero (EDJ 1991/1562)

Fruto de este vuelco normativo se dictó Ley 4/1992 de reforma urgente de los Tribunales Tutelares de Menores<sup>84</sup>. En la citada norma se estableció la primera regulación del principio de oportunidad, cuando se decía en su exposición de motivos que “se dispone que la dirección de la investigación y la iniciativa procesal corresponderán al Ministerio Fiscal, de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador. A éste se le otorgan amplias facultades en orden a acordar la terminación del proceso con el objetivo de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo puede llegar a producir”

Para recoger posteriormente en su articulado, en el 15.1, que “atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones a circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia a intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones”.

Como se puede ver, esta norma, otorga un especial protagonismo al Ministerio Fiscal, quien asume el control de la legalidad, de los derechos de los menores y, como novedad, la instrucción del procedimiento.

Años más tarde, y tras la aprobación del Código Penal de 1995, se tramitó y se aprobó, tras un largo debate parlamentario, la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de menores, que remitida por el gobierno al Congreso de los diputados, fue aprobada el 23 de Diciembre de 1999 en el último pleno de la legislatura. Como señala GIMENEZ-SALINAS I COLOMER<sup>85</sup>, la Ley pasó como vulgarmente se dice “sin pena ni gloria” ya que fue discutida en la misma sesión que la polémica Ley sobre extranjería.

---

<sup>84</sup> En adelante LRTTM.

<sup>85</sup> En este sentido GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. *Justicia de menores: Una justicia mayor*. Ob. Cít., pág 33.

El contenido de la citada norma en lo referente al principio de oportunidad es objeto de estudio a continuación.



## **CAPÍTULO III**

### **REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

En el presente epígrafe vamos a analizar los diferentes sistemas de derecho comparado<sup>86</sup>, unos por proximidad, como el francés, italiano y portugués, y otros, por las características que presentan y por entender que los mismos son paradigmáticos de dos corrientes diferenciadas, como es el derecho alemán y el norteamericano.

Si bien, al no tratarse de un trabajo de desarrollo del derecho comparado, se procederá a realizar un análisis general del sistema de justicia juvenil, el procedimiento, medidas penales que se adoptan respecto de los menores infractores y aquellas manifestaciones más relevantes del principio de oportunidad, para finalmente proceder a realizar unas conclusiones finales sobre aquellos aspectos que se consideran relevantes de cara a una mejora de nuestro sistema

Así, en líneas generales, se puede destacar de todos los sistemas

---

<sup>86</sup> Se puede ver un exhaustivo análisis de los sistemas de justicia penal juvenil en el ámbito de derecho comparado en la ponencia de FERREIROS MARCOS, C.E., “Cooperación jurídica internacional en materia de responsabilidad penal de los menores”, realizada en los cursos de formación de Fiscales especialistas en menores (Jornadas de Fiscales delegados de Menores), celebradas en Madrid en octubre de 2013. Obra facilitada por el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia y por el propio autor.

Respecto a los diferentes textos normativos internacionales que se van a mencionar a continuación, se han obtenido algunos desde su fuente original, mientras que otros se han obtenido traducido al inglés desde la página web del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, <http://www.oijj.org>.

estudiados que en los mismos se desarrollan tanto funciones tutelares como punitivas en un mismo procedimiento, cosa que se superó en España con la aprobación de la Ley 4/1992 tras la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, al establecerse en dos sistemas diferenciados la protección y la reforma de los menores y determinarse un nuevo procedimiento penal diferente al sistema anterior, con una presencia del Ministerio Fiscal y unas garantías procesales de las que se adolecía<sup>87</sup>.

También se puede reseñar que los diferentes ordenamientos estudiados establecen una amplitud de medidas que se pueden enmarcar en esa doble vertiente tutelar y punitiva, llegando, alguno de ellos a aplicar desde la privación de la patria potestad de los padres (sistema francés o norteamericano), una sanción económica o multa al menor (sistemas francés, portugués o italiano), o incluso la cadena perpetua en Estados Unidos. Estas cuestiones ni siquiera se plantearon en nuestra actual regulación y, hoy en día, no encuentran paralelismo alguno en el elenco de medidas que se reflejan en el artículo 7 de la LORPM.

## **2. DERECHO ALEMÁN**

### **2.1. Análisis del sistema alemán**

En primer lugar se hace obligado citar que la *Jugendgerichtsgesetz* (Ley del Tribunal de menores, en adelante JGG)<sup>88</sup> es la más antigua de las legislaciones que contemplan un sistema de justicia penal juvenil distinto de la jurisdicción de adultos y de la legislación tutelar de menores<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Con esta manifestación no se está diciendo que el resto de sistemas de derecho comparado y que se van a analizar carezcan de garantías procesales, ni que no intervenga el Ministerio Fiscal, que inicialmente se pretende poner de manifiesto una de las diferencias fundamentales de estos sistemas, y que no es objeto de estudio en el presente trabajo, como son las diferentes consecuencias del proceso y las posibles medidas a imponer a los menores.

<sup>88</sup> *Jugendgerichtsgesetz*, de 11 de diciembre de 1974. Disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/jgg/gesamt.pdf>

<sup>89</sup> Se puede ver un análisis de este sistema en CANO PAÑOS, M. A., *El futuro del Derecho*

Como destaca MARTIN DELPONT<sup>90</sup>, Alemania ha sido el primer país de la órbita cultural europea civilista que consagró la dicotomía entre el principio de legalidad como regla general (§ 152 II StPO<sup>91</sup>) y el principio de oportunidad en lo que corresponde al ejercicio de la acción penal (§ 153 StPO).

Este principio de oportunidad, tal y como queda concebido, se plasmó en la legislación procesal alemana desde principios del siglo XX y su fundamento obedece a la finalidad, en virtud de la cual, sólo debe imponerse una sanción penal cuando ningún otro medio educativo sea considerado eficaz<sup>92</sup>.

El derecho Alemán de menores tiene ciertas similitudes con el derecho español. Ya en su artículo § 19 del StGB<sup>93</sup> establece que "estará exento de responsabilidad quien, en el momento de la comisión del hecho no tenga catorce años de edad". En dicho ordenamiento se establece que el límite superior es cuando los niños alcanzan la mayoría de edad civil (18 años desde el 1 de enero de 1975).

La responsabilidad penal de los jóvenes mayores de catorce años, no aparece regulada tampoco en el StGB, sino que ha sido recogida en una ley

---

*penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Atelier, 2006; AYO FERNÁNDEZ, M. "Las garantías del menor infractor (ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre responsabilidad penal de los menores y sus modificaciones posteriores", en *Derecho penal y proceso penal RDPP monografías*, Thomson Aranzadi, 2004, págs. 87 a 96. MORA ALARCON, J. A., *Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant Monografías, 2002, pág. 24 y ss., COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, 2011; HIGUERA GUIMERA, J. F., *Derecho penal juvenil*, Bosch, 2003, pág. 203 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "La legislación penal juvenil en Alemania", en *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 15, 1996.

<sup>90</sup> MARTÍN DELPÓN, J. L., "El principio de oportunidad: análisis de derecho comparado..." Ob Cit., pág. 197.

<sup>91</sup> *Strafprozeßordnung*, (ley de Procedimiento Penal) disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>.

<sup>92</sup> ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*: Ob. Cit., pág. 45.

<sup>93</sup> *Strafgesetzbuch* (Código penal alemán).

especial, la JGG<sup>94</sup>, y en la *ErstesGesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes*<sup>95</sup>, aplicándose supletoriamente el Código penal alemán en cuanto en la JGG no se disponga otra cosa.

El § 1 de esta norma resulta de aplicación cuando un *Jugendlicher* (menor de edad) o un *Heranwachsender* (joven semiadulto) cometa una infracción que se encuentre castigada con una pena de acuerdo con las disposiciones generales<sup>96</sup>. Remitiéndose, al igual que en la legislación española a la jurisdicción de adultos (StGB) a fin de regular las infracciones de los menores.

La actual legislación se enmarca dentro del movimiento de reforma que a nivel internacional se promovió a raíz de la diferente normativa y Tratados internacionales que provocaron la creación de tribunales especiales para menores, orientados a la tutela y corrección de los infractores de ley penal.

Con anterioridad a ello existía una respuesta puramente punitiva que ha sido sustituida por otra inspirada en el “principio educativo” (*Erziehungsgedanken*), que confiere a la JGG el carácter de un derecho penal fundamentalmente preventivo-especial. Todo ello, al igual que nuestro sistema español, sin renunciar a la imposición de penas, ni a la prevención general (o a la retribución). Así, para lograr sus objetivos, se hace depender de la presencia de la capacidad de culpabilidad<sup>97</sup>, mientras que en los jóvenes semiadultos no se establece esta necesidad de valorar su

---

<sup>94</sup> BGBl.I, 3427

<sup>95</sup> *ErstesGesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes* (primera Ley para la modificación de la Ley de Tribunales de jóvenes), de 30 de agosto de 1990. BGBl.I, 1853

<sup>96</sup> La norma considera menor a quien en el momento de comisión del hecho delictivo hubiera cumplido ya los 14 años, pero fuera menor de 18 años; y joven semi adulto a quien tuviera una edad comprendida entre los 18 y los 21 años en el momento de la comisión de la infracción.

<sup>97</sup> El § 3 JGG expresa que tan sólo será responsable penalmente cuando el mismo, “de acuerdo con su grado de desarrollo espiritual y moral, tuviera en el momento de cometer el hecho, capacidad para comprender el injusto y para actuar conforme a dicho entendimiento”.

capacidad.

De este modo, en la actual regulación existen referencias expresas al “principio educativo”, como el § 2 de la JGG, que declara la finalidad preventivo-especial de la aplicación de la ley, y obliga a orientar tanto las consecuencias jurídicas como el procedimiento de conformidad con aquel principio. Así, en la reforma sufrida en el año 2008, se introdujo una cláusula sobre la finalidad preventivo-especial de la aplicación de la JGG “la aplicación del Derecho penal juvenil debe sobre todo prevenir nuevos hechos punibles por parte de un adolescente o un menor adulto. Para alcanzar ese fin, las consecuencias jurídicas y también el procedimiento – respetando el derecho de crianza que corresponde a los padres– deben orientarse primordialmente de conformidad con el principio educativo”<sup>98</sup>

Este sistema está caracterizado por el dualismo formado por la asistencia y protección al menor, ofrece diferentes posibilidades de actuación y simultaneidad, que vienen a ejemplificar el principio de oportunidad.

En el seno de esta estrecha relación del principio de oportunidad con el de intervención mínima, vemos cómo el sistema alemán (del mismo modo que el español) concede amplias facultades al Ministerio Fiscal para decidir sobre el ejercicio de la acción penal, a pesar de constatar la existencia de un hecho delictivo.

## **2.2. Procedimiento penal**

En primer lugar se hace necesario manifestar que conforme lo establecido en los §§ 33 a 38 JGG y el § 107 se establecen tres órganos

---

<sup>98</sup> Traducción realizada por DUCE, M.; COUSO, J., en “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado”, en *Polít. crim.* Vol. 7, nº 13 (Julio 2012), Art. 1, pp. 6. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_07/n\\_13/Vol7N13A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A1.pdf).

judiciales: *Jugendrichter* (el Juez de menores), encargado de juzgar las infracciones leves; *Jugendschöffengericht* (el Tribunal de Escabinos de menores) que, compuesto por un Juez de menores y dos jueces legos, enjuiciará los delitos graves; y *Jugendkammer* (la Sala de Menores) que, compuesta por tres jueces de carrera y dos jueces legos, que tiene competencia para conocer sobre los delitos capitales y de los recursos de apelación frente a las decisiones de los dos anteriores. A ello tenemos que unir la figura del Fiscal de menores (*Jugendstaatsanwalt*) y un ayudante especial del Tribunal de menores (*Jugendgerichtshilfe*), que informará al Tribunal sobre aspectos educativos, sociales y de bienestar concernientes al menor<sup>99</sup>.

El Fiscal tiene encomendadas dos funciones esenciales. En primer lugar, es el encargado de la instrucción, ejercitando la acción penal en régimen de monopolio. En segundo lugar, asume (en las fases intermedia y de juicio oral) la función de acusación.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho procesal de los adultos, y en nuestro sistema establecido en la LORPM, el § 80 JGG establece la prohibición tanto del ejercicio de la acción penal por parte de la acusación privada, como la prohibición del ejercicio de la acusación accesoria en el proceso penal de menores, con lo que la víctima queda reducida a una posición de simple testigo.

Respecto al inicio del procedimiento el Fiscal procede a investigar el posible hecho delictivo, y una vez concluida su investigación, deberá decidir si plantea una acusación formal ante el juez de menores o sobresee el procedimiento.

Y es en este sobreseimiento donde se puede plantear si concurren las causas legales para ello, como autor desconocido o falta de elementos de

---

<sup>99</sup> § 38 JGG.

prueba, o bien porque se aprecia la oportunidad de evitar el procedimiento penal<sup>100</sup>. Esta oportunidad está vinculada a que se cumplan los presupuestos del § 153 StPO, donde se manifiesta que el hecho tenga una escasa relevancia penal y carezca de interés público en su persecución. Además el Fiscal, también tiene que realizar una investigación sobre la personalidad, situación familiar y entorno social del menor presunto autor de los hechos<sup>101</sup>, es, en este momento, cuando cobra especial importancia la figura de *Jugendgerichtshilfe* (*asistencia judicial a la juventud*).

Una vez valorada por el Ministerio Fiscal la posibilidad de continuar con el procedimiento se abre la fase intermedia, donde si se constatan elementos racionales suficientes para valorar la comisión del hecho delictivo el Juez podrá dictar el auto de apertura de juicio oral, momento en el cual el Ministerio Fiscal deja de ostentar el monopolio de la instrucción, cediendo el testigo al Juez de menores, y adoptando el rol de acusador único, pues como ya se ha dicho, no está permitida la participación de acusación alguna más allá del Fiscal, convirtiendo a la víctima en un mero espectador del procedimiento.

Durante el juicio, que se tramita conforme un procedimiento de adultos, tan solo se recogen manifestaciones tendentes a salvaguardar la situación del menor, haciéndole ver las consecuencias de sus actos, pero preservándole de cualquier publicidad.

Finalmente, el procedimiento concluye con sentencia, en idénticos términos que un procedimiento de adultos, pero con una especial relevancia de la función reeducativa que se pretende alcanzar.

Debe señalarse también que los § 76 a 78 JGG regulan un “procedimiento abreviado de menores”, situado a medio camino entre el

---

<sup>100</sup> §§ 45-47 JGG.

<sup>101</sup> § 43 JGG.

proceso formal analizado hasta este momento y las posibilidades de desjudicialización que la ley concede en su § 45 JGG. De acuerdo con el § 76 JGG, la puesta en marcha de este procedimiento corresponde al Fiscal que deberá proponer al Juez su adopción cuando, de los estudios realizados en la fase investigadora, deduzca que al menor le resultarán finalmente impuestas tan sólo medidas de escasa relevancia o un medio coercitivo. Admitida la tramitación conforme a este procedimiento, el Juez de menores competente procederá a dictar sentencia tras una breve vista oral a la que no es necesario que asista el Fiscal, pero sí el menor encausado.

### **2.3. Medidas a adoptar**

La JGG cuando habla de “las consecuencias de la infracción penal juvenil”, regula en el § 5 JGG tres tipos de consecuencias jurídicas: las medidas educativas (*Erziehungsmaßregeln*), las medidas de corrección (*Zuchtmitteln*) y las penas juveniles (*Jugendstrafe*).

Así, podemos destacar como medidas educativas:

- Las instrucciones<sup>102</sup>, las cuales tan solo están limitadas en primer lugar, sobre la base del principio de proporcionalidad, según el cual, toda instrucción se debe hallar en una relación adecuada al hecho y, en segundo

---

<sup>102</sup> El § 10 JGG enumera hasta nueve medidas educativas susceptibles de imposición:  
“Instrucciones a seguir por el menor, que se refieren al lugar en el que éste ha de desarrollar su vida.  
Instrucciones consistentes en la obligación de residir en una determinada familia o un hogar.  
Instrucciones centradas en la imposición al menor de la obligación de realizar un determinado trabajo o formación curricular.  
Instrucciones sobre la obligación de proceder a la aportación de rendimientos del trabajo.  
Instrucciones relativas a la obligación del menor de someterse al apoyo y confianza de una determinada persona (instrucciones de apoyo).  
Instrucciones consistentes en la obligación de asistir a cursos de entrenamiento social.  
Instrucciones consistentes en la conciliación entre el autor y la víctima (Täter-Opfer-Ausgleich).  
Instrucciones relativas a la obligación de omitir relaciones con determinadas personas o visitar bares o establecimientos de ocio.  
Instrucciones relativas a la participación en cursos sobre normas de tráfico.”



lugar, porque la imposición de instrucciones no debe representar requisitos inexigibles para el desarrollo de la vida del joven, no estableciéndose las mismas como *numerus clausus* y permitiendo que se pueda imponer cualquier otra instrucción con un contenido o finalidad similar a las establecidas.

- Asesoramiento educativo (*Hilfe zur Erziehung*, § 12 JGG).

Respecto de las medidas coercitivas (*Zuchtmittel*):

- Amonestación.
- Imposición de cargas.
- Arresto juvenil, que se puede dividir en el arresto de tiempo libre (*Freizeitarrrest*), el arresto de corta duración (*Kurzarrrest*) y el arresto de larga duración (*Dauerarrrest*).

Y finalmente la pena juvenil. Medida privativa de libertad de larga duración, que, en principio, se establece como regla general de 6 meses a 5 años, pero que puede alcanzar hasta los 10 años en determinados supuestos<sup>103</sup>.

#### **2.4. Manifestaciones del principio de oportunidad penal**

Como ya se ha manifestado anteriormente, una de las primeras manifestaciones con las que nos encontramos es el momento en el que el Fiscal puede, tras estudiar el asunto, desistir de la continuación o bien formular acusación al respecto<sup>104</sup>.

La legislación alemana, como ya se ha adelantado prevé tres tipos de respuesta penal para el menor infractor. La primera, las llamadas medidas

---

<sup>103</sup> § 18 JGG.

<sup>104</sup> En este sentido se puede consultar CANO PAÑOS, M. A. “Posibilidades de «diversión» por parte del ministerio fiscal en el derecho penal juvenil alemán” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 13 (2004), págs. 213-267.

educativas (Erziehungsmaßregeln) §§ 9-12 JGG. Las segundas son las llamadas medidas correctoras (Zuchtmittel), y por último se encuentran las penas para menores en sentido estricto (Jugendstrafe). Es dentro de las medidas educativas y correctoras donde está la previsión de las figuras de la compensación y la reparación del daño como respuesta al hecho y no como una alternativa a la medida como se configura en la LORPM. La mediación se ha equiparado a una medida educativa<sup>105</sup>. Así, se establecen las medidas educativas como medidas que tienden a la reeducación del menor, las medidas correctoras sirven para sancionar al menor de una forma menos gravosa y siempre con un contenido educativo en su finalidad, mientras que las penas en sentido estricto se configuran como penas de larga duración y con un mayor carácter aflictivo para el menor.

También el legislador alemán ha establecido la posibilidad de una conciliación entre la víctima y el menor infractor (*Täter-Opfer-Ausgleich*, TOA)<sup>106</sup>, mediante programas de mediación y reparación. Dicha posibilidad se ha entendido como una manifestación del principio de intervención mínima y del principio de oportunidad (*opportunitätsprinzip*) en aras a evitar la judicialización de las conductas de los menores y la repercusión que ello les pudiera acarrear.

La reforma de la JGG de 1990, ha ampliado estas posibilidades de finalización del procedimiento, tanto desde la Fiscalía, como en sede judicial, pudiendo, por tanto, acordarse el sobreseimiento del proceso en casos de infracciones leves, o en aquellos otros casos en los que ya se han realizado por el menor medidas extrapenales de carácter educativo, o se han llevado a cabo esfuerzos encaminados a la reparación o compensación del delincuente con la víctima, de un modo similar a como se regula en nuestro

---

<sup>105</sup> En este sentido FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación.” Ob. Cit., pág. 8.

<sup>106</sup> Tradicionalmente se había recogido en la legislación alemana esta posibilidad de la conciliación con la víctima como una medida independiente.

ordenamiento jurídico.

Así, el Derecho penal juvenil alemán prevé para los casos de criminalidad leve, como ya se ha referido, la omisión de la persecución de los hechos por parte del fiscal (§ 45 JGG) y el archivo del proceso por parte del Juez (§ 47 JGG).

Según ALBRECHT<sup>107</sup>, la suspensión del procedimiento puede producirse en tres variantes diferentes: o bien la Fiscalía puede suspender independientemente el procedimiento (§ 45.2º JGG), o la Fiscalía procede a la suspensión con la participación del Juez de menores (§ 45.1º JGG), o cuando la competencia ha pasado ya al Juez de menores iniciándose el procedimiento, el Juez, con acuerdo de la Fiscalía, puede suspender el mismo (§ 47 JGG).

Sin acuerdo del Juez, la Fiscalía de menores puede, a tenor del § 45.2º JGG, renunciar a la incoación del procedimiento si "1) ya se ha ordenado una medida educativa, que hace innecesario el castigo a través del Juez, o 2) se dan los presupuestos del § 153 StPO". En este caso, el apartado segundo del § 45.2º JGG dispone que "una medida de seguridad educativa exige del joven la realización de esfuerzos por conseguir la conciliación con su víctima".

Los presupuestos del § 45.1º JGG, implican a juicio de ALBRECHT, un aumento inequívoco de las exigencias para la renuncia a la persecución penal, al compararlos con el § 45.2º JGG. En este caso se exige para que el Juez de Menores, previa petición del Ministerio fiscal, suspenda el procedimiento, la confesión del menor inculcado, aspecto éste muy discutido en la doctrina alemana en palabras del citado autor. En este supuesto la suspensión del procedimiento puede llevar consigo la obligación

---

<sup>107</sup> ALBRECHT, P. A., *El Derecho penal de menores*, (Trad. Juan Bustos Ramírez), PPU, Barcelona, 1990, pág. 160. En este sentido se manifiesta también VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. A., *Derecho penal juvenil europeo*, Dykinson, 2006.

por el menor de una serie de cargas, como reparar el daño, disculparse con la víctima, o una aportación económica a alguna entidad benéfica (§ 15 JGG); mandatos como la realización de actividades en beneficio de la comunidad o prestaciones laborales (§ 10.1 JGG); una advertencia, que a diferencia de la amonestación consiste en una obligación de buen comportamiento; o una obligación de someterse a programas de educación vial (§ 10.1 JGG).

También cabe que el Juez de menores, con la aprobación del Fiscal pueda, según el § 47 JGG, suspender el procedimiento después de elevar la acusación, en los mismos términos señalados en el § 45 JGG, antes citados.

Podemos por tanto concluir, como así recoge RÖSSNER<sup>108</sup> que la estructura fundamental del Derecho penal de menores alemán traza la siguiente vía: al principio el juez de menores debe determinar si el autor, por motivo del delito, precisa orientación y educación debido a la existencia de déficit de socialización con respecto a un menor "*normal*"<sup>109</sup>. Según los aceptados conocimientos criminológicos, esto ocurrirá en muy contados casos; si se tiene en cuenta que la delincuencia juvenil es en gran parte pasajera y que en la fase de desarrollo de la juventud hay circunstancias "normales". La necesidad de orientación y educación sólo interviene una vez traspasado dicho umbral. En todos los casos restantes sólo cabe preguntar por la necesidad de la represión del delito, que en la sistemática de la ley exige una cierta relevancia para tener una reacción. Por debajo de dicho umbral debe reaccionarse tolerantemente en ambas vías, estableciéndose por tanto una "flexibilidad" del Derecho penal de menores

---

<sup>108</sup> RÖSSNER, D. "El derecho penal de menores en Alemania, con especial consideración de los adolescentes" en *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho Comparado*. Consejo General del Poder Judicial 1999.

<sup>109</sup> Rössner en su artículo no establece una definición de la normalidad a la que se aduce, sin embargo, la misma se puede entender como una media estadística del perfil de los menores afectados por la jurisdicción, sin perjuicio de haber valorado previamente su discernimiento, su retardo de madurez, las circunstancias de la infracción cometida (la típica falta juvenil en palabras del propio autor).

para adoptar una resolución "razonable".

Como corolario podemos ver que al igual que nuestro sistema penal juvenil, el sistema alemán ha evolucionado de un sistema puramente punitivo a un sistema inspirado en el sistema educativo.

La instrucción, al igual que en nuestro sistema la lleva el Ministerio Fiscal, pero a diferencia del nuestro, al abrirse el acto del juicio, el monopolio pasa a manos del Juez de Menores, restándole al Ministerio Fiscal el monopolio exclusivamente de la acusación.

A diferencia de nuestro sistema, y sin tener en cuenta las penas, se establecen, en el sistema alemán, dos tipos de medida: las medidas educativas y las medidas coercitivas, estableciéndose en el artículo § 5 y 8 JGG que se impondrá una medida educativa o bien que se aplique de manera conjunta medidas educativas y coercitivas. Decimos a diferencia, pues en nuestro sistema no se determina una clasificación de las medidas en este sentido, más allá del artículo 7 LORPM que recoge la enumeración de medidas a imponer.

Además, dentro de las medidas educativas, destacan las Instrucciones (Weisungen, § 10 y 11 JGG), que si bien están enumeradas, no se establecen como *números clausus* y, por lo tanto, el Juez puede, siempre que cumpla con el límite de la definición, imponer otra diferente. Quizás el paralelismo de esta referencia en nuestro sistema sea la libertad vigilada, pues en la misma se pueden establecer unos objetivos en su desarrollo adecuados a cada menor, de forma individualizada, y que en modo alguno se encuentran tasados en nuestro ordenamiento.

### **3. DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

#### **3.1. Análisis del sistema norteamericano**

La estructura del proceso penal de los Estados Unidos de América<sup>110</sup> se establece sobre la base entregada por la Constitución Política y sus diez enmiendas, que a la vez constituyen la declaración de Derechos. Ello nos hace ver que a diferencia de los ordenamientos jurídicos europeos, el sistema norteamericano no evoluciona a raíz de las diferentes normas o tratados internacionales antes citados, sino que más bien experimenta una propia evolución en el siglo XX. Así, la filosofía central que animó dicho sistema fue la de considerar que los jóvenes no podían ser penalmente responsables por los delitos que hubieren cometido y, por tanto, el objetivo central del sistema era buscar la ayuda y rehabilitación de los jóvenes infractores. El paradigma instalado fue, en consecuencia, el tutelar o de la “situación irregular”<sup>111</sup>.

En este aspecto podemos destacar el rol federal que ha sido principalmente el de fijar las normas y principios básicos<sup>112</sup>. En 1899 se creó en EEUU la primera Corte juvenil en el Estado de Illinois. Años más tarde, en 1968, el Congreso nacional americano aprobó la primera ley que regulaba en forma especial el sistema de justicia juvenil. Tras algunas revisiones y enmiendas, en 1974 se promulgó la ley “Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia” (*Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act*), que sentaba las normas y estructuras básicas del sistema de justicia juvenil americano, cuya última modificación fue el 2 de noviembre de 2002.

Como señala WERTH WAINER, en la década de 1990, se originó

---

<sup>110</sup> En adelante EEUU.

<sup>111</sup> En este sentido, DUCE, M.; COUSO, J., en “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado”. Ob. Cit., pág. 14.

<sup>112</sup> Hace referencia a ello también MORA ALARCON, J. A., *Derecho penal y procesal de menores* Ob. Cit., pág. 26 y ss.

un profundo debate sobre la organización del sistema penal juvenil de los EEUU motivado por diferentes casos que conmocionaron a la opinión pública, lo cual dio lugar a que se legislara con criterios de mayor severidad en los castigos y condenas y también en el procedimiento a aplicar. Esto algunos autores lo han venido a denominar como “*la muerte de la justicia juvenil en Estados Unidos*”<sup>113</sup>.

Hay que mencionar que la estructura federal de EEUU permite a cada Estado legislar tanto respecto al procedimiento como en relación con la especificación de delitos y ofensas. Sin perjuicio de lo anterior, existe también en el ámbito federal legislación, tanto respecto de derecho penal sustantivo como de procedimiento, existiendo los tribunales y fiscales federales con competencia respecto de estos delitos.

También tiene especial relevancia en este sistema la figura de “*status offenders*”, que hace referencia a aquellos jóvenes que cometen una infracción que, de haber sido cometida por un adulto, no se hubiese tipificado como delito, como pudiera ser el quebranto de un toque de queda, absentismo escolar, conductas disruptivas...

### **3.2. Procedimiento penal**

Partiendo de la base de que EEUU es un Estado Federal, no se puede obviar que cada Estado puede determinar sus normas y, por lo tanto, establecer incluso la edad mínima por la que se puede procesar a un menor<sup>114</sup>.

Así, hay Estados que establecen que los menores de 18 años serán juzgados en los tribunales juveniles, otros que los menores de 15 serán

---

<sup>113</sup> WERTH WAINER, F., *Sistemas de justicia juvenil: la experiencia comparada Estados Unidos, Canadá y Reino Unido*. Ed. Hanns Siedel Stiftung, 2004. pág. 36.

<sup>114</sup> Para entender mejor este sistema y los datos que se ofrecen se puede acceder a la *Office of juvenile Justice and Delinquency Prevention “OJJDP”* Disponible en <http://www.ojjdp.gov>.

inimputables<sup>115</sup>, e incluso otros donde no se establece un límite de edad y ésta se determina atendiendo a la naturaleza del delito<sup>116</sup>.

Como una de las principales características, EEUU y el Reino Unido, como paradigmas del sistema anglosajón, otorgan la facultad a la policía de no poner a disposición de los tribunales ni de la Fiscalía a un joven infractor (*discretion*), pudiendo derivar a un menor a diferentes sistemas alternativos al penal. Sin embargo, esta institución no está exenta de críticas, como así manifiestan GERSTEIN y PRESCOTT<sup>117</sup> pues, debido a diferentes actuaciones policiales bastante recientes y de gran calado en la opinión pública se está interpretando la actuación policial como una práctica rutinaria de detención y cacheo de determinados colectivos ciudadanos, originando un debate sobre el papel de la policía en la sociedad estadounidense y los costes que ello conlleva, pues esa actuación judicial comporta en la práctica que se tengan que enjuiciar numerosos delitos menores cuya despenalización se está proponiendo en los últimos años. Se carece de datos policiales en cuanto a detenciones y asuntos archivados policialmente, pero, como señalan los autores citados, sólo en el año 2006 se produjeron 10,5 millones de detenciones (de personas adultas) por delitos menores. Este dato, entienden los autores que replantear en la sociedad estadounidense esa reforma de la actuación policial y dar más amplitud a la

---

<sup>115</sup> Carolina del Norte, Illinois y Texas.

<sup>116</sup> Así, en este sentido se puede manifestar que:

A la edad de 15 años, un menor será imputable en los Estados de Connecticut, Nueva York y Carolina del Norte.

A la edad de 16 años, lo será en los Estados de Georgia, Illinois, Louisiana, Massachusetts, Michigan, New Hampshire, Carolina del Sur, Texas y Wisconsin.

Mientras que a la edad de 17 años lo será en los Estados de Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Delaware, Colorado, Distrito de Columbia, Florida, Hawai, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Maryland, Minnesota, Mississippi, Montana, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Nuevo Mexico, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Dakota del Sur, Tennessee, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia y Wyoming.

<sup>117</sup> GERSTEIN, CH. y PRESCOTT, J. J., “Process cost and police discretion” en *Harvard Law Review Forum*, n.º 128 pág. 268, de 19 de abril de 2015, Disponible en <http://harvardlawreview.org>, también se hace referencia a estas críticas en NANDA, J., “Blind discretion: Girls of color & delinquency in the juvenile justice system”, en *Ucla Law Review*, n.º 1502, pág 59 y ss., 2012. Disponible en <http://www.uclalawreview.org>.



*discretion* policial o destipificar determinados delitos menores, ya que en el sistema norteamericano la policía tan solo tiene potestades en el ámbito penal y se debería poder facultar a la misma desde el punto de vista civil de cara más a la prevención que la represión<sup>118</sup>. Sin embargo, el uso de esa discreción policial inevitablemente comporta una discriminación de determinados colectivos sociales<sup>119</sup>, lo cual se entiende que debe ser superado con una especialización de conductas y mayor sensibilidad policial en aspectos étnicos, religiosos o culturales de las diferentes diversidades existentes en EEUU.

Una vez hemos visto las facultades policiales de derivación del asunto, vamos a ver qué ocurre con aquellos menores que son derivados a la Corte Juvenil de una forma generalizada y atendiendo al mayor consenso entre Estados, pues cada Estado tiene su propia normativa y costumbres.

Una vez, el menor ha sido derivado al procedimiento judicial se establecen tres modalidades de continuar el mismo:

La transferencia legal, que es cuando el menor pasa a disposición de la Corte. Los supuestos en los que puede darse se establecen en la ley, y fundamentalmente se trata de delitos violentos y graves como homicidios o delitos sexuales.

La transferencia Judicial, cuando el Fiscal solicita que se transfiera el menor a una corte adulta por la gravedad del hecho y que sea juzgado como un adulto. En este supuesto rige la premisa “*once an adult always an adult*”

---

<sup>118</sup> Citan los autores como referencia histórica a la “celda de los borrachos”, en la que los oficiales encerraban a personas que mostraban cierta peligrosidad social por ir ebrias y que así recuperasen la sobriedad durante su estancia. Si bien es una arcaica institución, lo que se pretende demostrar es que la actuación policial se está centrande en un proceso de detención de personas por delitos menores que conlleva que se generen antecedentes penales y costes desproporcionados.

<sup>119</sup> En este sentido BRONITT, S. y STENNING, P. “Understanding discretion in modern policing” en (2011) 35 *Crim LJ* 319 pág. 319. Disponible en [http://www98.griffith.edu.au/dspace/bitstream/handle/10072/44249/76896\\_1.pdf?sequence=1](http://www98.griffith.edu.au/dspace/bitstream/handle/10072/44249/76896_1.pdf?sequence=1).

(una vez adulto, siempre será adulto) lo cual manifiesta que será juzgado como, y sometido a las penas de un adulto, para lo cual debe hacerse una transferencia de jurisdicción (*Waivers of Jurisdiction*). La forma más común de hacer la transferencia es por decisión judicial de la Corte Juvenil, la cual, previa evaluación del caso y del joven imputado, puede decidir que éste se quede en el sistema juvenil o sea enviado al sistema ordinario de adultos. Los criterios para la transferencia son muy variables entre las jurisdicciones, pero, en general, ofrecen un marco importante de discrecionalidad a los jueces para la decisión, ya que puede ser juzgado por un Tribunal de adultos o incluso de una forma mixta teniendo una sentencia (*blended sentencing*) que se deberá cumplir tanto si es menor como si alcanza la mayoría de edad, pero en este último caso con medidas totalmente diferentes.

Y la transferencia vía fiscal, que hace referencia a que el fiscal del caso, será quien decidirá a qué tribunal deriva el menor, ya que en algún Estado existe una jurisdicción compartida.

Una vez llegan a la Corte Juvenil, los menores son estudiados por el departamento de ingresos (*Intake Department*), quien decide si desestima o sobresee el caso (*decline to prosecution*<sup>120</sup>) resolverlo de manera informal o requerir una intervención formal por parte de la Corte. Un fiscal o funcionario de este departamento revisa el caso para saber si se cuenta con evidencia suficiente para probar las imputaciones hechas en contra de un joven. Si estima que existe evidencia suficiente, evalúa si es necesaria una intervención formal. Esta discrecionalidad del Fiscal está considerada como el epicentro de la actuación del Fiscal<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> Puede llevarse a cabo en base a diferentes motivos, bien por entender que la ofensa carece de relevancia para ser llevada a la Corte Federal, bien por las circunstancias personales del menor, que el menor no tenga otros procedimientos penales abiertos, la contundencia de las pruebas contra el menor, las habilidades parentales de sus progenitores o tutores, también se han admitido como circunstancias a tener en cuenta las aptitudes del menor, su aspecto, el soporte familiar o social, e incluso, si comparece o no con abogado.

<sup>121</sup> BACKSTROM, J. C. y WALKER, G. L. "The role of the Prosecutor in Juvenile Justice:

Debe tenerse presente que el Fiscal, a pesar de valorar que no interesa continuar el procedimiento, puede imponer al menor varias condiciones que debe cumplir para que efectivamente se archive su asunto, estando supervisado este cumplimiento por un oficial de libertad condicional.

Además, esta facultad que hemos visto de declinar la persecución del delito puede comportar la “*diversión*” del procedimiento o el *handling the matter “off the record”*<sup>122</sup> y que el mismo, a pesar de ser puesto a disposición del Juez, se derive en diferentes posibilidades como la amonestación, el pago de una multa, la reparación con la víctima, prestaciones en beneficio de la comunidad, o incluso, decretar una libertad condicional, pudiendo incluso iniciarse procedimiento para remover la patria potestad o la custodia de sus padres si las circunstancias así lo aconsejan.

Ahora bien, si se continua el procedimiento y existen indicios y evidencias suficientes contra el menor, el *Intake Department* inicia una *delinquency petition* y solicita audiencia en la Corte para sentencia o juicio, o si así se estima, se deriva el menor a la Corte Criminal de adultos.

Respecto del enjuiciamiento de *Status Offenders*, se puede ver cómo éstas no tienen la característica de delito, por ello son enjuiciadas con medidas sociales y a través de las redes sociales, por no considerarse propiamente infractores o menores delincuentes.

### **3.3. Medidas a adoptar**

En primer lugar debemos volver a manifestar la diferente legislación

---

Advocacy in the Courtroom and leadership in the community” en *William Mitchell Law Review*, volumen 32, 2005-2006, p. 969.

<sup>122</sup> En este sentido *Minor Crime Is a Major Ordeal* en la base de datos FindLaw, <http://criminal.findlaw.com/juvenile-justice/minor-crime-is-a-major-ordeal.html>.

que tienen todos los Estados. Así, en algunos se mantiene y se defiende a ultranza la pena de muerte como una medida justificada y proporcionada, mientras que en otros Estados no se acepta la misma.

También debemos tener en cuenta que hay menores que pueden ser juzgados como mayores de edad y sometidos a las mismas penas que estos, pudiendo ser sometidos, incluso, a cadena perpetua o pena capital. Aunque es difícil encontrar supuestos de menores condenados a la pena capital, no podemos olvidar el caso de Scott Blystone que, con 16 años fue condenado a ella, siendo el más joven en sufrir tal medida<sup>123</sup>. Sin embargo, ya en el año 2005 se suprimieron las ejecuciones de menores de edad por parte del Tribunal Supremo<sup>124</sup>, no imponiéndose más penas de esta naturaleza a menores de edad. Sin embargo, si que sigue vigente la imposición de la pena

---

<sup>123</sup> A este respecto se puede leer SCHER, D.J. “Blystone v. Horn: The Third Circuit Guards Against Inadvertent Waiver of the Right to Present Mitigating Evidence During a Capital Case”, 58 *Vill. L. Rev.* 869, disponible en:

<http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol58/iss5/5>.

<sup>124</sup> *Roper, Superintendente, Centro Correccional de Potosi versus Simmons*. Nº 03-63. El 1 de marzo de 2005 la Corte Suprema de EEUU admitió el recurso de la defensa de Christopher Simmons y reconsideró la sentencia de pena de muerte por el homicidio cometido cuando tenía 17 años, las razones para ello se pueden resumir:

“Las legislaciones estatales y el razonamiento propio de la Corte determina que la pena de muerte es un castigo desproporcionado para los jóvenes, aunque hayan cometido un delito grave.

- Es un hecho objetivo que la mayoría de los Estados ha abolido la pena de muerte para los menores de edad y en los Estados en que todavía está vigente la normativa, ésta no es aplicada.

- Existe consenso nacional en que los jóvenes que infringen la ley son vistos por la sociedad como “menos culpables” que los demás criminales, aunque el delito que cometan sea grave.

- De acuerdo a la Octava Enmienda debe imponerse la pena capital exclusivamente a los autores de delitos extremadamente graves y cuya culpabilidad los hace merecedores de un castigo tan extremo. Los jóvenes se diferencian de los adultos de acuerdo a la Corte, en que debido a su inmadurez los delitos que ellos cometen son “moralmente menos reprobables que los de los adultos”. Agrega también que su mayor vulnerabilidad y falta de control los hace más sensibles a los factores negativos de su entorno, y su desarrollo incompleto hace imposible asegurar que tengan un carácter irremediamente depravado.

- El fallo de Thompson versus Oklahoma reconoció estas características respecto de los menores de 16 años, y las mismas razones se aplican a los menores de 18 años.

- Reconociendo los elementos anteriormente señalados es evidente, señala la Corte, que ninguno de los dos argumentos jurídicos que justifican la pena de muerte, esto es retribución y disuasión de la comisión de delitos tan graves a otros infractores, se materializan en caso de los jóvenes. Señala además que el Estado que reconoce la inmadurez y desarrollo incompleto de un joven, no puede disponer de su vida, privándolo del derecho a madurar y comprender lo incorrecto de su actuar”.

de cadena perpetua a menores, situación que sigue generando múltiples críticas por parte de la prensa y colectivos sociales<sup>125</sup>.

Por ello, realizar una enumeración de las medidas a imponer resulta un tanto difícil pues se deberían analizar Estado por Estado con la particularidad que caben las mismas de un adulto. Sin embargo si que podemos ver como en los supuestos de *status offenders* caben cuantas medidas sean necesarias para la protección del menor, todas ellas impuestas en un procedimiento penal, cuestión esta que choca y mucho con nuestro sistema.

### **3.4. Manifestaciones del principio de oportunidad penal**

En primer lugar nos encontramos con la “*discretion*” policial, la cual en el ejercicio de sus facultades cuando encuentra a un menor cometiendo una infracción penal, y a tendiendo a diferentes criterios como la gravedad del hecho y características del menor, puede adoptar una serie de posibilidades como la de dejar en libertad al menor previa amonestación, dejar en libertad al menor pero emitiendo un informe de su conducta, llevar al menor a comisaría y derivarlo a los Servicios Sociales, dejar en libertad a un menor y remitir copia a los Servicios Sociales, dejar en libertad al menor pero remitiendo el atestado a la Corte Juvenil o bien presentarlo detenido a la Corte Juvenil.

El principio de oportunidad también tiene sus manifestaciones en el sistema de adultos<sup>126</sup>, donde se establece la figura del *plea bargaining*. En

---

<sup>125</sup> Se pueden señalar los múltiples informes de Amnistía Internacional al respecto, así como diversos artículos de prensa en los que se hacen eco de estas noticias, como por ejemplo: RUI FERREIRA, “Estados Unidos, el único país del mundo que condena a menores a cadena perpetua”, disponible en:

,<http://www.elmundo.es/internacional/2015/03/19/550b26e4268e3e666a8b456e.html>

o el artículo de prensa de Amnistía Internacional, disponible en:

<https://www.es.amnesty.org/paises/estados-unidos/cadena-perpetua-a-ninos-y-ninas/>.

<sup>126</sup> PÉREZ CEBADERA, M<sup>a</sup>. A. “El principio de consenso en Estados Unidos” en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (director) *Mediación: Un método de?conflictos*.

esta figura la confesión del acusado sirve para dar por finalizado el procedimiento, cuestión que choca con los sistemas continentales y que tampoco fue aceptado claramente en el sistema americano, pues en la Enmienda XIV a la Constitución de los EEUU se disponía que no se podía privar a una persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal, pero el transcurso del tiempo en el que se dilataban los procedimientos y lo costoso de los mismos hizo aceptar la figura del *plea bargainig*, y con ello, la confesión del acusado<sup>127</sup>. En este caso las opciones que se le abren a los *prosecutors* son extremadamente ilimitadas, puesto que no sólo pueden ofrecer la reducción de la pena, sino también su sustitución o el cambio del título de imputación. La declaración de culpabilidad podrá ser voluntaria, en los casos en los que la culpabilidad es evidente; inducida, cuando pueda negociarse algún beneficio añadido para el reo; o negociada, que es la más habitual y versa sobre el delito, sobre la pena o ambos.

Así y una vez se conoce formalmente la acusación, se puede ofrecer una negociación entre el Fiscal y el acusado<sup>128</sup> por parte del primero, por medio de la cual se puede declarar *plea of nolo contendere* (negarse a declarar), *plea of not guilty* (no culpable) o *plea of guilty* (culpable) pudiendo en este último caso dictarse directamente sentencia sin necesidad de juicio. Como crítica a esta institución se puede manifestar, como así recoge ORTIZ URCULO<sup>129</sup>, que las facultades que tiene el *prosecutor* durante la negociación parecen ser casi ilimitadas en el ofrecimiento de reducir la pena, o de sustituirla, o incluso, de cambiar los cargos por otros distintos o por una recomendación en la sentencia. Algún sector doctrinal, ve este sistema peligroso, como el de que el acusado llegue a declararse

---

*Estudio interdisciplinar*, Colex, 2010. págs 101 y ss.

<sup>127</sup> ORTIZ ÚRCULO, J. C., “El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites”, en *Estudios Jurídicos Fiscales. Soluciones Alternativas al proceso*, CGPJ, 2004, pág.. 3396 y ss.

<sup>128</sup> Dicha negociación debe ser propuesta por el Fiscal, pues ningún acusado está habilitado constitucionalmente para poder negociar su plea.

<sup>129</sup> ORTIZ URCULO, J. C., “El principio de Oportunidad: Naturaleza, ámbito de aplicación y límites”, Ob cit., pág. 3396.

culpable de delitos que no ha cometido, y además sin la garantía de un juicio.

En la jurisdicción de menores, este sistema cambia y se orienta hacia el interés superior del infractor. En este contexto la función de la sociedad no es comprobar solamente si el joven era culpable o inocente, sino determinar “quién es, por qué es, cómo es y qué es lo mejor que se puede hacer por él y en beneficio del Estado para salvarlo de una espiral descendiente”<sup>130</sup>.

Por lo que nos respecta al principio de oportunidad en el sistema norteamericano, una de las manifestaciones de la actuación del Ministerio Fiscal es la afirmación que el Fiscal debe ser un abogado de la justicia, de la víctima y de los valores de la Comunidad<sup>131</sup>, actuando como primer propósito a tenor del interés superior del menor. Por ello se establece una protección de la víctima y también del menor infractor.

Entrando en las diferentes fases en que se interviene con los menores podemos ver las siguientes manifestaciones del principio de oportunidad.

Ya hemos visto que una vez detenido el menor puede ser ingresado en la Corte, en el Departamento de Ingresos de la Corte Juvenil (*Intake Department*) donde se decide si desestimar y sobreseer el caso.

Esto comporta que el Juez le impone al joven ciertas condiciones que debe cumplir para que su caso sea desechado. Generalmente se firma una especie de contrato o acuerdo escrito, conocido como decreto de consentimiento, en el que el infractor se compromete a cumplir con ciertas condiciones. En la mayoría de los Estados, este acuerdo se ofrece a los

---

<sup>130</sup> MACK, J. Del fallo “In Re Gault”, 387 U.S 16, , The Juvenile Court, 23 *Harvard Law Review*, 104, 119-120 (1909). Disponible en <http://harvardlawreview.org/>

<sup>131</sup> BACKSTROM, J. C. y WALKER, GARY L. “The role of the Prosecutor in Juvenile Justice”: Ob. Cit., pág. 975.

jóvenes primerizos si aceptan haber cometido el delito o infracción que se les imputa. El cumplimiento de este acuerdo es supervisado por un oficial de libertad condicional, por lo que se le conoce como proceso de libertad condicional informal. Si el joven cumple con lo pactado, el caso se archiva y sobresee definitivamente. En caso de incumplimiento, el caso vuelve a su etapa inicial y es señalado para una audiencia en la Corte.

Esta figura del “*plea bargaining*” también se recoge en la jurisdicción de menores, toda vez que se pretende dotar de una celeridad y rapidez suficiente a la jurisdicción acorde con las necesidades de los menores y las circunstancias del hecho cometido.

Por lo tanto, se puede concluir que el sistema norteamericano goza de una amplia flexibilidad de la que carece el nuestro. Sin embargo, hay diferentes figuras que se han venido admitiendo en nuestro ordenamiento como es el caso del “*plea bargaining*” que tiene en España su máximo exponente en la figura de la conformidad penal<sup>132</sup>. El resto de presupuestos no encuentran paralelismos en nuestro sistema.

Sin embargo, se puede valorar de forma positiva en el sistema norteamericano que se produzca una actuación inmediata con el menor infractor y que ya desde el ámbito policial se pueda realizar una intervención con los menores, pudiendo, en determinados casos apartarlos del procedimiento penal y derivarlos a otros recursos.

Está posibilidad que pudiera plantearse en nuestro sistema, de momento no es viable como posteriormente se estudiará, pero no debemos descartarla, habida cuenta de la finalidad reeducadora de nuestro sistema de responsabilidad penal de los menores. *De lege ferenda* se podría plantear, salvando las más que evidentes diferencias del sistema penal

---

<sup>132</sup> Entre otros BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*. Ob. Cit.; GÓMEZ COLOMER, J. L., *La conformidad, institución clave y tradicional de la Justicia negociada en España*. Ob. Cít.



norteamericano, una primera intervención desde el punto de vista policial y que, en determinados supuestos y siempre previa comunicación al Ministerio Fiscal, como órgano instructor y garante del procedimiento, se pudiera realizar una intervención en delitos leves flagrantes tendente a reparar el daño o conciliar a las partes. Estas premisas se estudiarán más adelante en epígrafe aparte.

Respecto al resto de planteamientos que se pueden extraer del sistema norteamericano y vista la excesiva flexibilidad que el mismo refleja, no se entienden válidos para nuestro sistema, al poder chocar con el principio de legalidad, pues si bien en determinados supuestos hay causas tasadas de derivación de los menores a la jurisdicción de adultos, el resto de planteamientos, en los cuales se desformaliza el procedimiento o incluso se delega en funcionarios diferentes del Ministerio Fiscal, pueden dar lugar a esa inseguridad jurídica. Además, si defendemos la tesis de un sistema de oportunidad reglado, el sistema norteamericano choca frontalmente con el mismo, y es, por lo tanto, imposible su aplicación en nuestro sistema, con la salvedad antes citada.

#### **4. DERECHO FRANCÉS**

##### **4.1. Análisis del sistema francés**

En el derecho francés de menores<sup>133</sup>, destaca la Ordenanza de 2 de febrero de 1945<sup>134</sup>, la cual aparece como la carta constitucional de la

---

<sup>133</sup> Se puede ver un análisis de este sistema en AYO FERNÁNDEZ, M. “Las garantías del menor infractor (ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre responsabilidad penal de los menores y sus modificaciones posteriores” Ob. Cit., págs. 102 a 115. También en MORA ALARCON, J. A., *Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant Monografías, 2002, pág. 25 y ss. También en CASTAIGNÉDE, J., “Responsabilidad penal y sanción del menor delincuente: reflexiones sobre la evolución del derecho en Francia”, ponencia realizada en el I Congreso Internacional de Responsabilidad Penal de Menores, celebrado en Madrid, 12 y 13 de febrero de 2008. Ponencias editadas por la Comunidad de Madrid, pág. 77 a 84; HIGUERA GUIMERA, J. F., *Derecho penal juvenil*, Ob. Cit., 2003, p

<sup>134</sup> JORF de 4 de febrero de 1945, pág. 530 Consultada en la base de datos LEGIFRANCE: <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

delincuencia juvenil, consagrando soluciones vanguardistas para la época inspiradas en los sistemas de la defensa social. Posteriormente ha sufrido diferentes reformas, todas ellas debidas al incremento de la delincuencia juvenil habida en el siglo XXI<sup>135</sup>.

Ya en la Exposición de Motivos de la Ordenanza de 1945 podemos ver la inquietud de la República Francesa en la delincuencia juvenil, cuando se manifiesta que "hay pocos problemas tan graves como los que conciernen a la protección de la infancia, y entre ellos más aún los que se refieren a la infancia trasladada a la justicia. Francia no es tan rica en niños para que pueda descuidar todo lo necesario para que sean sanos. La guerra y los trastornos de orden material y moral que ha provocado, han acrecentado la delincuencia juvenil en proporciones inquietantes. La cuestión de la infancia culpable es una de las más urgentes en esta época. Este proyecto de Ordenanza atestigua que el Gobierno Provisional de la República Francesa, quiere proteger eficazmente a los menores, y más aún a los menores delincuentes"<sup>136</sup>.

El Código penal, promulgado en 1992, y que entró en vigor en 1994, en el artículo 122-8 establece que "los menores capaces de discernimiento son penalmente responsables de los crímenes, delitos o faltas de los que

---

<sup>135</sup> Loi n° 2002-1138 de 9 de septiembre de 2002 de orientación y de programación para la justicia (JORF de 10 de septiembre de 2002, página 14934); Loi n° 2004-204 de 9 de marzo de 2004 de adaptación de la justicia a la evolución de la criminalidad (JORF n° 59 de 10 marzo de 2004, página 4567); Loi n° 2007-297 de 5 de marzo relativa a la prevención de la delincuencia (JORF n°56 de 7 de marzo de 2007, página 4297) y la Loi n° 2007-1198 de 10 de agosto 2007 reforzando la lucha contra la reincidencia de los adultos y de los menores (JORF n°185 de 11 de agosto de 2007, página 13466); Loi n° 2010-201 de 2 de marzo de 2010 reforzando la lucha contra los grupos violentos y la protección de las personas encargadas de una misión de servicio público (1) (NOR: JUSX0915158L, modifica el artículo 15-1); Loi n° 2010-242 de 10 de marzo de 2010 destinada a disminuir el riesgo de reincidencia criminal y conteniendo diversas disposiciones de procedimiento penal (1) (NOR: JUSX0818935L, modifica los artículos 11 y 12); Loi n° 2011-267 de 14 de marzo de 2011 de orientación y programación para la eficacia de la seguridad interior (1) (NOR: IOCX0903274L, modifica el artículo 15-1); Loi n° 2011-392 de 14 de abril de 2011 relativa a la detención policial (1) (NOR: JUSX1022802L, modifica el artículo 4) (LEGIFRANCE).

<sup>136</sup> Citado por COLIN, M, "La justicia de menores en Francia", en *Jueces para la Democracia*, núm. 3, abril, 1988, pág. 33.

sean declarados culpables, en las condiciones establecidas por una ley especial que determine las medidas de protección, asistencia, vigilancia y educación aplicables”, aplicándose a los mayores de trece y menores de dieciocho años, y si las circunstancias y la personalidad del menor así lo exigen, por regla general, una medida de protección, asistencia, vigilancia y educación y, como excepción, una condena penal.

Hay que hacer especial mención a que el Derecho francés no contempla, como establece el artículo 40.3 de la CDN, el establecimiento de una edad mínima por debajo de la cual se presupone que no tienen capacidad de infringir la ley penal, aunque sí la irresponsabilidad penal del menor, dado que los menores de 13 no pueden ser objeto de sanción penal, aunque sí de una sanción educativa con motivo de un procedimiento penal.

El Derecho penal de menores francés históricamente gira en torno a la noción de discernimiento, pero el mismo no estaba regulado de forma alguna. Así, se puede citar la Sentencia *Laboube* dictada por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo el 13 de diciembre de 1965 donde se manifestaba que el pronunciamiento de una sanción contra un menor implica que este último “haya comprendido y querido el acto”. Esta sentencia consagra una concepción subjetiva de la infracción conforme a la regla general: “toda infracción, incluso no intencional, implica que su autor haya actuado con conocimiento y voluntad”<sup>137</sup>. Así se expresa el artículo 122-8 ya citado. Sobre los menores de edad se establece una presunción *iuris tantum* respecto de su irresponsabilidad (*présomption d'irresponsabilité pénale*) pero que cesa cuando se acredita esa capacidad de discernimiento conforme al criterio jurisprudencial antes citado.

---

<sup>137</sup> En este sentido CASTAIGNÈDE, J., “La responsabilidad penal del menor en el derecho francés: la preocupante evolución del concepto” en *EGUZKILORE*, nº 23, diciembre de 2009, págs. 279 a 286, traducción realizada por ISABEL GERMÁN.

## **4.2. Procedimiento penal**

El artículo 1 de la *Ordonnance* consagra el principio de privilegio de jurisdicción o jurisdicción especializada al expresar que “los menores a los que les sea imputada una infracción calificada de crimen o delito no serán atribuidos a las jurisdicciones penales de derecho común y no serán susceptibles de enjuiciamiento más que por los tribunales para menores (*tribunaux pour enfants*) o las Salas de lo Penal de menores (*cours d’assises des mineurs*)”.

Se puede también destacar del procedimiento francés que la responsabilidad civil puede ser ejercitada de forma paralela en este tipo de procedimientos penales, estableciéndose la particularidad, diferente a nuestro sistema, que cuando se siga un procedimiento entre menores y mayores de edad, la responsabilidad civil se podrá seguir ante la jurisdicción de adultos, donde el menor no necesariamente deberá estar presente, pero sí su representante legal, al establecerse en el artículo 6 de la *Ordonnance* y en el artículo 1384 del *Code Civil* que “el padre y la madre, en tanto que ejercen la autoridad parental, son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habitan con ellos [...] salvo que el padre y la madre prueben que no pudieron impedir el hecho que dio lugar a tal responsabilidad”.

Respecto a la competencia del procedimiento podemos ver cómo pueden intervenir diferentes tribunales y la elección, preferente, del juez de menores (*juge des enfants*) o del juez de instrucción especializado (*juge d’instruction pour mineurs*) depende de la gravedad de los hechos, su complejidad o por el hecho de que intervengan también mayores. Sólo el juez de instrucción especializado puede juzgar los casos más graves (crímenes) y aquellos en los que intervengan mayores de edad.

El Fiscal lleva a cabo una investigación preliminar a través de la policía judicial y decide si ejerce o no la acción. Si decide no continuar adelante, archivará el asunto (*classement sans suite*), decisión que tiene

carácter provisional y no de cosa juzgada. Estos casos generalmente se darán por motivos de Derecho (no constitutivos de infracción penal), de hecho (falta de acreditación de los hechos o de la autoría) o de oportunidad (escasa gravedad de la infracción).

El Fiscal tiene la posibilidad de introducir un procedimiento alternativo al ejercicio de la acción penal. Se trata de los supuestos regulados en los artículos 41-1 (que incluye supuestos de mediación) y de los artículos 41-2 y 41-3 (composición penal) del Código de Procedimiento Penal que revisten peculiaridades recogidas en los artículos 7-1 y 7-2 de la *Ordonnance*, recientemente modificados por la Ley 2007-297. Si decide ejercitar la acción, debe remitir las actuaciones al tribunal de policía o al juez de proximidad; o al juez de menores o al juez de instrucción de menores dependiendo de la clasificación de la contravención.

En el seno de la instrucción se deben efectuar todas las diligencias e investigaciones útiles para llegar a conocer la realidad de los hechos y la personalidad del menor, así como las mejores medidas para su reeducación, a similitud de los preceptivos informes de los equipos técnicos en nuestra regulación.

Una vez finalizada la fase instructora, se abre una fase intermedia en la que el Juez de Instrucción, previa petición del Fiscal, podrá dictar Auto de sobreseimiento; si se estima que es una *contravention* (delito leve) remitirá el asunto al tribunal de policía, al Juez de menores o al Tribunal de menores (dependiendo de la clasificación de la falta); si los hechos son constitutivos de delito se puede mandar el procedimiento al Juez de menores o Tribunal de menores y si los hechos son constitutivos de crimen se puede reenviar la causa al Tribunal de menores o a la *Cour d'assises des mineurs*<sup>138</sup>.

Tras el pertinente juicio, que siempre se realizará a puerta cerrada y

---

<sup>138</sup> Art. 9 Ordenanza de 2 de febrero de 1945 modificado por la Ley 2002- 1138.

sin publicidad, y haber oído al menor, testigos, a los padres o tutores y evidentemente al Fiscal y la defensa del menor se dictará sentencia por el órgano competente del mismo en Audiencia Pública, en presencia del menor y podrá ser publicado, aunque sin referencia alguna a su nombre<sup>139</sup>.

#### **4.3. Medidas a adoptar**

Así, a diferencia de nuestro ordenamiento, no existen medidas específicas de protección en procedimiento aparte, por tanto, todas las medidas a imponer a un menor pueden ser calificadas globalmente de medidas educativas. El artículo 2 de la *Ordonnance* establece tres tipos de medidas a aplicar a los menores: las medidas de protección, de asistencia, de vigilancia y educación por un lado (para todo tipo de menores con discernimiento); por otro, las sanciones educativas (que pueden adoptarse para menores entre 10 a 18 años); y las penas (que sólo pueden adoptarse para menores entre 13 y 18 años)

Anteriormente, en Francia, a los menores con edad inferior a 13 años en el momento de la comisión de los hechos no se les podía imponer más que medidas educativas. La ley de 9 de septiembre de 2002 ha modificado esto creando una nueva categoría de sanciones aplicables desde la edad de 10 años, las sanciones educativas que podrán ser pronunciadas “cuando las circunstancias y la personalidad del menor así lo exijan”. De esta forma, las sanciones educativas ya no son exclusivas de los preadolescentes y el tribunal de menores podrá pronunciar una sanción educativa de entre las recogidas en el artículo 15-1 de la ordenanza de 2 de febrero de 1945: (confiscación, prohibición de acudir a determinados lugares o de contactar con determinadas personas, especialmente las víctimas o los coautores, medidas o actividades de asistencia o reparación, periodo de formación

---

<sup>139</sup> Artículos 14 (párrafos 1, 2, 4 y 5, para el tribunal de menores), artículo 20 (párrafo 8, para la Sala de lo Penal de Menores), artículo 21 (párrafo 1, para los tribunales de policía y proximidad).

cívica “que tengan por objeto recordar al menor las obligaciones que se derivan de la ley”).

Así, en referencia a las medidas de protección, asistencia, vigilancia y educación se puede decir que son las que generalmente se aplican, sin perjuicio que, las circunstancias y personalidad del menor, puedan aconsejar que vayan acompañadas de penas<sup>140</sup>.

Respecto de estas medidas es destacable señalar que no existe un límite legal mínimo de edad, y se pueden imponer en un procedimiento penal incluso para menores de 13 años, contraviniendo en este supuesto lo establecido en el artículo 40.3 de la CDN, donde se preconiza el establecimiento de una edad mínima por debajo de la cual los menores no tienen capacidad de infringir la ley penal.

Para entender esta postura podemos ver cómo el Juez de menores (*juge des enfants*) tiene competencia en materia civil de protección de menores en las situaciones de riesgo definidas en el artículo 375 del Código Civil francés, cuestión esta que en España no confluye en el mismo órgano, ya que el proceso penal se dirige ante el Juez de Menores y el proceso civil ante el Juez de la jurisdicción civil, preferiblemente el Juzgado de Familia correspondiente, entendiendo mejor nuestro sistema al establecerse dos procedimientos diferenciados ya que el objeto de uno es diferente al otro.

Dentro de estas medidas se puede ver cómo las mismas se enmarcan en esa faceta de protección, pues consisten en remisión a la familia o a la persona que tenga la guarda, amonestación, advertencia solemne, actividad de día, la libertad vigilada o *liberté surveillée*<sup>141</sup>, puesta bajo protección judicial o *mise sous protection judiciaire*, o la reparación.

---

<sup>140</sup> Artículo 2 de la ordenanza.

<sup>141</sup> Es paradigmático del sistema francés que en la ejecución de estas medidas se prevé incluso la sanción a los padres que impiden la misma, con multas de 1'5 a 75 € (artículo 26 de la ordenanza).

Respecto de las sanciones educativas, se pretende dar una respuesta individualizada a las características y personalidad de cada menor. Se entiende aplicable a los menores de 10 a 13 años, y se pueden entender como sanciones o castigos que los padres podrían imponer a sus hijos por sí mismos, pero que son pronunciadas por la autoridad judicial al no haberse realizado por los primeros<sup>142</sup> y según el artículo 15-1 de la ordenanza podemos ver cómo son las siguientes:

1) Confiscación de objetos que hayan servido a la comisión o a la producción de la infracción; 2) prohibición de asistencia, por una duración no superior al año, a los lugares donde la infracción se cometió designados por el tribunal, con excepción de los lugares de residencia habitual del menor; 3) prohibición, por un máximo de un año, de aproximación y comunicación con las víctimas; 4) prohibición, por el mismo tiempo, de aproximación y comunicación con los coautores o cómplices designados por el tribunal; 5) medida de ayuda o reparación; 6) obligación de realizar prácticas de formación cívica por una duración que no puede exceder de un mes; 7) medida de internamiento por un máximo de tres meses, renovables por una vez sin exceder del mes en los casos de menores de 10 a 13 años, en una institución de educación situada fuera del domicilio habitual; 8) trabajos escolares; 9) amonestación; 10) internamiento en un establecimiento escolar dotado de internado por la duración de un año escolar con autorización para el menor de regresar con la familia los fines de semana y vacaciones escolares; 11) prohibición de circular por la vía pública entre las 23 y las 6 horas sin estar acompañado de uno de sus padres o del titular de la patria potestad por una duración máxima de tres meses, renovable por una sola vez.

Y finalmente, sobre las penas se puede hacer una clasificación

---

<sup>142</sup> FERREIROS MARCOS, C. E., “Cooperación jurídica internacional en materia de responsabilidad penal de los menores”. Ob Cit., pág. 24.



tripartita en penas aplicables a crímenes, delitos y contravenciones, pues cambian según la infracción penal cometida y llevan una similitud respecto de la pena a sufrir por la infracción cometida por un adulto. Es resaltable que cuando la pena a imponer no sea superior a 5 años se puede suspender la ejecución de la misma (*sursis*), bien de forma simple o sometida a prueba con medidas de control y obligaciones.

Sin embargo, no todas las medidas no privativas de libertad se pueden imponer a los menores. Así, sólo se les podrá imponer la medida de seguimiento socio-judicial, los trabajos de interés general, el periodo de prácticas ciudadanas y la multa<sup>143</sup>.

#### **4.4. Manifestaciones del principio de oportunidad penal**

Ya hemos visto cómo el Fiscal podrá decidir no continuar con la instrucción y archivar el asunto (*classement sans suite*) por motivos de Derecho (no constitutivos de infracción penal), de hecho (falta de acreditación de los hechos o de la autoría) o por motivos de oportunidad (escasa gravedad de la infracción).

Conforme el artículo 8 de la ordenanza de 1945, se puede archivar el procedimiento en aras al interés del menor, siempre motivándolo el Juez en un Auto, e incluso si éste continua, prescindir de determinados informes en base al citado interés, estableciéndose en dicho artículo que se pueden establecer determinadas medidas previas sobre el menor condicionando el procedimiento a que se cumplan con éxito, e incluso renunciar a cualquier otra medida si se considera que su rehabilitación se ha producido, el daño ha sido reparado y ha cesado el desorden causado por la infracción.

Este principio de oportunidad también lo vemos plasmado en el fallo

---

<sup>143</sup> La pena de multa no podrá exceder de la mitad del montante máximo fijado por la ley para la infracción correspondiente, ni jamás sobrepasar los 7.500 € (artículo 20-3 de la *Ordonnance*).

judicial, a la hora de determinar la medida a imponer al menor, pues el Tribunal deberá basarse en dos aspectos que le indica la ley: las circunstancias del hecho y la personalidad del menor. La elección del juez entre la vía represiva y la vía educativa ya no viene guiada por la capacidad de discernimiento del menor, sino por la oportunidad de la medida, a la vista, esencialmente, de la personalidad de éste último. Siguiendo a BOULOC<sup>144</sup> el juez deberá tener en cuenta las circunstancias que llevaron al menor a cometer el delito y, además, las circunstancias mismas de la infracción. Principalmente, será la personalidad del menor y la reincidencia las que el juez tendrá en consideración a la hora de decidirse a imponer una pena. Manifestándose por tanto, la posible oportunidad no tanto en la finalización del procedimiento, sino en la adopción de una medida educativa que puede tener una calificación más de protección o tutelar que punitiva, independientemente que se imponga en un proceso penal.

Sin embargo, podemos encontrar otras manifestaciones de este principio en la figura de la reparación dirigida a la víctima o la reparación en interés de la comunidad como pena alternativa, ya que se puede ordenar en cualquier fase del procedimiento<sup>145</sup>. En esta medida, el juez fija el plazo de tiempo durante el que se tiene que realizar la medida de reparación. Ésta puede ser "directa" contra la víctima, la cual debe contar con el consentimiento de ésta, o "indirecta" en la forma, por ejemplo, de un trabajo en interés de la comunidad.

También nos encontramos con la posibilidad de suspender la ejecución de las medidas privativas de libertad inferiores a 5 años, o incluso en la posibilidad de revisar las medidas educativas previstas en los artículos

---

<sup>144</sup> BOULOC, B., *Pénologie*, Éditions Dalloz, París, 1991, citado en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Derecho penal juvenil* Ob. Cit.

<sup>145</sup> Artículo 21-1 de la ordenanza de 2 de febrero de 1945.

15 y 16 de la ordenanza en cualquier momento del procedimiento<sup>146</sup>

Por lo tanto se puede concluir que el sistema francés se establece como se ha manifestado desde una faceta tanto tutelar como punitiva, mostrándose un elenco amplio de medidas y de soluciones, que en nuestro sistema podrían rebasar la línea de la reforma y de la protección. Podemos ver cómo puede incluso retirar al menor del medio familiar o imponer unas obligaciones a los padres en la tarea de educar a sus hijos. Se trata, en todo caso, de medidas que atentan contra las libertades individuales garantizadas por la Constitución y, en consecuencia, estas decisiones sólo pueden proceder de la autoridad judicial, y con todas las garantías procesales y constitucionales. En el sistema francés proceden de un procedimiento penal en la jurisdicción de menores<sup>147</sup>, mientras que en nuestro sistema no se podría poner en marcha esta amplitud de medidas al encontrarse con jurisdicciones separadas la penal y civil.

## **5. DERECHO ITALIANO**

### **5.1. Análisis del sistema italiano**

Se puede decir que en el sistema italiano<sup>148</sup> en la jurisdicción de adultos se ha materializado la simplificación y aceleración de los procedimientos en el *Código de Procedura Penale*<sup>149</sup>, de 22 de septiembre de 1988. Cuerpo legal que creó hasta cinco modalidades alternativas y enmarcadas en el principio de oportunidad analizado: *patteggiamento*; *giudizio per decreto*; *giudizio abbreviato*; *giudizio direttissimo* y el *giudizio*

---

<sup>146</sup> Artículo 27 y 28 de la ordenanza.

<sup>147</sup> DESCHAMPS, J. P. “El derecho francés de los menores. El menor y el Juez de menores” en *Legislación de menores en el s. XXI: análisis de derecho comparado*, dirigido por GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 84.

<sup>148</sup> Se puede ver un análisis de este sistema en AYO FERNÁNDEZ, M. “Las garantías del menor infractor (ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre responsabilidad penal de los menores y sus modificaciones posteriores” Ob. Cit., págs. 115 a 128. MORA ALARCON, J. A., *Derecho penal y procesal de menores* Ob. Cit., pág. 27 y ss., COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho Penal de Menores*, Ob. Cit.

<sup>149</sup> En adelante CPP.

*immediato*. Estas modalidades lo que pretenden es limitar el modelo inquisitivo de la fase de instrucción y en la mayor medida posible, imprimir mayor celeridad al procedimiento penal. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el sistema italiano adopta el modelo norteamericano de la transacción y del acuerdo procesal, aunque no de una manera totalmente pura, lo cual hace de este sistema un mecanismo peculiar y distinto<sup>150</sup>.

En la jurisdicción de menores hay que destacar que están presentes constantemente las exigencias educativas del menor, y concretamente en el DPR/448<sup>151</sup>, convirtiéndose así en la finalidad preponderante, no desatendiéndose la idea de que se trata de un sujeto a recuperar más que a castigar, de modo que el principal objetivo sería devolverlo a la sociedad en condiciones de madurez y responsabilidad.

El Derecho penal de menores italiano prevé una serie de instrumentos jurídicos para la adecuación del procedimiento a las condiciones y exigencias de los menores. Así en palabras de VÁZQUEZ GONZÁLEZ<sup>152</sup> “el objeto que se persigue es apartar de la perjudicial influencia de la prisión a aquellos sujetos en los que se observen claros signos de enmienda y se presuma, con un cierto grado de seguridad, que se abstendrán de delinquir en el futuro, ya que esta disciplina se inspira esencialmente en exigencias de prevención especial de recuperación y de reeducación, que en este ámbito asumen un rol dominante en consideración al hecho de que la personalidad del menor se encuentra en vía de formación, y es por eso oportuno subordinar el recurso de la pena a la exigencia de su desarrollo positivo”.

---

<sup>150</sup> PEPINO, L., “Breve aproximación al sistema procesal italiano”, en *Jueces para la Democracia*, 2003, núm. 48, noviembre, pág. 97 y ss.

<sup>151</sup> Decreto del Presidente Della Repubblica (en adelante DPR) de 22 de settembre de 1988, n. 488 “*approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*” consultado en <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.data Pubblicazione Gazzetta=1988-10-24&atto.codiceRedazionale=088G0493>.

<sup>152</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Derecho penal juvenil europeo*, Ob. Cit.

En el *Código Penale* italiano se establece en su artículo 97 que “no es imputable el que, en el momento en el que ha cometido el hecho, no haya cumplido los 14 años”. Mientras que el artículo 98, expresa que “es imputable el que, en el momento en que ha cometido el hecho, haya cumplido los 14 años, pero todavía no los 18, si tiene capacidad de entender y querer, pero la pena se atenuará”. Estableciéndose, por tanto, una similitud con el sistema español en cuanto a la franja de edad en la que se aplica el sistema de justicia juvenil, sin perjuicio que en el sistema italiano al menor de 14 años, a pesar de no ser imputable, se le pueden aplicar las medidas de seguridad previstas en el artículo 224 del Código Penal.

Sin embargo, no basta sólo con el criterio cronológico, es necesario que el menor sea imputable (*capacità di intendere e di volere*). La *Corte Suprema di Cassazione*<sup>153</sup> ha expresado que el juez debe evaluarla con referencia al particular episodio criminal y verificar las condiciones de madurez del afectado, es decir, su evolución intelectual, psicológica y física y la capacidad de entender ciertos valores éticos, de distinguir el bien del mal, lo ilícito de lo lícito, así como determinarse en la elección de uno u otro comportamiento.

Esta manifestación de la Corte Suprema de Casación, viene a superar lo que en su momento manifestó VAELLO ESQUERDO<sup>154</sup> relativo a que “la jurisprudencia, de hecho, ya sustituyó y sobrepuso el concepto jurídico de capacidad al psicológico de madurez, creando una clave de lectura de los hechos que se prestó a utilidades muy amplias, que dio lugar a que la interpretación jurisprudencial oscilante y poco uniforme”.

En cuanto a la regulación del sistema de justicia juvenil, ya hemos

---

<sup>153</sup> Se recogen los argumentos de la Sentencia de 13 de julio de 2006 que resume la doctrina jurisprudencial (Cassazione Penale, sez. I, 13 luglio 2006, n. 24271), citada en FERREIROS MARCOS, C. E., “Cooperación jurídica internacional en materia de responsabilidad penal de los menores”. Ob Cit., pág. 64.

<sup>154</sup> VAELLO ESQUERDO, E. “La responsabilidad penal de los menores en Italia” en Revista de derecho penal y criminología, nº 18, 2006.

visto estas manifestaciones del CPP, sin embargo la misma está recogida en la legislación especial y más concretamente en el DPR de 22 de septiembre de 1988<sup>155</sup>, y en el Decreto Legislativo de 28 de julio de 1989<sup>156</sup>. Complementa a los anteriores el Real Decreto Ley de 20 de julio de 1934<sup>157</sup>, mientras que de forma subsidiaria, y en lo no previsto en el DPR, se deberá estar a lo regulado en el CPP<sup>158</sup>.

## **5.2. Procedimiento penal**

En primer lugar, debemos señalar que la Constitución italiana no permite la creación de juzgados especializados, sin perjuicio que se puedan crear secciones dentro de un Tribunal con dichas características de especialización<sup>159</sup>. Además, en el seno del presente procedimiento se establece la separación de la responsabilidad penal y la civil, por ello se seguirá cada una de ellas ante una jurisdicción y procedimiento diferente. Sin embargo, y como destaca VAELO ESQUERDO<sup>160</sup>, en dichos tribunales o secciones especializadas intervienen profesionales ajenos al sector judicial como biólogos, psicólogos o pedagogos de cara a dar una mejor respuesta punitiva al menor, cuestión ésta que sí que es admitida por

---

<sup>155</sup> DPR de 22 de septiembre de 1988, n.º. 448, approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni.

<sup>156</sup> Decreto Legislativo de 28 de julio de 1989, n.º. 272, norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n.º. 448, recante disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni.

<sup>157</sup> Real Decreto Ley de 20 de julio de 1934, n.º 1404, istituzione e fondamento del tribunale per i minorenni.

<sup>158</sup> Artículo 1.1 del DPR.

<sup>159</sup> Artículo 102 de la Constitución Italiana. El Real Decreto n.º 12 de 30 de enero de 1941 sobre Ordinamento giudiziario, en sus artículos 49 a 51 regula, como órganos especializados, el Juez encargado de la investigación preliminar (Giudice per le indagini preliminari presso il tribunale per i minorenni), el Tribunal para Menores (tribunale per i minorenni) compuesto por dos magistrados y dos jueces legos, un hombre y una mujer (salvo para el caso de la audiencia preliminar que actúa sólo con un magistrado titular y los dos jueces honorarios) y el Juez de Vigilancia (Giudice di sorveglianza presso il tribunale per i minorenni). El artículo 2 del RD 448/1988 también recoge la existencia de una sección especializada de la Corte de apelación (sezioni di corte di appello per i minorenni) y el papel del fiscal especializado (il procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni).

<sup>160</sup> VAELO ESQUERDO, E. “La responsabilidad penal de los menores en Italia” Ob. Cít.

la Constitución italiana.

Desde el punto de vista policial, las secciones de menores de la policía Judicial intervienen cuando tienen conocimiento de la comisión de un ilícito penal por un menor de edad, teniendo competencias para valorar en torno a la gravedad de los hechos si procede o no tal detención.

Entrando ya a analizar el procedimiento, podemos ver cómo en la fase de investigación preliminar, y según lo dispuesto en el artículo 326 CPP “el Ministerio público y la policía judicial desempeñan, en el marco de sus respectivas atribuciones, las investigaciones necesarias para las determinaciones inherentes al ejercicio de la acción penal”.

Así, el artículo 9 del DPR 448/1988 establece la obligación del Ministerio Público y del Juez de adquirir elementos sobre las condiciones y recursos personales, familiares, sociales y ambientales del menor con el fin de verificar su imputabilidad y el grado de responsabilidad, evaluar la relevancia social del hecho, así como disponer las medidas penales adecuadas y adoptar los eventuales procedimientos civiles.

Esta función, a similitud de los equipos técnicos recogidos en la LORPM, normalmente la desarrollará el servicio especializado de la Administración de Justicia (*servizi minorili dell'amministrazione della giustizia*) que actuará en coordinación con los servicios sociales locales. Todo ello porque el sistema italiano intenta no solo buscar la personalidad del menor, sino también valorar la relevancia social del hecho cometido y así adecuar la medida a ambos supuestos.

Esta primera fase finaliza con la petición de apertura de juicio, por las causas de sobreseimiento previstas en el CPP o bien porque se ha acreditado la minoría de 14 años, o no tiene condiciones de madurez suficientes (*sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità*) o por irrelevancia del hecho (*sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*).

Una vez abierta la fase de enjuiciamiento vemos cómo se pueden aplicar procedimientos especiales junto con el procedimiento ordinario.

a) Así, el procedimiento especial abreviado se inicia a petición del imputado, quien puede beneficiarse de una reducción de un tercio de la pena a imponer<sup>161</sup>.

b) El procedimiento especial directo procede cuando hay delito flagrante o una confesión del imputado, lo cual permite acelerar el procedimiento, estableciéndose como única exigencia<sup>162</sup> la elaboración del informe sobre las circunstancias del menor anteriormente citado. Este procedimiento tan solo está vetado si con él se perjudica gravemente a las exigencias del menor.

c) El procedimiento especial inmediato, cuando ya se ha reunido toda la prueba y ésta es evidente, o bien el imputado renuncia a la audiencia preliminar, establece el mismo límite que en procedimiento el anterior de no perjudicar gravemente las exigencias del menor.

Tras haberse determinado el tipo de procedimiento a aplicar, se pasa a la fase de audiencia preliminar, la cual se desarrolla ante un tribunal compuesto por un magistrado titular y dos jueces honorarios, desarrollándose el acto que finalizará mediante un Decreto que disponga el juicio (*Decreto che dispone il giudizio*<sup>163</sup>) mediante la sentencia que dispone no haber lugar a proceder la continuación del procedimiento (*sentenza di non luogo a procedere*)<sup>164</sup> mediante la sentencia que dispone no haber lugar a proceder por irrelevancia del hecho (*sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*)<sup>165</sup>, porque se ha acreditado que el menor tenía una

---

<sup>161</sup> Artículos 438 y ss. del CPP, siendo el 442.2 el referente a la reducción de la pena.

<sup>162</sup> Artículo 25 del DPR.

<sup>163</sup> Artículo 429 CPP.

<sup>164</sup> Artículo 425 CPP.

<sup>165</sup> Artículo 27 DPR.



edad inferior a 14 años o no reviste las condiciones de madurez exigidas (*sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità*)<sup>166</sup>, por la concesión del perdón judicial (*perdono giudiziale*)<sup>167</sup>, por la concesión de la medida de suspensión del proceso a prueba “*ordinanza di sospensione del processo e messa alla prova*”<sup>168</sup> o bien sentencia condenatoria cuando procede una multa o una sanción sustitutiva<sup>169</sup>.

Tras la audiencia preliminar se desarrolla el acto del juicio, siempre que no haya finalizado por las causas antes dichas, desarrollándose con las particularidades previstas en el CPP con una serie de particularidades recogidas en el artículo 33 DPR, como es que siempre se celebra a puerta cerrada, salvo que el menor tenga 16 años y solicite que sea audiencia pública o que las partes (Fiscal y defensa) no interrogan al menor, sino que trasladan al Juez las preguntas y éste es el que las realiza.

El acto del juicio puede finalizar con sentencia absolutoria, sentencia que dispone no haber lugar a proceder por irrelevancia del hecho, con la concesión del perdón judicial, con la concesión de la suspensión del proceso a prueba o con sentencia condenatoria. Y admitiéndose contra esta sentencia el *giudizio di appello*<sup>170</sup> y *ricorso per cassazione*<sup>171</sup>.

### **5.3. Medidas a adoptar**

En el sistema italiano, los menores de entre 14 y 18 años de edad están sometidos al sistema de penas establecido para los adultos en el Código Penal Italiano.

Dentro de estas penas podemos distinguir las penas restrictivas de la

---

<sup>166</sup> Artículo 26 DPR y Artículo 98 del Código Penal Italiano.

<sup>167</sup> Artículo 169 del Código Penal Italiano y 19 del R. Decreto de 20 de julio de 1934, nº 1934 para los menores de 18 años.

<sup>168</sup> Artículo 28 DPR.

<sup>169</sup> Artículo 32.2 DPR.

<sup>170</sup> Recurso de apelación regulado en el artículo 35 DPR.

<sup>171</sup> Recurso de casación regulado en los artículos 606 y ss del CPP.

libertad personal (*pene detentive o restrittive della libertà personale*) y las penas pecuniarias.

Dentro de las primeras nos encontramos con el denominado “*ergastolo*”, la reclusión y el arresto (este último sólo aplicable a las faltas) y en el segundo grupo la multa y la denominada “*ammenda*” (esta última aplicable sólo a las faltas).

Tan solo manifestar a este respecto que el “*ergastolo*”, que viene a entenderse como una cadena perpetua, no es aplicable a los menores, ya que en este sentido se manifestó el Tribunal Constitucional Italiano<sup>172</sup> sustituyéndose la citada pena, cuando sea de aplicación, por una reclusión que aunque de menor entidad, puede llegar a ser de 20 a 24 años<sup>173</sup>.

También se establecen diferentes penas accesorias, a similitud de nuestro sistema, que aunque se pueda pensar que están destinadas para mayores de edad (como la privación del derecho de sufragio o de la patria potestad), teniendo en cuenta la larga duración que pueden tener las medidas, pueden perfectamente ser aplicadas a menores de edad.

Respecto a las medidas de seguridad podemos distinguir las personales y las patrimoniales. Se aplican a personas que son consideradas como “*socialmente peligrosas*”<sup>174</sup> y se pueda prever que pueden cometer nuevos delitos, pudiendo llegar a ser de duración indeterminada, pero eso sí, sometidas a exámenes periódicos. Estas medidas se pueden incluso imponer a menores de 14 años que cumplan esas características de ser socialmente peligroso.

También podemos señalar como medidas las de privación de libertad

---

<sup>172</sup> Corte Costituzionale. Sentencia n° 168/1994 de 27 de abril de 1994 (pres. Casavola, rel. Caianiello).

<sup>173</sup> Artículo 69 del Código Pernal Italiano.

<sup>174</sup> Artículo 202 Código Penal Italiano.

por internamiento en reformatorio (*reformatorio giudiziario*)<sup>175</sup> y la medida no privativa de libertad de libertad vigilada (*libertà vigilata*)<sup>176</sup>, respecto de las cuales en el DPR se establecen determinadas peculiaridades en su ejecución que pudieran devenir en una permanencia en comunidad o en domicilio, entre otras medidas.

Finalmente hacer referencia a las sanciones sustitutivas, que vienen a sustituir aquellas medidas privativas de libertad de corta duración<sup>177</sup>.

Así, el Decreto 448/1988 las regula en el artículo 30 diciendo que “cuando el Juez tiene que aplicar una pena privativa de libertad no superior a dos años puede sustituirla con las sanciones de “semidetención” (*semidetenzione*) o la “libertad controlada” (*libertà controllata*) teniendo en cuenta la personalidad y las exigencias de trabajo o de estudio del menor así como sus condiciones familiares, sociales y ambientales”.

#### **5.4. Manifestaciones del principio de oportunidad penal**

En Italia la mediación se recoge de manera más o menos indirecta en los artículos 27 en relación con el artículo 28 del DPR 448/88. Conforme al art. 27 la mediación será parámetro de valoración para considerar si el Ministerio Fiscal ha de continuar o no con el expediente sancionador del menor. En relación directa con el art. 9 de la misma ley en el que se exige al Juez y al Fiscal que para la determinación de las medidas a imponer al menor se deberá atender a las características del hecho y del menor y sus circunstancias<sup>178</sup>.

a) La irrelevancia del hecho. La misma fue introducida en el

---

<sup>175</sup> Artículo 223 del Código Penal Italiano.

<sup>176</sup> Artículo 228 Código Penal Italiano.

<sup>177</sup> Previsto en la Ley nº 689/1981, de 24 de octubre.

<sup>178</sup> FRANCÉS LECUMBERRI, P. “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación”, Ob. Cit.

ordenamiento jurídico italiano con el artículo 27 del DPR 448/1998<sup>179</sup>. Se funda en tres presupuestos: la escasa entidad del hecho, el carácter ocasional del comportamiento y el efecto perjudicial para las exigencias educativas del menor que resultaría de la continuación del procedimiento. Pudiendo, por tanto, establecerse un paralelismo con el desistimiento de la incoación del expediente de reforma establecido en el artículo 18 de la LORPM. Para su adopción se exige que sea el Ministerio Fiscal quien lo solicite previa audiencia del menor, de sus representantes legales y de la persona ofendida por la infracción. Y contra la resolución cabe recurso de apelación, formalidades éstas que ya difieren de nuestro sistema, ya que esta fase se realiza en el procedimiento ante el Juez y finaliza por medio de “*sentenza*”.

Esta medida, claramente inspirada en el principio de oportunidad, se instaura con una doble finalidad: 1º) descongestionar el sistema procesal penal de menores para garantizar la concentración de los recursos a los casos más merecedores de atención, 2º) realizar el principio de mínima ofensividad del proceso, que es substanciado y concluido, también a costa del sufrimiento que comporta, sólo cuando sea de verdadero interés realizarlo.

Es importante señalar que declarar la irrelevancia del hecho comporta el ejercicio de acciones penales y el Juez debe, entonces, verificar la existencia de sus presupuestos. Cuando no se puede continuar el procedimiento por alguna de las causas legalmente recogidas en la jurisdicción de adultos, al faltar una condición de procedibilidad no se puede adoptar el sobreseimiento por irrelevancia del hecho, sino que lo único que el Juez podrá dictar será un decreto de sobreseimiento de las actuaciones.

El Juez puede pronunciar sentencia consistente en que no ha lugar a

---

<sup>179</sup> Modificado por la Ley de 5 de febrero de 1992, n°. 123.

proceder por irrelevancia del hecho, durante todo el curso del procedimiento, cuando resulte que el hecho es intrascendente y el comportamiento ocasional. Así como cuando el curso posterior del procedimiento judicial perjudique las necesidades de educación del menor. E incluso apreciarla en la sentencia que se dicte en el juicio.

La interpretación y la consiguiente aplicación operativa del art. 27 parece quedar confiada a la discrecionalidad interpretativa del Juez: discrecionalidad de amplísimo alcance, ya que, como señala CERATO<sup>180</sup>, no se descubren en la norma criterios de conexión o enlace con elementos objetivos de valoración y/o con la terminología "técnica" en uso en el proceso penal ordinario.

b) La suspensión del proceso con puesta a prueba. Este instrumento se introdujo en el ordenamiento penal de menores con los artículos 28 y 29 del DPR, para evitar la condena de los menores que, sometidos a un período de prueba, demuestran una evolución positiva en su personalidad y en su conducta.

Se aplica, según el párrafo 1º del art. 28, cuando el juez considera que debe evaluar la personalidad del menor, esto es, la posibilidad del juez de formularse un juicio positivo sobre la posibilidad de recuperación del mismo, teniendo en consideración sus características personales. Puede ser dispuesto cualquiera que sea el delito cometido, aunque sea muy grave y esté castigado con la prisión a perpetuidad.

El período máximo de prueba es de tres años cuando se procede por delitos para los cuales está prevista una pena de privación de libertad de no menos de doce años, y de un año, en los demás casos (como se observa, la ley no establece un plazo mínimo). Durante dicho plazo quedará suspendido

---

<sup>180</sup> CERATO, M., "Riflessioni critiche sull'irrelevanza del fatto nel processo penale minorile", en *DPP*, n. 121, 1997.

el curso de la prescripción.

A este respecto, hemos de señalar que resulta del todo obvio la necesidad del consentimiento del imputado, en el sentido de una clara voluntad de querer someterse al programa de prueba elaborado, ya que sin el cual, la misma se podría considerar, como manifiestan MAZZA y PATRONE<sup>181</sup>, "como una suerte de tratamiento penal de genérico contenido reeducativo, decidido arbitrariamente por el juez y destinado a un seguro fracaso".

Cuando el Juez dispone la suspensión del proceso, entregará al menor a los servicios de la administración de justicia para que procedan con su actividad de observación, tratamiento y apoyo. En la misma providencia, el Juez puede impartir prescripciones u obligaciones encaminadas a reparar las consecuencias del delito y a promover la conciliación del menor con la víctima. (Art. 28, párr. 2º DPR 448/ 88).

Esta figura puede guardar correlación con las facultades otorgadas en la LORPM, en su artículo 40, de suspensión de la ejecución del fallo, ya que el mismo se puede complementar o condicionar con el efectivo cumplimiento de otra medida de distinta naturaleza y menos gravosa.

c) El perdón judicial. Consiste en una prerrogativa prevista exclusivamente para los menores, regulada en el artículo 169 del Código penal y en el artículo 19 del RDL de 20 de julio de 1934. Se reconoce como una facultad otorgada al Tribunal de menores de abstenerse de pronunciar condena o de disponer la remisión del juicio en contra de un menor de dieciocho años que sea reconocido culpable de determinados delitos, si bien ésta posibilidad se aplicará tan sólo una vez.

---

<sup>181</sup> MAZZA, F. y PATRONE, I. "La messa in prova nel procedimento penale minorile", en *Dei Delitti e delle Pene*, anno III, 2ª serie, n. 2, 1993, pág. 161.

La concesión del perdón judicial viene condicionada por la existencia de determinados presupuestos, como que se trate de menores entre catorce y dieciocho años, que tengan capacidad de entender y querer (según resulta de las investigaciones prescritas por el art. 98 Código Penal), valorando los antecedentes penales del imputado, el delito cometido y a la pena aplicable<sup>182</sup>, a la culpabilidad del sujeto y a la presunción de su enmienda o corrección.

Condición fundamental para la concesión del perdón judicial es la presunción de que el culpable se abstendrá de cometer posteriores delitos, a resultas de la consideración de las circunstancias indicadas en el artículo 133 CP italiano.

Cuando se concede el perdón judicial debemos tener en cuenta que la concesión de este beneficio no puede ser puesta bajo ninguna condición, es incompatible con la aplicación de medidas de seguridad, y no es revocable, ya que se considera una causa de extinción del delito.

Otra manifestación del citado principio de oportunidad es la suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración. La suspensión de la pena se regula conforme la jurisdicción de adultos.

La libertad condicional es un beneficio que se concede al condenado que durante el período de detención, ha dado pruebas constantes de óptima conducta, teniendo un comportamiento que demuestre con total seguridad su enmienda y reeducación. Se concede a los menores de dieciocho años, por el Tribunal de vigilancia en cualquier momento de la ejecución y cualquiera que sea la duración de la pena privativa de libertad impuesta

---

<sup>182</sup> La pena aplicable al delito cometido no puede ser superior a dos años, si es privativa de libertad, o a tres millones de liras (1549.37 €), si es pecuniaria.

## 6. DERECHO PORTUGUÉS

### 6.1. Análisis del sistema Portugués

Tradicionalmente en el derecho portugués, al igual que en el español, se venía confluendo en un único procedimiento tanto la protección como la reforma de los menores, sin embargo, y tras las orientaciones internacionales dictadas por Naciones Unidas, la totalidad del conjunto de normas referentes a los menores infractores, menores inadaptados y en conflicto social, menores desamparados, en peligro o en situaciones de riesgo, ha sido modificada recientemente<sup>183</sup>.

Tras las últimas reformas legales, las medidas de protección y reforma de menores, quedan nítidamente separadas, ocupándose los Tribunales de menores de los delincuentes juveniles<sup>184</sup> y una Comisión Nacional de Protección de niños y jóvenes en riesgo, de los menores tradicionalmente denominados desamparados<sup>185</sup>.

De este modo, se pretende buscar respuestas distintas y adecuadas a los problemas específicos manifestados por los menores en uno y otro caso, haciendo que la intervención sea más eficaz. Ahora bien, esto tampoco significa que ambos modelos de intervención sean inconexos, sino que es necesario que se complementen y que existan puentes de paso de uno a otro, porque es posible que en relación con un menor “infractor” se inicie una intervención educativa que termine archivándose, por estimarse que no es necesaria, pero, a raíz de las actuaciones llevadas a cabo, se aprecie la

---

<sup>183</sup> Se puede ver un análisis de este sistema en HIGUERA GUIMERA, J. F., *Derecho penal juvenil*, Ob. Cit., 2003, pág. 222 y ss.; GRANDE SEARA, P., en “El principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores portugués (processo tutelar educativo)”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2011.

<sup>184</sup> Bajo el régimen del Código Penal (el art. 19 del Código penal) y la *Lei 166/99, de 14 de setembro, Tutelar Educativa* se ocupan de los delincuentes juveniles menores de 16 años, siendo la última reforma de la Lei Tutelar Educativa la realizada por la Lei 4/2015 de 15 de enero.

<sup>185</sup> La protección de los menores desamparados viene regulada en la nueva *Lei n° 147/99, de 1 de setembro de Protecção de crianças e jovens em perigo*.



necesidad de iniciar respecto del mismo una intervención de protección por detectarse factores de riesgo o desprotección. A su vez, la Ley también prevé la posibilidad de que, de forma provisional, se apliquen medidas de protección mientras se desarrolla el proceso tutelar educativo<sup>186</sup>.

El régimen legal de los menores comprendidos en la franja de 12 hasta 16 años cumplidos está recogido en legislación especial, concretamente en la denominada *Lei Tutelar Educativa*<sup>187</sup>.

Esta *LTE* se aplica para el enjuiciamiento de los menores con edad comprendida entre los 12 y los 16 años que hayan cometido un hecho delictivo tipificado como tal en la ley penal (art. 1 LTE). Su objeto es determinar si procede o no aplicar a esos menores alguna de las medidas tutelares educativas previstas en el art. 4 de dicha Ley, las cuales se dirigen a “la educación del menor para el derecho y a su inserción, de forma digna y responsable, en la vida en comunidad” (art. 2.1 LTE).

El artículo 19 (*inimputabilidade em razão da idade*) del Código penal portugués<sup>188</sup> determina que “los menores de 16 años son inimputables”.

La Exposición de Motivos de la LTE (apdo. 7) ya declara que el primer principio que inspira la misma es el de intervención mínima y añade, en relación con los presupuestos de la intervención tutelar educativa, que “el primer presupuesto es el de la existencia de una ofensa a bienes jurídicos fundamentales, traducido en la comisión de un hecho considerado por la ley

---

<sup>186</sup> En este sentido GRANDE SEARA, P., en “El principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores portugueses”, Ob. Cit., pág. 4.

<sup>187</sup> Lei Tutelar Educativa, aprobada por Lei no 166/1999 de 14 de Setembro, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2001. En adelante LTE. Se puede consultar en la base de datos pública del *Ministério Público* ([http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei\\_main.php](http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_main.php)), o bien en la página web del *Ministério da Justiça* (<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica>), siendo el enlace directo

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=542&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis&so_miolo=)

<sup>188</sup> Código penal portugués, DL n° 48/95, de 15 de Março.

como crimen (...). Por otro lado, si la finalidad de la intervención tutelar es la educación del menor para el derecho y no la retribución por el crimen, no podrá aplicarse medida tutelar sin que se aprecie, en el caso concreto, la necesidad de corregir la personalidad del menor en el plano del deber-ser jurídico manifestada en la práctica del hecho”

En el Informe Final de la “*Comissão para a reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas*”<sup>189</sup>, se hacía referencia a estos presupuestos al señalar que el tribunal debe valorar si el hecho concreto cometido por el menor, precisamente por ser cometido por una persona con edad inferior a los 16 años, es susceptible de un juicio de desvalor al menos análogo al plasmado en el tipo penal para el caso de que sea cometido por un adulto”. Recogiendo en dicho informe dos ejemplos: a) el propio hecho de ser un menor quien realiza la conducta típica puede apartar el desvalor objetivo abstracto plasmado en la tipificación penal, como sucede en el caso de las relaciones sexuales consentidas entre menores de 14 años (art. 172 CP); b) tratándose de un ilícito típico imprudente, también hay que valorar si al menor le es exigible el deber objetivo de cuidado que actúa como presupuesto de ese tipo penal.

## **6.2. Procedimiento penal**

Es el Ministerio Público quien determina la apertura de la instrucción del procedimiento dirigiendo la instrucción (*inquérito*), asistido por la policía criminal y por los servicios de reinserción social, llevando a cabo las investigaciones necesarias para comprobar la existencia del delito y determinar las necesidades educativas del menor.

Destaca también la figura del tribunal de familia y menores (que funciona como un único juez) y la figura del único proceso. Se intentará

---

<sup>189</sup> Informe citado por GRANDE SEARA, P. “El principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores portugués” Ob. Cit., pág. 40.

llevar un único proceso por menor aunque se le atribuyan hechos diversos ocurridos en distintos lugares, siempre que todos se encuentren en la misma fase procesal y no concurren circunstancias que aconsejen su separación en aras a la celeridad procesal o al interés del menor<sup>190</sup>.

Respecto de la instrucción el Ministerio Fiscal tiene un plazo de 3 meses para concluirlo, otorgándose por tanto una máxima celeridad al procedimiento, pudiendo prorrogarse mediante resolución judicial y atendiendo a la especial complejidad del asunto.

Dentro de las potestades instructoras está el determinar los elementos de prueba de la comisión del hecho y la participación del menor, así como acreditar las necesidades del mismo a través de informes sociales emitidos por servicios públicos o servicios de reinserción social (en un plazo de 15 días).

También se hace necesario el oír al menor por la autoridad judicial, en presencia de letrado y de un técnico del servicio social, salvo que se vaya a archivar el asunto.

Una vez finalizada esta fase sumaria de investigación se puede suspender el proceso (*suspensão do processo*) si se entiende que procede una medida tutelar, archivo de las actuaciones (*arquivamento liminar*)<sup>191</sup> y solicitar la apertura de la audiencia (*abertura da fase jurisdiccional*).

Esta fase jurisdiccional está presidida por el Juez y, al igual que nuestro sistema, está sujeta al principio de contradicción, estableciéndose una fase intermedia, denominada audiencia preliminar (*audiência preliminar*). En esta fase, tras oír al menor, a sus representantes legales, al letrado de la defensa, y si estuviera presente a la víctima, se puede llegar a

---

<sup>190</sup> Artículos 34 a 37.

<sup>191</sup> Artículo 78. Sobre este archivo volveremos más adelante en el epígrafe correspondiente.

una conformidad con la medida interesada por el Ministerio Fiscal, ratificando el Juez en sentencia el citado acuerdo y aplicando la medida aceptada. Si no hubiera conformidad se continua con los trámites oportunos del procedimiento que son tras la práctica de diligencias el señalamiento para la audiencia.

En el acto de la audiencia, si la medida interesada es de internamiento, el tribunal estará constituido por dos jueces legos y el juez unipersonal, decidiendo entre ellos por mayoría, primero sobre los hechos y luego sobre la medida, permitiéndose a esta decisión los recursos oportunos<sup>192</sup>.

### **6.3. Medidas a adoptar**

En el sistema portugués, se pueden destacar dos procedimientos bien diferenciados en cuanto a las medidas a imponer, atendiendo a la edad del menor infractor. El primero referente a menores de 12 a 16 años y el segundo de menores de 16 hasta 21 años

- a) Proceso para menores de 12 a 16 años.

Según el artículo 6 LTE las medidas a imponer serán aquellas que se muestren “adecuadas y suficientes” pudiéndose imponer las siguientes clases de medidas:

Como medidas institucionales, la medida de internamiento en régimen abierto, semiabierto y cerrado.

Como medidas no institucionales la medida de amonestación, privación del derecho a conducir, reparación a la víctima, prestaciones económicas o tareas en beneficio de la comunidad, imposición de reglas de

---

<sup>192</sup> La ley prevé dos recursos extraordinarios: para fijación de doctrina (*fixação de jurisprudência*) y revisión (*revisão*), conforme al artículo 127 de la LTE.

conducta, imposición de obligaciones, asistencia a programas formativos y seguimiento educativo.

b) Proceso para menores de 16 a 21 años.

Se puede imponer la pena de prisión, ya que se les puede aplicar el régimen general de adultos, sin embargo, esta medida se puede moderar por el Juez cuando se piense que ello facilita la reinserción social del joven.

Ahora bien, si se trata de imponer una medida de prisión inferior a 2 años se abren otras posibilidades, ya que si el menor tiene menos de 18 años se le podrán aplicar las medidas de los menores de 12 a 16, mientras que si tiene de 18 a 21 años, podría el Juez imponer medidas de corrección si no se estima conveniente la pena de prisión.

Estas medidas de corrección a imponer son la amonestación, imposición de determinadas obligaciones, multa o internamiento en centros de detención entre 3 y 6 meses.

#### **6.4. Manifestaciones del principio de oportunidad penal**

Como manifestaciones del principio de oportunidad podemos ver ciertas similitudes con el sistema español. Así, en una primera fase de instrucción el Ministerio Fiscal (que instruye el procedimiento conforme determina el artículo 75.1 LTE), puede tener un cierto margen para aplicar soluciones de oportunidad reglada y conseguir en la medida de lo posible sustraer cuanto antes al menor del sistema procesal y evitar la estigmatización que le pueda suponer el citado procedimiento.

Así, podemos ver en primer lugar, la posibilidad de archivo preliminar (artículo 78 LTE) sin ni siquiera iniciar diligencias de investigación, estableciéndose, por tanto, una posibilidad de desestimar de plano la iniciación de cualquier intervención. Para ello, tan solo se requiere que se trate de delitos castigados con pena de prisión cuyo máximo no sea superior a un año y, a la vista de la información inicial proporcionada por la

policía, se entienda que no es necesaria la educación del menor para el derecho mediante la imposición de una medida tutelar, dada la reducida gravedad de los hechos, la conducta anterior y posterior del menor y su inserción familiar, educativa y social. Pudiéndose, por tanto, ver en este sistema que cabría entender una cierta intervención por parte de la Policía, pues de un buen informe policial a favor del menor, se puede decantar o no el inicio del procedimiento. Se destaca en esta fase una cierta similitud con el desistimiento de la incoación del expediente recogido en nuestro artículo 18 LORPM, pero ciertamente con mucha más discrecionalidad que en nuestro sistema.

Si se continua con el procedimiento, puede aplicarse la oportunidad en otro momento, condicionando la misma a que el hecho delictivo imputado al menor lleve aparejada una pena de prisión cuyo máximo no exceda de tres años, y a que éste presente un plan de conducta, cuyo posible contenido fija el propio art. 84.4 LTE, que evidencie la disponibilidad del menor a evitar en el futuro la práctica de nuevos hechos delictivos. Dicha suspensión podrá desembocar en el archivo del proceso o en su continuación, según que el menor dé o no cumplimiento satisfactorio al plan de conducta presentado (art. 85 LTE).

Finalmente, si las manifestaciones del principio de oportunidad anteriores no son viables o han fracasado y, por tanto, la fase de instrucción se ha desarrollado conforme a la ley hasta su conclusión, llegado este momento, el Ministerio Público todavía puede decretar el archivo del proceso, impidiendo la apertura de la fase jurisdiccional. Esta posibilidad está abierta en los casos previstos en el art. 87.1 LTE. En el citado artículo se requiere que se concluya que el hecho imputado al menor no ha existido; que no haya indicios suficientes de la práctica de tal hecho; o que, tratándose de un hecho delictivo punible con pena de prisión cuyo máximo no sea superior a tres años, el Ministerio Público, a la vista de las diligencias practicadas, y en particular de los informes recabados de los servicios de reinserción social, entienda que no es necesario aplicar al menor una medida

tutelar.

En este derecho portugués, para poder aplicar este principio de oportunidad, además de constatar la comisión de un ilícito penal, se debe acudir a la necesidad de “educación del menor para el derecho”, que debe subsistir en el momento de la decisión sobre la aplicación de la medida tutelar.<sup>193</sup> Por ello se debe dar la necesidad de reeducarlo o la necesidad de corregir la personalidad del menor en el plano del deber-ser jurídico manifestada en la práctica del hecho.

## **7. CONCLUSIONES**

A este respecto podemos concluir el apartado referente al derecho comparado con una valoración, en conjunto positiva de los sistemas analizados, pues en todos ellos vemos que se pretende alcanzar una reeducación del menor conforme, en mayor o menor medida, los planteamientos y normativa internacional<sup>194</sup>. Sin embargo podemos establecer varias diferencias a tener en cuenta con nuestro sistema.

Si bien en la fase de instrucción se pudiera entender que se respetan todas las garantías procesales de los menores, no es menos cierto que nuestro sistema simplifica enormemente las facultades de aplicar el juicio de oportunidad e incluso, si este no se lleva a cabo, el procedimiento instructor y posterior juicio.

Decimos simplifica pues se establece la figura del Juez de Menores, como tribunal con categoría de Magistrado que debe conocer del procedimiento y dictar la resolución que proceda cuando conoce del asunto.

---

<sup>193</sup> En este sentido GRANDE SEARA, P. en “El principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores portugués ... Ob Cít., pág. 7. y VÁQUEZ GONZÁLEZ, C., *Derecho penal juvenil europeo*, Ob. Cit.

<sup>194</sup> A este respecto se puede ver VAZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad penal de los menores en Europa” , ponencia realizada en el I Congreso Internacional de Responsabilidad Penal de Menores, celebrado en Madrid, 12 y 13 de febrero de 2008. Ponencias editadas por la Comunidad de Madrid, pág. 67 a 76.

Ello simplifica enormemente la disparidad competencial que se demuestran en otros sistemas como el francés o el italiano, además, de cara al menor infractor le puede incluso parecer menos agresivo que su conducta sea valorada por una única persona y no por un Tribunal colegiado, o conforme va cometiendo hechos, o avanzando en edad, ser juzgado por tribunales diferentes.

Sin embargo, no es menos cierto que en nuestro sistema, *de lege ferenda* se podría adoptar el procedimiento simplificado a similitud del modelo alemán. Sobre todo en aquellos delitos de escasa instrucción, como los delitos flagrantes, o en otro tipo de delitos que necesitan una rápida actuación, más educativa que coercitiva, como serían los supuestos de malos tratos en el ámbito familiar. Quizás se pudiera replantear la figura de los juicios rápidos en la jurisdicción de menores, con la consiguiente carga positiva que pudiera tener de cara a la reeducación del menor, una pronta asunción de responsabilidades y un efectivo cumplimiento y aprovechamiento de la medida. Cuestión que no implicaría excesivas reformas, sino más bien, en funciones de guardia aquello que se plantea como una posible comparecencia de medida cautelar devenga en un juicio o conformidad y que en lugar de imponer una medida cautelar se trate de cumplir una medida firme. Decimos que no implicaría mayores reformas, pues el preceptivo informe del equipo técnico se puede realizar en la entrevista que este equipo tiene en el momento de ser puesto a disposición del Fiscal y el resto de la instrucción podría no tener por qué practicarse ni dilatarse más allá de esas horas en las que está a disposición del Fiscal. Quizás los mayores problemas los pudieran plantear en las guardias de fin de semana en las que el Juez de Menores es sustituido por el Juez de Guardia de la capital de la provincia correspondiente, pero nada obstaría a que se les citara para el primer día hábil inmediato posterior para poder realizar este acto de juicio o de conformidad.

También cabría replantearse la verdadera función de la acusación particular en nuestro sistema, pues conforme la actual regulación española



hay más sombras que luces y, por lo tanto, no sería descabellado volver al origen de la LORPM donde se estableció un sistema, respecto de la acusación particular, similar al alemán.

A este respecto, y teniendo en cuenta nuestro sistema, como posteriormente se analizará, mientras no se modifique la figura de la acusación particular, cabría la posibilidad de introducir facultades judiciales a fin de poder dar entrada a este principio de oportunidad una vez abierto el acto de juicio oral, ya que actualmente hay juzgados de menores que admiten la continuación del procedimiento tan solo por la acusación formulada por la acusación particular, y en contra del criterio del Ministerio Fiscal. Por ello y así entendido, si se llevara a juicio ese procedimiento, en nuestro sistema no cabría a similitud del italiano, en el que el juez puede dictar una sentencia absolutoria por irrelevancia del hecho, y tan solo cabría, tras valorar los hechos, una absolución (por entender que no se han cometido esos hechos o que el menor no es autor de los mismos) o una condena, donde la única facultad que se le compete al Juez es minorar la medida a imponer, y como más leve, imponer una amonestación.

Otro de los supuestos a los que se puede hacer mención al sistema norteamericano y a su sistema de discretion policial. Así, de *lege ferenda*, se podría plantear, salvando las más que evidentes diferencias del sistema penal norteamericano, una primera intervención desde el punto de vista policial y que, en determinados supuestos y siempre previa comunicación al Ministerio Fiscal, como órgano instructor y garante del procedimiento, se pudiera realizar una intervención en delitos leves flagrantes tendente a reparar el daño o conciliar a las partes. Estas premisas se estudiarán más adelante en epígrafe aparte.

Finalmente, y destacando que con el sistema portugués, quizás es con el que más similitudes se comparten, se debe valorar como positivo que existan dos procedimientos y jurisdicciones, como en España, referentes a la protección y a la reforma de menores, sin embargo, no debemos olvidar que

estas dos jurisdicciones, al velar por el mismo interés superior del menor, su reeducación y su correcta formación y evolución, deben estar interconectadas, como así sucede en el sistema portugués y no en nuestro sistema.

Es lógico pensar que un menor que delinque puede necesitar medidas de protección, y que dichas medidas puedan verse afectadas por las medidas cumplidas en virtud de un procedimiento penal y a la inversa. Menores sometidos a medidas judiciales de carácter penal, pueden ver que las mismas tengan trascendencia en su ámbito personal de cara a su protección. Así, en nuestro ordenamiento jurídico no se pueden utilizar datos e informaciones obtenidas en procedimientos penales para justificar una medida de protección. Pudiera darse el ejemplo, de un menor agresivo y con conductas delincuenciales, que fuera padre y que estuviera sometido a un procedimiento administrativo de desamparo de su hijo. Pues bien, en dicho procedimiento de protección, no se podría justificar la decisión de desamparo única y exclusivamente en las condenas penales y procedimientos acaecidos en la jurisdicción penal, dado el carácter reservado de la misma.

## CAPÍTULO IV

### CRITERIOS ORIENTADORES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LORPM

#### 1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

##### 1.1. Conceptualización del término

La noción del interés superior<sup>195</sup> del menor surge originariamente en la doctrina francesa bajo la fórmula “*tout pour l’enfant*”<sup>196</sup>, y se desarrolla, como destaca MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA<sup>197</sup>, en las últimas décadas auspiciado por los hallazgos de la psicología, desde Freud en adelante, que evidenciaron la importancia de los primeros años en la vida del hombre y generaron una nueva sensibilidad hacia los valores de la persona en general, y de la persona en su fase infantil y juvenil en particular.

Ya en el año 1900, la feminista americana ELLEN KEY publicó “*El siglo de los niños*”<sup>198</sup>, realizando un certero y profético análisis del cambio de sensibilidad hacia la infancia y su significación en lo que sería el siglo XX.

---

<sup>195</sup> Al respecto se puede ver un análisis más exhaustivo del tema en ESCORIHUELA GALLÉN, C. V., “El interés superior del menor en la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *La Ley penal*, nº 114, mayo-junio de 2015.

<sup>196</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson 2007.

<sup>197</sup> MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Coordinadora de Menores (actual Fiscal General del Estado). Ponencia realizada en el curso del Centro de Estudios Jurídicos realizado en Santander sobre Protección de Menores en riesgo de exclusión social. Santander, 2-3 de julio de 2008. Obra facilitada por la propia autora.

<sup>198</sup> En el mismo sentido también KEY, E., *El siglo de los niños*, Nueva York 1900. Se puede encontrar una referencia al mismo en <http://www.ibe.unesco.org/publications/ThinkersPdf/keys.pdf>.

Desde un punto de vista jurídico se puede asumir que este proceso general ha servido para conceptualizar al menor como una persona digna de derechos y obligaciones, produciéndose una revalorización de su concepto del que tradicionalmente se tenía. Sin embargo esta condición, a diferencia de un adulto, se debe entender como una persona en formación y en una formación continuada, pues cada una de las intervenciones que se realicen sobre ella en estos estadios tendrá, a buen seguro, una gran repercusión en el futuro del menor. En este sentido se pronuncia RIVERO HERNÁNDEZ<sup>199</sup> cuando afirma que en el menor, por razón de sus pocos años y estructura de su personalidad en desarrollo, tienen particular importancia los bienes y valores no racionales (afectos, aspiraciones, impulsos inconscientes; también sus temores y sus frustraciones) por cuanto conforman destacadamente su vida y llenan en mayor proporción sus necesidades, al tiempo que constituyen los resortes más fuertes de su comportamiento (activo y pasivo) a esa edad, y tienen mayor trascendencia en la conformación de su identidad y para su futuro como persona y ciudadano.

Llegado este momento no podemos entender el concepto de interés del menor exclusivamente en una única jurisdicción, y ello queda patente en las múltiples manifestaciones que de él se encuentran en la legislación española y en las distintas jurisdicciones, como puede ser la civil (acogimiento, adopción, emancipación...), penal (regulación del abandono de familia, protección del menor como sujeto pasivo de determinados delitos, reforma como sujeto activo de delitos...), administrativa (protección de menores) etc. Y evidentemente, tampoco podemos delimitar su regulación a una competencia Estatal o supraestatal, pues nos encontramos pronunciamientos tanto a nivel internacional, estatal, autonómico o incluso local.

Es bastante obvio que en un procedimiento de jurisdicción

---

<sup>199</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Ob Cít. Pág. 68.

voluntaria, o en un procedimiento de determinación legal de la filiación instado por un menor, podemos presuponer que el interés del menor es salvaguardar sus intereses y/o averiguar la verdad y acreditar quien es el progenitor del mismo. En un procedimiento de oposición a una resolución administrativa de desamparo, en la cual el menor, *a priori*, puede no ser consciente de qué es lo mejor para él, bien por la corta edad o por tener asimilada y normalizada una determinada situación familiar, el interés del menor puede parecer más difuso e incluso, él mismo, no tenerlo claro.

Dicho lo anterior, vemos cómo ese interés no puede ser el mismo en el ámbito de la jurisdicción penal de menores, que en el resto de jurisdicciones, toda vez que el interés del menor puede chocar con esa verdad material, pues el interés que realmente pueda tener el menor es esconder la misma y salir airoso de una denuncia interpuesta en su contra<sup>200</sup>.

Por ello, sin perjuicio de lo que luego se dirá, ese interés nunca se puede establecer al arbitrio del propio menor. Es obvio que el concepto de interés no coincide con los intereses que personalmente puedan ser del agrado del mismo.

Teniendo en cuenta que el procedimiento penal de menores tiene una naturaleza sancionadora-educativa, quizás ya se pueda entender que el interés del menor esté más vinculado con la faceta educativa que por la sancionadora, y se trataría de encontrar lo que le interesa al él en situaciones y ante conflictos concretos, pero haciéndole ver que su conducta merece ese reproche.

Se puede entender que el interés del menor se conceptualiza como un *estándar* jurídico: un modelo de conducta o actuación jurídico-social que se adecua a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos

---

<sup>200</sup> En este sentido ALTAVA LAVALL, M., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CUERDA ARNAU, M. L. (coord.) *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Ob. Cit., pág. 37.

principios y sensibilidad sociales<sup>201</sup>.

Nuestro Tribunal Supremo se pronunció en la Sentencia 565/2009<sup>202</sup>, reconociendo que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que debería ser el Juez el que llenara de contenido el mismo al valorar las circunstancias del menor en su conjunto. Ahora bien, ¿cómo se pueden establecer unas pautas concretas para proceder a su valoración? Inevitablemente se debería estar al caso concreto, ya que al no haber dos personas iguales, el proceso formativo, social, personal y familiar de cada uno es totalmente diferente. Sin embargo, en la citada sentencia se establecen determinados criterios que se pueden tener en cuenta<sup>203</sup>:

---

<sup>201</sup> En este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*. Ob. Cit. Pág. 68.

<sup>202</sup> STS Sala 1ª de 31 julio 2009, (EDJ 2009/225075).

<sup>203</sup> La sentencia del Tribunal Supremo cita a su vez los presupuestos establecidos en los sistemas anglosajones, concretamente en la *Children Act* 1989, que fija los siguientes presupuestos:

“a) Los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento): mas el deseo del niño no es vinculante para el juez sino uno más entre otros datos que considerar. A los comentaristas preocupa que lo que el menor exprese sea realmente lo que piensa y desea y no el resultado de un lavado de cerebro o presión de un progenitor o que el niño sea incapaz de expresar su preferencia por desear estar con ambos padres o no desagradar a ninguno. Para conocer el deseo y sentimientos del niño puede ser oído este directamente por el Juez u obtenerlo por medio de expertos o del guardián ad litem.

b) Sus necesidades físicas, educativas y emocionales. Como necesidades físicas son entendidas, sobre todo, el alojamiento, alimentación y vestido apropiados; ellas y las educativas, vinculadas a la personalidad del padre o madre con quien pasa a vivir tras la separación o divorcio son particularmente trascendentes a la hora de decidir la custodia; las emocionales suelen ir muy relacionadas con la edad y personalidad del menor de difícil y muy subjetiva valoración, para lo que se emplea el asesoramiento de psiquiatras, psicólogos y los “*welfare officers*”.

c) El efecto probable de cualquier cambio de situación (del menor): se valora aquí la incidencia que pueda tener para este el cambio de residencia, estudios, amigos y personas con quienes se relacione. Los tribunales ingleses de acuerdo con la doctrina tienden a no variar el statu quo del menor salvo necesidad y afecta por igual en relación con padres y madres. Este factor es importante en las disputas sobre visitas cuando esas relaciones han terminado efectivamente por la falta de relación.

d) Su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica suya que el tribunal considere relevante. La influencia de la edad es relacionada con otros datos, como la educación y deseos del niño. El sexo, aunque menos que en otros tiempos, sigue teniendo importancia en cuanto se considera todavía que el progenitor del mismo sexo puede comprender mejor al hijo o hija. Entre los factores incluidos en este apartado están las convicciones religiosas del menor y de los padres, origen racial, ambiente cultural y lingüístico, particularmente relevantes en la concesión de la custodia o de un régimen de visita y relaciones para preservar tales factores circunstancias del niño.

a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...) y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas.

b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.

c) Mantenimiento, si es posible, del *statu quo* material y espiritual del menor e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica; y, frente a eso, se deben ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y *statu quo*.

d) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo,

---

e) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo. Como daño es considerado el maltrato y los peligros para la salud o el desarrollo (cfr. *Children Act* 1989, sect. 105 [1] Y 31 [9]). En esa inteligencia, son tomados en consideración los riesgos para el menor procedentes de la clase de vida del padre o de la madre. El abuso sexual es el de más frecuente alegación, y los tribunales exigen que se pruebe su alta probabilidad de realidad, y que ese abuso excluye necesariamente la custodia o las relaciones con el menor en ciertas condiciones.

f) Capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración, para satisfacer sus necesidades [del menor]. Ese dato, capacidad del padre/madre, ha desplazado a su conducta o culpabilidad en la crisis matrimonial (que es ahora irrelevante para la asignación de la custodia de los hijos). Sin embargo, la homosexualidad de los progenitores sigue influyendo (así, se ha considerado contrario al *child's welfare* confiarlo a una mujer lesbiana basándose en que perjudicaría socialmente al niño). Otras veces los tribunales atienden a circunstancias materiales, localización geográfica y carácter de las personas con quien el menor va a relacionarse (por ejemplo, su convivencia con otra persona, o la nueva esposa de su padre y su capacidad para asumir responsabilidades con el menor); también incluyen las condiciones religiosas y otras de la persona con quien se relacione, y su repercusión en el menor. Este factor (apartado f) tiene particular trascendencia en las *contact orders* (resoluciones judiciales sobre visita).

g) El rango de las facultades a disposición del tribunal. Este factor es la expresión de la “regla de la mínima intervención judicial” -la sección 1 (5) de la *Children Law Act* 1989 lo enuncia como *Presumption of No Order*: los tribunales pueden optar por no intervenir si ello puede crear otros conflictos o cuando las partes están en condiciones de llegar a acuerdos privados (aunque estos no tengan el mismo alcance que las decisiones judiciales); la actuación del juez requiere que su resultado sea para el menor mejor que la inactividad.”

personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.

e) Habrá de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión “en interés del menor” (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio).

f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor (en particular, para el adolescente) a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro.

Como se pudiera pensar, estos criterios plasmados en la sentencia de referencia parecen un presupuesto normativo tasado a la hora de conceptualizar este interés, y ello en base a las dos tradicionales técnicas legislativas que se utilizan para ello: la cláusula general y la concreción de hechos y valoraciones que para el legislador redundan en interés del menor.

A.- La técnica de la cláusula general, más comúnmente empleada en nuestro ordenamiento (“en toda decisión que le afecte se tendrá en cuenta el interés superior del menor”) es comprensible ante la multiplicidad de situaciones fácticas a las que se ha de aplicar. El problema es que exige una doble tarea: primero hay que precisar el contenido del interés del menor y luego, comprobar en qué situaciones se da el valor que entraña.

B.- Otra técnica recurre a la concreción del interés según criterios normativos preestablecidos por una selección apriorista de datos, criterios y valoraciones concretas a los que se relaciona con lo que interesa al niño. El catálogo de criterios puede ser más o menos amplio y venir referido a distintos datos: edad, salud, recursos económicos... Puede pensarse que cuantos más elementos de concreción aporte una norma más fácil será luego la determinación de sus efectos, y tal es en realidad el fundamento del



sistema, vigente en el ámbito anglosajón de determinación del principio, concretamente así se establece en la *Children Act británica de 1989*.

Lo cierto es que no se establece ninguna definición precisa del mismo en la mayoría de los ordenamientos, aunque todos ellos impongan la adopción de todas las decisiones en interés del menor (Dinamarca, Finlandia, Grecia, Holanda, Suecia, Noruega, Portugal, Francia...) sólo algunos precisan algo más como hace el Código Civil Suizo<sup>204</sup> al definirlo como el facilitarle su desarrollo físico, mental y moral; o el austriaco<sup>205</sup> que se refiere a promover su bienestar en general; o el alemán<sup>206</sup> que aunque sin definirlo con carácter general, lo precisa al regular determinadas instituciones. Así por ejemplo, al prever ciertas conductas negativas de los guardadores (abandono, riesgos...) distingue entre bienestar físico, espiritual y psicológico del niño<sup>207</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico parece que a tenor de la citada sentencia, se sigue la determinación de este interés basándose en una cláusula general, toda vez que se hace referencia al término, pero no se describe el mismo, ni su contenido, pudiéndose complementar con cualquier otra circunstancia del menor.

Según se recoge en la Circular 9/2011 de la FGE, el principio del superior interés del menor, tiene como una de sus más importantes derivaciones la de que el sistema no pivota tanto sobre la inexorabilidad de la respuesta sancionadora como sobre la recuperación del menor para la sociedad, con la consiguiente orientación educativa de las medidas y de su ejecución, dirigidas a facilitar a su destinatario el proceso de formación como persona responsable, respetuosa con los bienes jurídicos ajenos y socialmente competente. El principio de flexibilidad en la selección de la

---

<sup>204</sup> Artículo 302.1.

<sup>205</sup> Artículo 137 y 178.a.

<sup>206</sup> § 1627 y § 1697-a.

<sup>207</sup> En este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*. Ob Cít..

medida y en su duración, así como en la ejecución (posibilidad de cancelación, reducción o sustitución de las medidas impuestas atendiendo a la evolución del menor) la desinstitucionalización (privación de libertad como *ultima ratio*) y la desjudicialización (utilización del principio de oportunidad en sus diversas variantes) son lógicos corolarios de este principio en la jurisdicción de menores.

Más recientemente en la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>208</sup>, en su artículo 2 establece un concepto de interés superior del menor en los siguientes términos<sup>209</sup>:

“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de

---

<sup>208</sup> BOE. n1 175, de 23 de julio de 2015, página 61871.

<sup>209</sup> Teniendo en cuenta la importancia del artículo se reproduce en su integridad.

protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente

relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.”

El informe del Consejo General del Poder Judicial de 30 de septiembre de 2014, considera “especialmente acertado el carácter de *numerus apertus* de los criterios de los apartados 2 y 3 del artículo 2 del anteproyecto, pues como tiene declarada la doctrina asentada por el Tribunal Supremo sobre el concepto de interés superior del menor, los tribunales, en materia de menores, no pueden dejar de considerar ninguna circunstancia relevante que incida, directa o indirectamente en el bienestar del menor, haya sido o no alegada formalmente en el procedimiento, so pena de desatender gravemente la prescripción básica de averiguar y dar debida satisfacción en cada caso concreto al interés superior del menor”.

El inciso final del apartado 3 del artículo 2, remite al principio de necesidad y proporcionalidad en la determinación del interés del menor. Con estas previsiones se recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme a la cual “el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ 7). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la

necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia”<sup>210</sup>.

Por su parte, El Consejo Fiscal, en su informe de 11 de julio de 2014, también ha visto con buenos ojos la introducción de los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros y las garantías procesales respetadas.

Así, en este orden de cosas, podemos señalar que el art. 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>211</sup> en sus apartados quinto y trigésimo enumera los cometidos del Ministerio Fiscal en aras a la protección de los derechos fundamentales de los menores, pero tales cometidos, que no se limitan a la dirección de la instrucción y exigencia de la responsabilidad penal, sino que incluyen como prioritaria la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes (art. 6 LORPM) y la garantía en todo momento de la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados (art. 4 LORPM).

Si el Fiscal es institucionalmente defensor de los derechos de todos los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, lo es en particular de los derechos de los menores y del interés público, que en este ámbito se encarna en el superior interés del menor<sup>212</sup>.

El art. 3.7 del EOMF, siguiendo la línea de los textos precedentes, encomienda al Ministerio Fiscal la protección de menores y desvalidos, lo que determina su omnipresencia jurisdiccional en los procedimientos relativos a menores. Ya la Instrucción 2/1992 de la FGE<sup>213</sup>, afirmaba que el

---

<sup>210</sup> STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012, (EDJ 2012/224014)

<sup>211</sup> Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En adelante EOMF.

<sup>212</sup> En este sentido MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., Ponencia sobre Protección de Menores en riesgo de exclusión social Ob Cít.

<sup>213</sup> Instrucción 2/1992 de la FGE, de 13 de febrero sobre intervención del Fiscal en los Procedimientos de Menores

Ministerio Fiscal es el único órgano que abarca las dos vertientes del área de menores, lo que le coloca en una situación privilegiada para ponderar el caso concreto en sus justos términos.

Como no puede ser de otra forma, toda la actuación del Ministerio Público en relación con menores parte del principio del superior interés del menor, encarnación concreta de la función constitucional que le encarga el artículo 24 de la Constitución Española, cuando se refiere a la defensa del interés público tutelado por la ley. Y ello, tanto en materia de protección (arts. 9, 18, 20 y 21 de la Convención y art. 172.4 CC), como en relación con el sistema de justicia juvenil (arts. 37, 40 y 41 de la Convención y arts. 1 y 7.3 LORPM). Aunque, es evidente, como ya se ha referido, que en este último ámbito también inspira la intervención del Fiscal la necesidad de preservar los intereses legítimos de las víctimas.

Es importante recalcar que nunca en el ámbito de Reforma de Menores, debe identificarse al Fiscal como órgano represivo, pues es sobre todo, protector de los derechos fundamentales de los menores. Así se expresa la Fiscalía General del Estado ya en la Circular 3/84 e Instrucción 2/1992. Este entendimiento no es incompatible con la función del Fiscal tendente a la promoción de la imposición de consecuencias sancionadoras-educativas y a la ratificación de la prevención general como finalidad lícita de las medidas ante delitos de extrema y máxima gravedad.

Pero en todo caso, la guía principal de actuación del Fiscal en materia de menores ha de ser el principio del superior interés del menor, norma de orden público<sup>214</sup>, que debe entenderse desde la consideración preferente del posible beneficio que cualquier actuación concreta pueda propiciar, directa o indirectamente, en relación con la cobertura de las específicas necesidades del menor y la garantía de sus derechos, orientado a

---

<sup>214</sup> ATC 28/2001 de 1 de febrero de 2001. (EDJ 2001/11577).

su desarrollo armónico y pleno, a la adquisición de su autonomía personal, y a la facilitación de su integración familiar y social.

Precisamente por ello, las Secciones de Menores se configuran en lo posible como unidades especializadas y organizadas, con entidad propia y específicos cometidos, integrada en el organigrama de funcionamiento y servicios de cada Fiscalía, que aglutinan un conjunto de medios personales y materiales que se articulan ante la exigencia de especializar la intervención del Ministerio Fiscal.

Tal especialización deriva de la especificidad de la materia sobre la que recae su actuación, que requiere una formación y sensibilidad particular ante los diversos problemas sociales y jurídicos que presenta el menor como ser en formación, tanto cuando entra en conflicto con la Ley penal, como cuando se encuentra en situación de riesgo o desamparo, como cuando ve violados o en riesgo de serlo, sus derechos fundamentales.

Una vez realizadas estas manifestaciones, podemos afirmar que la función del Ministerio Fiscal en el procedimiento regulado por la LORPM es actuar en interés del menor, tanto infractor como víctima, y ello buscando siempre la verdad material de los hechos enjuiciados, no de una forma inquisitiva, sino de una forma imparcial y preservando esos intereses en juego.

Por ello podemos conceptualizar el interés del menor como aquella decisión que se adopta respecto del mismo en aras a facilitar su desarrollo en el ámbito personal, social, educativo y familiar, teniendo siempre en cuenta que el menor, al tratarse de una persona en desarrollo, absorbe y le afecta cualquier decisión o actuación que se realice en su persona. Y que la función del Ministerio Fiscal es garantizar en todo momento que efectivamente se actúe de acuerdo a este interés, en el seno de cualquier actuación jurisdiccional que le afecte.

## **1.2. El interés superior del menor en la LORPM**

Como podemos observar, en la LORPM se hace referencia a lo largo del articulado a la salvaguarda del interés del menor. Ahora bien, desde el punto de vista de la práctica forense nos podemos encontrar con diferentes cuestiones más o menos controvertidas, respecto de las cuales, a pesar de la flexibilidad que establece la presente ley y de acudir supletoriamente a la LECrim, no encontramos un criterio único de interpretación.

En la LORPM no se establece ningún precepto que regule el interés del menor perjudicado, pero es evidente que el Ministerio Fiscal y los demás operadores jurídicos que intervienen en el presente procedimiento deben buscar tanto salvaguardar el interés del menor infractor como el de la víctima, pues en ocasiones se puede llegar a producir el perjuicio que se intenta evitar como un arma de doble filo, ya que el menor víctima en la mayoría de los casos está más afectado y temeroso bien por haber sufrido en sus propias carnes un acto delictivo, bien por el proceso penal que a todas luces, si asusta a un lego en derecho, más todavía cuando este es menor de edad<sup>215</sup>.

Las actuaciones del Ministerio Fiscal deben estar guiadas por el superior interés del menor, orientado a la consecución del desarrollo armónico, pleno y equilibrado del mismo, así como a la adquisición de su autonomía personal y su integración familiar y social. En la búsqueda de la concreción de este principio en cada caso debe reconocerse el papel del menor, potenciando la promoción y libre manifestación de su opinión y la valoración y atención de la misma como elemento para orientar las decisiones que para su atención y protección puedan adoptarse. El interés

---

<sup>215</sup> Si bien no existen estadísticas al respecto en el seno de los procedimientos judicializados, a nadie escapa que multitud de los procedimientos que se sustancian en la jurisdicción de menores son cometidos por menores contra sus semejantes, siendo que en un alto porcentaje estos menores víctimas son de menor edad que el agresor, y por tanto se ejerce, en la conducta delictiva, un plus de superioridad respecto de conductas delictivas cometidas por adultos.



del niño deberá prevalecer ante cualquier otro interés en juego<sup>216</sup>, estableciéndose, por tanto, como un elemento que puede chocar con la actual regulación sancionadora-reeducativa de la LORPM. En este sentido hemos de decir que este interés superior del menor puede interesar en algunos casos que no se le deba imponer medida alguna. Sin embargo, en nuestra actual regulación existen supuestos en los que dependiendo del ilícito penal cometido, se debe imponer imperativamente alguna medida, y no precisamente una medida de escasa entidad, sino más bien todo lo contrario, como es el caso de internamiento en régimen cerrado en los supuestos previstos en el artículo 10 LORPM.

## **2. FUNCIÓN REEDUCADORA FRENTE A LA FUNCIÓN SANCIONADORA DE LA LORPM**

### **2.1. Cuestiones pedagógicas de la LORPM**

Se puede comenzar este epígrafe con la premisa de que hemos de educar a nuestros jóvenes, y ya desde su más tierna infancia hay que enseñarles a vivir en sociedad. Por ello han de ver, captar y sentir afecto y es preciso transmitirles valores. En este sentido y como manifiesta URRA<sup>217</sup> es esencial formar en la empatía, haciéndoles que aprendan a ponerse en el lugar del otro, en lo que siente, en lo que piensa. La empatía, conforme manifiesta este autor, es el gran antídoto de la violencia.

La criminalidad de jóvenes y menores tiene un interés capital, desde el punto de vista teórico (criminológico) y político criminal. Cómo destaca GARCIA-PABLOS DE MOLINA<sup>218</sup>, tan solo la ignorancia o la insensibilidad puede llevar a etiquetar la delincuencia juvenil como una

---

<sup>216</sup> Vid. STS nº 565/2009, de 31 de julio Ob. Cit.

<sup>217</sup> URRA PORTILLO, J., en “Criterios Pedagógicos de intervención con menores en conflicto”, en *Cuadernos de derecho judicial*, N.º. 25, 2005 (Ejemplar dedicado a: La ley de responsabilidad penal menor: situación actual), págs. 175-282.

<sup>218</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 15, 1996.

delincuencia menor. “La criminalidad de jóvenes y menores (lo reconozca o no el mundo de los adultos) refleja los valores oficiales y subterráneos de este último. En buena medida, los reinterpreta y traduce, porque el joven es un imitador que escenifica y repite lo que ve, lo que le enseñan, lo que aprende”.

Así, y ya en el sistema penal español, vemos cómo se determina en el artículo 25.2 de la CE que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social”. Este precepto se repite en la Ley Orgánica General Penitenciaria, posteriormente desarrollada en el Reglamento Penitenciario y en la LORPM en su artículo 55.

En la exposición de motivos de la LORPM se establece que se trata de “una ley penal del menor y juvenil que contemple la exigencia de responsabilidad para los jóvenes infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal, fundamentada en principios orientados hacia la reeducación de los menores de edad infractores, en base a las circunstancias personales, familiares y sociales, y que tenga especialmente en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia...”<sup>219</sup>

Para continuar en el motivo 6, que “puede decirse que la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento”. Así, esta función reeducadora se enlaza con el interés superior del menor como justificación y fundamento del mismo, habida cuenta de la amplia flexibilidad que se le reconoce a la LORPM a la hora de continuar o no un procedimiento y a la hora de aplicar una u otra medida.

Respecto a esta función reeducadora de la jurisdicción de menores,

---

<sup>219</sup> Motivo 3.

al igual que en la de adultos, no existe un discurso teórico homogéneo. Nos podemos encontrar con manifestaciones en diferentes disciplinas como puede ser la Criminología, el Derecho o la Sociología, sin desmerecer la Medicina o la Psicología.

Partiendo de la idea de que esta jurisdicción va dirigida a menores de edad, menores en formación, como ya se ha comentado, la función punitiva del Estado no puede ser equiparable a la jurisdicción de adultos, pues poco se puede reeducar a un menor aplicando la misma sanción que a otro cuyas características son totalmente heterogéneas. Ni tampoco el mismo lenguaje ni la misma burocracia. Así, en el artículo 17 de la LORPM ya se hace mención que cuando se detenga a un menor se le informará en un lenguaje claro, comprensible y de forma inmediata. Además en la LORPM se evita hablar de penas, como en la jurisdicción de adultos, y se utiliza el concepto de medida, por entender que lo que se le impone al menor es una medida reeducativa.

Este planteamiento se traduce, en un régimen específico para el menor en el que se deben respetar sus derechos y garantías, y en segundo lugar en una flexibilidad del procedimiento que conlleva que a la hora de valorar la medida más adecuada al menor, se deba atender no sólo a la prueba y su valoración jurídica, sino especialmente a la edad, las circunstancias personales, familiares y sociales, su personalidad, y el interés superior del menor<sup>220</sup>.

Como destaca VALDERRAMA BARES<sup>221</sup>, tampoco desde la Pedagogía se realiza un estudio o análisis de esta función reeducadora, aunque sí que existen investigaciones y publicaciones de experiencias de diferentes modelos educativos en estructuras escolares en el ámbito

---

<sup>220</sup> En este sentido CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 55.

<sup>221</sup> VALDERRAMA BARES, P., “La micropolítica de la función reeducadora en prisión” en *Revista de Educación*, 360. Enero-abril de 2013. Págs. 69-90.

carcelario.

Por ello, debemos acudir a los tratados internacionales para entender este fundamento reeducador de la ley. Así, en la Convención sobre derechos del niño, en el artículo 40, apartado 4, se dice que “se dispondrá de diversas medidas [...], para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”, planteamientos similares se pueden observar en los diferentes tratados internacionales, que por haber sido ya referidos en otro apartado no se reproducen en el presente.

Como señala LIZÁN FERNÁNDEZ<sup>222</sup>, con esta intervención reeducativa con el menor, se pretende, entre otros objetivos, un actuación de cara al menor infractor, al menor víctima, a la comunidad e incluso de cara a la Administración de Justicia.

Ello es así pues el menor infractor debe comprender que sus actos tienen consecuencias positivas y negativas para los demás y para sí mismo y, por tanto, debe considerar cómo actuar en el futuro de acuerdo a ocasionar el menor daño posible a unos y otros, estableciéndose, también, como una ocasión para que empiece el menor a manejarse dentro de unos límites sociales y morales más adecuados.

De cara a la víctima se pretende que la misma se entienda reparada, en la medida de lo posible que pueda expresar libremente tanto sus sentimientos como su opción de solución y que desaparezcan los resentimientos y temores.

De cara a la comunidad se pretende transmitir la seguridad de que se

---

<sup>222</sup> LIZÁN FERNÁNDEZ, P., en “Mediación y Justicia Penal” ponencia realizada en el seno de la mesa redonda Mediación y Resolución, alternativa, problemas, en el I Congreso de Psicología Jurídica en Red, Colegio de Psicólogos de Madrid, 2004. Si bien este autor centra estos objetivos en la mediación, son todos ellos extrapolables al procedimiento de menores en general. Documento facilitado por asistentes al Congreso.

da respuesta a las conductas infractoras, aunque con métodos más educativos que punitivos.

Mientras que de cara a la Administración de Justicia se plantea como una posibilidad de aplicación de restitutivos o compensatorios hacia la víctima.

Ahora bien, estos presupuestos entendidos, por ejemplo, desde el punto de vista de la mediación parecen claros. Sin embargo, los mismos pueden verse quebrados en el supuesto de la facultad de desistimiento del Ministerio Fiscal, ya que no se cumplen los supuestos de cara a la víctima y respecto al menor infractor, ya que, como se verá posteriormente, es dudoso que efectivamente se haya producido o no dicha concienciación. El tercer elemento de transmitir seguridad a la comunidad, viene en el sentido de que se da respuesta a todas las conductas infractores, y parece, si cabe, más todavía en entredicho, cuando lo que realmente se puede transmitir es una decisión discrecional de paralización del asunto.

Por ello no es descartable que diversas investigaciones psicológicas consideren que incrementar el apoyo social y comunitario debe ser uno de los ejes vertebradores de los programas educativos y una condición para lograr la resocialización de las personas delincuentes<sup>223</sup>. Sin embargo, este apoyo social depende, en gran medida, de la opinión pública sobre el origen de la delincuencia, su volumen y las formas de controlarla, sin perjuicio que la delincuencia juvenil no llega a tener indicadores de referencia, a diferencia de la de adultos, que sirvan para valorar la opinión real sobre la misma, ya que, como se ha podido observar en la evolución de nuestro ordenamiento jurídico de menores, se mueve esta conciencia a tenor de los diferentes asuntos de gravedad acaecidos y en los que ha tenido

---

<sup>223</sup> En este sentido GARCÍA, M. D.; MARTÍN, E., TORBAY, Á. y RODRÍGUEZ, C., en “La valoración social de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Psicothema* 2010. Vol. 22, no 4, págs. 865-871.

participación algún menor y que han generado una alarma social. Destacar a este respecto que, en modo alguno, existe esa alarma o conciencia respecto de los diferentes hurtos cometidos por menores de edad, por poner un ejemplo.

Del estudio realizado por la Universidad de la Laguna<sup>224</sup> se desprende una realidad que a los diferentes operadores jurídicos que intervienen en la jurisdicción de menores no se le escapa, y es que el 63,9% de los encuestados no conoce la LORPM y el 58,1 % desconoce si es mejor o peor que la anterior normativa, mientras que el 23,5 % la considera peor, cuestión que viene a ratificar la anterior aseveración de que salvo determinados asuntos mediáticos, la actuación en la jurisdicción de menores no tiene calado social y la eficacia de la misma está distorsionada.

Como se señala en el estudio de referencia, una dato esperanzador es que la sociedad parece apostar más por modelos educativos que por modelos sancionadores a la hora de abordar la delincuencia juvenil, cuestión que choca frontalmente con esos casos mediáticos en los cuales la opinión pública alza la voz ante lo que se viene a denominar como el poco castigo que se le ofrece a un menor delincuente. Este planteamiento ya se realizó en los EEUU, y provocó diferentes reformas legislativas que endurecieron la respuesta frente a los menores infractores hasta el punto de poder derivar determinados menores a la jurisdicción de adultos<sup>225</sup>.

Por ello, los sistemas educativos chocan con los sistemas sancionadores que, *a priori*, son los que la sociedad entiende y ve más

---

<sup>224</sup> Estudio realizado y explicado por GARCÍA, M. D.; MARTÍN, E., TORBAY, Á. y RODRÍGUEZ, C., en “La valoración social de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”, Ob. Cít.

<sup>225</sup> La transferencia Judicial, cuando el Fiscal solicita que se transfiera el menor a una corte adulta por la gravedad del hecho y que sea juzgado como un adulto. En este supuesto rige la premisa “*once an adult always an adult*” (una vez adulto, siempre será adulto) lo cual manifiesta que será juzgado como y sometido a las penas de un adulto, para lo cual debe hacerse una transferencia de jurisdicción (*Waivers of Jurisdiction*).

ajustado a la realidad de lo ocurrido.

Sin embargo, toda la normativa internacional referente a menores tiende más por el sistema de reeducación del menor y de ello se ha hecho eco nuestra actual LORPM. Así, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo de Europa R (87) 20, podemos ver las diferentes formas de intervención judicial mínima o de desjudicialización que se desarrollan de esa manera.

Y no es baladí esta diferenciación, pues en el supuesto de la desjudicialización no tiene por qué haberse llevado a cabo una actividad reeducativa previa, mientras que en las formas de intervención mínima, sí que se entendería llevada a cabo.

Así, en los supuestos del artículo 18 LORPM, el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de desistir de la incoación del expediente sin que se garantice que efectivamente el menor ha sido reeducado o se ha mostrado arrepentido de sus actos. Como posteriormente veremos, al analizar con más detenimiento el citado artículo, hay verdaderas dudas de la efectividad reeducadora de dicha actuación, mientras que en el resto de posibilidades de aplicación del principio de oportunidad, se puede ver un doble filtro, ya que el equipo técnico se ha pronunciado sobre esta posibilidad tras ver al menor y su entorno, eliminándose por tanto, esa decisión unilateral prevista en el artículo 18.

Otro de los supuestos que también pondría en entredicho esta facultad reeducadora de la ley se da cuando concurren varios menores y la decisión a adoptar es diferente en uno respecto a otro. Este extremo, que ya se estudiará más adelante, pero que se puede anticipar que si a uno de esos menores se le aplica el principio de oportunidad y al otro no, muy flaco favor se está haciendo a dicha facultad reeducadora del segundo menor, pues más que comprender tal extremo puede verse más estigmatizado si cabe.

También se puede citar como uno de los aspectos fundamentales de este sistema reeducativo la flexibilidad que se establece al dar la posibilidad de imponer al menor alguna de las medidas previstas en el artículo 7 de la LORPM sin sujeción alguna al tipo penal cometido, más allá de los supuestos especiales previstos en los artículos siguientes. Y también la posibilidad de sustituir la medida impuesta por otra atendiendo a la evolución del menor, tanto favorable como desfavorable.

## **2.2. La celeridad del procedimiento como respuesta reeducativa**

Otro de los fundamentos reeducativos que se desprende de la jurisdicción de menores es la celeridad del procedimiento, que viene recogido en los cortísimos plazos de prescripción reconocidos en el artículo 15 LORPM<sup>226</sup>. La duración de las medidas, tanto las cautelares como las firmes, y a lo largo de todo el articulado, al flexibilizar el procedimiento sin las ataduras de un procedimiento de adultos, todo ello para que los plazos de pendencia de los asuntos no se vean incrementados ni proyectados *sine die* como en la jurisdicción de adultos.

Así, podemos citar que las medidas cautelares de internamiento se podrán imponer por un plazo inicial de 6 meses prorrogables por otro plazo de 3 meses<sup>227</sup>, mientras que, sorprendentemente, en el resto de medidas cautelares no se establece plazo alguno. Y respecto de las medidas firmes,

---

<sup>226</sup> Art 15 de la LORPM:

“1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben:

1.º Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años.

2.º A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años.

3.º A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave.

4.º Al año, cuando se trate de un delito menos grave.

5.º A los tres meses, cuando se trate de una falta.

2. Las medidas que tengan una duración superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y la permanencia de fin de semana, que prescribirán al año.”

<sup>227</sup> Artículo 28.3 de la LORPM.



podemos ver como la regla general es que no podrán superar los dos años, las cometidas por delitos graves o menos graves<sup>228</sup>, salvo algunas excepciones, mientras que los delitos leves tienen una duración todavía menor<sup>229</sup>.

Como antecedente histórico que demuestra que esta jurisdicción siempre ha estado presidida por la celeridad, podemos citar el art. 22 del Reglamento de la antigua LTTM, que disponía al respecto que las actuaciones se practicarán en el plazo mas breve posible y se pondrá especial empeño en emplear fórmulas sencillas y sumarias.

No es cuestión baladí la celeridad el procedimiento, ni mucho menos en la jurisdicción de menores. Así se puede ver que, con carácter general, ya el punto VIII de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 se establecía que “el acusado tiene derecho a ser juzgado rápidamente”<sup>230</sup>. En este sentido también podemos citar, conforme ya se recoge en la Circular 9/2011 de la FGE, la normativa supranacional al respecto.

Las Naciones Unidas han potenciado la promoción de este principio en la jurisdicción de menores, a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966<sup>231</sup>, de la CDN<sup>232</sup> y de las Reglas de Beijing, concretamente la regla 20, refiere que “la rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir

---

<sup>228</sup> Artículo 9.3 de la LORPM.

<sup>229</sup> Artículo 9.1 de la LORPM.

<sup>230</sup> DE LA ROSA CORTINA, J. M., “Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la fiscalía general del estado y jurisprudencia” comunicación realizada en un curso de formación para Fiscales especialistas en menores, 2013. Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

<sup>231</sup> Artículo 10.2.2 b de la LORPM.

<sup>232</sup> Artículo 40.2 de la LORPM.

insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra. También el punto 52 de la Observación General nº 10 (2007) del Comité de Derechos del Niño recomienda que los Estados Partes fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir desde que se comete un delito y concluye la investigación policial, el fiscal (u otro órgano competente) decide presentar cargos contra el menor y el Tribunal u otro órgano judicial competente dicta sentencia definitiva. Pero al mismo tiempo, las decisiones que se adoptan son demora deben ser el resultado de un proceso en el que se respeten plenamente los derechos humanos del niño y las garantías legales”.

El Consejo de Europa también ha prestado gran atención a este principio en la Recomendación Rec (1987) 20 del Comité de Ministros, en su punto 4 y en la Recomendación Rec (2003) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su regla 14 y, últimamente, en la regla 9 de la Recomendación Rec (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, adoptada el 5 de noviembre de 2008. Y como no, nuestra Constitución recoge en su artículo 24.2 el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Así y como se recoge en las diferentes memorias de la FGE la pendencia de los asuntos oscila entre 6 meses las faltas y entre nueve meses y un año los delitos, sin perjuicio que determinados asuntos, puntualmente, puedan demorarse más tiempo<sup>233</sup>.

Este tiempo se considera más que suficiente para entender que la

---

<sup>233</sup> Memoria de la FGE de 2015. “Los tiempos de instrucción se siguen manteniendo, en general, en lapsos muy razonables, y el número de asuntos pendientes al finalizar el año, en una buena parte de las Fiscalías, es significativamente reducido. 498 Se sigue constatando, empero, que la celeridad en la instrucción no va acompañada siempre, durante la fase de audiencia, de idéntica premura por parte de los Juzgados, pues se demoran muchas veces los señalamientos de vistas, lo que obliga en algún caso (Las Palmas) a un seguimiento posterior y a impulsar el procedimiento mediante escritos al Juzgado”. pág. 497-498.

respuesta que se le da al caso concreto puede ser satisfactoria para todas las partes. Sin embargo, desde un punto de vista social, en todas las encuestas que se realizan sobre la justicia, los retrasos en los procedimientos, dilaciones y sentencias tardías, son cuestiones que preocupan sobremanera a la sociedad.

En la Circular 1/2007, de la FGE, se declara que “el principio de celeridad ha sido santo y seña para las Secciones de Menores de las Fiscalías, que año tras año en sus Memorias plasmaban los esfuerzos realizados para reducir los tiempos de respuesta... el principio de celeridad, vital en la Justicia Juvenil y generador de la obligación de reducir la fase de instrucción al mínimo imprescindible, suprimiendo declaraciones reiterativas impone también evitar interpretaciones rígidas”. Sin embargo, es en la Circular 9/2011 donde se consagra este principio de celeridad junto a los principios del superior interés del menor y de protección de las víctimas como los principios generales que conforman el Sistema de Justicia Juvenil y que pueden además servir para comprobar si las funciones encomendadas en este ámbito al Fiscal están siendo ejercitadas correctamente.

La STC nº 153/2005, de 6 de junio resalta la especial relevancia que tiene la celeridad en el proceso penal de menores al declarar que “la tardanza excesiva en la finalización de los procesos puede tener sobre el afectado unas consecuencias especialmente perjudiciales cuando se trata de un supuesto en el que se depura la eventual responsabilidad penal de un menor. La dimensión temporal merece una consideración diferente en la llamada justicia de menores. Y ello es así por cuanto que, si la respuesta de los órganos jurisdiccionales se demora en el tiempo, un postulado básico que ha de observarse en estos procedimientos, el superior interés del menor, queda violentado, así como distorsionada la finalidad educativa que los procesos de menores han de perseguir, además de verse frustrado también el interés global de la sociedad a la hora de sancionar las infracciones perseguidas. Por ello las medidas que se adoptan en el seno de estos procesos, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de

dictarse teniendo presente el interés del menor y estar orientadas hacia la efectiva reinserción de éste, pierden por el retraso del órgano judicial su pretendida eficacia, pudiendo llegar a ser, incluso, contrarias a la finalidad que están llamadas a perseguir.”

La jurisprudencia del TEDH<sup>234</sup> ha llegado a acuñar el denominado principio de diligencia excepcional, con el que subraya la obligación de los Estados de resolver los procedimientos sobre menores con celeridad teniendo en cuenta que el paso del tiempo puede derivar en una resolución de facto de la cuestión<sup>235</sup>.

Esta celeridad en el procedimiento no comporta ninguna merma de derechos del menor infractor ni del menor víctima, sino que lo que establece es una necesaria intervención inmediata con todas las partes, pues si se demora en el tiempo la reacción ante la infracción, el menor no puede entender la finalidad de su sanción y tomarla más como una venganza que como una oportunidad reeducativa, que es lo que se interesa en estos supuestos.

Así, la necesidad de reequilibrar esta celeridad en el proceso y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva ha sido asumida por la Recomendación Rec (2003) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa conforme a la que en todos los casos, las medidas para acelerar la justicia y mejorar su efectividad deberán ponderarse con los requerimientos del proceso debido. Estas prisas excesivas pueden en casos extremos llegar a constituir una violación del CEDH<sup>236</sup>.

Haciendo nuestras las palabras de GOMEZ RECIO<sup>237</sup> debería

---

<sup>234</sup> Jurisprudencia citada en DE LA ROSA CORTINA, J. M., “Los principios del derecho procesal penal de menores:...” Ob. Cit.

<sup>235</sup> Vid. STEDH de 17 de enero de 2012 Kopf y Liberda contra Austria (EDJ 2012/1088).

<sup>236</sup> Vid. STEDH de 19 de octubre de 2004 *Makhfi contra Francia* (EDJ 2004/134953).

<sup>237</sup> GÓMEZ RECIO, F., “Sobre la sensación de impunidad de los menores de edad frente a la actual regulación penal” en *Revista La Ley*, nº 1, 2003, págs. 1435-1441

resultar obvio que los niños crecen al mismo tiempo que envejece el procedimiento. Y una medida que no es coetánea a la infracción, ni es educativa, ni es eficaz.

Además, si tenemos en cuenta la pronta evolución de los menores, si la respuesta se demora más allá de su mayoría de edad, o en un plazo de litispendencia, como en la jurisdicción de adultos, que en ocasiones son varios años (por no decir muchos años) la función reeducadora se pierde y en modo alguno se consigue ese efecto interesado desvirtuándose por lo tanto el espíritu de la ley.

Como crítica a esta celeridad podemos valorar que el procedimiento recogido en la LORPM es único para todas las infracciones sean delitos leves, menos graves o graves, es decir, sigue el mismo procedimiento y se tramita igual un delito leve de hurto de escasa cuantía que un asesinato.

En este sentido se plantea la incongruencia con la jurisdicción de mayores, que con los delitos leves, (anteriormente los juicios de faltas), sin casi instrucción se puede celebrar juicio y dar respuesta al procedimiento. Sin embargo en menores, y a pesar de la celeridad antes manifestada, como decimos, el procedimiento es único. Así podemos ver el principio general de que la jurisdicción de menores es más rápida que la de mayores. Sin embargo, en determinados procedimientos en los que hay menores de edad y mayores, y más concretamente, en los procedimientos por delito leve (antes faltas) este principio se torna a la inversa y es más rápido el procedimiento de adultos que el de menores.

En la LORPM no está regulada la posibilidad de los juicios rápidos, pero como posteriormente se analizará no resultaría descabellado este planteamiento al poder dar una respuesta más rápida, y por ende, más educativa.

También se pueden citar los plazos de prescripción del artículo 15 LORPM que provocan que el procedimiento no pueda verse paralizado, y

tenga un dinamismo que bien querría la jurisdicción de adultos, y que es una manifestación de una respuesta penal rápida y pronta respecto de la comisión del hecho delictivo.

### **2.3. Las medidas a imponer al menor: ¿reeducación o sanción?**

En referencia a las medidas que se le pueden imponer a los menores, ya desde su origen se evitó que se pudieran confundir con auténticas penas, a similitud de las que se pueden imponer a los adultos.

Así, nos encontramos, ya de entrada, con este cambio terminológico que intenta diferenciarlas a todas luces unas de otras. Ahora bien, teniendo en cuenta el espíritu de la LORPM, la finalidad de éstas tampoco puede ser la misma, por ello se busca en ellas una finalidad restaurativa y de prevención. Como destaca CERVELLO DONDERIS y COLÁS TURÉGANO<sup>238</sup>, se utiliza la medida como consecuencia jurídica de los hechos delictivos cometidos por los menores, figura distinta a la de la pena por cuanto se dirige a través de la educación a la prevención de futuras conductas delictivas, no a la represión de las ya cometidas, no obstante todo ello a que se deban respetar todas las garantías de cara a su imposición.

En el artículo 7 de la LORPM<sup>239</sup> se establece el catálogo de las

---

<sup>238</sup> En este sentido CERVELLO DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, Ob. Cit., pág. 111.

<sup>239</sup> Artículo 7 de la LORPM “Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas

1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

b) Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.

c) Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

d) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

e) Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

f) Asistencia a un centro de día. Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

g) Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia.

h) Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquella a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1.ª Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

2.ª Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3.ª Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4.ª Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5.ª Obligación de residir en un lugar determinado.

6.ª Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7.ª Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección

adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.

i) La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.

j) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.

k) Prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad.

l) Realización de tareas socio-educativas. La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

m) Amonestación. Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.

n) Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

ñ) Inhabilitación absoluta. La medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

2. Las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los artículos 9 y 10. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia.

3. Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

4. El Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos, sujetándose si procede a lo dispuesto en



medidas a imponer a un menor infractor. Las mismas se pueden diferenciar en tres bloques: las privativas de libertad, las no privativas de libertad y las prohibiciones.

Así, dentro del primer grupo podemos valorar la figura del internamiento en sus seis modalidades: internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto y el internamiento terapéutico cerrado, semiabierto y el abierto. Dentro de las medidas privativas de libertad tenemos también la permanencia de fin de semana

Como medidas no privativas de libertad tenemos el tratamiento ambulatorio, asistencia a centro de día, la libertad vigilada, convivencia con grupo persona, familia o educativo, las prestaciones en beneficio de la comunidad, tareas socioeducativas y amonestación.

Mientras que en las prohibiciones entraría la prohibición de aproximarse a determinada persona o comunicarse con la víctima o con las personas que designe el Juez, la privación del permiso para conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas y la inhabilitación absoluta.

En el presente subepígrafe no se va a proceder a estudiar medida a medida, ni su ejecución, sino más bien, lo que se pretende es ver que las mismas se enfocan de una forma flexible a fin de poder alcanzar la finalidad de la ley que es la reeducación del menor.

---

el artículo 11 para el enjuiciamiento conjunto de varias infracciones; pero, en ningún caso, se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase, entendiéndose por tal cada una de las que se enumeran en el apartado 1 de este artículo.”

Respecto a la configuración de estas medidas, no faltan autores<sup>240</sup> que entienden que dichas medidas, por mucho carácter educativo que se predique de ellas, constituyen en todo caso reacciones penales y sanciones por un hecho delictivo cometido, razón por la que subliminalmente subyace en las mismas un cierto matiz punitivo. Puede decirse entonces que el Derecho penal de menores es un Derecho penal especial y, al mismo tiempo, un sector integrante del Derecho penal.

No compartimos estas manifestaciones, toda vez que, sin perjuicio de las medidas de internamiento, el resto de medidas, a pesar de ser impuestas en un procedimiento penal, si que tienen que conllevar la consiguiente carga aflictiva de responder ante la comisión de un delito, pero no tienen que conllevar el carácter doloroso que pueda suponer una pena en un adulto. De este modo, tanto en el momento en el que se imponen, como posteriormente en su ejecución, la flexibilidad que conllevan para adaptarse al caso concreto hace que pierdan ese carácter punitivo y se puedan entender más como un factor de corrección que como un castigo.

Sin perjuicio, como se verá posteriormente, las medidas de internamiento, sí pueden llevar esa carga aflictiva y en las mismas es donde se puede observar una doble velocidad de nuestro sistema.

En el sentido manifestado por CERVELLO DONDERIS y COLÁS TURÉGANO<sup>241</sup>, esta prevención especial que se pretende se puede lograr desde tres medios, la intimidación, el aislamiento y la educación.

La LORPM se ha decantado por ésta última faceta como la inspiradora de su sistema, sin perjuicio de que respecto de los delincuentes primarios la imposición de una medida le conlleve una carga intimidatoria.

---

<sup>240</sup> CANO PAÑOS, M. A. “¿supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley Penal del Menor ” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, recpc 13-13(2011), pág. 13:6

<sup>241</sup> CERVELLO DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, Ob. Cit., pág. 116.

El internamiento pueda cumplir con la faceta de aislamiento de la sociedad para evitar la comisión de nuevos hechos. Pero, como decimos, la educación es la base y el fin prioritario de todas las medidas, para que la citada prevención especial pueda surtir sus efectos. Como señalan las autoras citadas la “prevención especial es educar para vivir alejado del delito y superar los efectos negativos que genera el cumplimiento de determinadas medidas”<sup>242</sup>.

Así, dentro de esta clasificación podemos ver dos grandes grupos: las medidas que se pueden catalogar como retributivas, que serían los supuestos de internamiento y las medidas restaurativas, que provocan menos injerencia en la figura del menor, que serían el resto de medidas.

Es cierto que desde el prisma de que el derecho penal es la última ratio, las medidas de internamiento, también lo deben ser en la aplicación del mismo. Estas tan sólo se aplican en los supuestos más graves. Además se establece otro límite, y es que, según se establece en la LORPM, la medida de internamiento solo se podrá imponer cuando el delito cometido tenga aparejada pena privativa de libertad en el Código Penal para los adultos, y no podrá ser más grave que aquella<sup>243</sup>.

Ya en la LORPM se introdujo la Disposición adicional sexta<sup>244</sup> con el siguiente tenor "Evaluada la aplicación de esta Ley Orgánica, oídos el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las comunidades

---

<sup>242</sup> *Ibidem*.

<sup>243</sup> Artículo 8 LOPRM.

“El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular.

Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a, b, c, d y g, en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.”

<sup>244</sup> Introducida por el apartado tercero de la Disposición Final segunda de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal.

autónomas y los grupos parlamentarios, el Gobierno procederá a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal.

A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios"

A raíz de este mandato vino la LO 8/2006 de 4 de diciembre, que modificó la LORPM y que supuso un endurecimiento de la ley respecto de los menores infractores.

De la práctica diaria de las Fiscalías, según se desprende de las diferentes memorias de la FGE, no se puede decir que este endurecimiento de las medidas y del tratamiento a los menores infractores sea una solución al problema, máxime si como se puede ver, año tras año, la medida más aplicada en todo el territorio nacional es la de libertad vigilada.

Ahora bien, según se desprende del estudio realizado por CAPDEVILA, FERRER y LUQUE<sup>245</sup> entre el año 2002 y 2004, en Cataluña el índice más alto de reincidencia entre los menores tras haber cumplido una medida judicial lo tenían aquellos menores que habían cumplido previamente una medida de internamiento, mientras que aquellos que habían accedido a la mediación o conciliación tenían el índice más bajo.

Esto viene a demostrar la eficacia de las medidas restaurativas frente

---

<sup>245</sup> CAPDEVILA CAPDEVILA/FERRER PUIG/LUQUE REINA: *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Pág. 35. Publicado en Internet en: [http://www.gencat.net/justicia/doc/doc\\_16636043\\_1.pdf](http://www.gencat.net/justicia/doc/doc_16636043_1.pdf). También se puede consultar en CAPDEVILA/FERRER/LUQUE: "La reincidencia en el delito en la justicia de menores", en *Justidata*, n.º 42, 2005.

a las retributivas, cuestión está que nos demuestra de nuevo las dos velocidades de la jurisdicción de menores.

En la LORPM se establece que en determinados delitos imperativamente se tendrá que imponer una medida de internamiento cerrado, mientras que en el resto hay flexibilidad a la hora de aplicar una medida<sup>246</sup>. Es en dichos supuestos, donde se puede ver afectado este principio reeducador, ya que, en dichos casos, prima la función sancionadora. Máxime si tenemos en cuenta que el citado menor podrá seguir cumpliendo la medida en centro penitenciario<sup>247</sup>. Ello nos lleva a manifestar que en estos supuestos el concepto de medida a imponer al menor ya no es tal y que lo que realmente se le impone es una pena retributiva con gran similitud a la de adultos.

Independientemente de esta paradoja que muestra la ley, y que posteriormente se verá al analizar los problemas prácticos que comporta, podemos ver la gran flexibilidad que otorga la LORPM para imponer una medida, máxime si tenemos en cuenta que tanto el Fiscal para solicitar, como el Juez para decidir, se apoyan en otros conceptos que aportan las ciencias que estudian al hombre y a la naturaleza humana, aportados por profesionales de estas áreas capacitados para orientarles en tal menester<sup>248</sup>.

Como primer criterio tenemos la tipificación del delito, lo cual ya nos condicionara la medida a imponer, pues si se trata de delitos leves existe un catálogo de medidas tasado, tanto por la naturaleza como por la

---

<sup>246</sup> Art. 10.2 LORPM, referente a los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580, sin que dicho precepto se haya modificado y sigue inalterable a pesar de las diferentes reformas del Código Penal que si que han alterado el contenido de los citados artículos.

<sup>247</sup> Art. 14 LORPM.

<sup>248</sup> AYO FERNÁNDEZ, M. "Las garantías del menor infractor (ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre responsabilidad penal de los menores y sus modificaciones posteriores" en *Derecho penal y proceso penal RDPP monografías*. Thomson Aranzadi, 2004, págs. 319 y ss.

duración<sup>249</sup>, mientras que si se trata de un delito grave o muy grave estaremos al artículo 8 de la LORPM<sup>250</sup>, en relación con el 9<sup>251</sup> y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10<sup>252</sup>, donde se establece toda una

---

<sup>249</sup> Art. 9.1 de la LORPM “1. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.”

<sup>250</sup> Art. 8 de la LORPM “El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular.

Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.”

<sup>251</sup> Art. 9 LORPM “2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando: a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales. b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

3. La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana.

4. Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.

5. Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma.”

<sup>252</sup> Art. 10 LORPM “Cuando se trate de los hechos previstos en el apartado 2 del artículo anterior, el Juez, oído el Ministerio Fiscal, las partes personadas y el equipo técnico, actuará conforme a las reglas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.

En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de

serie de posibilidades a la hora de imponer una medida a un menor, desde la duración máxima de 2 años hasta la duración super agravada de ocho años, o bien quince años más de inhabilitación absoluta. Si atendemos a este último caso, podemos ver como una persona puede sufrir una medida, impuesta por un juzgado de menores, de hasta 23 años de duración.

En segundo lugar destaca la importancia del preceptivo informe del equipo técnico, que será quien asesorará y valorará, atendiendo a las circunstancias del menor, su familia y círculo social, las carencias que demuestra y las necesidades que tiene, y de todo ello, aunque no sea vinculante, se podrá orientar una mejor medida a imponer al menor.

Así, tras esta primera valoración del equipo técnico en la fase de instrucción del procedimiento, el Ministerio Fiscal, la acusación particular,

---

esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia.

Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, el Juez, sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

Las medidas de libertad vigilada previstas en este artículo deberán ser ratificadas mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas.”

si la hubiere, y quien sabe si la defensa, pueden decidir solicitar una medida hacia el menor que se considere ajustada a lo manifestado en el citado informe. Si bien ese informe es inicial, nada obsta a que el mismo se pueda cambiar conforme cambie el menor a lo largo del procedimiento. Por ello, en un momento posterior, puede tener, si cabe, más importancia, y es el supuesto en el que el equipo técnico será oído en el acto del juicio oral. Así, el Juez, que es quien finalmente debe decidir sobre la medida a imponer al menor, oirá al equipo técnico, quien, en ese acto, puede realizar un informe más actualizado del menor e incluso manifestar mejorías o empeoramientos del mismo que le hagan merecedor de una u otra consideración.

Por ello, se puede concluir que, salvo los supuestos previstos en el artículo 10.2 LORPM, el resto de supuestos y las medidas que se les pueden imponer a los menores son de carácter reeducativo, con gran flexibilidad y buscando siempre, conforme se ha manifestado en el subepígrafe anterior, el superior interés del menor.

### **3. JUSTICIA RESTAURATIVA FRENTE A JUSTICIA RETRIBUTIVA**

#### **3.1. Crisis del actual sistema de justicia penal y génesis de la justicia restaurativa**

El estudio y análisis del tratamiento de la justicia restaurativa en el ámbito del derecho penal de menores resulta de especial interés al tratarse del único ámbito, dentro de la justicia penal en el que la materia se encuentra legislada en España<sup>253</sup>. En la jurisdicción de adultos no existe paralelismo en la actualidad, más allá de la reciente posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en los delitos leves, en virtud de lo establecido en la LO 1/2015.

---

<sup>253</sup> En este sentido COLÁS TURÉGANO, A. “Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española. Principios y ámbito aplicativo en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en *Rev. boliv. de derecho* n° 20, julio 2015, págs. 142-167.



Así, podemos ver como señala FERREIROS MARCOS<sup>254</sup>, que uno de los principales problemas que debe afrontar y resolver cualquier cuerpo social, cuando alcanza un cierto grado de complejidad y desarrollo, es el relativo al tratamiento que debe dispensar al fenómeno de la criminalidad. En el ámbito de las sociedades occidentales, el ejercicio de tales funciones ha sido tradicionalmente atribuido al Estado en régimen de monopolio, quien establece el conjunto de normas que define los comportamientos más nocivos para los intereses sociales como delito, sometiéndolos a la amenaza de la imposición de una sanción<sup>255</sup>.

Las diferencias entre la justicia restaurativa y la retributiva han sido tratadas por diversos autores<sup>256</sup>, quienes ponen el acento en el hecho de que la justicia restaurativa se contrapone a la retributiva por la principal voluntad del Estado de imponer al infractor una sanción penal por su conducta. Todo ello tras un procedimiento contradictorio, en el que se debe garantizar el Derecho de defensa. Mientras que la restaurativa, tras escuchar a la víctima y ser informada, se atenderá a sus necesidades y se ofrecerá al infractor la posibilidad de disculparse con la víctima en la forma en la que se consensúe tal disculpa o reparación.

---

<sup>254</sup> En este sentido FERREIROS MARCOS, C. E. *La mediación en el Derecho Penal de Menores*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 55.

<sup>255</sup> Expresamente en este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, 4ª Ed. Madrid, 2006, pág. 43. Se acoge de esta forma, la clásica definición de Derecho penal en sentido objetivo formulada por VON LISTZ (Tratado, I, pág. 5), que define a éste como el conjunto de normas que atribuyen al delito como presupuesto, la pena como legítima consecuencia. En la actualidad, no obstante, y debido a la diversificación de las consecuencias jurídicas previstas por las legislaciones penales, suele modificarse esta definición, por vía de su ampliación, señalando que el Derecho penal sería “el conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica” (MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 7ª Ed., Barcelona, 2005, pág. 55). Nota del autor: Se ha modificado la definición a raíz de la LO 1/2015 que suprime las faltas y que establece que el Código penal hable solo de delitos.

<sup>256</sup> Entre otros CERVELLO DONDERIS, V. “los principios como criterio regulador en la selección de delitos mediables” en DE LA FUENTE, D. (coord.) *Una mirada hacia la justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido*. Criminología y justicia, nº 4, 2012; CANO SOLER, Mª. A. *La mediación penal*, Aranzadi, 2015

Como manifiesta DOMINGO DE LA FUENTE<sup>257</sup>, se puede resumir en que “la diferencia fundamental radica en el efecto psicológico que se quiera conseguir en el infractor: Con el sistema tradicional, si te comportas mal serás castigado. Con la justicia restaurativa, si te comportas mal, deberás reparar el daño que has hecho”.

Los defensores de estos criterios restaurativos<sup>258</sup> argumentan que frente a una justicia retributiva se debe transitar hacia un futuro de justicia restaurativa. Su pretensión no sería otra que rescatar a la víctima e infractor como los verdaderos actores del ilícito penal, para que a través de un descubrimiento mutuo, se restaure el conflicto generado por el delito, desterrando el dolor y el resentimiento, al mismo tiempo que el daño producido, de ello se desprende que se instaure la justicia juvenil como una justicia de “segunda oportunidad”<sup>259</sup>.

Desde un punto de vista social surge la concepción de que el Derecho Penal todo lo puede solucionar, que tipificando múltiples conductas y con un endurecimiento de las penas se consigue evitar el incremento de la delincuencia, ya que se consigue castigar al delincuente de una forma ejemplar, para evitar que esas conductas se repitan. Ello ha provocado que, ante las diferentes necesidades sociales de cada momento, se tipifiquen o se destipifiquen determinadas conductas, o se incrementen o reduzcan penas, por razones de política criminal. Pero la realidad nos lleva a otra dimensión, en la cual no es del todo cierto que el Derecho Penal sea la panacea. En este sentido, la litigiosidad se ha ido incrementando

---

<sup>257</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, V. “Conclusiones de la 6ª Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa” disponible en <http://www.justiciarestaurativa.org/news/ConclusionesdeLaConferenciaBilbao.pdf/view>.

<sup>258</sup> SUANCES PÉREZ, F., “La justicia restaurativa: normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores” en AAVV, *El proceso del siglo XXI y soluciones alternativas*. Aranzadi. Madrid 2006, pág. 3315

<sup>259</sup> DE URBANO CASTRILLO, E., “La gestión de la transmisión de valores: una propuesta para la justicia juvenil del siglo XXI”, ponencia realizada en el I Congreso Internacional de Responsabilidad Penal de Menores, celebrado en Madrid, 12 y 13 de febrero de 2008. Ponencias editadas por la Comunidad de Madrid, pág. 40 a 48.

paulatinamente año tras año, pero no por ello se ha llegado a soluciones más satisfactorias. Desde el punto de vista social, el castigar al culpable, y con cuanta más penalidad mejor, parece que deba ser la cura de todos los males, pero ello conlleva dejar en descubierto a la víctima, que en ocasiones es la gran olvidada del procedimiento penal.

En cuanto a los orígenes de las primeras experiencias de justicia restaurativa las podemos situar en Canadá y EEUU, de la mano de miembros de la Iglesia Menonita, y en Nueva Zelanda y Australia, a raíz de la revalorización de los sistemas de justicia utilizados tradicionalmente por los maoríes<sup>260</sup>. Así en los años 60 o 70 en EEUU surgió, debido a la insatisfacción con la Administración de Justicia el sistema denominado “sistema alternativo de resolución de conflictos”<sup>261</sup>. Todo ello motivado por el anquilosamiento del procedimiento basado en la represión y olvido a la víctima, así como un incremento en los asuntos penales que conllevó a la llamada “huida del derecho penal”.

Históricamente, la discusión sobre los fines y funciones de la pena ha oscilado entre quienes entienden que la misma cumple una estricta función de retribución al autor del mal causado por el delito (*teorías de la retribución*), y quienes por el contrario, asumiendo una posición más utilitarista, atribuyen a la pena una función de prevención de futuros hechos delictivos (*teorías de la prevención*). Mientras que desde las teorías de la retribución se miraría al pasado (al mal causado por el delito y a la necesidad de proceder a su retribución a la persona de su autor) las teorías de la prevención mirarían hacia el futuro, intentado evitar la comisión futura

---

<sup>260</sup> En este sentido RUL·LAN CASTAÑER, V., *Justicia y prácticas restaurativas. Los círculos restaurativos y su aplicación en diversos ámbitos*, Fundación universitaria iberoamericana, 2011, pág. 10. CAMARA ARROYO, S. “Justicia Juvenil Restaurativa: Marco internacional y su desarrollo en América Latina” en *Revista de Justicia Restaurativa* nº 1, Octubre de 2011. pág. 10.

<sup>261</sup> URBANO CASTRILLO, E., “La justicia restaurativa penal” en *LA LEY Penal*, nº 73, julio-agosto de 2010, páginas 5 a 22. Este sistema también se conoce como Alternative Dispute Resolution o “ADR”, por sus siglas en inglés

de nuevos hechos delictivos<sup>262</sup>.

En los modelos retribucionistas, se establece la pena<sup>263</sup> de una forma que deja de lado a la víctima, pues a la misma tan solo le restará que se le restituya en el mal causado, sin permitirle participar de ello, por lo tanto la misma queda apartada de la solución del proceso. En este sentido, un sistema puro retribucionista se obsesiona con la facultad punitiva y desenfoca el conflicto que da origen al delito<sup>264</sup> llegando a configurarse, como lo define URBANO CASTRILLO<sup>265</sup>, en una versión evolucionada del “ojo por ojo” que se caracteriza por diferentes aspectos:

Así, se considera que la infracción penal, sobre todo, supone una ofensa contra el Estado, manifestada mediante la violación de sus leyes. Por ello, el Estado tipifica determinadas conductas que considera gravosas para sus intereses y los de sus ciudadanos. En este sentido el delito, como la citada ofensa al Estado, es un acto voluntario de una persona, y por consiguiente, debe llevar aparejada su responsabilidad individual. La citada responsabilidad se debe exigir en un proceso, en el cual se establecen fórmulas excesivamente garantistas para los derechos del infractor, dejando de lado a la víctima. La misma es ajena al proceso, y encuentra la única defensa de sus intereses, de modo oficial, en el Ministerio Fiscal, mientras no sea ella quien se persone en el procedimiento, con el consiguiente gasto económico que ello le puede comportar. Una vez finalizado el procedimiento se establece en sentencia, en caso de resultar condenado, el castigo, que es el modo que tiene el Estado de responder a la ofensa. Este castigo implica aflicción, y se considera el modo exclusivo de zanjar la

---

<sup>262</sup> En este sentido FERREIROS MARCOS, C. E. *La mediación en el Derecho Penal de Menores*. Ob. Cit., págs. 50-51.

<sup>263</sup> No se trata de realizar en el presente trabajo un estudio pormenorizado de los fines y funciones de la pena. Para ello se puede consultar FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo/Buenos Aires, 2007.

<sup>264</sup> GORDILLO SANTILLANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007, pág. 43.

<sup>265</sup> URBANO CASTRILLO, E., “La justicia restaurativa penal” Ob. Cit. Página 6.

cuestión, tanto como reprimenda al infractor como sistema disuasorio para terceras personas que pretenden imitar la conducta de éste. Ello conlleva que debido a determinados criterios de política criminal se produzca un incremento punitivo para atajar determinadas conductas o evitar otras futuras. Con ello, la ampliación y tipificación de nuevos delitos es el modo tradicional de tratar de satisfacer determinadas demandas sociales, como es la de mayor seguridad. Finalmente, en esta sanción que se le impone al infractor, se pretende la reinserción y resocialización del mismo aunque la historia nos ha demostrado que los resultados no son del todo satisfactorios.

Así, conforme ya se ha anticipado, a raíz de las diferentes modificaciones del Código Penal, podemos afirmar que España ha logrado el sistema penal más represivo de toda Europa occidental. Ante los mismos delitos, un delincuente en España suele recibir una pena mayor que nuestros países del entorno, sin que haya constancia que esta dureza incida en la disminución de la criminalidad. La criminalidad ya era baja antes de estas reformas, y lo que tan solo se ha conseguido es incrementar y saturar las cárceles españolas.

Si tenemos en cuenta la evolución de la criminalidad en España y la respuesta de nuestros Tribunales, podemos afirmar que España tiene un récord: es el país de Europa occidental con más porcentaje de su población entre rejas. Tenemos 159 presos por cada 100.000 habitantes mientras que la media europea es de 96. En todo el continente sólo nos ganan algunos países exsoviéticos o de la Europa del este, como Montenegro, Letonia o Lituania. La población reclusa se ha disparado durante los últimos 20 años. En 1990 había 33.058 presos. En 2010 eran más del doble: 73.929. En España, sin embargo, y al contrario de lo que se podría pensar la tasa de criminalidad es bajísima<sup>266</sup>, de las menores de Europa. Los delitos violentos en España son pocos, tanto si se analiza por el número de denuncias como si miramos el

---

<sup>266</sup> <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/04/25/espana/1335369788.html>.

porcentaje de crímenes. El número de homicidios anuales por cada 100.000 habitantes hacen de España uno de los países más seguros del planeta<sup>267</sup>: solo 0,85 homicidios voluntarios por cada 100.000 habitantes. Esta tasa de homicidios es un 65% menor a la media Europea (1,3), menos de una quinta parte de la estadounidense (4,75) o una fracción de lo que sucede en zonas con problemas de criminalidad, como Latinoamérica (25,49). Con el resto de los delitos violentos, los porcentajes son más o menos similares.

Vista la criminalidad, veamos la respuesta de nuestros tribunales. Y en ello, en cuanto a las penas también podemos decir que España anda a la cabeza, ya que ante las durísimas penas que establecía el Código Penal para los delitos de terrorismo, ahora, con la aprobación de la LO 1/2015, se puede decir que se han incrementado, ya que se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, la prisión permanente revisable, que si bien tiene una denominación novedosa, se asimila a la cadena perpetua, ya que comparte una finalidad similar, y por tanto con una duración de la misma que se puede prolongar más allá de la duración que tendría en cualquier país del entorno un mismo hecho delictivo<sup>268</sup>.

Ya como respuesta a estos planteamientos retribucionistas, BECCARIA<sup>269</sup> era partidario de las penas moderadas antes que las crueles o graves. Consideraba que su eficacia dependía de su proporcionalidad y efectivo cumplimiento y que se justificaban, más que para reprimir al delincuente, para prevenir a otros de hacer lo mismo, llegando a manifestar

---

<sup>267</sup> Artículo publicado en:

[http://www.google.com/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9\\_&ctype=l&strail=false&bcs=d&nselm=h&met\\_y=intentional\\_homicides&scale\\_y=lin&ind\\_y=false&rdim=region&idim=country:FRA:ITA:GRC:DEU:ESP:PRT:ROM:GBR:USA&idim=region:ECA&ifdim=region&tstart=814662000000&tend=1288044000000&ind=false](http://www.google.com/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9_&ctype=l&strail=false&bcs=d&nselm=h&met_y=intentional_homicides&scale_y=lin&ind_y=false&rdim=region&idim=country:FRA:ITA:GRC:DEU:ESP:PRT:ROM:GBR:USA&idim=region:ECA&ifdim=region&tstart=814662000000&tend=1288044000000&ind=false).

<sup>268</sup> No se pretende en este epígrafe realizar un análisis exhaustivo de las bondades o no del sistema penal español, ni de su código penal, si no que se pretende dar unos datos estadísticos a modo de pinceladas, que sirvan para demostrar que efectivamente con un endurecimiento del sistema penal, tanto de las penas como de delitos tipificados, no se consigue rebajar la tasa de litigiosidad, cuestión esta que fue la determinante en su momento para que se fueran prosperando las teorías restaurativas.

<sup>269</sup> BECCARIA, *De los delitos y las penas*, 1764.

que a efectos de la prevención general era más importante proporcionar una pena cierta que una severa. “No es la crueldad de las penas uno de los frenos más grandes de los delitos, sino la infalibilidad de ellas”, o incluso que el más seguro, pero más difícil medio de prevenir los delitos es perfeccionar la educación.

Como señala unánimemente la doctrina<sup>270</sup>, este modelo está “moralmente quebrado y no se revela como justo, no previene ni protege, no intimida ni disuade, no rehabilita, no reintegra ni resocializa, no reeduca ni educa, pocas veces atiende las necesidades de delincuentes y víctimas. Todas aquellas utilitarias ambiciones del sistema punitivo han sido prácticamente abandonadas, bajo el atractivo de un propósito de infligir el daño al ofensor”. Además, hoy en día la concepción social está cambiando hacia posturas que no comprenden el excesivo endurecimiento de las leyes y que todo pase por el Derecho penal. Éste no solo no aporta una verdadera respuesta a la víctima del delito, sino que el proceso necesario para imponer el castigo viene a ser con frecuencia una experiencia negativa y dolorosa, produciendo nuevas situaciones de victimización. A través de la Justicia Restaurativa se invierten los papeles entre infractor y víctima, y la víctima asume un mayor protagonismo, como desde el punto de vista criminológico le corresponde<sup>271</sup>.

Como solución a estos planteamientos se han intentado buscar sistemas alternativos que eviten que los ciudadanos recurran a los tribunales ante cualquier controversia para dirimir sus diferencias y encontrar allí la razón a sus pretensiones.

---

<sup>270</sup> En este sentido toda la bibliografía consultada hace referencia a esta crisis del sistema penal actual siendo MACKAY R. E., en “Etichs and good practice in Restorativa Justice”, Victim-offender mediation in Europe, making Restorative Justice Work, *Leveun University Press*, 2000, citado en URBANO CASTRILLO, E., “La justicia restaurativa penal” Ob. Cit. Página 7, quien refiere las conclusiones citadas.

<sup>271</sup> En este sentido CUESTA MERINO, J. L., en “la mediación penal en España: presente y perspectivas de futuro” Ob. Cit.

Y dentro de estos sistemas surgió, muy recientemente, como señala OTERO PARGA<sup>272</sup>, la figura de la mediación, como una manifestación de la justicia restaurativa, medio alternativo al judicial para la resolución de conflictos.

No existe coincidencia en cuanto al momento de su aparición. Para algunos autores su inicio debe datarse a mediados del siglo XX; otros entienden que en los setenta y otros, en fin, son partidarios de establecer su comienzo en la década de los ochenta. Sea como fuere, todos los indicios parecen apuntar a la última parte del siglo XX como el momento en el cual es plausible hablar de la aparición de una forma nueva, alternativa, exitosa, y distinta a la judicial, para la solución de conflictos jurídicos”. Parece ser que el primero en utilizar este termino fue ZEHR<sup>273</sup> en sus artículos en la década de los 60, mientras que posteriormente realizó diferentes publicaciones al respecto, llegando a ser considerado como “el abuelo de la justicia restaurativa”.

Siguiendo a TAMARIT SUMALLA<sup>274</sup>, la justicia restaurativa “es incluso esgrimida como alternativa al paradigma punitivo, como vía de reacción social que censure el delito sin castigarlo, eso es, que en vez de la inflicción querida de un mal al ofensor aporte una respuesta socialmente constructiva que trate de reparar razonablemente el daño causado”. Además, tampoco se debe olvidar que esta justicia restaurativa debe ser configurada tanto para el menor infractor, como para actuar con el menor víctima<sup>275</sup>.

Esta justicia restaurativa es la que en la actualidad aparece como

---

<sup>272</sup> SOLETO MUÑOZ, H./OTERO PARGA, M. (Coords.) “Las raíces históricas y culturales de la mediación”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, 2007, págs. 173 y 174

<sup>273</sup> Entre otros libros destaca ZEHR, H. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Books, 2010

<sup>274</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M. “La mediación reparadora en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, en *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*. Pág. 50, Ed. Tirant Lo Blanch.

<sup>275</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M. (coord.) *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Ed. Comares SL, 2012.



alternativa a la judicialización. Ello es así porque para una mejor aplicación del Derecho Penal, se debe hacer un buen uso del principio de intervención mínima. En este sentido, la justicia restaurativa, y dentro de ella la mediación penal, es un complemento a tener en cuenta en el proceso penal. Éste trata de esclarecer si el hecho denunciado existió, si el imputado participó activamente en él y con qué grado de responsabilidad. La mediación, sin embargo, parte de otra premisa: el reconocimiento voluntario de la existencia del conflicto por parte de la víctima e infractor. Esto es relevante, pues dicho reconocimiento voluntario de la autoría y la responsabilidad, es el punto de partida para la resolución del conflicto. A pesar de ello, no hay que olvidar que este reconocimiento de la autoría no implica que deban dejarse de valorar cuantas circunstancias concurren para modular la antijuridicidad y la culpabilidad<sup>276</sup>.

También, y como señala DE URBANO CASTRILLO<sup>277</sup>, los principios que sustentan la justicia restaurativa sufren unas modulaciones. Así, en la justicia restaurativa nos encontramos con los principios de legalidad y publicidad, que en la justicia retributiva se complementan en los principios de oportunidad y confidencialidad.

Siguiendo los postulados de ZEHR<sup>278</sup>, “la teoría retributiva sostiene que el dolor reivindicará la injusticia que se ha cometido; pero en la práctica esto resulta contraproducente muchas veces, tanto para la víctima como para el ofensor. Por otra parte, la justicia restaurativa sostiene que lo que reivindica realmente es el reconocimiento del daño sufrido por la víctima y de sus consiguientes necesidades, combinado con un esfuerzo activo por instar al ofensor a asumir su responsabilidad, enmendar el mal cometido y tratar las causas de su comportamiento”.

---

<sup>276</sup> En este sentido DOMINGO DE LA FUENTE, V. en “Justicia restaurativa y mediación penal” en *Revista Lex Nova*, nº 23/2008.

<sup>277</sup> DE URBANO CASTRILLO, E. “La justicia restaurativa penal” Ob. Cit. Página 12.

<sup>278</sup> ZEHR, H. *El pequeño libro de...* Ob. Cit., pág. 72.

Esta Justicia restaurativa ha sido definida por RIOS MARTÍN<sup>279</sup> como “la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”. Se trata, no solo, de humanizar un modelo de justicia obsesivamente centrado en la idea de castigo y la expiación, sino de reformular todo, desde el diálogo, la reparación del daño, la nivelación de las asimetrías sociales y de procurar propiamente la Justicia. Se hace imprescindible humanizar el sistema penal y dignificar a quienes lo padecen (víctimas e infractores e incluso a los propios operadores jurídicos).

El Consejo Económico y Social de la Unión Europea estableció los principios básicos para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal<sup>280</sup> estableciendo que “por proceso retributivo se entiende todo

---

<sup>279</sup> RIOS MARTÍN, J. C., en [www.unad.org/upload/36/78/PONENCIA\\_MEDIACION\\_PENAL](http://www.unad.org/upload/36/78/PONENCIA_MEDIACION_PENAL).

<sup>280</sup> Estos principios se presentaron a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal con arreglo a lo dispuesto en las resoluciones 1999/26, de 28 de julio de 1999, y 2000/14, de 27 de julio de 2000, del Consejo Económico y Social. En los citados principios se establecen unos criterios sobre el procedimiento y forma de llevar a cabo el proceso retributivo, Así:

“6. Los programas de justicia retributiva se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional.

7. Los procesos retributivos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente.

La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso.

Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

8. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso retributivo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores.

proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos retributivos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.” y que “por resultado retributivo se entiende un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso retributivo. Entre los resultados retributivos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente”.

Como ya se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo, el sistema reeducativo-sancionador de la LORPM, la justicia restaurativa se configura como uno de sus elementos fundamentales, plasmado esencialmente en la

---

9. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso retributivo y al llevar a cabo ese proceso.

10. La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso retributivo y al llevar a cabo ese proceso.

11. Cuando los procesos retributivos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder.

En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad.”

Además se establecen los siguientes principios básicos:

“Esas directrices y normas deberán respetar los principios básicos aquí enunciados y versarán, entre otras cosas, sobre lo siguiente:

- a) Las condiciones para la remisión de casos a los programas de justicia retributiva;
- b) La gestión de los casos después de un proceso retributivo;
- c) Las calificaciones, la capacitación y la evaluación de los facilitadores;
- d) La administración de los programas de justicia retributiva;
- e) Las normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de los programas de justicia retributiva.”

Respecto de los menores de edad tan solo se manifiesta que tendrán derecho a la asistencia de sus padres o tutor.

mediación y la conciliación<sup>281</sup>.

Ahora bien, como señala COLÁS TURÉGANO<sup>282</sup>, “resulta un tanto paradójica la actual situación de la justicia de menores, influenciada por dos corrientes ideológicas claramente contrapuestas. Por un lado estamos asistiendo a un neo retribucionismo presente en todas las reformas de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores [...] que ha llevado a un endurecimiento progresivo de la respuesta frente a los casos de delincuencia juvenil”.

En este sentido, cuando se introdujo, por ejemplo, la figura de la acusación particular<sup>283</sup>, se tambaleó este sistema. Se puede afirmar que, al menos en su espíritu la LORPM no encajó bien estos cambios, en su faceta restaurativa, ya que se generaron incertidumbres en su actuación. Debido a labor interpretativa de los diferentes operadores jurídicos que intervienen en la jurisdicción, se han producido planteamientos jurisprudenciales contradictorios, a pesar que el Ministerio Fiscal, dentro de su faceta de unidad de actuación, ha intentado reconducir.

Así en la Exposición de Motivos de la LO 5/20000 se recoge que

“Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro [...] La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo,

---

<sup>281</sup> Las diferentes instituciones que reflejan la justicia restaurativa en la LORPM serán estudiadas en epígrafes posteriores.

<sup>282</sup> COLÁS TURÉGANO, A. “Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española...”, Ob. Cit., pág. 144.

<sup>283</sup> Reforma introducida por la LO 15/2003.

cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”.

Como claras manifestaciones de esta justicia restaurativa en la LORPM nos encontramos con el archivo por interés del menor a propuesta del equipo técnico por haberse producido una conciliación o reparación (artículo 19 o 51.3). También nos encontramos con otras facultades que pueden tener relación con esta justicia restaurativa, pero que quizás, por su configuración, no son reflejo de ella, pues no tiene intervención la víctima y se realizan un tanto a sus espaldas, como es la facultad que tiene el Ministerio Fiscal de archivar el asunto nada más recibirlo por corrección en el ámbito educativo y familiar (artículo 18), el archivo por interés del menor (artículo 27.4) y la modificación, sustitución o dejar sin efecto el cumplimiento de una medida (artículo 13 y 51)

Todos estos supuestos son objeto de análisis a continuación.



## **CAPÍTULO V**

### **EL MINISTERIO FISCAL EN LA LORPM**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

En el presente epígrafe no se pretende realizar un análisis de la figura del Ministerio Fiscal, la cual ha sido ampliamente abordada por la doctrina<sup>284</sup>, pero sí que se pretende realizar una serie de consideraciones al respecto de esta institución en el sentido de la intervención que se le ha dado en la jurisdicción de menores, el cual ha pasado de la ausencia a la omnipresencia<sup>285</sup>.

El Ministerio Fiscal ha sufrido una gran transformación, desde los orígenes medievales de la regulación de la institución fiscal<sup>286</sup>, ha evolucionado constituyéndose como un órgano encargado de la defensa de los asuntos de la Corona<sup>287</sup>, hasta que, hoy en día, el mismo se configura como un órgano constitucional, de defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley<sup>288</sup>. Como señala

---

<sup>284</sup> Se puede consultar a este respecto, entre otros, BUEREN RONCERO, J. L., (Director) *El Ministerio Fiscal Español*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos y el BOE. Madrid, 2007. AMARAL MACHADO, B., *Fiscalías: su papel social y jurídico-político: una investigación etnográfico-institucional*, OSPDH y Anthropos. Barcelona 2007. GRANADOS CALERO, F. *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Tecnos, 1989. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, 1999.

<sup>285</sup> En este sentido, SALA DONADO, C., *proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*. Ob. Cit., págs. 92 y ss.

<sup>286</sup> Así se recoge en BUEREN RONCERO, J. L., (Director) *El Ministerio Fiscal Español*, Ministerio de Justicia, Ob. Cít., Pág. 25.

<sup>287</sup> BERGALLI, R., “Jurisdicción y administración de justicia. Jueces y fiscales en la sociedad compleja”, en *Sistema penal y problemas sociales*, pág. 323.

<sup>288</sup> Artículo 124 de la Constitución Española.

“1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de

MORENO CATENA<sup>289</sup> precisamente “el campo en que más claridad se viene exigiendo la intervención del Ministerio Fiscal es en defensa del interés público tutelado por la ley en el proceso penal, hasta el punto de que en la actualidad está presente en todos los países de la Unión Europea y puede decirse que se trata de un órgano consustancial en la cultura jurídica occidental. (...) Así pues, desde el momento en que se conozca la existencia de un tan grave atentado contra la sociedad, el Ministerio Fiscal debe intervenir para su defensa y, de haberse consumado la agresión, instar la oportuna sanción”.

Haciendo nuestros los planteamientos de CRESPO BARQUERO<sup>290</sup>, la tarea constitucional del Ministerio Fiscal no queda limitada al mero cumplimiento y promoción de la Ley, ya que la CE consagra otros valores, intrínsecamente ligados al imperio de la legalidad, como son la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y, sobre todo, la igualdad de los ciudadanos (art. 14). De esta manera, vemos la importante labor que tiene la figura del Ministerio Fiscal, tanto en la jurisdicción de adultos como en la de menores, donde, si cabe, adquiere otra dimensión al ser el órgano encargado de la instrucción del procedimiento.

La Constitución coloca así la clave de bóveda del sistema legal, y como señala CRESPO BARQUERO, “neutralizando y compensando dos fuerzas en productiva tensión: de un lado, la independencia judicial, que

---

los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.”

<sup>289</sup> En este sentido observa MORENO CATENA, V., “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de derecho”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº. 16, mayo-agosto, 2002, p.156.

<sup>290</sup> CRESPO BARQUERO, P. en BUEREN RONCERO, J. L., (Director) *El Ministerio Fiscal Español*, Ministerio de Justicia, Ob. Cit., Págs. 137 y ss.



como motor de la evolución del Derecho ejerce una saludable fuerza centrífuga; de otro lado, la unidad de actuación del Ministerio Público, cuyo impulso centrípeto tiende a evitar y reconducir a través del propio sistema judicial aquellas desigualdades aplicativas que no se justifiquen, precisamente, dentro del margen que la Ley permite”.

Dentro de estas atribuciones del Ministerio Fiscal, podemos destacar como señala MORENO CATENA<sup>291</sup>, que el Ministerio Fiscal para garantizar su imparcialidad

“Habrá de cuidar de que se consignen, y apreciar él mismo, todas las circunstancias así adversas como favorables al imputado, instruyendo de sus derechos mientras no se halle asistido de defensor (art. 2 LECrim). En razón también de este principio, el Ministerio Fiscal habrá de instar tanto el castigo del culpable, formulando la acusación, como la absolución del inocente, oponiéndose a la que se hubiera ejercitado por otro, retirando durante el juicio oral su calificación provisional acusatoria o llegando a interponer recurso a favor del reo (art. 957 LECrim). [...] En realidad, el Ministerio Fiscal defiende en el proceso penal intereses públicos, que se concretan tanto en el castigo del culpable como en la absolución del inocente; en uno y otro caso, adopta posición parcial, que debe sostener hasta el momento cuando se acredite lo contrario a lo largo del procedimiento. Así, habiendo sostenido la imputación contra una determinada persona o pedido incluso la adopción de medidas cautelares, puede luego instar el levantamiento de estas y solicitar el sobreseimiento si las razones que lo llevaron a la convicción sobre la culpabilidad desaparecen durante la investigación. Del mismo modo, habiendo formulado acusación, con solicitud de la pena correspondiente, si durante el desarrollo del juicio oral considera que se ha acreditado la inocencia, deberá retirar la acusación en las conclusiones definitivas y pedir la absolución del acusado”.

Estas manifestaciones cobran especial importancia en la jurisdicción de menores, pues el Ministerio Fiscal, lejos de encargarse de acusar sistemáticamente a un menor, debe valorar todos los intereses en juego, y debe garantizar tanto al menor infractor, como a la víctima, el máximo respeto hacia sus Derechos y garantías constitucionales en el procedimiento.

---

<sup>291</sup> MORENO CATENA, V., “Competencia y partes en el proceso penal español”, en A.A.V.V., *El proceso penal-Sistema Penal y Derechos Humanos*, ZAFFARONI, E. R., (coord.), 2000, Porrúa, Argentina, p. 61

Esto puede conllevar, por ejemplo, que si de la instrucción del procedimiento hay dudas respecto de la participación del menor, deba aplicar el principio *in dubio pro reo*, y archivar el asunto.

Otro de los elementos característicos del Ministerio Fiscal, que sirve para caracterizar al mismo y como proyección de los citados principios, es que el Ministerio Fiscal está presente ante todas las jurisdicciones, integradas o no en el poder judicial, y, en el supuesto que nos ocupa, de una forma predominante y protagonista, en la jurisdicción de menores.

Una vez sentadas las premisas anteriores, podemos destacar que en la jurisdicción de menores no se contemplaba la figura del Ministerio Fiscal hasta que la STC 36/1991, reconoce la posición de esta figura e insta a que se regule en tal sentido, dando carta de naturaleza a la LO 4/1992, en la que se materializa la *metamorfosis* del Ministerio Fiscal<sup>292</sup>.

Sin embargo, con anterioridad a esta sentencia ya existían planteamientos contradictorios respecto de la instrucción del Ministerio Fiscal. Así, podemos ver como determinados autores, basándose en las experiencias de Derecho comparado eran proclives a esta introducción. Sin embargo, otros pensaban que no procedía. Los que se manifestaban en contra era, bien por la vinculación que el Fiscal tiene con el poder ejecutivo, o por el hecho que el Ministerio Fiscal al ser una parte más en el procedimiento no puede ostentar la facultad de defender los intereses del resto de partes<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> DOLZ LAGO, M. J. “El Fiscal ante la reforma de menores: radiografía de una metamorfosis paradójica” en *La Ley*, 1992-2

<sup>293</sup> IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M., *La investigación Preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las Partes en la misma*, Aranzadi, 2001, pág. 55-56, este autor señala como posiciones a favor SAEZ JIMÉNEZ, J. *Enjuiciamiento Criminal. Comentarios prácticos a la LECrim referidos a la Ley de urgencia*, ediciones Santillana, Madrid 1962, ARAGONESES ALONSO, P. *Instituciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1976. Mientras que como posiciones enfrentadas las de FAIREN GUILLEN, V. “El Ministerio Fiscal en la reforma del Proceso Penal de 1988”, *Tapia*, nº 44, ANDRÉS IBÁÑEZ, CONDE-

Desde nuestro punto de vista, huelga decir que nos parece una innovación excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, pues lejos de discusiones doctrinales sobre la instrucción o no del Ministerio Fiscal, en la jurisdicción de menores se ha conseguido simplificar el procedimiento, dotándole de todas las garantías y eliminando elementos aflictivos hacia el menor de gran consideración.

Así, el hecho que el menor vea sólo a una persona que decidirá sobre el futuro del procedimiento, ya no es lo mismo que atisbar la maraña procesal de multitud de partes y demasiada burocracia que supone un procedimiento de adultos. Y finalmente, incluso que la misma persona que ha valorado su situación sea quien le solicite una medida o no, desde la práctica también nos demuestra, que en ocasiones se genera una situación de confianza en el sistema, en aras a ser consciente que si ahora me archivan el procedimiento, ya no habrá una segunda oportunidad.

Ni que decir tiene que la instrucción del Ministerio Fiscal se ha demostrado con el paso del tiempo factible y útil, eliminando, como se ha dicho, muchas trabas procesales, muchas dilaciones, y favoreciendo ese contacto directo con los diferentes operadores que intervienen, desde la policía judicial hasta los equipos técnicos o entidades ejecutantes de las medidas. En ocasiones para justificar que esta instrucción funciona de una forma impecable se tiende a valorar el alto índice de conformidades alcanzadas en el momento de la audiencia y también el alto índice de sentencias condenatorias. Baremo este que sirve para entender que hay una correcta investigación, huyendo de instrucciones farragosas y complicadas, y que aquellos asuntos que finalmente e llevan a juicio tienen la calidad

---

PUMPIDO TOURÓN, FERNÁNDEZ ENTRALGO, PÉREZ MARIÑO y VARELA CASTRO, *Investigación y preparación del Juicio Oral; la reforma del Proceso Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, OLIVA SANTOS, A. de la, *Jueces imparciales, Fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia Penal*, PPU, Barcelona, 1988 y MONTERO AROCA, J. “La garantía procesal penal y el principio acusatorio” en *La Ley*.

suficiente de pruebas, naturaleza de los hechos y circunstancias del menor para que se llegue a dictar sentencia condenatoria, ya que aquellos procedimientos en los que se aprecia que no concurre ningún presupuesto, se sobreseen con anterioridad y en los que se puede apreciar la oportunidad penal, nunca llegan a esta fase. Ello nos demuestra que el Ministerio Fiscal cuando decide presentar alegaciones por un procedimiento, tiene la base suficiente, de que dicho supuesto lo merece y, el citado procedimiento, tiene la calidad necesaria para prosperar en un juicio.

Como decimos, según la memoria de la FGE de 2015<sup>294</sup>, “las sentencias dictadas por los Juzgados de Menores en el año 2014 fueron un total de 18.134, frente a las 19.401 de 2013 y las 19.959 de 2012. Una caída porcentual de -6,53 % que continúa la de los años anteriores (-2,79% y -12,50%) y que supone un índice añadido más para valorar la disminución de la delincuencia. Las sentencias absolutorias dictadas en 2014 fueron 1.594. Las 16.540 restantes fueron condenatorias según lo interesado por el Fiscal (91,20%). Los elevadísimos porcentajes de sentencias condenatorias se sitúan entre el 88-91% desde el año 2008. De las sentencias condenatorias, las dictadas por conformidad del imputado en 2014 fueron 12.713 (70,10 %), en la línea de los años precedentes, pues oscilan, desde 2011, entre el 70-72%.”

Sin embargo, a nuestro juicio, sin perjuicio de estos datos, que son del todo válidos para justificar el trabajo del Ministerio Fiscal, podemos señalar como elementos más característicos, los que se comentaban en la introducción, referentes al elevado número de aplicaciones del principio de oportunidad y el bajo tiempo de pendencia de los asuntos. Lo cual nos lleva a valorar que la decisión que adopta el Fiscal es rápida y, como merece esta jurisdicción, educativamente ajustada al hecho y circunstancias del menor.

---

<sup>294</sup> Memoria de la FGE 2015, pág. 501.

Como decíamos anteriormente, tras la STC citada, y la introducción de la figura del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia juvenil, se abrió un nuevo abanico de actuación que sorprendió a todos en su momento. Así, la FGE, nada más conocer la STC, comunicó la inmediata elaboración de una Circular para establecer las pautas ante la novedosa implantación del Fiscal como instructor en la jurisdicción de menores, pero la citada Circular nunca vio la luz y tuvieron que ser las diferentes fiscalías quienes establecieron sus pautas de actuación de la mejor manera que consideraron para asumir ese nuevo reto.

Fue ya en 1992 cuando se dictó la Instrucción 2/1992 de 13 de febrero, sobre la intervención de los Fiscales ante la jurisdicción de menores, estableciéndose con un doble objetivo, preservar la imparcialidad de los Jueces de menores, y garantizar el respeto de las garantías y derechos fundamentales en todos los procedimientos.

En este sentido, se disponía que los Fiscales instasen tan sólo la adopción de alguna de las medidas contempladas en el artículo 17 de la LTTM cuando “el Fiscal tuviere elementos para ello y lo considerase conveniente para el menor”. En otro caso, y siempre que la adopción de una medida pudiese ser considerada “incompatible con el proceso educativo del menor”, los Fiscales debían solicitar el archivo o el sobreseimiento de las actuaciones.

En este momento ya se había remitido a las Cortes el proyecto de reforma de la LTTM que otorgaba la instrucción al Ministerio Fiscal, pero la FGE, en la citada Instrucción consideró que “de momento no se considera oportuno que los Fiscales tomen a su cargo la instrucción de los expedientes, mientras no exista una Ley que nos legitime para ello”.

Esta LO 4/1992 proclamaba en su exposición de motivos su carácter transitorio al afirmar que “adelanta parte de una renovada Legislación sobre reforma de menores que será objeto de medidas legislativas posteriores”. Sin embargo, y a pesar de su carácter urgente, es el momento en el que se

introduce una reforma histórica en la jurisdicción de menores, y en todo el ordenamiento jurídico español, como es la instrucción del Ministerio Fiscal, reservando al Juzgador la función jurisdiccional, reconocida constitucionalmente, de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”<sup>295</sup>.

Además, la L.O. 4/1992 se aprueba en un momento en que la política legislativa apunta hacia a la atribución de la instrucción penal al Ministerio Fiscal. Muestra de ello es la L.O 7/1988, del procedimiento abreviado que, aunque en su redacción final atemperó los términos, tenía como uno de sus principales objetivos la atribución de la fase de investigación al Ministerio Público.

## **2. LA FIGURA DE LAS SECCIONES DE MENORES DE LA FISCALÍA. EVOLUCIÓN Y CUESTIONES ORGANIZATIVAS**

Es en la propia LORPM donde se establece la necesidad de crear las Secciones de Menores en las Fiscalías Provinciales, recogiendo expresamente esta premisa en el apartado segundo de la Disposición Final cuarta de la LORPM, según la cual, dichas Secciones deberán crearse en todas las Fiscalías. Posteriormente esta previsión se desarrolla en el artículo 18.1 del EOMF<sup>296</sup>. En este precepto se establece que se crean las Secciones de Menores de la Audiencia Nacional, en las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y en las Fiscalías de las Audiencias Provinciales.

También se recoge en el EOMF, y respecto de la figura de las secciones especializadas, que algunas de ellas vienen previstas como obligatorias<sup>297</sup> (entre ellas la Sección especializada de Menores), y otras se

---

<sup>295</sup> En este sentido MONTERO DE LA RUBIA, J. “El fiscal instructor en la ley del menor. Revista jurídica de canarias” artículo accesible en Tirant On Line (<http://www.tirantonline.com>), 4-2006.

<sup>296</sup> Según la redacción dada por la Ley 12/2000, de 28 de diciembre de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 312, de 29 de diciembre)

<sup>297</sup> Están expresamente reconocidas las Secciones especializadas de menores, Violencia

sobre la mujer, Siniestralidad laboral, Medioambiente, Menores, Seguridad vial. Artículo 18.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal:

“Tres. Las Fiscalías de las Comunidades Autónomas y las Fiscalías Provinciales serán dirigidas por su Fiscal Jefe y estarán integradas por un Teniente Fiscal, los Fiscales Decanos necesarios para su correcto funcionamiento según el tamaño y el volumen de trabajo de las Fiscalías, y los demás Fiscales que determine la plantilla. En las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia, podrán crearse unidades de apoyo al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, en las que podrán integrarse funcionarios de la Comunidad Autónoma en el número que se determine en la plantilla, para labores de apoyo y asistencia en materias de estadística, informática, traducción de lenguas extranjeras, gestión de personal u otras que no sean de las que con arreglo a este Estatuto tengan encomendadas los Fiscales. Corresponde al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma informar al Gobierno de la Comunidad Autónoma de las necesidades de organización y funcionamiento de las Fiscalías de su ámbito territorial en materia de medios informáticos, nuevas tecnologías y demás medios materiales.

Estas Fiscalías podrán contar con Secciones especializadas en aquellas materias que se determinen legal o reglamentariamente, o que por su singularidad o por el volumen de actuaciones que generen requieran de una organización específica. Dichas Secciones podrán constituirse, si se estima necesario para su correcto funcionamiento según el tamaño de las mismas, bajo la dirección de un Fiscal Decano, y a ellas serán adscritos uno o más Fiscales pertenecientes a la plantilla de la Fiscalía, teniendo preferencia aquellos que por razón de las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o por cualquier otra circunstancia análoga, se hayan especializado en la materia. No obstante, cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen podrán actuar también en otros ámbitos o materias.

Las Secciones ejercerán las funciones que les atribuyan los respectivos Fiscales Jefes, en el ámbito de la materia que les corresponda, con arreglo a lo dispuesto en este Estatuto, en el reglamento que lo desarrolle y en las Instrucciones del Fiscal General del Estado. Además, en estas Secciones se integrarán los Fiscales Delegados de las Fiscalías Especiales cuando proceda conforme a lo dispuesto en el artículo Diecinueve de esta Ley. Las instrucciones que se den a las Secciones especializadas en las distintas Fiscalías, cuando afecten a un ámbito territorial determinado, deberán comunicarse al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma correspondiente.

En todo caso, en la Fiscalía de la Audiencia Nacional y en las Fiscalías Provinciales existirá una Sección de Menores a la que se encomendarán las funciones y facultades que al Ministerio Fiscal atribuye la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Estas Secciones podrán constituirse en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas cuando sus competencias, el volumen de trabajo o la mejor organización y prestación del servicio así lo aconsejen. Asimismo, en las Fiscalías Provinciales existirá una Sección contra la Violencia sobre la Mujer, que coordinará o en su caso asumirá directamente la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos penales y civiles cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En la Sección contra la Violencia sobre la Mujer deberá llevarse un registro de los procedimientos que se sigan relacionados con estos hechos que permitirá la consulta de los Fiscales cuando conozcan de un procedimiento de los que tienen atribuida la competencia, al efecto en cada caso procedente. Estas Secciones podrán constituirse en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas cuando sus competencias, el volumen de trabajo o la mejor organización y prestación del servicio así lo aconsejen.

En las Fiscalías Provinciales, cuando por el volumen de actuaciones que generen requieran de una organización específica podrán constituirse Secciones de seguridad vial y siniestralidad laboral.

También existirá una Sección de Medio Ambiente especializada en delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos, y los incendios

pueden crear a criterio del Fiscal Jefe correspondiente. Las Secciones especializadas se deberán dotar de personal suficiente para poder llevar a cabo la función de las mismas, y, obviamente, deberán concurrir en ellos meritos suficientes de especialidad<sup>298</sup>. Especialidad que se puede acreditar por haber tenido experiencia profesional previa con menores, haber realizado cursos de especialización u otras circunstancias similares.

Dentro de estas secciones especializadas, se creó la figura del Fiscal de Sala Coordinador de la especialidad correspondiente, estableciéndose que dicho cargo debe ostentarlo un Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, nombrado como Fiscal de Sala coordinador por el propio FGE.

Además en estas Secciones de las Fiscalías Provinciales, y concretamente en la Sección de Menores, existe también la figura del Fiscal delegado, quien es nombrado por el FGE a propuesta del Fiscal Jefe Provincial correspondiente. Por ello, sólo puede ser removido de tal condición por el FGE, bien a petición propia, del propio interesado o por petición del Fiscal Jefe Provincial.

Además se establece que la Sección de Menores deberá estar compuesta por un número no inferior a dos Fiscales, determinándose su número por las necesidades de cada sección, y si las necesidades del servicio así lo aconsejan, podrá tener entre sus miembros a Fiscales sustitutos, pero en cuyo caso, su número no podrá ser superior a la mitad de los Fiscales de carrera<sup>299</sup>.

Por ello, a pesar de ser un cargo meritorio, cuando se producen

---

forestales. Estas Secciones podrán constituirse en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas cuando sus competencias, el volumen de trabajo o la mejor organización y prestación del servicio así lo aconsejen”. (Nota: el subrayado es del autor).

<sup>298</sup> Art. 18.1 del EOMF en la redacción dada por la Ley 12/2000, de 28 de diciembre de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, Ob. Cit.

<sup>299</sup> Instrucción 2/2000, de la Fiscalía General del Estado, de 27 de diciembre sobre “Aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores”.



vacantes en las secciones de menores de las respectivas Fiscalías provinciales se abre un proceso de concurso entre los Fiscales de la correspondiente Fiscalía, a fin que puedan presentar meritos para optar a la plaza, meritos que se deben entender como preferentes al escalafón de la carrera fiscal. De todas maneras, independientemente de ello, el cargo de delegado de la Sección de Menores es un cargo de confianza del respectivo Fiscal Jefe provincial, por tanto, se puede hacer valer la citada especialización. Pero, al no existir una regulación expresa de la misma, será el Fiscal Jefe respectivo quien decidirá proponer a un Fiscal en detrimento de otro para el citado cargo, configurándose de mero trámite que el FGE acepte tal propuesta y lo nombre como Fiscal delegado.

Una vez se produce el citado nombramiento, el Fiscal Jefe Provincial procederá a dictar un decreto de delegación de funciones sobre el nuevo fiscal delegado de menores que ya no necesita aprobación por el FGE y que podrá ser modificado por el Fiscal Jefe provincial en cualquier momento.

Hoy en día, al haber transcurrido ya casi 15 años desde la aprobación de la LORPM se podría pensar que concurre la citada especialización en todos los fiscales de carrera. Ahora bien, como ya se ha especificado anteriormente, no hay una regulación expresa de la misma, y por lo tanto todos los Fiscales de entrada tienen la misma formación. En el temario de acceso a la carrera Judicial y Fiscal existe la materia referente a la jurisdicción de menores, y posteriormente una vez ya se ha accedido a la carrera fiscal existen cursos de formación, organizados bien por el Centro de Estudios Jurídicos o la propia FGE, que sirven para alcanzar la especialización necesaria. También, señalar a este respecto que anualmente se celebra una reunión de fiscales delegados de la sección de menores con el Fiscal de Sala coordinador de menores a fin de poner en común problemas prácticos que se plantean, buscar soluciones y también, evidentemente, unificar criterios de actuación.

Esta labor de la FGE es importantísima, pues en la jurisdicción de

menores surge un hándicap que no tiene la jurisdicción de adultos, y es que los procedimientos finalizan en las respectivas Audiencias Provinciales, salvo el recurso de unificación de la doctrina que si que puede ir al Tribunal Supremo. Ello comporta que cada Audiencia Provincial haya sentado unos criterios interpretativos diferentes de otras, y que por tanto, se interprete la LORPM de una forma u otra según donde se esté. Ello se está intentando corregir desde la actuación unificada y coordinada del Ministerio Fiscal, a través de las diferentes Circulares, Instrucciones, Dictámenes o Consultas que se remiten desde la FGE, así como desde las diferentes jornadas de especialistas que bien sirven para tal fin.

En cuanto a la composición de la sección suele ser habitual que los fiscales, al acceder a la carrera, elijan llevar la jurisdicción de adultos y que, salvo casos vocacionales, deba el Fiscal Jefe correspondiente nombrar fiscales para entrar en la Sección de Menores. Es en este momento donde suele funcionar el escalafón fiscal, pues si nadie quiere entrar a formar parte de la citada sección, se suele nombrar a los más fiscales más jóvenes en el escalafón.

A pesar de lo manifestado, hay que decir que normalmente esta situación no se produce en la figura del coordinador, y si, en algún caso, en los diferentes componentes de la sección. Ello es debido a que al tratarse de una jurisdicción tan especializada, muchos fiscales ven, fruto del desconocimiento de la jurisdicción, que entrar a formar parte de esta sección, es encasillarse en una materia que en un futuro les impida estar actualizados en otras jurisdicciones. Sin embargo, ello no es del todo así, pues debido a las carencias de personal, desde las diferentes secciones de menores de las diferentes fiscalías se suele apoyar en servicios penales al resto de miembros (juicios, comparencias), e incluso suele ocurrir que los fiscales adscritos a las secciones de menores compartan esta función con el despacho de asuntos de otras secciones como delincuencia informática,

económica, extranjería, etc.<sup>300</sup>. Además decir que, la jurisdicción de menores es una jurisdicción en sí, de lo más completa e importante, pues en ella finalmente se pueden plantear supuestos jurídicos de cualquier índole, más allá de si se trata de una jurisdicción menor, como algunos la consideran.

### **3. LA FIGURA DEL SECRETARIO JUDICIAL EN LAS SECCIONES DE MENORES**

Como es sabido, los orígenes de la institución estriban en una doble necesidad: la de saber escribir (de ahí la antigua denominación de “*escribano*”) y la de que de lo escrito no quepa discusión<sup>301</sup>, de ahí que su función tradicional haya sido la de dar fe pública. Sin embargo, esta función ha ido variando paulatinamente hacia la de director de la oficina judicial. Con esta configuración se llegó a la LORPM y con ella a la LO 9/2000, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificándose los artículos 473 y 476 de la LOPJ.

Todo ello vino motivado por una enmienda del Partido Popular<sup>302</sup> en la que se a tenor de lo establecido en la LORPM se exigía el Secretario Judicial ya que el Fiscal tenía la instrucción del procedimiento.

El artículo 473 de la LOPJ surgido de la LO 9/2000, establecía en su apartado 1º que “los Secretarios Judiciales ejercen la fe pública y asisten a los Jueces, Tribunales y Secciones de Menores de las Fiscalías, en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo establecido en esta Ley y

---

<sup>300</sup> En este sentido piénsese en Fiscalías pequeñas como la Fiscalía Provincial de Teruel donde debido a la escasa plantilla de la misma, el Fiscal coordinador de menores tiene a su vez la delegación de otras secciones como la de delincuencia informática entre otras.

<sup>301</sup> V.V.A.A. “Declaración conjunta de las asociaciones de Secretarios Judiciales” en *Poder Judicial*, nº. 52, pág. 502.

<sup>302</sup> Enmienda 43. que la justificó en base a que “la atribución al Ministerio Fiscal de funciones instructoras (art. 6, 18, 19 y 23)...exige la asistencia del Secretario Judicial en los términos semejantes a los órganos judiciales que actualmente tiene asumida la instrucción” BOCG. Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Núm. 3-4, de 29 de septiembre de 2000, Págs. 28 y 29.

restante legislación vigente” Por su parte, el art. 476 en su apartado 5º disponía que “cuando existan, las Secretarías de las Secciones de Menores de las Fiscalías se cubrirán con funcionarios de la segunda categoría. En caso contrario, serán asistidas por los Secretarios de los Juzgados de Menores.”

Sin embargo, la inclusión del Secretario judicial no fue del todo pacífica y generó controversias doctrinales como suspicacias en los propios secretarios que no vieron con buenos ojos entrar en las Fiscalías<sup>303</sup>. Este último precepto dio lugar a que ante la no creación de las plazas de Secretario en las Secciones de Menores, fueran los secretarios de los Juzgados de Menores quienes asistieran a las Secciones, mostrándose críticas a este sistema de sustitución por los Secretarios judiciales y por los jueces de menores, quienes exigieron que en las Secciones de Menores deberían existir Secretarios Judiciales distintos de los de los Juzgados<sup>304</sup>.

El caso fue que, realmente, nunca se llegaron a crear las plazas de Secretario en las diferentes sedes de las Secciones de Menores de la Fiscalía.

Posteriormente vino la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, por la que se elimina definitivamente la figura del Secretario Judicial en las Secciones de Menores, al eliminarse y omitirse cualquier referencia al mismo como si constaban en la reforma anterior, y por tanto, se debe estar a que las funciones del mismo serán realizadas en las Sección de Menores por el Fiscal correspondiente, y, en su caso, con el apoyo de un funcionario designado por el Fiscal Jefe Provincial<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> En este sentido SALA DONADO, C., *proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*. Ob. Cít, págs. 106 y ss

<sup>304</sup> Seminario de Jueces de Menores celebrado en Madrid por el CGPJ en 2001

<sup>305</sup> En este sentido la Instrucción 3/2004 de la FGE sobre las consecuencias de la

Para finalizar este apartado se puede decir, como así consta en las últimas memorias de la Fiscalía General del Estado, que la inmensa mayoría de Secciones de Menores interesan que se recupere la figura del secretario judicial en las Fiscalías y concretamente en las Secciones de Menores, pues desde el punto de vista instructor, y a pesar que los actos del Ministerio Fiscal gozan de presunción de veracidad<sup>306</sup>, la figura del secretario judicial se denota importantísima. En primer lugar, y atendiendo a las nuevas directrices de su funcionamiento, por la dirección de la oficina judicial, pero luego, y no más importante, por determinadas funciones y necesidades, entre las que podemos destacar el control de piezas de convicción, la tramitación de la pieza de responsabilidad civil (que en este caso podría tramitarse en la Fiscalía), o la cuenta de consignaciones. Respecto de esta cuenta de consignaciones debemos decir que en todos los Juzgados son controladas por los secretarios judiciales, menos en las Secciones de Menores en las que son controladas por el Fiscal delegado, y todo ello por una equiparación de hecho, pero sin ninguna regulación legal que lo ampare. También se hace necesaria la citada figura por el hecho de necesitar determinados cotejos, o testimonios de actuaciones, ya que por el momento lo que se realiza son únicamente copias certificadas por el Fiscal.

#### **4. EL MINISTERIO FISCAL ANTE LA DICOTOMÍA PROTECCIÓN O REFORMA**

De las diferentes memorias de la FGE, y de la práctica habitual de las fiscalías, no se constata un motivo concreto que lleve a los menores a delinquir, pero si se perciben elementos consustanciales que sirven para incrementar esa posibilidad delincencial, como pudiera ser el absentismo escolar, analfabetismo, consumo de drogas tóxicas o alcohol, familias desestructuradas, excesiva ociosidad y un largo etcétera de circunstancias

---

desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía.

<sup>306</sup> Art. 5 del EOMF.

que los equipos técnicos acreditan día tras día en al menos 90% de los menores que son entrevistados<sup>307</sup>.

Esta problemática nos lleva a pensar que, si desde un punto de vista de la protección de menores se interviniera con ellos, se podrían mitigar estos factores de riesgo y evitar, por tanto, la comisión de hechos delictivos, pudiéndose intervenir más desde facetas restaurativas que retributivas.

Ésta ha sido una de las principales críticas que se han realizado a la actual LORPM, que con las diferentes reformas se ha huido de aquel primer espíritu retributivo agravando algunas medidas y supuestos, equiparándolos, en determinados supuestos, casi a los delincuentes mayores de edad<sup>308</sup>.

Como señala GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER<sup>309</sup>, la delincuencia, y en especial la delincuencia de menores es, ante todo, un fracaso de la sociedad. Y la mejor respuesta que se le puede dar es la llamada prevención primaria o prevención global, que es la que se dirige a la colectividad mejorando sus condiciones de vida. Por ello, los mayores esfuerzos deberían dirigirse a prevenir el delito. Sin embargo, una vez producido el mismo, estamos frente a un fracaso individual, pero también frente a un fracaso social y, por consiguiente, estamos obligados a buscar la respuesta menos lesiva para todos, tanto para el menor como para la sociedad. En este sentido, la actuación del derecho penal no debe ser tan agresiva como la actuación en la jurisdicción de adultos, y se debe buscar la menor aflicción posible al menor, demostrándose una vez más que, en determinados supuestos, puede ser más viable actuar desde la protección de

---

<sup>307</sup> CUESTA MERINO, J. L. “La reforma y protección de menores: diferencias y puntos de conexión” en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CUERDA ARNAU, M. L. *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Ob. Cit., pág. 201 y ss.

<sup>308</sup> En este sentido CUERDA ARNAU, M. L. “Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor” en *Revista Penal*, nº 22 – 2008, Págs. 22 y ss. CANO PAÑOS, M. A. “¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Ob. Cit., págs 287 a 320.

<sup>309</sup> GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. *Justicia de menores: Una justicia mayor*. Ob. Cit., Pág. 37

menores que desde la reforma. Por ello, estamos obligados a encaminar los programas de intervención con los menores a fin de enfocarles para que protagonicen el cambio conductual necesario. De este modo, la legislación no se debe ocupar sólo de los aspectos punitivos y judiciales<sup>310</sup>.

En la práctica habitual de las Fiscalías se constatan estos supuestos y, dentro de las funciones del Ministerio Fiscal, vemos cómo coexisten los dos ámbitos de actuación, la protección y la reforma. Las Secciones de Menores aparecen configuradas en la LORPM, y así se establecieron desde su origen, basadas en la reforma de los menores. Sin embargo, es a raíz de la Circular 1/2000 de la FGE, donde se establece que las mismas pueden compartir las materias de protección y reforma, cuando las Secciones de Menores comienzan a conformarse desde el punto de vista mixto, llevando el despacho de asuntos tanto de protección como de reforma.

De todas maneras, ello no obsta que, por razones del servicio, por la falta de personal en la Sección de Menores y por una mejor distribución de la carga de trabajo, Fiscalías como la Fiscalía Superior de Murcia tengan establecido que la protección la lleva la Sección Civil de la Fiscalía, mientras que la reforma la lleva la Sección de Menores, e incluso que otras Fiscalías más grandes como la de Madrid o la de Barcelona, entre otras, tengan distribuido el trabajo en los Fiscales adscritos a la Sección de Menores de manera que unos lleven la reforma de los menores y otros lleven la protección, a modo de Secciones independientes, aunque formalmente constituyan ambas la Sección de Menores.

Ahora bien, en ocasiones nos encontramos que estos dos ámbitos son conexos o están íntimamente ligados, llegando a establecerse una tenue línea de separación en la que las facultades de reforma pueden invadir el

---

<sup>310</sup> En este sentido se manifiestan ESTEBAN GÓMEZ, D., GÓMEZ PULIDO, M. L., GARCÍA MEDINA, P. y ARMAS VARGAS, E. en V.V.A.A. *Derecho Penal y psicología del menor*, Universidad de la Laguna, 2007 pág. 321.

área de protección y a la inversa.

En este sentido se podría echar en falta en nuestra regulación la posibilidad, que si está establecida en otras regulaciones como la francesa, de poder adoptar medidas civiles a la par que penales cuando se constate en un procedimiento una situación delictiva derivada de una situación de desprotección. Sin embargo, este supuesto chocaría con nuestra normativa tanto penal como civil, así como con la LOPJ, donde se establece la distribución competencial de nuestros tribunales, como con la legislación actual de protección a la infancia, tanto la nacional como la autonómica, pues no olvidemos que se trata de una competencia transferida a las comunidades autónomas y, evidentemente, con el principio constitucional del derecho al juez predeterminado por la ley.

Así, el Ministerio Fiscal, en el procedimiento de menores, puede utilizar aquellos aspectos que tenga conocimiento a lo largo de la instrucción referentes a la situación sociofamiliar del menor así como cualquier otro aspecto, para valorar la medida más adecuada que se le puede imponer al menor. Estas circunstancias, evidentemente, deben constar en los preceptivos informes del equipo técnico, y que el Juez también debe conocer para justificar la medida a imponer.

Otro de los aspectos, que se deben tener especialmente en cuenta, es el régimen de la responsabilidad civil donde, de una forma solidaria, los representantes legales del menor deben responder de la responsabilidad civil de los actos de éste, y evidentemente, también de los delictivos. En este sentido, se hace especialmente necesario conocer de las circunstancias del menor en el ámbito de protección, si le constan o no resoluciones administrativas, si son firmes o no, y en que situación está, pues de ello depende que se interese la condena a una u otra persona o entidad como responsable civil solidario.

Cuestión contraria es el poder utilizar la información derivada de un menor en un procedimiento administrativo de protección, pues la misma, la



derivada de un procedimiento penal de menores, tiene carácter reservado, a excepción de la sentencia que ya es pública.

Sin embargo, se puede constatar de la instrucción e investigación de un procedimiento determinadas situaciones que merecen una investigación y respuesta aparte.

Se podría pensar que a modo de las *status offenses*, regulados en el sistema norteamericano, que podrían surgir en nuestro ordenamiento.

En este sentido podemos ver cómo la CDN, en su artículo 40.2, letra a)<sup>311</sup>, establece que los Estados Parte garantizarán “que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”.

Como ya se ha puesto de relieve, en EEUU, junto con los casos de delincuencia juvenil, existen otras conductas que sólo pueden ser cometidas por menores y que, en algunos Estados, son competencia de los tribunales de menores (*juvenile courts*) y que se denominan “*status offenses*” y abarcan conductas tan variopintas como, por ejemplo, la fuga del domicilio, menores ingobernables, absentismo escolar y consumo de alcohol por debajo de la edad.

Como destaca FERREIROS MARCOS<sup>312</sup>, el Comité de Derechos del Niño ha denunciado esta práctica, relativamente frecuente, de creación de infracciones penales específicas para menores al considerarlas contrarias al principio de no discriminación del artículo 2 de la convención. El Comité

---

<sup>311</sup> Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. BOE. nº 313, de 31 diciembre 1990

<sup>312</sup> FERREIROS MARCOS, C. E., *Cooperación jurídica internacional en materia de responsabilidad penal de los menores*. Ob Cit., pág. 13.

recomienda la abrogación por los Estados Partes de las disposiciones relativas a esos delitos para garantizar la igualdad de trato de los niños y los adultos ante la ley, remitiendo al artículo 56 de las Directrices de Riad, que expresan: "a fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven". El Comité estima que este tipo de comportamientos deben afrontarse mediante la adopción de medidas de protección de la infancia, en particular prestando apoyo efectivo a los padres y otras personas encargadas de su cuidado y adoptando medidas que afronten las causas básicas de ese comportamiento<sup>313</sup>.

En base a estos presupuestos no se podría castigar al menor por su situación absentista si a un adulto no se le contempla el mismo hecho punible. Por ello, en el hipotético caso que el legislador se decidiera a castigar esta conducta se debería articular de una forma un tanto estrambótica el incumplimiento de una obligación que en nuestro ordenamiento jurídico solo existe para los menores de 6 a 16 años de edad.

Resulta chocante este supuesto, pero más chocante resulta que hasta la fecha no se haya introducido ningún precepto respecto de los progenitores o legales representantes que con su actuación no impiden esta actitud absentista del menor, y lo peor, que en muchas ocasiones, la favorecen. Decimos que resulta chocante pues, en la actualidad, los supuestos de absentismo escolar no se pueden imputar al menor, y se tiene que acudir a los tribunales a pedir responsabilidades respecto de sus legales representantes por un delito de abandono de familia, previsto en el artículo 226 del Código Penal, con la ambigüedad de considerar la educación

---

<sup>313</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS.. *Observación General nº 10 (2007). Los derechos del niño en la Justicia de Menores (CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrafos 8 y 9)*

obligatoria como dejar de prestarle alimentos.

Baste advertir que no se pretende analizar esta figura de la tipificación o no del absentismo escolar, pero sí, las dificultades que desde las secciones de menores se tienen a efectos de procurar esta protección a ultranza del interés superior del menor evitando las *status offences* anteriormente citadas.

Así y retomando el hilo del discurso, vemos cómo cuando se constatan supuestos referentes a la necesidad de protección del menor surgen dos vías de actuación, o bien remitir las actuaciones a la entidad pública competente en la comunidad autónoma de referencia a fin de valorar la situación del menor, o si se estima que son causas de riesgo imputables a un adulto, remitir al Juzgado de instrucción correspondiente a fin de depurar tales circunstancias<sup>314</sup>.

Dentro de esta doble faceta de protección y reforma, podemos ver el artículo 3 de la LORPM, que establece que “cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores 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”.

En este artículo se establece una obligación al Ministerio Fiscal de remitir a la entidad pública todos los menores de 14 años que han sido

---

<sup>314</sup> Sin perjuicio de en este caso remitir también las actuaciones a la Entidad Pública correspondiente a fin de valorar si se adoptan o no medidas de protección.

denunciados. Esto provocaba que por sistema la entidad pública recibiera notificación de muchísimos menores. Así, en la memoria de la FGE de 2015 se hace referencia que en 2014 se archivaron 7.734 causas por ser los imputados de edad inferior a catorce años. En 2013 fueron 8.226 los asuntos archivados y 8.058 los archivos en 2012. Todos estos menores, a tenor del artículo 3 debieron ser remitidos a la entidad pública, cuando no se le escapa a nadie, que ni muchísimo menos todos ellos estaban necesitados de medidas de protección. Los números de esta naturaleza que se refirieron con anterioridad al año 2013, provocaron que en las jornadas de delegados de menores de la FGE del citado año se llegara a la conclusión que “la remisión de lo actuado a la Entidad Pública de Protección, dispuesta en el art. 3 de la LORPM, no es un trámite inexcusable tras el archivo de las D. Preliminares por ser el autor menor de 14 años. Debe obviarse cuando por la escasa entidad de los hechos, por la suficiencia de la corrección en el ámbito familiar o educativo y por las circunstancias de todo orden del menor, no se detecta la necesidad de articular los recursos previstos para su protección en el orden civil”<sup>315</sup>. Por lo tanto, se eliminó la obligatoriedad de remitir todos los menores al sistema de protección, y esa obligatoriedad se refiere, según este criterio, tan sólo, a aquellos menores en los que se objetivaba un indicador que hiciera pensar que estaba en situación de riesgo.

---

<sup>315</sup> Conclusiones de la FGE de las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores, celebradas en Madrid, el 16 y 17 de octubre de 2013.

## **CAPÍTULO VI**

### **EL EQUIPO TÉCNICO**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Desde los primeros Tribunales para niños en España se ve una evolución que finaliza con la LTTM, en la que se establece tanto aspectos de protección como de reforma en nuestro sistema de justicia juvenil. Sin embargo, a raíz de ello, surgió un debate sobre si la materia que hoy es competencia de la jurisdicción de menores debía ser atribuida a miembros de la carrera Judicial o Fiscal, o bien a personas especializadas en menores pero ajenas a las mismas<sup>316</sup>.

Ya en la LTTM, en su artículo 73, se señalaba que “el Presidente podrá disponer, si lo estima conveniente, que se proceda al examen y reconocimiento del menor por los técnicos especializados que el mismo designe, que emitirán informe acerca de su constitución psicofisiológica y de la posible influencia de esta en el desarrollo del entendimiento y grado de voluntariedad consciente de sus actos en directa relación con la naturaleza del hecho que se atribuya al menor. Este informe se consignará en el expediente.”

Tras la STC 36/1991, se modificó la LTTM, en el sentido de introducir el artículo 16.3 párrafo segundo, según el cual, “oído el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el abogado, el Juez deberá valorar razonadamente, desde la perspectiva exclusiva del interés del menor, el

---

<sup>316</sup> En este sentido GARCÍA HERNÁNDEZ, G. “Equipo técnico y medidas judiciales” ponencia disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta. Se deberá dejar constancia en acta de los términos de la reparación y del mecanismo de control de su cumplimiento. En el caso de que el menor los incumpla, se revocará la suspensión del fallo y se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez”.

De aquí, podemos ver el origen de los actuales equipos técnicos de menores<sup>317</sup>, los cuales se establecen como una evolución de los “técnicos especializados” previstos en la LTTM.

Ya, en la actual regulación, y concretamente en LORPM, podemos ver en su exposición de motivos como se resalta la importancia del equipo técnico:

“Como instrumento imprescindible para alcanzar el objetivo que persiguen las medidas y termina estableciendo un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa, al que otorga todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento constitucional, en sintonía con lo establecido en la aludida sentencia del Tribunal Constitucional y lo dispuesto en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”.

También se refiere diciendo: “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. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia”.

“Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un

---

<sup>317</sup> Sin ánimo de realizar un estudio pormenorizado de la institución, se va a intentar dar unas pinceladas sobre la figura de los equipos técnicos a modo de introducción de la preeminente labor que tienen en la aplicación del principio de oportunidad.

claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro”.

De todo lo manifestado, se puede ver como se configura el equipo técnico como un órgano especial dentro de la LORPM, pues no es un órgano jurídico, que interviene en un procedimiento penal.

Además, su importancia también les viene de cara a que constituyen una pieza fundamental para conocer y valorar el interés del menor desde perspectivas más amplias que la de la ciencia jurídica y que permite una adecuada individualización de las decisiones a adoptar sobre el menor de referencia<sup>318</sup>.

## **2. NATURALEZA JURÍDICA. DEPENDENCIA ORGÁNICA Y FUNCIONAL**

Hay que señalar al respecto, que los equipos técnicos se conforman como órganos de naturaleza obligada por la propia jurisdicción de menores, como así se establece en la diferente normativa de carácter internacional, pues las Reglas de Beijing<sup>319</sup>, señalan que “para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito”.

Ya en la LORPM, en su texto original aparecía el apartado quinto de la Disposición Final Tercera, que establecía que “El Gobierno a través del

---

<sup>318</sup> En este sentido también se manifiesta GISBERT JORDÁ, T., “Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción”, Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, nº 6, 2002, págs. 149 a 206.

<sup>319</sup> Regla 16.1 de las Reglas de Beijing.

Ministerio de Justicia, sin perjuicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, y en el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley en el “Boletín Oficial del Estado”, adoptará las disposiciones oportunas para la creación de Cuerpos de Psicólogos y Educadores y Trabajadores Sociales Forenses”. Este texto que fue derogado por la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la L.O. 9/2000<sup>320</sup>. Ante esta situación, y como destaca FERNÁNDEZ OLMO<sup>321</sup>, se hace necesaria una reglamentación de la figura del equipo técnico, toda vez que ante esta supresión no hay ninguno otro artículo concordante al respecto.

De esta manera, podemos acudir al contenido de la LORPM, donde en su artículo 27.1 LORPM, manifiesta que “Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos”.

Ahora bien, del contenido de la LORPM y del RLORPM, vemos como también se define la naturaleza jurídica del equipo técnico, ya que se establece una doble dependencia del equipo técnico. Una funcional del Ministerio Fiscal y de los Juzgados de Menores, y una orgánica del Ministerio de Justicia o de las Comunidades autónomas.

El RLORPM, aclara esta doble dependencia en el artículo 4.2, al señalar que “los profesionales integrantes de los equipos técnicos dependerán orgánicamente del Ministerio de Justicia o de las comunidades autónomas con competencias asumidas y estarán adscritos a los juzgados de menores. Durante la instrucción del expediente, desempeñarán las funciones

---

<sup>320</sup> LO 9/2000, 22 diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>321</sup> FERNÁNDEZ OLMO, I., “La instrucción en el procedimiento de menores por el Ministerio Fiscal”, Centro de estudios jurídicos, 2007, pág. 52.



establecidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal y del juez de menores cuando lo ordene.

No obstante lo anterior, en el ejercicio de su actividad técnica actuarán con independencia y con sujeción a criterios estrictamente profesionales”.

Así podemos ver como funcionalmente dependen del Ministerio Fiscal o del Juez de Menores, pero orgánicamente de las Comunidades Autónomas, al tener todas ellas competencias transferidas en esta materia.

Además, hay que manifestar, que si bien hoy en día todas las comunidades autónomas tienen transferidas las oportunas competencias, la realidad de los equipos técnicos, sufre vaivenes en el seno de las mismas. En este sentido, y a modo de ejemplo, en la Comunidad Valenciana, los equipos técnicos han pasado a depender de la Conselleria que llevaba los temas de justicia y en otras ocasiones de la Conselleria que llevaba los temas sociales, constatándose, por tanto, incertidumbres en cuanto al sistema organizativo de los mismos e incluso para el propio personal de los mismos, ya que al no depender directamente, en ocasiones, del departamento de justicia de la correspondiente comunidad autónoma, si no fuera por la dependencia funcional del Ministerio Fiscal y del Juzgado de Menores, alguna vez, incluso, se ha planteado, que debían estar, físicamente, en las dependencias propias de la correspondiente Conselleria y no en el mismo edificio judicial que el Ministerio Fiscal y los Juzgados, cosa que entendemos, del todo, un despropósito de cara al normal desarrollo del sistema español de justicia juvenil.

Respecto a esta dependencia funcional del Ministerio Fiscal, la Circular 9/2011 FGE recuerda la misma diciendo que “Igualmente la Fiscalía, como superior funcional de los Equipos, puede dirigirles las indicaciones generales oportunas en cuanto a la extensión y profundidad de los informes requeridos, ponderando la gravedad de los hechos que se imputan al menor, la concurrencia de circunstancias especiales en el mismo

y la previsión de medidas que se han de solicitar e imponer, priorizando la elaboración y la extensión de los informes para los casos de mayor entidad”.

Vista esta relación de preceptos que regulan los equipos técnicos, podemos ver como la dependencia funcional, que es la que nos interesa en este procedimiento, se establece tanto del Ministerio Fiscal como del Juez de Menores.

Ahora bien, viendo el procedimiento regulado en la LORPM, en la fase de instrucción la dependencia funcional es del Ministerio Fiscal, pues el Juez carece de competencias en la misma, y en la fase de ejecución, se puede llegar a pensar que es cuando dependen del Juzgado de menores. Respecto de esta fase, decir que la misma es a partir de la incoación del expediente de reforma, ya que el equipo técnico carece de funciones en la fase de diligencias preliminares. No se admite de contrario<sup>322</sup>, lo manifestado por LÓPEZ LÓPEZ<sup>323</sup>, que en este momento de diligencias preliminares, entiende que se deba pedir informes al equipo técnico, a los organismos públicos de protección de menores o de la policía, sobre la situación del menor, personal, social y familiar, así como de los antecedentes delictivos de los mismos con la finalidad de decidir sobre si se aplica o no el principio de oportunidad. Todo ello, por entender, que en la fase de diligencias preliminares, el equipo técnico no está legitimado para intervenir, pues en la LORPM se establece que actuará en el momento en el que se incoe el oportuno expediente de reforma, o bien cuando el menor sea detenido (entendiendo este supuesto, cuando el menor es detenido y puesto a disposición del Ministerio Fiscal), para así poder asesorarle sobre las necesidades del menor de cara a resolver sobre su situación personal y adoptar o no una medida cautelar.

---

<sup>322</sup> Posteriormente se analizara esta cuestión al tratar el desistimiento del artículo 18.

<sup>323</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La Ley Penal del Menor y el Reglamento para su aplicación*, OB. Cit., pág. 165.

También citar, que no faltan autores<sup>324</sup>, que entienden que los equipos técnicos actúan como peritos en la materia, a tenor de lo establecido en el artículo 457 de la LECrim., ya que la actividad pericial, como conjunto de conocimientos y explicaciones que unos profesionales técnicos –peritos– en la materia, aportan al Juez o Tribunal correspondiente, en los campos de alguna ciencia o arte para que éstos puedan resolver, con suficiente conocimiento, las cuestiones que ante ellos se ventilan, tiene en el derecho penal y, en particular, en el Derecho Penal de Menores, connotaciones especiales.

Efectivamente se les puede catalogar como peritos, pero si tenemos en cuenta que el tratamiento que la LORPM les da es totalmente diferente, con una obligatoriedad de actuación en el procedimiento, con necesidad de estar presentes en determinados actos e incluso de ser oídos en el acto del Juicio Oral o siempre que se decida sobre la imposición de una medida al menor, nos hace pensar que tienen una cualificación si cabe más especial. En este sentido la Circular 1/1993 de la FGE<sup>325</sup>, venía a manifestar que los equipos técnicos “tienen naturaleza de pericial cualificada”.

Por ello se puede finalizar diciendo que los equipos técnicos son órganos al servicio de la Administración de Justicia con dependencia funcional del Ministerio Fiscal y del Juzgado de Menores, alcanzando por tanto carta de naturaleza en ese sentido con unas prerrogativas mayores que las de un perito, dada cuenta la configuración que se realiza del mismo en el seno de la LORPM.

---

<sup>324</sup> DE URBANO CASTRILLO, E. Y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad Penal del Menor*. Ob. Cit., pág 205. En el mismo sentido DE URBANO CASTRILLO, E. en ORNOSA FERNÁNDEZ, R. (Coord.) *Los recursos en la LORPM. La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. 2001. Madrid. También referir que las circulares de la FGE también se refieren a ellos en este sentido.

<sup>325</sup> Instrucción 1/1993 de la FGE, de 16 de marzo de 1993, sobre líneas de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la LO 4/1992, de 5 de junio.

### **3. COMPOSICIÓN Y FUNCIONES**

Ya en el artículo 4.1 RLORPM se señala que “los equipos técnicos estarán formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales cuya función es asistir técnicamente en las materias propias de sus disciplinas profesionales a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal, elaborando los informes, efectuando las propuestas, siendo oídos en los supuestos y en la forma establecidos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y, en general, desempeñando las funciones que tengan legalmente atribuidas.

Del mismo modo, prestarán asistencia profesional al menor desde el momento de su detención y realizarán funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado.

Podrán también incorporarse de modo temporal o permanente a los equipos técnicos otros profesionales relacionados con las funciones que tienen atribuidas, cuando las necesidades planteadas lo requieran y así lo acuerde el órgano competente”.

En cuanto a su composición, la misma se expresa en la ley, y como hemos visto, se refleja en psicólogos, educadores y trabajadores sociales. Algún sector doctrinal ha venido solicitando que también se deberían incluir criminólogos en el equipo técnico, sobre todo a la hora de hacer valoraciones conjuntas de zonas o de menores que necesitan una intervención conjunta<sup>326</sup>.

Ahora bien, dentro de su configuración en el procedimiento, la Circular 9/2011, viene a expresar que como regla general, deberán emitir un informe, firmado por sus tres miembros, en los que cada uno de ellos trate

---

<sup>326</sup> En este sentido GARCÍA HERNÁNDEZ, G. “Equipo técnico y medidas judiciales” Ob. Cit.

un apartado diferente de la personalidad del menor. Si bien, *a posteriori*, viene a manifestar que independientemente de esta regla general, si las razones organizativas de cada lugar no lo permiten, y apoyándose en la jurisprudencia del TS que ha venido a interpretar con criterios flexibles la ausencia de los dos peritos exigidos por el art. 459 de la LECrim, en el sumario ordinario, se puede admitir que la pericial pueda practicarse por un único perito, sin que por ello deba estimarse que ha existido quebrantamiento de forma<sup>327</sup>, motivo por el cual, determinadas Fiscalías, atendiendo a problemas organizativos, de plantilla y a la carga de trabajo, han impartido instrucciones a los equipos para que su informe sea elaborado por un único miembro.

Ello avalado, cómo resalta la citada Circular 9/2011, en que la Fiscalía puede dar instrucciones sobre la extensión y profundidad de los informes requeridos. Este planteamiento nos hace pensar que también, se les puede dar instrucciones de cara a la aplicación o forma de llevar a cabo determinadas actividades extrajudiciales, todo ello, claro está, sin invadir el campo competencial de los equipos técnicos. Es decir, el Ministerio Fiscal no podrá entrar a juzgar como se lleva a cabo una conciliación o si las entrevistas transcurren de una u otra manera, pero si que podrá valorar del resultado de las mismas si el informe es el que se solicita o carece de algún extremo.

Esta cuestión, es especialmente relevante, pues tanto si el Fiscal no puede entrar a valorar la actuación del equipo técnico, sino tan solo su resultado, el Juez de Menores, ante una petición del Ministerio Fiscal amparada por un informe del equipo técnico, tampoco podrá cuestionarse la legalidad de la actuación de aquel. La misma está amparada en la LORPM y el RLOPRM. A este extremo señalar, que sorprende el Auto de la Audiencia

---

<sup>327</sup> Así STS 320/2010 de 16 de abril (EDJ 2010/53529); 264/2007 de 30 de marzo (EDJ 2007/25381); o ATS no 956/2007, de 8 de mayo(EDJ 2007/75366).

Provincial de Huelva 16/2011<sup>328</sup>, en el que el Juez de Menores de Huelva inadmitió una conciliación realizada por el equipo técnico por entender que la misma no se tenía que haber dado validez al haber transcurrido ella en un clima de tensión.

Como decimos, el Juez de Menores, tan solo debió valorar si el asunto era conciliable o no, en virtud el artículo 19, pues si la dependencia funcional del equipo técnico es del Ministerio Fiscal en esa fase procesal, debió ser el Ministerio Fiscal quien valorara si efectivamente procedía o no dicha conciliación, y si fue tan evidente el clima de tensión que hubo en la misma, el Ministerio Fiscal, dado que fue quien la autorizó, debió ser quien inadmitiera la conciliación por entender que no se había alcanzado el fin previsto en ella y no el Juez.

También podemos anticipar, aunque se vera posteriormente, que en esta faceta organizativa del equipo técnico, nada obsta a que sus funciones sean realizadas por entidades privadas que estén debidamente autorizadas por la entidad autonómica correspondiente, tal y como refleja la Audiencia Provincial de Huelva<sup>329</sup>, en reiterada jurisprudencia, al admitir a la Cruz Roja Española como entidad que, en virtud de autorización administrativa, pudo llevar a cabo unas mediaciones propuestas. En este sentido el artículo 27.6 LORPM manifiesta que “el informe al que se refiere el presente artículo podrá ser elaborado o complementado por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado”. Y el artículo 4 RLORPM “Podrán también incorporarse de modo temporal o permanente a los equipos técnicos otros profesionales relacionados con las funciones que tienen

---

<sup>328</sup> Auto de la AP de Huelva de 11 de enero de 2011 (EDJ 2011/120180). Esta sentencia volverá a ser analizada con posterioridad.

<sup>329</sup> En los Autos de la Audiencia Provincial de Huelva números 10/2011 de 26 enero 2011 (EDJ 2011/120341), 228/2010 de 25 noviembre 2010 (EDJ 2010/369421), 17/2011 de 20 enero 2011 (EDJ 2011/113687), 16/2011 de 12 enero 2011 (EDJ 2011/120180), 9/2011 de 10 enero 2011 (EDJ 2011/113495), 227/2010 de 23 noviembre 2010 (EDJ 2010/369420).

atribuidas, cuando las necesidades planteadas lo requieran y así lo acuerde el órgano competente”.

Como se desprende de la LORPM el equipo tiene varias funciones, tanto de asistencia al menor, como de asesorar y proponer intervenciones con él a lo largo del procedimiento. Ahora bien, si tenemos en cuenta que sus miembros no son juristas, sino técnicos ajenos al derecho, dichas propuestas se deben tener con cautela, pues no es de extrañar que pidan una intervención drástica con un menor, interesando una medida de internamiento y que luego, jurídicamente el asunto sea un delito leve. Por ello se establece el carácter no vinculante del informe del equipo técnico.

En este sentido se pronunció la Circular 1/2000 cuando recuerda que “el ejercicio por el Fiscal de sus facultades discrecionales queda en gran medida condicionado, aunque no vinculado, por el trabajo del Equipo Técnico, pues gran parte del contenido reglado de sus decisiones favorables al sobreseimiento y archivo debe remitir su razón a la expresada en las propuestas del Equipo (...) El Fiscal ciertamente no queda vinculado por las propuestas de este Equipo, pero es indudable que la dimensión no jurídica de los problemas que plantea la justicia de menores va a quedar perfilada por estos profesionales con los que se debe procurar mantener un contacto ininterrumpido y fluido”.

El equipo técnico dispone de un plazo de 10 días, prorrogable hasta en un mes en casos de gran complejidad, pero que de la práctica habitual de las Fiscalías vemos como casi nunca es necesario.

Y respecto de la forma del mismo, la regla general es que sea escrito y obligatorio para poder concluir con la instrucción del expediente por el Ministerio Fiscal, pero como dispone la Circular 9/2011<sup>330</sup>, y posteriormente

---

<sup>330</sup> Así se recogió en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas y delegados de las Secciones de Menores, celebradas en Segovia en el año 2008 y posteriormente se

se estudiara, “la posibilidad de que los informes de los Equipos Técnicos sean prestados oralmente en el acto de la audiencia, cuando los hechos imputados sean constitutivos de falta, (hoy en día delito leve), siempre que obren en el expediente otro u otros informes de estos Equipos sobre el mismo menor.

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

Dentro de las funciones del equipo técnico también consta la de valorar la posibilidad de aplicar técnicas restaurativas con el menor, y de solicitar del Fiscal la autorización para poder llevarlas a cabo<sup>331</sup>.

#### **4. CONFIDENCIALIDAD Y ACCESO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR AL INFORME DEL EQUIPO TÉCNICO**

En primer lugar, es obvio, que del contenido del equipo técnico deberá tener conocimiento el Ministerio Fiscal, el Juez de Menores, el menor denunciado, por medio de su representante legal. Sin embargo, más problemas plantea el acceso del perjudicado, personado como acusación particular, al mismo.

Del tenor del artículo 25 LORPM, y partiendo de la configuración de la Acusación particular de una forma amplia, que se asemeja más a la figura recogida en la jurisdicción de adultos, que a la primitiva figura de la jurisdicción de menores, en principio parece que no se puede privar a la

---

materializó en la citada Circular.

<sup>331</sup> Las particularidades de la aplicación de estas técnicas es objeto de estudio en los epígrafes siguientes a los que nos remitimos.



misma del acceso al informe del equipo técnico.

El contenido del informe del equipo técnico hace referencia a múltiples circunstancias del menor, tanto personales como familiares y sociales, pudiendo incluso hacerse referencia a circunstancias de los progenitores que nada tendrían que ver con el asunto enjuiciado o a situaciones difíciles o controvertidas vividas en el ámbito familiar. Por ello, se ha de extremar la cautela en cuanto al acceso a dicha información.

Según la STC 231/88<sup>332</sup> "no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho –propio, y no ajeno – a la intimidad, constitucionalmente protegible".

Ahora bien, si se pretende con la medida a imponer la reeducación del menor, entendemos que es justificada la injerencia a este derecho fundamental, pero la cuestión que ahora nos aborda es si la acusación particular esta legitimada o no para ello.

Como señala GÓMEZ RECIO<sup>333</sup> el propio conocimiento de la vida familiar y personal del menor por parte del perjudicado denunciante supone en sí mismo una servidumbre que el menor infractor no debería tener que soportar, pues de esta forma, si un menor es denunciado, el perjudicado podría tener inmediato conocimiento de aspectos muy delicados de la vida del menor plasmados en el informe del equipo técnico, y quien sabe si truncar una posible actividad reparadora posterior. En opinión de este autor, la cual compartimos, parece de todo punto desproporcionado que un posible acusador particular, por el simple hecho de personarse en el expediente al

---

<sup>332</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988 (EDJ 1988/547).

<sup>333</sup> GÓMEZ RECIO, F., "El acusador particular en la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores..." Ob. Cit.

que ha dado lugar su denuncia, sin que ni siquiera el menor haya sido declarado culpable, acceda sin restricciones a toda la vida privada del mismo puesta de manifiesto en este informe.

Como justificación a este planteamiento se puede encontrar el actual artículo 25 LORPM, en el cual dentro de las facultades de la acusación particular se establece “c) tener vista de todo lo actuado” y “d) proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor”, entendiéndose que esta salvedad establecida en el apartado d, serviría para vetar el acceso de la acusación particular al informe del equipo técnico y que según GOMEZ RECIO responde a una verdadera intención del legislador, deficientemente expresada, eso sí, de preservar del conocimiento de terceros la vida psicológica, educativa, familiar, y social del menor.

Ahora bien, quizás en un procedimiento penal en el que la acusación particular tenga la facultad de sostener una acusación frente a un menor, a pesar de la petición de sobreseimiento y archivo del Ministerio Fiscal, se hiciera más que necesario que se pueda sostener la misma con total conocimiento y así poder justificar la medida a imponer.

Como apoyo a la postura contraria, vemos como la acusación particular, siempre que el procedimiento llegue a Juicio Oral, tendría conocimiento del informe del equipo técnico, pues el equipo técnico debe ser oído sobre la medida a imponer al menor en el mismo acto de la Audiencia y podrá ser preguntado sobre ello<sup>334</sup>.

Así, se debe entender de difícil justificación impedir el acceso a la acusación particular al citado informe.

---

<sup>334</sup> Artículo 37.2 de la LORRPM

Pero para que la misma pueda acceder se deben hacer una serie de consideraciones.

Es más que evidente que el informe del equipo técnico se realiza en el seno de un procedimiento de reforma, el cual es, por tanto, un procedimiento supervisado por el Juez de Menores competente, quien debe resolver, en todo caso, de aquellas medidas, pruebas o diligencias que afecten o vulneren derechos fundamentales del menor.

Por ello, parece evidente que en el seno de una instrucción en la cual se está intentando dilucidar la realidad de los hechos denunciados no es procedente hacer público el informe del equipo técnico, y es que el mismo, debería permanecer en el expediente personal del menor que se debe aperturar, y con el carácter de reservado, estando en todo caso a disposición del Ministerio Fiscal, cumpliendo con lo establecido en el artículo 27.5 según el cual dará traslado del mismo al Juez de Menores y al letrado del menor. Nada dice este precepto del acusador particular.

Cuando el Ministerio Fiscal concluya el Expediente de Reforma, entendiendo que la instrucción ya ha finalizado, se deberá estar a dicho decreto y posterior decisión judicial.

Por ello, si se finaliza el procedimiento sin apertura de Juicio Oral no es procedente dar traslado del informe a la acusación particular, pues el mismo carece de sentido al haberse finalizado el procedimiento.

Procedería, en todo caso, el acceso de la acusación al mismo, tan solo, en el caso que dicha acusación quisiera formalizar el oportuno escrito de alegaciones, debiendo ser en este caso el Juzgado de Menores, quien dispone del procedimiento y le de traslado para formalizar el citado tramite procesal, quien le de “vista” de lo actuado y como tal le permita acceder al informe para justificar la pretensión penal de su escrito.

Ahora bien, este acceso, en modo alguno se debería entender como

dar una copia del mismo, sino únicamente, de cara a proteger los intereses del menor víctima, poder visualizar el mismo y tomar cuantas anotaciones estimase convenientes.

Quedaría, por tanto, sujeto a cuantas responsabilidades penales o disciplinarias (dentro del Código deontológico de la abogacía) el uso que el letrado de la acusación particular dé al mismo.

## **CAPÍTULO VII**

### **PROBLEMAS PRÁCTICOS ASOCIADOS AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

#### **1. CUESTIONES PREVIAS**

A nadie se le escapa, y así señala GÓMEZ COLOMER<sup>335</sup>, que la Justicia en España es lenta, ineficaz o insegura. Sin embargo, no se puede postular lo mismo de la jurisdicción de menores, pues los plazos que en ella se establecen son más cortos, la finalidad es diferente a la de adultos, al establecerse la ya citada dualidad sanción-reeducación, y quizás lo que a la opinión pública no le llegue tanto es la seguridad que la misma transmite a los diferentes operadores jurídicos que en ella intervienen<sup>336</sup>.

Este cambio de concepción en la aplicación de la ley penal a los menores de edad se puede sustentar en la directa participación del Ministerio Fiscal como instructor del procedimiento, y en las diferentes facultades que se le otorgan de delimitar el mismo, e incluso derivarlo a actuaciones extrajudiciales que pueden llegar a conseguir una mejor respuesta, tanto para el menor infractor como para el menor víctima.

Así, podemos destacar en la actuación del Ministerio Fiscal que, conforme se establece en el artículo 6 de la LORPM, le corresponde la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la

---

<sup>335</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., “La conformidad, institución clave y tradicional de la Justicia negociada en España”, Ob. Cit., págs. 17 a 41.

<sup>336</sup> Esta cuestión ya se ha visto anteriormente en el Estudio citado de la Universidad de la Laguna, vid. Nota al pie de página número 224.

vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés, y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos, y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos, y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento.

El artículo 299 de la LECrim establece que “constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

Como ya se ha manifestado, esta instrucción en el procedimiento de menores se recoge en los artículos 6, 16 y 23 de la LORPM, si bien, ya se pueden extraer unas consideraciones previas en la propia exposición de motivos de la LORPM, cuando habla de que la ley tiene una “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa”. En este procedimiento, es donde el Ministerio Fiscal tiene un papel relevante en el ejercicio de su función de promover la acción de la Justicia y la defensa de la legalidad<sup>337</sup>, así como de los derechos de los menores, velando por el interés superior del menor como se denomina en la LORPM.

En concreto, la asunción por el Ministerio Fiscal de la investigación supone atribuir a un órgano constitucional, vinculado al principio de legalidad, la facultad de valorar objetivamente todas las circunstancias del hecho, y del sujeto infractor para determinar, si conforme al superior interés del menor, procede la aplicación de medidas represivas o educativas, o, incluso, la no aplicación de las mismas, como se desprende de los artículos

---

<sup>337</sup> Artículo 124 de la Constitución Española de 1978

6<sup>338</sup>, 16.1<sup>339</sup> y 23<sup>340</sup> de la LORPM.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, hace una referencia importante sobre la instrucción del proceso penal del menor, citando la necesidad de simplificar y agilizarla. En este sentido, la misma se debe circunscribir a la práctica de aquellas diligencias imprescindibles para decidir el sobreseimiento o la acusación, que sean distintas de las producidas por la Policía Judicial en el atestado o el propio Fiscal en la fase preliminar y en la fase de audiencia. Esta simplificación es con mayor importancia que en el procedimiento de adultos, donde se realizarán los informes y pericias que el caso requiera, evitando el alargamiento de la instrucción, ya que en este procedimiento no es de aplicación estricta el principio de proporcionalidad infracción-sanción.

A pesar de ello, nos encontramos dentro de la instrucción del Ministerio Fiscal con una serie de peculiaridades desde el punto de vista de la aplicación de la presente ley, que son objeto de estudio en el presente trabajo.

---

<sup>338</sup> Establece el art. 6 que “corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento”.

<sup>339</sup> El art. 16, 1 señala que “corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley. Y el art. 16, 2 señala que el Ministerio Fiscal “practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión”.

<sup>340</sup> Y el art. 23: “La actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto, tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor, y sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa”.

## **2. FASE DE INVESTIGACIÓN POLICIAL**

### **2.1. Introducción**

La intervención policial con menores infractores en nuestro ordenamiento jurídico tiene especial importancia, pues desde esta primera intervención se puede tanto constatar el ilícito cometido, como actuar en aras a proteger los intereses en juego. Por ello, esta primera intervención, como se verá a lo largo del presente trabajo, puede enfocarse ya desde las finalidades previstas en la LORPM, como una actuación sancionadora-educativa.

Como señala TREBOLLE<sup>341</sup>, podemos afirmar que la actuación policial es “en consecuencia, buscando la satisfacción de los ciudadanos, una institución policial concebida dentro de este concepto procurará, en definitiva, “...construir relaciones más fuertes con los ciudadanos y trabajar con ellos en construir una mejor comunidad...cabiendo, en definitiva, considerar que ése es, en realidad, el rol primario de la policía”, y en ese sentido, las actuaciones policiales con menores deben, si cabe, ser más respetuosas con los principios de actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y ser más sensibles a los menores de edad con los que actúan.

Así, y en un primer momento, la podemos enfocar desde los dos puntos de vista respecto de los que pivota históricamente el sistema de justicia juvenil, la protección y la reforma de menores. Otros autores incluyen una tercera vertiente que sería el riesgo<sup>342</sup>. Se entiende, que esta

---

<sup>341</sup> REBOLLE, M. E., “La función policial en el nuevo milenio y los métodos RAC”, en VIII Conferencia internacional, Foro Mundial de Mediación, *Tiempo de mediación, liderazgo y acción para el cambio*, Valencia 18-21 de octubre de 2012, Disponible en [http://unaf.org/wp-content/uploads/2013/01/10\\_12\\_ponencias\\_foro\\_mundial\\_mediacion\\_Valencia\\_3.pdf](http://unaf.org/wp-content/uploads/2013/01/10_12_ponencias_foro_mundial_mediacion_Valencia_3.pdf).

<sup>342</sup> En este sentido CIRUJANO GONZÁLEZ, F. J., “Actuación policial con menores” en *Cuadernos de Trabajo Social nº 19* (1997). Universidad Complutense de Madrid, págs.167 a 179.



última vertiente, está perfectamente delimitada en el sistema de protección de menores y se puede llegar a entender como una manifestación del mismo, descartándose, por tanto, como pauta de actuación policial. Ello es así, pues la situación de un menor en riesgo comporta una actuación desde el ámbito de protección de la Administración Pública, de tal manera que la actuación en protección de los menores se puede dar desde diferentes ámbitos. Se pudiera actuar ante situaciones de menores abandonados por sus legales representantes, pero también se puede actuar en situaciones como el abandono del hogar, absentismo escolar, consumo de tóxicos y un largo etcétera.

La situación de riesgo viene definida con carácter general<sup>343</sup> en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y comprende todas aquellas situaciones “de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor”. En estos casos, es evidente que, los comportamientos delictivos perjudican o pueden perjudicar “el desarrollo personal o social del menor”, por lo que las medidas de reforma y protección pueden ir acompañadas y orientadas a “disminuir los factores de riesgo y dificultad social en que se encuentra”. Por eso la LORPM obliga de forma imperativa al Ministerio Fiscal, en el artículo 3, a remitir a la entidad pública de protección un testimonio de los particulares precisos cuando el autor del hecho delictivo es menor de catorce años, y no se le puede exigir responsabilidad penal. Ello es así, porque, considerando el delito como una situación de potencial riesgo, éste se

---

<sup>343</sup> Y con carácter particular, y a modo de ejemplo, para la Comunidad Autónoma Valenciana, en los artículos 15, 16 y 24 del Decreto 23/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana, comprendiendo de manera general “aquella que, por circunstancias personales, interpersonales o del entorno, ocasiona un perjuicio para el desarrollo y/o bienestar personal o social” del menor y cualquier otra situación “que produzca en el menor un perjuicio en su desarrollo físico o psíquico”, y de forma particular y, entre otras, “aquellas de precariedad, dificultad de afrontamiento de la realidad social, dificultades parentales y relacionales, u otras potencialmente perjudiciales para el menor”, que han de ser afrontadas atendiendo a su gravedad por los Servicios Sociales Municipales (art. 16), o por las Direcciones Territoriales (artículo 24 que considera a estas situaciones como desamparo).

convierte en presupuesto, como mínimo, de la realización del seguimiento familiar, al que alude el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley 1/1996, y, en función su resultado, de la realización de las actuaciones pertinentes para reducir la situación de riesgo. Sin embargo, como ya se ha visto, la FGE ha establecido que no esta obligación sólo es para aquellos menores en los que se constate una situación de riesgo, y no para aplicar con carácter general. Y, en idénticos términos que el artículo 3, como luego se verá, se establece el artículo 18 para los supuestos en que el Ministerio Fiscal desista de la incoación de un expediente penal al menor.

Los autores que distinguen la protección del riesgo lo fundamentan en aquellos supuestos de menores víctimas de infracción penal (protección de menores) y aquellos menores que se encuentran en situación de riesgo que serían sujetos a esta tercera vertiente. Si bien es cierto que esta diferenciación se puede aceptar, no lo es menos cierto que la actuación policial en la vertiente de protección de menores debe englobar tanto a los menores en situación de riesgo como víctimas de una infracción penal, pues el ser víctima puede provocar un determinado riesgo para ese menor, y por lo tanto, que ésta se deba subsumir dentro de la faceta de protección.

Así, las facultades que les competen a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado varían si nos encontramos en uno u otro supuesto. En la vertiente de protección se debe dar trámite a procedimientos administrativos con remisión, si fuere pertinente, a los Servicios Sociales de la localidad o, incluso, con la tramitación de un atestado si resultara la participación de otra persona en una infracción penal de la que el menor fuere víctima.

Y, respecto a la facultad de reforma, la función de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, está basada en la investigación del hecho. Si se constata la comisión de un ilícito penal por parte del menor, se debe dar comunicación inmediata al Ministerio Fiscal de su detención, y si procede, la puesta a disposición de éste, en el plazo más breve posible, pero

sin superar las 24 horas<sup>344</sup>.

En las Reglas de Beijing<sup>345</sup> se hace referencia a la necesidad de la especialización policial. Así, el punto 12 recomienda que para el mejor desempeño de sus funciones, “los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores, o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad”. Como vemos, se está reconociendo la necesaria especialización de los agentes de policía que intervienen en materia de menores, y la importancia de su actuación, pues no debemos olvidar que éste, normalmente, será el primer contacto que el menor infractor tiene, como regla general, con el sistema de justicia juvenil, de ahí la importancia que éstos actúen de manera rápida, informada y adecuada.

Los funcionarios y autoridades que tienen atribuidas competencias en materia de detención son los miembros de la policía judicial que, conforme al artículo 443 LOPJ, está constituida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en concreto, por la Guardia Civil, con un grupo especializado en menores denominado EMUMES; la Policía Nacional, con un grupo especializado denominado GRUME y los diversos cuerpos de Policía Autonómica.

Sin embargo, en España en las grandes ciudades sí que existen estos equipos especializados de menores, como en Madrid o Barcelona, pero en ciudades medianas o pequeñas, debido a la falta de medios materiales, estos grupos pueden estar compartidos con otros, como los grupos especializados de atención a la familia u otros departamentos en el ejercicio de sus funciones.

---

<sup>344</sup> Artículo 17 de la LORPM.

<sup>345</sup> Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de los menores (Reglas de Beijing de 1985) adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985

También se ha de destacar que con la creación de las unidades de Policía Nacional adscritas a las diferentes comunidades autónomas, las mismas realizan amplias funciones en la jurisdicción de menores, pero a tenor de lo manifestado no alcanzan a ser consideradas como policía judicial, teniendo, normalmente, y al menos en la Comunidad Valenciana, potestades en materia de protección y traslados de menores, mientras que las facetas investigadoras de ilícito penal lo siguen manteniendo las unidades de Policía Nacional o Guardia Civil.

Ya en la LORPM, en su disposición final tercera, se establece que “asimismo, el Gobierno, a través del Ministerio del Interior, y sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, adecuará las plantillas de los Grupos de Menores de las Brigadas de Policía Judicial, con objeto de establecer la adscripción a las Secciones de Menores de las Fiscalías de los funcionarios necesarios a los fines propuestos por esta Ley”. Sin embargo, este supuesto no ha llegado a materializarse todavía, estableciéndose, como una de las grandes demandas que se realizan desde las Secciones de Menores de las diferentes Fiscalías provinciales, año tras año, en las diferentes Memorias.

Por ello, como se desprende de lo hasta ahora manifestado, se hace necesaria esta actuación policial, no tanto como labor represiva del delito, sino también preventiva, e incluso, favorecedora de la faceta reeducadora de la jurisdicción de menores, pues de una rápida intervención y con la sensibilización que se les presume a los grupos especializados de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado se puede alcanzar antes la finalidad prevista en la LORPM de reeducar y sancionar al menor.

Ahora bien, esta labor de prevención que se postula, no se puede entender limitada a un único cuerpo policial. En España nos podemos encontrar con diferentes cuerpos policiales de ámbito estatal, autonómico y local. Por ello, esta facultad no debe estar limitada a uno, pues el ciudadano que necesite de este servicio mediador no tiene por qué optar a un servicio

policial agregado en virtud de una catalogación previa. Así estas facultades mediadoras se deberían instaurar en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, abarcando todo el espectro conflictual del universo policial español, que tenga cabida en el sistema en virtud de un catálogo previo, y en virtud del mismo, cualquier agente pueda resolver dichas problemáticas internas y externas sin distinción de cuerpo, escala o empleo<sup>346</sup>.

## **2.2. Las actuaciones policiales con menores infractores con anterioridad a la LO 5/2000**

Resulta cuanto menos llamativo que históricamente no exista una regulación de las actuaciones policiales con menores, y que no sea hasta la LORPM donde se comiencen a dar pautas para ello.

Como señala GARCIA LOSADA<sup>347</sup>, “hasta bien entrados los años ochenta, la actuación de las Unidades de la Policía Judicial Española respondía a postulados estrictamente reactivos, muy alejados de los criterios de profesionalidad y de especialidad que demandaba el nuevo Ordenamiento Jurídico derivado de la Constitución de 1978. Es, precisamente, a partir de la aprobación de la L.O. 1/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando el Cuerpo Nacional de Policía consolida un proceso modernizador que, lógicamente, también alcanza a las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, gran parte de las cuales se van a estructurar en secciones y en grupos especializados por modalidades delictivas”.

La única regulación, previa a la actual LORPM, que hemos encontrado es la LO 4/1992, donde su artículo 15.1.3 manifestaba que “el menor que fuese detenido gozará de los derechos que se establecen en la

---

<sup>346</sup> En este sentido TORRENS IBARGUREN, J. G., GUILLEN GESTOSO, C. L. y JUNCO CACHERO, M. S. “Medipol: plan de gestión integral de resolución de conflictos, para fuerzas y cuerpos de seguridad” en *Revista de Mediación*. Año 6. Nº 12. 2º semestre 2013. Disponible en <http://www.revistademediacion.imotiva.es>.

<sup>347</sup> GARCÍA LOSADA, J., “Tratamiento judicial de la delincuencia juvenil en el Cuerpo Nacional de Policía” en *Estudios jurídicos*, nº 2005.

Ley de Enjuiciamiento Criminal”, remitiéndose, por tanto, a la legislación de adultos en cuanto a su regulación.

Así, esta anterior regulación, en la práctica generaba serios problemas, tanto en los grupos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, como en la figura del Fiscal de guardia, ya que constantemente eran las llamadas telefónicas por parte de la policía judicial al Fiscal de guardia, a fin de clarificar una forma de actuación que en el texto legal establecía incertidumbres. En este sentido destacar por ejemplo, que el plazo de detención se entendía el mismo que para los adultos (72 horas) sin perjuicio que se redujera el mínimo imprescindible.

Para dar solución a estas dudas que se generaban, se dictó la Instrucción 1/1993 de la FGE<sup>348</sup> donde, por ejemplo, aludiendo al plazo de detención provisional disponía que para su “...duración ha de seguirse un criterio restrictivo, que por su carácter excepcional se situará en 72 horas; y si no hay diligencias que practicar ni siquiera debe consumirse ese plazo de tiempo, a lo que obliga tanto el art. 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como el art. 17.2 de la Constitución Española”.

También, y a raíz de esta instrucción, se comenzó con la práctica de tener al menor separado en dependencias policiales de los mayores de edad<sup>349</sup>.

Ahora bien, este panorama cambia con la entrada en vigor de la LORPM, ya que en la misma se establecen unas bases precisas y específicas para la intervención policial con menores, en el artículo 17 y en los artículos 2 y 3 del RLORPM.

---

<sup>348</sup> Instrucción 1/1993 de la FGE, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio.

<sup>349</sup> Conforme al art. 37 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, de Naciones Unidas “...La detención, encarcelamiento o prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

También es de señalar, como ya se ha apuntado anteriormente, el apartado cuarto de la disposición final tercera de la LORPM donde se promulga la creación, o la efectiva implantación de los Grupos de Menores de las Brigadas de Policía Judicial y su adscripción a las Secciones de Menores de las Fiscalías, dotando a los mismos de los medios personales y materiales necesarios para que puedan realizar su labor con eficacia y con la especial preparación y dedicación que requiere la nueva Ley y los principios en que se inspira. Todo ello, con la finalidad de conseguir, no sólo el descubrimiento del delito y la detención de los menores infractores, sino y principalmente, para contribuir desde su ámbito de actuación profesional a la efectiva reinserción de los menores. Cuestión ésta muy controvertida pues, por diferentes motivos, no se ha podido llevar a cabo todavía de forma generalizada en todo el territorio español.

El cambio radical que supuso la entrada en vigor de la LORPM hizo necesario una interpretación de la misma y unas directrices que sirvieran a todos los operadores jurídicos. Así, la Fiscalía General del Estado dictó la circular 1/2000<sup>350</sup> sobre criterios de aplicación de la LORPM y también la Subdirección General Operativa de la Dirección General de Policía dictó unas Normas provisionales sobre tratamiento policial de menores en la Orden General del Cuerpo Nacional de Policía<sup>351</sup>, así como la Instrucción n° 11/2007<sup>352</sup>, también, y más recientemente se han dictado las Instrucciones n°. 7/2013<sup>353</sup> y la 7/2015<sup>354</sup>.

---

<sup>350</sup> Circular 1/2000 de la FGE, sobre criterios de aplicación de la LORPM

<sup>351</sup> Anexo a la Orden del lunes 15 de enero de 2001. Número 1284.

<sup>352</sup> Instrucción n° 11/2007, de 12 de septiembre, de la secretaria de Estado de seguridad, por la que se aprueba el “protocolo de actuación policial con menores”.

<sup>353</sup> Instrucción n°. 7/2013 de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre el “Plan Director para la convivencia y mejora de la seguridad en los Centros Educativos y sus entornos”, Boletín Oficial de la Guardia Civil (BOGC), 30 de julio de 2013, n° 31, pág. 7684.

<sup>354</sup> Instrucción 7/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de la diligencia de identificación, los registros corporales externos y actuaciones con menores, previstos en la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. BOGC de 7 de julio de 2015, n° 27, pág. 6980.

En la actualidad esta normativa se ha ido actualizando mediante los usos y costumbres de cada población y la evolución de su criminalidad. Sin embargo, estas son las líneas generales de actuación, ya que hay que tener en cuenta que la faceta instructora le corresponde al Ministerio Fiscal, el cual dirigirá la investigación pudiendo dar ordenes a la Policía Judicial, y además, ésta está obligada a rendir cuentas de su actuación por medio de una comunicación con el Fiscal de Guardia. Por ello, han sido necesarios múltiples cursos de formación para unificar estos criterios, y también determinadas circulares de la FGE<sup>355</sup> para que en funciones de guardia, el Ministerio Fiscal actúe de una forma coordinada en toda España.

Así, dentro de los usos y costumbres del lugar podemos citar, a modo de ejemplo, y dentro de las conductas enmarcadas en la LO 4/2015<sup>356</sup>, que en localidades como Castellón u Oropesa del Mar, entre otras, y para los menores infractores (de la citada LO 4/2015, es decir, dentro del ámbito sancionador administrativo) según los servicios sociales (al tratarse de sanciones de competencia municipal), tras evaluar el caso, puedan proponer que en lugar de sanción pecuniaria, el menor, de forma voluntaria y consensuada con la familia, realice determinados trabajos en beneficio del Ayuntamiento, demostrándose en este sentido una mayor implicación de todos los intervinientes al hacerles partícipes de la solución del caso.

### **2.3. Investigación, detención policial y puesta a disposición del Ministerio Fiscal**

Como ya se ha dicho, la investigación criminal es asumida por el Cuerpo Policía Nacional, la Guardia Civil, y dentro de ellos, por las distintas unidades especializadas en el tratamiento de menores (GRUME,

---

<sup>355</sup> Dictamen 5/2013 de la FGE, por el que se establece un esquema de instrucciones generales a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en relación a menores de edad (durante el servicio de guardia).

<sup>356</sup> Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. BOE 31 de marzo de 2015, nº 77, pág. 27216.



EMUME...) pero esto no implica que la actividad de investigación de la delincuencia juvenil sea asumida exclusivamente por esos grupos; y así nos podemos encontrar, en unos casos, que serán otras unidades de Policía Judicial la competente para investigar estas actividades delictivas.

Dentro de las Circulares y normas internas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, antes citadas, se establece que “la actuación policial con menores tendrá necesariamente que ser respetuosa con las generales garantías de todo justiciable y además presentar un carácter de intervención educativa, sin que se pueda anteponer la faceta represiva a la educativa”.

A diferencia de lo que ocurre, como ya hemos visto, en el sistema norteamericano, donde la policía se configura como una verdadera investigadora del hecho criminal y de la participación en él del sospechoso<sup>357</sup>, nuestro sistema se configura de forma diferente y no cabe, por tanto, la posibilidad en una primera instancia de aplicar el principio de oportunidad penal por los diferentes miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, ya que en el ejercicio de sus funciones deben proceder ante la comisión de cualquier ilícito penal a averiguar a sus responsables y dar oportuna cuenta a la autoridad Judicial, y en el caso en el que nos ocupa, al Ministerio Fiscal.

Así, en la actuación de la Policía Judicial podemos ver los supuestos de detención de menores.

El artículo 17 de la Constitución Española sólo permite la privación de libertad a una persona en los casos establecidos en la ley, y al tratarse de un derecho fundamental, deberá ser una ley orgánica la que lo regule. La

---

<sup>357</sup> En este sentido GOMEZ COLOMER, J. L., “Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad”, en Estudios Jurídicos-Ministerio Fiscal sobre Soluciones alternativas al proceso penal, ed. Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2004, páginas 3416 y siguientes.

LORPM no hace una relación detallada de los supuestos en los que pueda detenerse a un menor de edad implicado en la comisión de un hecho delictivo y, ante el silencio de la misma, debemos entender que los supuestos que autorizan la detención de un menor son los mismos que los establecidos en la LECrim para los mayores de edad, por ser de aplicación supletoria esta norma en el procedimiento penal de menores<sup>358</sup>. En todo caso, al tratarse de una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad, deberá aplicarse con criterios de proporcionalidad, excepcionalidad y restrictividad en los supuestos determinados en la ley, y en la forma que menos perjudique al menor.

El artículo 17.1 LORPM establece: “Las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle, en un lenguaje comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente de los reconocidos en el artículo 520 LECrim, así como a garantizar el respeto de los mismos. También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes Autoridades Consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicite el propio menor o sus representantes legales”.

Cuando la Ley alude a los “funcionarios”, es donde se incluye a los agentes de policía, como agentes de la autoridad.

La policía puede detener, bien por propia iniciativa en el curso de la investigación policial, o en virtud de una orden que provenga de la

---

<sup>358</sup> Disposición final 1ª LORPM.

autoridad, tal como se establece en el artículo 492 LECrim, que establece: “La autoridad o agente de la policía tendrá obligación de detener: A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490. Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional. Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hiciere presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad Judicial; y al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se halle procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1º. Que la Autoridad o agente tenga motivos racionales bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2º. Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él”.

En la práctica, se puede destacar que la mayor parte de las detenciones son realizadas por los agentes de policía. Dentro de este ámbito competencial, ya hemos visto, y a tenor de las diferentes circulares e instrucciones, que los funcionarios y autoridades que tienen atribuidas competencias en materia de detención son los miembros de la policía judicial, que conforme al artículo 443 LOPJ, está constituida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La Instrucción de la Dirección General de la Policía sobre la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor<sup>359</sup> recoge en su

---

<sup>359</sup> Normas provisionales sobre tratamiento policial de menores. Subdirección General Operativa de la Comisaría General de Policía Judicial de 2001. La citada Instrucción señala expresamente: “Junto a esta necesidad de comprobación policial de los hechos, mediante su completa investigación, y de determinación de la identidad y edad de los presuntamente responsables, por los medios ordinarios admisibles en derecho de los que actualmente dispone la policía, es preciso tener en cuenta, como la propia exposición de motivos de la LORPM proclama, que la nueva regulación se asienta en el principio de que la responsabilidad penal de los Menores presenta, frente a la de adultos, un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica, entre los que se encuentran las actuaciones policiales, y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento a seguir en uno y otro sector de edad, sin perjuicio del respeto a las garantías comunes que corresponden a todo

apartado tercero como requisitos de la actuación policial: La verosimilitud de los hechos denunciados, la determinación de la edad e identidad de los partícipes, y la tipicidad penal de la conducta denunciada. La citada Instrucción no excluye la detención, pero ha de basarse en la idea de motivación y proporcionalidad de la misma y teniendo en cuenta el interés del menor. También establece que la detención se debe utilizar como un medio subsidiario siempre que no resulten posibles otras soluciones<sup>360</sup>.

En cuanto a los supuestos en los que la policía puede detener, hay que acudir al carácter subsidiario de la LECrim, artículos 492 y 493. Sin embargo algún supuesto de los contemplados en el artículo 492, para la detención de los mayores de edad, sería dudoso respecto a los menores por no respetar las Recomendaciones Internacionales. Tal sería el caso del número 4º del artículo 492 que obliga a detener cuando el imputado lo es por un delito inferior a prisión menor y el agente tenga motivos bastantes para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él<sup>361</sup>.

---

justiciable. Consecuentemente, en las actuaciones policiales, se ha de tratar de impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para dicho menor, sin perjuicio de adecuar la aplicación de las medidas y técnicas policiales a principios garantistas. Quede bien entendido que todo lo anterior no significa que sólo quepa actuación policial de investigación, en el modo y manera contemplados en la LECrim, en casos de flagrancia o cuasi flagrancia o necesaria gravedad del delito, ni que se exija, para la adopción de medidas policiales, una prolija y sustanciosa base incriminatoria que determine la detención policial del presunto menor infractor, ni tampoco que no quepa practicar diligencias de investigación, sino que todas estas actuaciones policiales, de llevarse a cabo, estarán orientadas a su efectiva protección, adecuarse a su especial tratamiento y ser proporcionales y necesarias a los fines de la propia investigación, sin que, en ningún caso, se anteponga la faceta represiva a la educativa, que han de guardar siempre un justo equilibrio y ponderación”.

<sup>360</sup> El apartado 8 de la citada Instrucción establece: “La detención de estos menores se concebirá como un medio subsidiario al que acudir, cuando no resulten eficaces otras posibles soluciones, y siempre que sea necesaria en orden a la protección del menor, averiguación de los hechos y aseguramiento de las pruebas, realizándose con sujeción a alguna de las siguientes circunstancias: 1. Gravedad del delito. 2. Flagrancia del hecho. 3. Alarma social provocada. 4. Habitualidad o reincidencia de la conducta del menor. 5. Edad del menor, especialmente en el tramo de 16 a 18 años”.

<sup>361</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L., en *La detención*, Edit. Akal, 1987, critica dicho artículo cuando la detención se refiere a los adultos, afirmando que parece enormemente inseguro y sin homologación europea que persona que aún no ha incurrido en rebeldía ni en sustracción de hecho a la acción de la justicia, lo va a hacer en un futuro inmediato. En el mismo sentido lo apunta APARICIO BLANCO, P., “La detención y otras medidas de

Además, cierto es que los criterios prácticos a la hora de proceder a detener y ponerle a disposición del Ministerio Fiscal como detenido son más flexibles que a un adulto. La FGE, emitió en el año 2103 un dictamen<sup>362</sup> donde se establecían las pautas de actuación y determinadas instrucciones a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en relación con menores de edad durante el Servicio de Guardia. En el citado dictamen se establece que

“salvo indicación en contrario del Fiscal de servicio de guardia , en función de las circunstancias del caso concreto, se pondrán a disposición del Fiscal los menores detenidos por los siguientes delitos: a) “Delitos graves”, conforme a lo dispuesto en los arts. 13 y 33 del CP, delitos que tengan asignadas penas graves (superiores a cinco años de prisión). Ejemplos: homicidio, asesinato, contra la libertad sexual con empleo de violencia o intimidación, detenciones ilegales, lesiones del 149 o 150 CP, delitos contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud...); b) “Delitos menos graves”, cuando se emplee violencia o intimidación en las personas o se genere grave riesgo para la vida o integridad física. Ejemplos: robos con violencia o intimidación en cualquiera de sus modalidades; robos con fuerza en casa habitada; lesiones y amenazas graves; atentados causando lesiones de cualquier entidad; delitos contra la libertad o indemnidad sexual “simples”,etc. c) Delitos de violencia de género y doméstica.

En el resto de delitos menos graves, la regla general será la puesta en libertad del menor, salvo indicación en contrario del Fiscal, a la vista de los antecedentes del menor, reiteración de conductas delictivas, ausencia de domicilio conocido, etc.

Tratándose de faltas no procede la detención, sin perjuicio del traslado a dependencias policiales cuando sea preciso a fines identificativos. (sin perjuicio de remisión posterior de atestado por conducto ordinario)”.

Respecto a la investigación del hecho delictivo se debe tener en cuenta que, en todo aquello no regulado expresamente en la LORPM, se debe estar supletoriamente a lo establecido en la LECrim, Código Penal y

---

coerción con menores”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 3/2001, editorial Lex Nova, que afirma tales críticas están más que justificadas si el sujeto detenido es un menor de edad.

<sup>362</sup> Dictamen 5/2013, por el que se establece un esquema de instrucciones generales a las fuerzas y cuerpos de seguridad en relación a menores de edad (durante el servicio de guardia).

leyes especiales.

Mientras no se reforme la LECrim hay que entender que la detención de los menores se podrá dar en los mismos supuestos que la de los adultos. Pero en el procedimiento penal de menores existen especialidades como consecuencia de la posición del Fiscal, que asume la función de instructor, lo que obliga a modificar las competencias de los agentes de policía en materia de detención.

Así, en concreto, en los supuestos del artículo 499 LECrim, es decir, cuando no exista procedimiento penal abierto contra el menor detenido, deberá ser presentado al Fiscal de Menores, aunque no sea el competente para conocer de los hechos. El Fiscal será quien practicará las primeras diligencias y lo pondrá en libertad o instará del Juez de Menores que adopte la medida cautelar pertinente. En el supuesto del artículo 498 LECrim, es decir, cuando existe contra el detenido un procedimiento penal, y orden de busca y captura por encontrarse fugado, el citado artículo ordena que el Juez de Instrucción ante el que ha sido presentado, si no es el competente para conocer del proceso, lo entregará al que lo sea; si el detenido es un menor deberá ser presentado ante el Fiscal de Menores, como instructor, quien llevará a cabo las diligencias prescritas en el artículo 498, remitiendo con las diligencias a la persona del detenido al Juez de Menores competente por haber sido éste quien expidió la orden de búsqueda y captura.

Igualmente en el supuesto contemplado en el artículo 500 LECrim, es decir, cuando el menor condenado se ha fugado y respecto al cual se ha dictado orden de busca y captura, el menor detenido tendrá que ser presentado ante el Fiscal de Menores, quien dispondrá que sea remitido al establecimiento en el que deba cumplir la condena. Sin embargo, en este supuesto, y como manifiesta APARICIO BLANCO<sup>363</sup>, criterio que se

---

<sup>363</sup> Como apunta APARICIO BLANCO, P. “La detención y ...” Ob. Cit., pág. 43.

comparte, no hay motivos para poner a disposición del Fiscal al menor fugado, ya que esta orden puede ser perfectamente ejecutada por la propia policía trasladando al menor al centro de menores del que se ha fugado o, si fuere de otra localidad que no permitiera el traslado dentro del plazo de las 24 horas de la detención, al centro más próximo que exista en la localidad, a fin que se haga el traslado lo más pronto posible.

Así, en este sentido, vemos como una vez identificado el menor infractor se produce un traspaso de competencias al Ministerio Fiscal, quien al recibir el oportuno atestado, incoará diligencias preliminares, pasará a controlar la investigación, y solicitará cuántas diligencias estime convenientes de cara a la acreditación de los hechos denunciados.

Todo ello, sin perjuicio de que se le de traslado al Ministerio Fiscal con anterioridad, como por ejemplo, en el supuesto en el que para averiguar el posible autor de los hechos se deba realizar una diligencia de investigación restrictiva de Derechos Fundamentales, en cuyo caso, se solicitará la misma al Ministerio Fiscal para que éste la reproduzca ante el Juez de Menores, si así lo estima conveniente, y sea éste quien la acuerde o la deniegue.

Es decir, la Policía Judicial controlará la fase de investigación hasta el momento en el que ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos investigados, momento en el que será el Ministerio Fiscal el que asuma la dirección de la misma, sin perjuicio que pueda delegar, nuevamente en la Policía Judicial.

Una cuestión controvertida que nos podemos encontrar se da en los supuestos en los que se delinca junto con personas mayores de edad, pues se pueden originar dos investigaciones paralelas, la del Juez de Instrucción (respecto de los mayores de edad) y la del Ministerio Fiscal (respecto de los menores). Pero esto puede suceder una vez ya judicializado el asunto, ya que con anterioridad, al no tenerse conocimiento de la investigación, no se han incoado ni diligencias previas en el Juzgado de Instrucción, ni

diligencias preliminares en la Fiscalía, por lo tanto, en este momento y en esta fase de investigación policial previa a la judicialización se acude a la coordinación entre órganos (Juez y Fiscal) a fin de poder llevar una investigación encaminada a un mismo fin. Sin perjuicio que el tratamiento de un menor de edad es totalmente diferente respecto del adulto en cuando a plazos. Esta coordinación de la instrucción, una vez judicializada, es más complicada de llevar, como demuestra la práctica judicial, por los diferentes tiempos y finalidades de los procedimientos.

Una vez detenido el menor, el artículo 17.1 de la LORPM establece que “las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor estarán obligados a informarle, en lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los recogidos en el artículo 520 LECrim”. Este planteamiento es idéntico al tratamiento dado a los adultos e, incluso, al expresado por la normativa internacional en la materia<sup>364</sup>. Ello es así, pues si a un mayor de edad ya le puede causar cierto nerviosismo e intranquilidad estar en dependencias policiales detenido, a un menor de edad lo es más, y, por lo tanto, se pretende minimizar este momento. El debe ser consciente y comprender aquello que se le manifieste, y las razones de su detención. Por ello, también se recoge la necesidad de comunicar la detención a sus representantes legales y al Ministerio Fiscal<sup>365</sup>.

Ante esa notificación, el Fiscal debe acusar recibo de la detención. Sin embargo, si el Fiscal considera que a la vista de la escasa gravedad del delito cometido o de las circunstancias personales, familiares o sociales del

---

<sup>364</sup> Artículo 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

<sup>365</sup> Artículo 17.1 LORPM, establece que la Policía deberá notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal, En este mismo sentido el art. 10 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores ( Reglas de Beijing) establece: “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”.



menor, lo procedente es la puesta inmediata en libertad, lo debe ordenar a la Policía, si no ha sido ella quien ha valorado este extremo, sin esperar a que el detenido sea puesto a su disposición. Apoyan esta postura, entre otros argumentos, la atribución al Ministerio Fiscal por la LORPM, además de la dirección personal de la investigación de los hechos delictivos que se imputan a menores, la defensa de los derechos de los menores reconocidos en las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deben efectuarse en su interés<sup>366</sup>. No obstante, ello puede provocar, como en ocasiones ha ocurrido, una discrepancia de pareceres ante los hechos ocurridos, ya que el Ministerio Fiscal carece de la documentación a valorar, y tan sólo conoce del asunto lo manifestado, normalmente por conversación telefónica, por un agente que, en la mayoría de las ocasiones, no es el instructor del expediente, sino más bien un interlocutor que se limita a transmitir lo que su superior le ha comunicado. Ello, sin embargo, no debe ser óbice para que el Ministerio Fiscal pueda ordenar la inmediata libertad del menor, pero en este supuesto se ha de garantizar la efectiva comunicación entre órganos y que la información que llegue sea la correcta, debiendo concienciarse todas las partes en la importancia de esta actuación, e interesándose que fuera el propio instructor del expediente, quien se pusiera en contacto con el Fiscal, a la hora de explicar los hechos acaecidos, y no un interlocutor, sin perjuicio de poder dotarse de una comunicación escrita, vía correo electrónico o similar, a efectos que el Fiscal, pudiera conocer de primera mano el contenido del atestado y de las diligencias practicadas.

#### **2.4. Manifestaciones del principio de oportunidad en el momento de la investigación policial**

Como ya se ha puesto de manifiesto, nuestro ordenamiento jurídico poco o nada tiene en común con los ordenamientos jurídicos que propugnan

---

<sup>366</sup> En ese sentido se expresa LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “Tratamiento policial de los menores de edad penal. Comentarios prácticos de la Ley Orgánica 5/2000” en *Revista Jurídica La Ley*. núm. 5366, de 3 de septiembre 2001, pág. 4.

una aplicación no reglada del principio de oportunidad, como pudiera ser el sistema norteamericano. Así, si el sistema norteamericano tiene la facultad de “*discretion*” policial, vemos como la misma no es equiparable en modo alguno al sistema español. Además señalar que esta facultad policial en EEUU, en modo alguno se configura como una mediación, ya que las facultades mediadores son relativamente recientes<sup>367</sup>, sino más bien como una derivación del menor infractor hacía otros recursos.

En nuestro ordenamiento jurídico, sí que se hace mención a la oportunidad policial. Así pues, en la instrucción 12/2007, del Ministerio del Interior, Secretaria de Estado de Seguridad<sup>368</sup>, se establece el concepto de la “oportunidad de la práctica de la detención, definiéndose la misma como la correcta valoración y decisión del momento, lugar y modo de efectuarla (la detención), ponderando, para ello, el interés de la investigación, la peligrosidad del delincuente y la urgencia del aseguramiento personal.” Cómo podemos ver, en modo alguno esta oportunidad tiene que ver con la oportunidad policial o “*discretion*” de los sistemas anglosajones.

La oportunidad penal va encaminada a minimizar los efectos que una detención pueda suponer a un menor de edad, y así salvaguardar tanto los intereses del mismo, el cual puede sufrir una estigmatización por culpa de su detención de una u otra manera, e incluso salvaguardar los derechos de la víctima, al no verse excesivamente victimizado por una determinada actuación policial. Claro está, que en el uso de esta oportunidad penal, no se debe incluir todo tipo de supuestos de una forma generalizada, sino más bien, todo lo contrario, se debe acudir al caso concreto y ponderar cada situación, y cada menor, en su justa medida. Tampoco resultaría procedente tratar de idéntica manera una situación de un menor identificado como autor

---

<sup>367</sup> BUTTS GRIGGS, T., “La mediación en Norteamérica”, en SOLETO MUÑOZ, H., y OTERO PARGA, M., *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, 2007, págs. 204 y ss.

<sup>368</sup> BOGC número 26 de 20 de septiembre de 2007, páginas 6041 y ss.

de un robo violento, como un menor identificado como autor de un asesinato. Es más que evidente que se deberá estar al caso concreto.

Así, en la detención de menores vemos también, cómo si que efectivamente se puede producir una diferenciación con los mayores de edad, ya que la policía Judicial, tras valorar los hechos y las circunstancias del menor, puede decidir ponerlo a disposición del Ministerio Fiscal en calidad de detenido o bien dejarlo en libertad, en cuyo supuesto nunca se debe entender como una finalización del procedimiento, pues el correspondiente atestado se deberá remitir al Ministerio Fiscal quien continuará con la tramitación del mismo. Ello no obsta a que, quizás por los mismos hechos, la persona mayor de edad haya tenido una consecuencia diferente, al ser detenido y puesto a disposición del Juez de Guardia, pues, en determinados delitos, un menor no siempre será puesto a disposición del Ministerio Fiscal, atendiendo a las circunstancias antes expuestas.

Al no poder utilizar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado el principio de oportunidad, en nuestro sistema, y en virtud del principio de legalidad los funcionarios del órgano de naturaleza pública e instituido, entre otros, con ese fin (en nuestro caso el Ministerio Fiscal) deberán promover en todo caso las correspondientes acciones penales, tan pronto como les conste la posible existencia de un eventual delito, menos lógicamente, aquellos supuestos, cuya persecución el ordenamiento jurídico-penal reserva exclusivamente a la querrela privada (delitos de naturaleza privada).

En nuestro ordenamiento este aspecto del principio de legalidad penal se fundamenta en los arts. 100, 105 y 271 LECrim., que imponen el ejercicio de oficio de la Ley Penal y la no aplicación del principio de oportunidad.

Consecuentemente, el ejercicio de la acción penal no se extingue por la renuncia del ofendido. En el ámbito de los llamados delitos públicos, el procedimiento penal puede iniciarse, incluso sin la voluntad del perjudicado,

a impulso del Ministerio Fiscal, conforme resulta del artículo 105 LECrim. En los llamados delitos semipúblicos o semiprivados, en cambio, el procedimiento penal depende de la presentación de la correspondiente denuncia por parte de la persona agraviada que en esta medida, puede disponer que el procedimiento penal se inicie o no.

Sin embargo, también en estos casos, delitos semipúblicos, una vez abierto el procedimiento penal, presentada denuncia por parte del ofendido, la renuncia del mismo al ejercicio de las acciones penales no impedirán la continuación del procedimiento. Tan sólo cabría esta posibilidad en el ámbito propio de los llamados delitos privados con la renuncia del ofendido al ejercicio de la acción penal lo que extinguiría la posibilidad de ejercitar la misma<sup>369</sup>, sin perjuicio que si se tratara de una víctima menor de edad, el Fiscal, en defensa de sus intereses pudiera actuar de oficio.

## **2.5. La mediación policial y su importancia en la jurisdicción de menores**

A nadie se le escapa que desde hace unos pocos años la figura de la mediación ha irrumpido con fuerza en el panorama social<sup>370</sup>. Al comenzar los años setenta, aparecieron en Europa unas nuevas tendencias que iban encaminadas a despenalizar y diversificar las respuestas jurídicas ante las infracciones de los menores. Esto dio lugar a diferentes programas en Inglaterra, Finlandia, Noruega, Alemania, Austria o Países Bajos y posteriormente en los años noventa en Francia, Italia y España, todos ellos basándose en las Recomendaciones del Consejo de Europa y del Comité de

---

<sup>369</sup> En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 5817/2013 de 4 de diciembre de 2013. (EDJ 2013/245566).

<sup>370</sup> En este sentido se puede ver TORRENS IBARGUREN, J. G., GUILLEN GESTOSO, C. L. y JUNCO CACHERO, M. S. “Medipol: plan de gestión integral de resolución de conflictos, para fuerzas y cuerpos de seguridad” Ob. Cit. En el citado artículo, si bien no se habla en exclusiva de la jurisdicción de menores, si que se hace referencia a la necesidad de implantar la mediación policial en todos los ámbitos de la sociedad y en todos los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

Ministros del Consejo de Europa, que fijaron unos principios básicos para tratar a las víctimas y en especial para aplicar la mediación. Estos postulados se centran en la necesidad de posibilitar una participación personal de la víctima, del delincuente y de la propia comunidad en el procedimiento penal. Reconociendo también, el interés legítimo de las víctimas a poder expresar las consecuencias de su victimización, a comunicarse con el delincuente, y a obtener una disculpa y una reparación, así como que el autor del delito pudiera rectificar su conducta<sup>371</sup>.

Dentro de estos sistemas destacan los países nórdicos, concretamente Noruega y Finlandia, inspirados en los trabajos de Nils Christie, cuya tesis consiste en afirmar que los delitos de menos gravedad pueden ser tratados a nivel municipal, fuera de los circuitos tradicionales del Derecho penal, por medio de un mediador que ayude a las partes a llegar a un acuerdo<sup>372</sup>. Así, en los últimos años, la mediación laboral, la gestión de conflictos, la mediación civil o mercantil, e incluso la mediación penal, han conseguido gran calado en la sociedad.

Sin embargo, esta mediación penal que se pretende, en modo alguno se aleja del procedimiento, ya que la misma siempre se entiende dentro de él, y de la forma expresamente recogida en la LORPM (conciliación, reparación o perdón del ofendido). Ahora bien, en desarrollo de esta mediación penal, existen determinados planteamientos que fomentan la mediación policial como forma preventiva del ilícito penal, dejando atrás diferentes paradigmas en cuanto a la actuación de la policía y fomentando la figura del “*gestor del conflicto*”. Lo que se pretende es que a través de la actuación policial sean los propios particulares los que encuentren la

---

<sup>371</sup> Así se recoge en ARRIBAS COS, I. e IGNACIO ROBLES, J., “la ley de responsabilidad penal del menor y el papel del psicólogo y la mediación en la Ley 5/2000” en *psicopatología Clínica, Legal y forense*, vol. 5, 2005, págs 31 a 55.

<sup>372</sup> Así lo refiere MOGRO TERRONES, R. M., y BERLANGA SÁNCHEZ, A., “La mediación policial” disponible en [http://www.policia.localvalencia.es/Articulos\\_Policiales/Articulo\\_PREMIO\\_RAFAEL\\_BONET\\_AJPLA\\_Asociacion\\_Jefes\\_Policia\\_Local\\_de\\_Alicante.pdf](http://www.policia.localvalencia.es/Articulos_Policiales/Articulo_PREMIO_RAFAEL_BONET_AJPLA_Asociacion_Jefes_Policia_Local_de_Alicante.pdf).

solución al conflicto y no que sea la propia policía quien de la razón o se la quite al otro<sup>373</sup>. Ahora bien, se debe intentar que, en modo alguno, esta intervención policial pueda devenir en una discriminación de determinadas personas o colectivos sociales, por ello, se ha de procurar una especial sensibilidad en los agentes de policía que intervienen sobre las diferentes etnias, religiones y/o culturas que coexisten en nuestro territorio a fin de poder actuar correctamente en cada caso concreto<sup>374</sup>.

Desde esta perspectiva, lo que se pretende es una nueva Policía más asistencial preparada para mediar y derivar los conflictos, una nueva policía vista desde un punto de vista psicológico y social, fundamentada en la prevención<sup>375</sup>.

Desde la perspectiva de la jurisdicción de menores, hoy en día nos encontramos ante la paradoja que se hace necesaria una labor más preventiva que punitiva, y en este sentido, como manifiesta GOMEZ RECIO<sup>376</sup> el actual sistema genera una disparidad de opiniones en los menores, ya que algunos perciben las medidas en medio abierto como una molestia, y tampoco es aceptable que se actúe tan solo con medidas en medio cerrado. Por ello, se hace necesario fomentar la figura de la mediación, a fin de poder alcanzar una doble vertiente, la vertiente preventiva, evitando que los menores vuelvan a delinquir al alcanzar una conciencia social de sus actos y otra reeducadora-sancionadora castigando los ilícitos penales cometidos.

---

<sup>373</sup> En este sentido TOLEDO FERNÁNDEZ, M. T., La mediación en la policía. Disponible on line en: [http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/la-mediacion3b3n-en-la-police3ada\\_0.pdf](http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/la-mediacion3b3n-en-la-police3ada_0.pdf)

<sup>374</sup> En este sentido BRONITT, S. y STENNING, P., “Understanding discretion in modern policing” Ob. Cit., pág. 321.

<sup>375</sup> En este sentido GALLARDO CAMPOS, R. A., en “Medición, policía y cambio social” conferencia impartida en Madrid, 2013 disponible en [http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/rosa\\_gallardo.pdf](http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/rosa_gallardo.pdf).

<sup>376</sup> GÓMEZ RECIO, F., “Sobre la sensación de impunidad de los menores Ob. Cit., págs. 1435-1441

Es en el desarrollo de esa faceta preventiva, donde se hace necesario fomentar esta faceta mediadora. Además, en la jurisdicción de menores, se hace necesario recalcar otro aspecto fundamental, la celeridad del procedimiento, y es que siguen siendo actuales las palabras de BECCARIA<sup>377</sup>: “la prontitud de la pena es más útil porque cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas; delito y pena; de tal modo que se consideran el uno como causa, y la otra como efecto consiguiente”. Por ello, teniendo en cuenta que los Agentes de la Policía, son los primeros en intervenir con el menor y con la proximidad necesaria para conocer su círculo social y necesidades más básicas, y se consigue que intervengan con él, se podrá evitar y prevenir el delito y conseguir esa conciencia social de una forma más rápida. Pero ello no se puede entender como una potestad arbitraria de la policía de mediar en todos los asuntos.

Así, podemos ver cómo se puede intervenir desde el ámbito policial en resolución de conflictos como conflictos comunitarios, en el ámbito rural, supuestos de bullying<sup>378</sup>, en sus momentos iniciales, a los que también podemos añadir, como ya se ha anticipado, el ámbito propio de los llamados delitos privados.

## **2.6. Conclusiones**

El principio de oportunidad recogido en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no se debe entender, más allá de una correcta actuación policial, proporcionada y congruente en los medios que se dispongan.

Ahora bien, y con la actual regulación del Código Penal, tras la reciente reforma operada por la LO 1/2015, en determinados delitos leves

---

<sup>377</sup> Citado en GÓMEZ RECIO, F. *Ibidem*.

<sup>378</sup> En este sentido GALLARDO, R y COBLER, E., *Mediación Policial. El manual para el cambio en la gestión de conflictos*, Tirant lo Blanch. Valencia 2012, págs 146 y ss.

también se exige la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, estableciéndose por tanto, un nuevo campo de actuación en el que si que se podría intervenir desde una mediación penal a nivel policial.

Como ya se ha visto, en el sistema norteamericano, la policía puede desde un primer momento actuar como primer filtro de los casos que son admitidos al sistema, derivando el resto a programas alternativos insertos en una red social y comunitaria que funciona en estrecha comunicación con la red de seguridad local. Sin embargo, en nuestro ordenamiento está posibilidad les está vetada a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en el procedimiento penal.

Ahora bien, atendiendo a las circunstancias personales del caso, cabe la posibilidad de atenuar los efectos de la detención a tenor de la edad, circunstancias del menor y entidad del hecho cometido, pero en modo alguno esta atenuación se puede entender dentro de la aplicación de este principio de oportunidad, sino más bien entraría dentro de una minimización de la injerencia que ya de por sí supone en la esfera personal una actuación policial, a excepción de lo ya comentado de los delitos de naturaleza privada y de los delitos leves.

Puede generar dudas si esta mediación policial se encuentra configurada dentro del principio de oportunidad o no, ya que la misma se encuentra ante una tenue regulación, pues no es posible obviar por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado la comisión de un hecho delictivo. Por tanto, la misma tan sólo cabría en supuestos en los que no haya un ilícito penal. No siendo por tanto susceptible de mediar aquel supuesto en el que aparece una actuación delictiva y que la misma se realice *motu proprio* por los Agentes.

Si finalmente la misma se llevara a cabo, y a tenor de la actual regulación, cabría entrar más en un supuesto de libre disposición del perjudicado o de sus representantes legales, pues como ya hemos dicho, si circunscribimos la aplicación a los delitos leves y los delitos de naturaleza



privada, es el particular quien dispone si iniciar o no el procedimiento.

Así, a modo de ejemplo<sup>379</sup>, se puede citar un caso real en el que varios menores tras sustraer de un establecimiento varios videojuegos son identificados por los Agentes y tras hablar con el propietario del establecimiento éste comenta que no interpondrá denuncia alguna si los menores devuelven los mismos. Los Agentes de la Policía Local tras entrevistarse con los menores, sus representantes legales, realizan una tarea de mediación policial levantando un acta en el cual se manifiesta el arrepentimiento de los menores, la devolución de los objetos y el perdón del perjudicado. Evidentemente, cuando este atestado con el informe de la mediación llegó a la Sección de Menores de Castellón, no tuvo efecto alguno, más allá de valorar si efectivamente procedía o no el desistimiento de la incoación del expediente, pues en caso contrario, el procedimiento penal hubiera debido seguir su curso con la imposición de una medida. Finalmente en el caso que nos ocupa, se trataba del primer expediente de los menores y se hizo uso del principio de oportunidad por el Ministerio Fiscal, quien desistió de la incoación del mismo. Este mismo supuesto con la entrada en vigor de la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015 carecería de efectos procesales pues al haberse producido dicha mediación policial y con la voluntad del perjudicado de no denunciar se hubiera archivado de igual modo. A ello, añadir, que si bien cabe la mediación en la fase de expediente de reforma, en virtud del artículo 19 de la LORPM, ¿Por qué se va a perjudicar al menor que quiere conciliarse en este primer momento?, por ello, y siempre que se cumplan los requisitos previstos para la mediación prevista en la LORPM, cabría plantearse esta intervención que ahora se postula.

Por ello la mediación policial se debe enmarcar más en una labor

---

<sup>379</sup> Asunto real, comunicado a la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Castellón con anterioridad de la entrada en vigor de la LO 1/2015

preventiva, que en una forma de dar solución al conflicto ya generado.

Ahora bien, *lege ferenda* y teniendo en cuenta esa finalidad reeducadora de la ley, cabría plantearse, y tan solo en la jurisdicción de menores, y de una forma análoga al sistema norteamericano, una aplicación de esta oportunidad policial, pues, qué más efectiva puede ser la inmediata actuación de los Agentes y la derivación del menor al recurso que le pueda corresponder. Por ello, y circunscribiéndonos al ámbito de los delitos leves, y más concretamente en aquellos en los que la LO 1/2015 establece la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad, pudiera darse el caso que los Agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, intervinieran con el menor infractor, localizaran a sus representantes legales y convocando al perjudicado, llevaran a cabo una mediación que, bien documentada y previamente autorizada (aunque sea verbalmente por el Ministerio Fiscal en sus funciones de guardia), diera lugar tan solo a una remisión de un oficio dando por zanjado el asunto al haberse alcanzado por las partes un acuerdo, configurándose por tanto el Ministerio Fiscal, la facultad de controlar *a posteriori* la legalidad de los presupuestos que han dado origen a la misma y la conclusión de ello. En idéntico sentido que la mediación en el expediente de reforma, pues, como ya se ha anticipado, no se debe perjudicar a un menor que se quiere conciliar en este acto y muestra su arrepentimiento. Así, a modo de ejemplo se podría constatar unos daños de escasa cuantía (delito leve) de unos menores que pillados in fraganti, por Agentes de la Autoridad, reconocieran su error, pidieran disculpas al perjudicado, y se comprometieran a repararlos en el acto (o en un plazo muy corto de tiempo). Si se cumple con todas estas premisas, y tratándose de menores que careciesen de procedimientos de la misma naturaleza de carácter previo, se está avocando a un procedimiento penal, que previsiblemente pueda acabar en un archivo por interés del menor o en una conciliación posterior, y que, lo único que provocaría es que la decisión se demorase unos meses. De esta manera, cabría la posibilidad de una reparación inmediata y una finalización del procedimiento tan rápida que no supusiera problema alguno para las partes.

Ahora bien, cabría plantearse el contenido del citado acuerdo, pues en modo alguno debería consentirse que el mismo supusiera al menor una carga superior a la de reparar el daño causado, ya que de lo contrario nos podríamos encontrar en supuestos en los que el menor en lugar de reparar el daño causado estuviera realizando prestaciones a favor del perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.

Evidentemente y en la actual regulación de menores, esta hipotética conformidad se debería documentar y se dar traslado al Ministerio Fiscal para controlar la validez de la misma y su efectividad, estableciéndose, por tanto, que tras incoar las oportunas diligencias preliminares, el Ministerio Fiscal no tendría más que poner un decreto de archivo desistiendo de la incoación del expediente por esta mediación previa.

Esta actuación policial, que podría incluso calificarse de preventiva de la comisión de cualquier otro delito que no sea un delito leve, se podría implementar fácilmente, y serviría como un filtro a la actuación penal de la jurisdicción de menores. Ello es así, pues, como ya se ha analizado previamente, la finalidad reeducadora debería prevalecer en nuestro ordenamiento y esta inmediatez policial, a nuestro juicio, es lógica y coherente con este principio. Pero, evidentemente, para ello se necesitaría una correcta especialización de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en esta materia, así como, entendemos necesario, dar cumplimiento a lo previsto en la disposición final cuarta de la LORPM, creándose esas unidades de policía judicial adscrita a las Secciones de Menores de la Fiscalía.

Además y como señala KELLING<sup>380</sup>, no solo con esta especialización sería suficiente, sino que además, se necesita el apoyo y respaldo de la comunidad, pues de lo contrario, esta actuación policial

---

<sup>380</sup> KELLING, G. L. "Broken windows and police discretion" National Institute of Justice, research report, 1999. Disponible en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178259.pdf>.

podría caer en saco roto.

### **3. FASE DE DILIGENCIAS PRELIMINARES**

#### **3.1. Naturaleza Jurídica de las Diligencias Preliminares**

Como ya se ha puesto de manifiesto, la STC 36/1991 supuso un antes y un después en el ámbito de la justicia juvenil en España. Así, a raíz de esta sentencia se le otorga al Ministerio Fiscal una faceta, que si bien ya se le otorgó en la LO 4/92, sirve para renovar la confianza en la institución, como es la instrucción del procedimiento, y todo ello, como se expresa en la Circular 1/2000 de la FGE, para *preservar a ultranza la imparcialidad judicial*<sup>381</sup>.

Una vez recibida la *notitia criminis* el Ministerio Fiscal debe decidir sobre determinadas circunstancias. Así, siguiendo la Circular 1/2000, se debe tener en cuenta la valoración previa de los términos de la denuncia y la verificación, si es preciso, de actividades materiales de comprobación que se estimen necesarias para resolver sobre la incoación o no del expediente, es decir, tiene como objeto averiguar y concretar los hechos y sus responsables, así como la decisión jurídica de si existen datos y pruebas suficientes sobre la comisión del hecho típico o sus responsables, si bien, en este primer momento de una forma somera, pues la verdadera investigación de ello vendrá en la siguiente fase<sup>382</sup>.

A este respecto, debemos decir que la regulación en la LORPM es parca. Tampoco existe denominación alguna para esta fase, pero existe consenso generalizado en denominarlas “diligencias preliminares”, como así se desprende de todas las circulares e instrucciones de la FGE en la materia, especialmente de la Circular de la FGE 4/2013, sobre las diligencias de

---

<sup>381</sup> Así se recoge en la Circular 1/2000 de la FGE. Ob. Cit.

<sup>382</sup> En este sentido DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *La responsabilidad penal de los menores. Adaptada a la LO 8/2006 de 4 de diciembre*, Thomson Aranzadi 2007, pág. 116.

investigación<sup>383</sup>. Algún autor, en su momento se manifestó en contra de esta denominación al entender que hubiera sido mejor denominarlas "Diligencias Informativas", ya que la utilización del término investigación preliminar en la LORPM se reserva para el Expediente (cfr. art. 22.1.c) LORPM) y al emplear el término "Diligencias Preliminares" a las previas al Expediente, se han originado múltiples problemas prácticos por la defectuosa interpretación de algunos operadores jurídicos, que pretenden trasladar el régimen jurídico del Expediente a las Diligencias Preliminares, cuestión ésta a la que no ha sido ajena la denominación adoptada por la FGE, en contra del criterio de este autor, el cual ya advirtió en su día que se producirían estos problemas<sup>384</sup>. Sin embargo, en la actualidad, la práctica nos demuestra que no se ha producido problema alguno en la denominación de diligencias preliminares a esta fase, y que en modo alguno se ha intentado trasladar el régimen del expediente de reforma a las mismas, manteniéndose de una forma independiente una de otra con características totalmente opuestas.

Así, y siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES<sup>385</sup>, en ningún caso el recurso de las Diligencias Preliminares puede utilizarse como una coartada para realizar una investigación completa de los hechos a espaldas del menor y de su letrado, por cuanto dicha investigación practicada con carácter previo a la incoación del expediente vulneraría el derecho de defensa y devendría totalmente nula.

Por ello, el Fiscal, ante cualquier denuncia, estará obligado a dictar

---

<sup>383</sup> La Circular 4/2013 de la FGE, sobre las diligencias de investigación, realiza un profundo análisis de las mismas, siendo equiparable, como veremos en este epígrafe a las diligencias preliminares. No se trata en este apartado de realizar un profundo estudio de las diligencias de investigación penal, por ello nos remitimos a la citada Circular para un análisis más exhaustivo del tema en cuestión.

<sup>384</sup> En este sentido DOLZ LAGO, M. J., en *Comentarios a la legislación penal de menores. Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

<sup>385</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., "Aspectos procesales de la nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor (I)" en *Colaboracions de Revista Xuridica Galega*, pág. 58. En este sentido también DIEZ RIAZA, S. (coord.) *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Documentos de trabajo, nº 53, 2004, Pág. 32.

un Decreto de incoación de diligencias de investigación penal o preliminares, conforme al art. 773.2 de la LECRIM, y pronunciarse motivadamente en un Decreto sobre su admisión o no, debiéndolo notificarlo al denunciante<sup>386</sup>.

Hay autores que asemejan esta fase en la que nos encontramos con unas diligencias de investigación penal, conforme están reguladas en el EOMF, y concretamente, según el artículo 50 del mismo texto, entienden que el Ministerio Fiscal está facultado para interesar el archivo de las denuncias recibidas cuando no encuentre fundamento para ejercitar acción alguna, facultad que se entiende reproducida en el artículo 785 bis de la LECrim<sup>387</sup>, sin embargo, no se comparte este criterio, desde el momento en el que en una Ley orgánica se está reconociendo esta posibilidad y en el seno de un procedimiento especial. Por ello, entendemos que este procedimiento, y este desistimiento que ahora se analiza, adquiere carta de naturaleza propia en la misma LORPM.

Así, en este sentido, sin perjuicio de lo manifestado, y buscando el origen de la fase en la que ahora nos encontramos, si que debemos acudir a las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal reguladas en el artículo 5 del EOMF y en el citado artículo 773.2 de la LECrim, habida cuenta que, a pesar de considerarse como actuaciones dentro del procedimiento de menores, la carencia de regulación alguna al respecto, nos lleva, por similitud y conexidad a estos preceptos.

---

<sup>386</sup> A este respecto decir, que si se recibe el atestado policial y el Fiscal directamente incoa expediente de reforma, no se está produciendo nulidad alguna del procedimiento, pues el decreto de incoación de expediente de reforma sirve como decreto de admisión de la denuncia y de inicio del procedimiento. En este sentido la LORPM guarda silencio y tan sólo dice que se incoará expediente de reforma, nunca habla de incoar diligencias preliminares. Por ello, este primer deber de motivación será para el caso que el Fiscal desestime la denuncia.

<sup>387</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, Especial análisis de la reparación del daño*, DIJUSA, 2005, pág. 177

Conforme se recoge en la circular 4/2013 de la FGE<sup>388</sup>, cierto es que en el momento presente puede seguir considerándose vigente la afirmación contenida en la Circular 1/1989<sup>389</sup> en el sentido de que esa facultad de investigación que se concede al Fiscal carece en la práctica de las condiciones necesarias para ser ejercida con toda efectividad y hasta sus últimas consecuencias. Debe también partirse de la afirmación contenida en la Consulta 2/1995<sup>390</sup> en el sentido de que la investigación del fiscal en nuestro actual sistema procesal no se concibe como una alternativa a la instrucción judicial, sino como una posibilidad previa a la misma que no la sustituye aunque pueda simplificarla o allanarla. Sigue la misma Circular manifestando que estas diligencias de investigación penal apuntan a una potenciación de esa investigación autónoma del Ministerio Fiscal de una forma decidida y rotunda en el ámbito procesal de menores.

Ahora bien, a falta de referencias sobre la naturaleza jurídica de las mismas debemos ver que el artículo 773.2 de la LECrim está dentro del Título II dedicado al Procedimiento Abreviado, pero a pesar de ello y siguiendo las directrices de la FGE se debe entender que se configura como un procedimiento pre-procesal con una dimensión omnicompreensiva que sirve de cauce para investigar cualquier delito.

Una vez vista esta configuración de las diligencias preliminares como diligencias de investigación, vemos cómo en la LORPM no se establece especificación alguna más allá de la parquedad del artículo 16, donde se manifiesta, en sus párrafos segundo y tercero, que cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de la comisión de alguno de los delitos o faltas tipificados en el código penal o en las leyes especiales, decidirá admitir o no a tramite la denuncia según que los hechos sean constitutivos

---

<sup>388</sup> Circular de la FGE 4/2013, sobre las diligencias de investigación.

<sup>389</sup> Circular 1/1989 de la FGE, de 8 de marzo sobre el procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre.

<sup>390</sup> Consulta 2/1995 de la FGE, acerca de dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del Fiscal: Su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad.

de delito, custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. Añadiendo que la resolución que se adopte sobre la denuncia deberá ser notificada al denunciante.

Mientras que en su párrafo tercero se manifiesta que una vez efectuadas las actuaciones citadas anteriormente, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores.

Obvia decir que en todo momento nos estamos refiriendo a autores entre la franja de edad de 14 a 18 años, ya que de lo contrario el Ministerio Fiscal no puede continuar instruyendo el procedimiento y debe archivar y, si así se estima conveniente, derivar el menor a la entidad de protección de menores<sup>391</sup> en el primer de los casos o bien inhibirse al juzgado de instrucción en el segundo de ellos.

Esta fase procesal, cierto es que se asemeja a las diligencias de investigación referidas anteriormente, pero en este momento, se podría decir que alcanza carta de naturaleza procesal en tanto que están recogidas en una Ley Orgánica de marcado carácter procesal, sin embargo, no se debe caer en ese error, pues como se desprende de la propia LORPM no se trata de una fase procesal propiamente dicha. Ante tal parquedad legislativa se puede entender que esta fase tan sólo debe ir encaminada a admitir o no a tramite

---

<sup>391</sup> Si bien en estos supuestos la FGE, en las conclusiones de las jornadas de Fiscales delegados de las Secciones de Menores, realizadas el 16 y 17 de octubre de 2013 en Madrid, es partidaria de valorar si efectivamente existen situaciones de riesgo y de desprotección de los menores para remitir el mismo a los servicios de protección, ya que, si por el contrario se produce una remisión automática de todos los menores de 14 años que se ven implicados en los procedimientos de menores, puede ello dar lugar a actuaciones inútiles al constatarse de una forma patente que algunos de esos menores no requieren intervención alguna desde los sistemas de protección. Las citadas conclusiones ya se han referido con anterioridad, a lo que nos remitimos.



la denuncia o, en su caso, a apreciar la facultad de desistimiento de incoación del expediente que posteriormente analizaremos.

Sin embargo, como más adelante veremos, el hecho que se puedan practicar diligencias puede provocar que en la práctica se pueda convertir en una primera fase de investigación en la que se centre el objeto de debate para un posterior expediente de reforma.

### **3.2. Cuestiones previas en las Diligencias Preliminares respecto de la aplicación del principio de oportunidad**

En esta fase en la que nos encontramos, además de los criterios anteriormente expuestos de actuar conforme al interés superior del menor y de buscar la reeducación del mismo mediante la aplicación de técnicas restaurativas, nos podemos encontrar con otros principios que tienen incidencia, en mayor o menor medida, en la aplicación del principio de oportunidad, como es la necesaria celeridad del procedimiento, máxime si en este momento que nos encontramos la prescripción alcanza una repercusión desmesurada.

Además podemos ver, en este momento, que deben regir todos los presupuestos y principios legalmente establecidos en nuestro ordenamiento jurídico con absoluta protección de los derechos del menor infractor, como así se recoge en la LORPM, pero, como se observa, existe un absoluto olvido de la víctima en este primer momento.

No debemos obviar que en esta fase, al encontrarnos en el inicio del procedimiento, puede ocurrir que el menor denunciado ya sea conocedor de la denuncia, bien porque haya sido detenido o porque haya declarado por dichos hechos en Comisaría. Sin embargo, nos podemos encontrar con otros supuestos en los que los menores denunciados no son conocedores de la misma y, quien sabe, no lo serán hasta que el Ministerio Fiscal decida sobre si la admite a trámite o no.

En este sentido, y siguiendo las diferentes Circulares e Instrucciones de la FGE, tanto en menores como la ya citada de las diligencias de investigación, las resoluciones del Fiscal reciben el nombre de decretos, los cuales deben ser motivados y no son susceptibles de recurso alguno, cuestión esta que pudiera dar lugar a un quebranto del principio de seguridad jurídica, ya que pudiera parecer que se trata de una decisión unilateral del Ministerio Fiscal sin posibilidad de ser rebatida en una segunda instancia y decidida a espaldas de las partes.

Así podemos afirmar, como hace GRANDE SEARA<sup>392</sup>, que “el Fiscal no es el depositario del derecho de gracia, ni el desistimiento de la incoación del expediente constituye una especie de indulto, ni puede suponer la impunidad del menor, sino que obedece a razones de utilidad social, que hacen aconsejable, cuando concurren las circunstancias expuestas, renunciar al ejercicio de la acción penal y conferir la responsabilidad de la corrección del menor infractor a los ambientes educativos y familiares en los que se desarrolla su vida habitualmente, pero siempre que la situación de éstos lo permita”. Cuestiones, estas, que analizaremos a continuación.

### **3.2.1. Celeridad, sumariedad y prescripción**

Como ya se ha anticipado, en la jurisdicción de menores tiene especial importancia la celeridad del procedimiento, tanto para evitar que el proceso prescriba, como para conseguir una rápida, pronta y educativa respuesta en el asunto de referencia.

En este sentido se hace necesario traer a colación el artículo 15 de la LORPM<sup>393</sup>, donde se establecen los brevísimos plazos de prescripción de

---

<sup>392</sup> GRANDE SEARA, P., “Capítulo III. Incoación del Expediente de Reforma y Fase de instrucción”, en GONZÁLEZ PILLADO, E., *Proceso penal de menores*, Valencia, 2008, pág. 142-143.

<sup>393</sup> “1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben:

los delitos y faltas (entendiéndose hoy en día delitos leves).

En primer lugar hay que aclarar que la LO 1/2015 no ha modifico nada de la LORPM y en este artículo se ha hecho patente, hasta el supuesto que la FGE ha tenido que realizar el Dictamen 1/2015<sup>394</sup>, donde se expresa, conforme lo establecido en la disposición adicional segunda y la disposición derogatoria de la LO 1/2015, las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves.

Este tema de la prescripción ha sido tratado desde hace bastante tiempo por la Fiscalía de Sala Coordinadora de Menores de la FGE, habiéndose plasmado en diferentes circulares, y entre ellas destacan la circular 1/2007<sup>395</sup>, la 9/2011 y más recientemente el Dictamen 1/2015.

Ciertamente, si se le concede a las diligencias preliminares la consideración de actuación extra procesal, en ninguno de los casos, cabe que cualquier actuación, en el seno de las mismas, puede ser interruptiva de los plazos de prescripción anteriormente expuestos. Plazos de prescripción, que en aras a la citada celeridad y basados fundamentalmente en la necesidad de una pronta respuesta, se ven profundamente recortados respecto de la jurisdicción de adultos. Quizás, como luego se verá, el plazo de prescripción de los delitos leves, es del todo chocante, pues tres meses es muy corto

---

1.º Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años.

2.º A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años.

3.º A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave.

4.º Al año, cuando se trate de un delito menos grave.

5.º A los tres meses, cuando se trate de una falta. (delito leve)

2. Las medidas que tengan una duración superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y la permanencia de fin de semana, que prescribirán al año.”

<sup>394</sup> Dictamen 1/2015 de la FGE, sobre criterios de adaptación de la LORPM a la reforma del Código Penal por LO 1/2015.

<sup>395</sup> Circular 1/2007 de la FGE, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.

periodo de tiempo.

Según se establece en el art. 132 CP "la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable..."<sup>396</sup>, por ello, como recoge la Circular 1/2007 de la FGE las actuaciones instructoras del Ministerio Fiscal interrumpirían la prescripción. Tal interpretación ha sido asumida por algunas Audiencias Provinciales<sup>397</sup>.

Como se señala en la Circular 9/2011 "la interrupción de la prescripción había sido analizada por la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 5/2005. Dicha Instrucción se dictó al hilo de las diferentes interpretaciones sostenidas sobre el texto del art. 132 del CP anterior a la reforma de la LO 5/2010 por el Tribunal Supremo (STS nº 797/1997, de 4 de junio; nº 492/2001, de 27 de marzo; nº 162/2003, de 4 de febrero, SSTS nº 671/2006 de 21 de junio; 486/2007 de 30 de mayo; 146/2008 de 8 de abril; o 1329/2009 de 4 de diciembre; y Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional de 12-5-05, 25-4-06 y 26-2-08), y el Tribunal Constitucional (STC 63/2005, de 14 de marzo, 29/2008, de 20 de febrero; o 147/2009 de 15 de junio".

Pero no es hasta esta Circular 9/2011 cuando se realiza un extenso análisis de este supuesto y donde se dan unas pautas más concretas que sirven para entender cómo actúa esta figura en la jurisdicción de menores. Sin embargo, y a pesar de las mismas sigue sin existir una doctrina pacífica al respecto.

Antes de proseguir en este apartado hay que clarificar que el objeto de estudio del presente trabajo no es un estudio pormenorizado de la figura

---

<sup>396</sup> En la redacción del Código penal vigente en el año 2006

<sup>397</sup> SAP Madrid, sec. 4ª, nº 94/2003, de 7 de octubre de 2003 (EDJ 2003/236526), Sevilla, sec. 3ª, 91/2003, de 16 de abril de 2003(EDJ 2003/112118), AAP Castellón, sec. 3ª, 137/2003, de 7 de mayo. (EDJ 2003/172783).

de la prescripción o de la celeridad del procedimiento, pero, en tanto que, como ya se ha anticipado, una respuesta educativa debe ir aparejada con una tramitación rápida y eficaz, la figura de la prescripción puede afectar, como así lo hace, a la respuesta que se le de al caso concreto.

En este sentido, y retomando el discurso anterior, en la actual regulación del Código Penal, vemos cómo hay elementos nuevos diferentes al Código, referido en la instrucción 1/2007. Ello es así, pues en la actualidad el artículo 132 manifiesta que en lugar de dirigirse contra el culpable se entiende dirigido contra la persona indiciariamente responsable del delito y que se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito.

A los efectos de concretar la persona contra la que se dirige el procedimiento, se especifica luego en la regla 3ª del art. 132.2 que “deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho”.

A esa novedad legislativa se une otra, que la STS nº 1187/10, de 27 de diciembre, califica como “suspensión de la prescripción”, y que se recoge en el art. 132.2.2ª:

“La presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la regla 1ª, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dicho plazo, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.”

Del contenido de este artículo 132, podemos extraer cual ha sido el objeto de la discusión desde el punto de vista práctico, y es la alusión a “*resolución judicial motivada*”.

En el momento en el que el Fiscal decreta la incoación del oportuno expediente de reforma y lo remite al Juzgado de Menores, es cuando el juez conoce del asunto y dispone del mismo, momento en el cual se convierte en un verdadero procedimiento judicial. Por ello, se entiende que es en este momento de incoación del expediente de responsabilidad penal por parte del Juzgado de Menores cuando se produce la primera resolución judicial motivada.

Sin embargo, no es una cuestión pacífica, si las diligencias practicadas por el Fiscal en fase de diligencias preliminares interrumpen o no esta prescripción. Así en la doctrina de las Audiencias Provinciales, algunas han reconocido ese valor interruptivo<sup>398</sup>, al reputarlas auténticos actos de dirección del procedimiento contra el culpable, por parte del órgano encargado de la instrucción, mientras que otras Audiencias han negado tal efecto<sup>399</sup>, sustentando dicho parecer sobre la base del carácter preprocesal, que asimilan a las previstas en el Art. 773.2 LECrim.

---

<sup>398</sup> Vid. SSAP de Gerona, secc. 3ª, nº 688/2009, de 10 de noviembre de 2009 (EDJ 2009/325387); Castellón, secc. 3ª, nº 137/2003, de 7 de mayo 2003 (Ob. Cit.), y SAP de Castellón secc. 1ª, nº 119/2010, de 6 de abril de 2010 (EDJ 2010/104449).

<sup>399</sup> Vid. SAP de Madrid, secc. 4ª, nº 18/2009, de 9 de febrero. (Id Cendoj: 28079370042009100013. Al respecto de esta sentencia no ha sido posible localizarla en la base de datos de El Derecho).

Así la Circular 4/2013<sup>400</sup> manifiesta que las diligencias de investigación del Fiscal no interrumpen la prescripción, como ya ha tenido ocasión de declarar el TS<sup>401</sup>. En este sentido se pronuncia igualmente la Circular 2/2012

Cuestión también relevante son aquellos supuestos en los que el atestado llega al Juzgado de Instrucción correspondiente, y éste, al darse cuenta que el autor es un menor de edad, se inhibe a la Fiscalía para su correspondiente instrucción. En estos supuestos, el problema se planteaba, y se seguirá planteando, con los hechos tipificados como falta, ahora delitos leves, pues normalmente las velocidades de un procedimiento en la jurisdicción de adultos a duras penas puede soportar el plazo de prescripción de los 3 meses establecido en el artículo 15 LORPM.

Este supuesto también es tratado en la Circular 9/2011, estableciéndose dos supuestos, uno regular y otro anómalo.

El primero de ellos es aquel supuesto en el que se acredita la minoría de edad del denunciado y se procede a la inhibición del procedimiento. Esas labores de acreditación de la autoría paralizaría la prescripción, volviéndose a contar desde el Auto de inhibición del Juzgado a la Fiscalía, paralizándose de nuevo cuando el Fiscal incoara el expediente de Reforma y el Juez de Menores dictara su correspondiente Auto.

Sin embargo el procedimiento anómalo hace referencia a aquellos supuestos en los que a pesar de conocer de la minoría de edad del imputado, se continua, por error u omisión, con la instrucción y práctica de diligencias. Al tratarse de actos nulos<sup>402</sup>, los mismos no producirían efecto alguno y se debería retrotraer al momento previo de la citada nulidad. Por ello, estas actuaciones posteriores, no paralizarían la prescripción.

---

<sup>400</sup> Circular de la FGE sobre las diligencias de investigación.

<sup>401</sup> vid. STS nº 867/2002, de 29 de julio de 2002 (EDJ 2002/28164).

<sup>402</sup> Vid. STC nº 70/1999, de 26 de abril de 1999. (EDJ 1999/6896).

A este respecto, se concluye en la Circular 9/2011 que la interrupción de la prescripción tan solo puede producirse una vez incoado expediente de reforma, por lo tanto, no en la fase de diligencias preliminares.

Se comparte este criterio, por entender que del tenor literal del Código Penal, al establecer la necesidad de una resolución judicial motivada, se entiende que se hace mención a la primera resolución judicial, que sería la incoación del expediente de reforma por el Juzgado de Menores. No se comparten, por tanto, otros criterios, como el mantenido por la Audiencia Provincial de Murcia, que entiende que la primera resolución judicial motivada sería el Auto de apertura de Juicio Oral, quien entiende que el auto de incoación del expediente de reforma, es de mero trámite. Como decimos no se comparte este criterio, pues, si la motivación se exige a cualquier resolución judicial, la primera resolución por la que se da inicio al procedimiento no puede entenderse como un acto de mero trámite, y sí como un acto procesal dictado por el Juez competente y suficientemente motivado para interrumpir la citada prescripción.

Ahora bien, como se desprende de la citada instrucción, el uso de las diligencias preliminares no se debe extender más allá de los fines para los que está considerada, y que ya se han referido, y en todo caso, se entiende que no se deberían demorar más allá de los 6 meses previstos en el artículo 5 del EOMF<sup>403</sup>.

Por ello, teniendo en cuenta que esta fase procesal no encuentra regulación alguna en la LORPM, y tan solo va dirigida a admitir o no a trámite la denuncia, y en el caso de admitirla, a valorar si procede o no aplicar el principio de oportunidad del artículo 18 de la LORPM, se debe configurar la misma como un trámite sumarísimo bajo el cual no se puede

---

<sup>403</sup> Artículo que hace referencia al plazo de 6 meses de las diligencias de investigación penal.



disfrazar investigación alguna.

### **3.2.2. Principio de seguridad jurídica**

Ya se ha anticipado que el Tribunal Constitucional<sup>404</sup> concibe la seguridad jurídica como “una certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre la cual ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho”, por eso en esta primera fase del procedimiento este principio cobra especial importancia.

Antes de entrar a analizar este precepto, hay que poner de manifiesto que el Tribunal Constitucional examinó una cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Juzgado de Menores nº 2 de Valencia, en la que, entre otros extremos (con referencia a la pieza de responsabilidad civil, bajo la regulación precedente a la reforma efectuada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre), sostenía que el artículo 18 lesionaría el principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 de la C.E. Según el planteamiento del Juzgado, se otorgaba una "omnímoda" facultad al Fiscal, sin regular medio alguno para controlarla; las personas afectadas por el desistimiento, en concreto el perjudicado, se encontrarían en total desamparo, ya que no pueden ejercer la acción penal, monopolizada por el Ministerio Fiscal, ni reiterar su denuncia ante el juez de menores; tampoco pueden recurrir la decisión, pese a la consagración constitucional del derecho al recurso, que se deduciría del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. La cuestión fue inadmitida por el Tribunal Constitucional<sup>405</sup>. Es interesante consignar la argumentación emitida por el Fiscal General del Estado al respecto:

“Carece de fundamento la cuestión relativa a la vulneración del art. 117.3 CE (EDL1978/3879) por el art. 18 LORPM, en cuanto permite

---

<sup>404</sup> Entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, S 30-11-2000 (EDJ 2000/40918).

<sup>405</sup> Tribunal Constitucional Pleno, ATC 22-6-2005 Ob. Cit.

que el Fiscal desista del expediente al menor sin control judicial, ya que, si bien el art. 117.3 CE otorga el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los órganos del Poder Judicial de forma exclusiva y excluyente, sin embargo, de dicho precepto no se deriva que todas las controversias que surjan en torno a una relación jurídica tengan que resolverse por parte de los órganos del Poder Judicial, pues la Constitución admite sistemas de autocomposición de conflictos o de heterocomposición (arbitrajes). Incluso, en los casos en que es obligatoria la intervención del sistema judicial, como en el caso de las infracciones penales, no es obligatorio que dicha intervención se produzca siempre de oficio, pues en las infracciones semipúblicas y en las privadas es necesario el ejercicio de la acción penal para iniciar el proceso penal.

La consagración del principio de oportunidad se propugna respecto de infracciones menores, y dicha opción se considera especialmente relevante cuando han sido cometidas por menores de edad, pues junto al interés general en la persecución de las infracciones es necesario considerar el interés en la reeducación del menor. (...) La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor estaría consagrando, en criterio del Fiscal, el principio de oportunidad en los procesos contra menores de manera reglada, asumiendo, así, principios consagrados en textos jurídicos internacionales que establecen la necesidad de desjudicialización del mismo (Reglas -Beijing- 6 y 11 de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, y la II Recomendación (87) 20, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987)".

Por tanto, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que la regulación de las diligencias de investigación contenida en la LECrim y en el EOMF se complementan, por lo que habrá de entenderse que el art. 773.2 LECrim se integra con el art. 5 EOMF en los puntos que éste no regula y aquél contempla, y viceversa.

Como se ha comentado anteriormente, la naturaleza jurídica de las diligencias preliminares no les confiere un carácter estrictamente procesal, ni tampoco existe un control judicial de las actuaciones del Ministerio Fiscal en este ámbito. Así el Ministerio Fiscal decidirá lo que estime conveniente en el procedimiento y, conforme se establece en las diversas Circulares de la FGE, su decisión, que deberá estar suficientemente motivada, revestirá la forma de decreto y no será susceptible de recurso alguno, si bien no producirá efectos de cosa juzgada.

De este modo, sin perjuicio que en la fase en la que nos encontramos están vigentes todos los principios y garantías que rigen el procedimiento y la investigación penal, en este momento debido a la irrecurribilidad de los decretos del Ministerio Fiscal y la inseguridad que pudiera generar dicha actuación al resto de partes, sobre todo a la víctima, quien no va a ver supeditada su actuación a ninguna otra instancia, se podrían generar dudas sobre la indefensión<sup>406</sup>.

Respecto de la irrecurribilidad de los decretos del Ministerio Fiscal<sup>407</sup>, podemos sentar la premisa que ante un Decreto de archivo del Ministerio Fiscal, nada impide que el mismo denunciante u otro particular pueda dirigirse de nuevo al Fiscal aportando datos o elementos probatorios adicionales o descubiertos con posterioridad que puedan servir de fundamento para acordar la incoación del Expediente, siempre y cuando el hecho no hubiera prescrito<sup>408</sup>.

Ahora bien, respecto a este Decreto de archivo, cabría plantearse la posibilidad de un recurso contencioso-administrativo contra el mismo. En argumento opuesto nos podemos encontrar la sentencia 542/2002, de 9 de mayo, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid<sup>409</sup> en relación con este problema y en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto de archivo dictado por el Fiscal en unas diligencias preprocesales en base al argumento central de que el

---

<sup>406</sup> Este segundo supuesto será analizado posteriormente.

<sup>407</sup> En este sentido se puede ver un análisis más exhaustivo en ESCORIHUELA GALLÉN, C. V. “Aspectos relativos a la intervención de la Acusación Particular” en *Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 2013. Disponible on-line en la web [www.cej.es](http://www.cej.es), ponencia realizada en las jornadas de especialistas y Fiscales delegados de las Secciones de Menores, realizadas en la sede de la Fiscalía General del Estado en Madrid, 16-17 de octubre de 2013. También en LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, ed. Comares, 2002, pág. 331 y ss.

<sup>408</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, E., *Práctica del proceso penal*. Edit. Civitas, 2003.

<sup>409</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., *Práctica Procesal de los Juicios Rápidos*. Sepin 2003, pág. 477.

denunciante puede reproducir su denuncia ante el órgano jurisdiccional competente.

Sin embargo, partiendo de la base que en el momento de la recepción de la denuncia el monopolio de la competencia corresponde al Ministerio Fiscal, esta sentencia carecería de sentido, ya que no se puede reproducir la denuncia ante ningún otro órgano, no siendo tampoco admisible la presentación ante el Juez de Menores para que sea este quien incoe el procedimiento dando traslado al Fiscal para que instruya el mismo, al no existir precepto alguno que pueda respaldar dicha decisión.

Por ello, y como señala DE LA ROSA CORTINA<sup>410</sup>, cabría defender la posibilidad teórica de utilizar la vía contenciosa para atacar estas resoluciones.

Este supuesto se puede plantear en el caso de una diferente calificación jurídica de los hechos. Pongamos por caso unos hechos en los que el Ministerio Fiscal valore un delito leve y el perjudicado no lo entienda como tal. El archivo del Ministerio Fiscal vetaría la posibilidad de instruir el citado procedimiento, deviniendo irrecurrible tal decisión.

Sin embargo, a nuestro juicio cabría la posibilidad de instar un pronunciamiento del superior jerárquico del Fiscal. En este caso, se debería presentar escrito al Fiscal Jefe correspondiente a fin que se valore si la calificación jurídica que ha tenido en cuenta el particular es correcta o por el contrario lo es la manifestada por el Fiscal instructor, encontrando amparo esta postura en el artículo 644 de la LECrim, donde el tribunal, si entiende que la petición de sobreseimiento interesada por el Ministerio Fiscal no es procedente, puede remitir la causa al Fiscal de la Audiencia Territorial respectiva para que resuelva si procede o no sostener la acusación.

---

<sup>410</sup> DE LA ROSA CORTINA, J. M., “la acusación particular en el proceso penal de menores” en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 620. ARANZADI, Pamplona. 2004.

De este modo, podemos ver cómo el particular que vea bloqueada su petición de continuar con el procedimiento puede interesar esta revisión ante el Superior Jerárquico de la Fiscalía correspondiente.

Por ello vemos, como se hace necesario que se establezca una forma de control sobre esta actuación del Ministerio Fiscal, ya que de lo contrario puede parecer arbitraria su decisión<sup>411</sup>

Ahora bien, ¿qué posibilidades de actuación tiene el menor denunciado respecto de la decisión del Ministerio Fiscal?

El menor denunciado goza en la presente fase de todos los derechos que le corresponden como denunciado en cualquier procedimiento penal. Podrá tener conocimiento de lo actuado, participar de las diligencias que se practiquen e incluso solicitar diligencias, conforme se establece en los criterios referidos en la Circular 4/2013, pero sin embargo, ello no debe prevalecer, ya que, como ya se ha dicho anteriormente, esta fase no se debe dilatar, ni tampoco se debe disfrazar una instrucción bajo este procedimiento, pues las diligencias preliminares no están configuradas a este respecto.

Además, si partimos de la premisa, que respecto del menor denunciado la decisión que se puede adoptar gira en torno a desistir del procedimiento o continuar con el mismo, vemos como la primera solución será de su total agrado y evidentemente no interesará que se revoque en modo alguno, mientras que con la segunda es la que efectivamente puede estar disconforme.

Es en esta segunda decisión, que en modo alguno le puede causar

---

<sup>411</sup> En este mismo sentido MARTIN SÁNCHEZ, A. en GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, E. (coord.) *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Manuales de formación continuada Consejo General del Poder Judicial, nº 9, 2001, pág. 109 y la SAP de Madrid, 127/2010 de 24 de junio (EDJ 2010/165784)

indefensión al menor denunciado, cuando se le abren todas las posibilidades desde un punto de vista procesal, ya que se inicia una nueva etapa en la que podrá practicar e intervenir en todo tipo de diligencias para demostrar y hacer prevalecer sus intereses, y todo ello en un proceso judicializado, donde, por tanto, podrá acudir al Juez de Menores ante cualquier decisión del Fiscal.

### **3.2.3. La víctima, ¿la gran olvidada de esta fase procesal?**

Si entendemos que esta fase procesal tan solo esta configurada para que el Ministerio Fiscal decida si procede admitir a tramite o no la denuncia, parece obvio pensar que la víctima no es necesario que participe de ello, pues normalmente habrá sido ella quien haya comunicado, mediante una denuncia, su voluntad de iniciar el procedimiento.

Esta primera fase es la que se puede denominar como una verdadera manifestación “*del monopolio del Ministerio Fiscal*”.

Sin embargo, como veremos, a la hora de valorar si el Ministerio Fiscal decide archivar o no el procedimiento en virtud del artículo 18, si que se podría pensar en oír a la víctima, pero una cosa es oír la y otra dejar que se persone en el procedimiento, pues ello nos llevaría, como señala GÓMEZ RECIO<sup>412</sup>, a que si se permite al perjudicado personarse en el proceso, lógicamente su actuación irá encaminada a que se imponga al menor, no una sanción que sirva para reconducir su comportamiento, sino un castigo que moralmente le compense a él mismo por el mal que el menor le ha causado. En este sentido, desde los debates parlamentarios se entendió que se debía reservar la acción penal al Ministerio Fiscal como órgano imparcial, quien sería el encargado de orientar la tramitación del procedimiento y solicitar una respuesta penal acorde con los fines reeducativos que informan la Ley.

---

<sup>412</sup> GÓMEZ RECIO, F., “La introducción en la LORPM del acusador particular” en Noticias Jurídicas Septiembre 2004.

Sin embargo, como veremos posteriormente, tras no dar ninguna posibilidad a la acusación particular, se recapacitó esta postura y se permitió a la misma intervenir, pero no en la fase de preliminares y sí en la de expediente de reforma<sup>413</sup>.

Ahora bien, con la nueva configuración de los delitos leves, y aquellos delitos privados o semipúblicos, se hace necesario valorar la previa denuncia del perjudicado o de su representante legal. Así, en ocasiones, bien para clarificar este extremo o bien para tener más datos sobre la realidad de lo ocurrido, se le puede citar en calidad de testigo-perjudicado a fin que manifieste sobre lo ocurrido, pero no se le puede admitir ser parte ni personarse en este momento.

Hoy en día, y lo que la práctica ha venido constatando es que aquellos supuestos, como los delitos leves de lesiones, que necesariamente conllevan una denuncia del perjudicado o de su representante legal, si su origen viene dado por un parte médico del servicio de urgencias del correspondiente hospital o bien por unas diligencias donde no consta la denuncia del perjudicado, si las lesiones son, de entrada, susceptibles de ser constitutivas de delito leve, no sería necesario oír al perjudicado y se podría archivar el asunto sin más trámite. Si efectivamente constara la citada denuncia, es cuando ya se podría valorar la no incoación del procedimiento en virtud del artículo 18.

Resulta por lo tanto chocante, que a lo largo de todo el proceso se opte por posibilidades restaurativas de cara a posibilitar la participación del menor víctima y que en esta fase inicial no se tenga en cuenta al mismo. Ello se debe fundamentalmente a la configuración de esta fase como una fase previa preparatoria del procedimiento y más concretamente, a que en

---

<sup>413</sup> Modificándose la LORPM en el sentido de ampliar las facultades de la Acusación Particular en virtud de la LO 15/2003 de reforma del Código Penal, donde a raíz de una disposición final se modificó en ese sentido.

ella tan solo se decide si efectivamente se admite o no a tramite la denuncia, y en caso de admitirse, si caben las posibilidades del artículo 18 LORPM. Como ya se ha anticipado, en este supuesto, no cabe ni siquiera oír a la víctima, la cual nada tiene que decir sobre si el menor infractor ha sido corregido o no en el ámbito familiar o educativo, tampoco puede conciliarse con el agresor y arrancar de él un arrepentimiento. Es en estos supuestos un mero convidado de piedra, expectante por la decisión que el Fiscal adopte respecto de su pretensión, ya que en buena parte de ello depende que, en algunos supuestos, tenga que acudir a una hipotética vía civil para resarcirse económicamente de sus pretensiones, o que simplemente vea que su denuncia cae en saco roto.

No se trata en este momento de realizar una audiencia contradictoria entre las partes para ver si concurren o no los requisitos del artículo 18 LORPM ya que ello dilataría sobremanera el procedimiento, y además existe realmente dicha posibilidad en la siguiente fase, que es la del Expediente de Reforma. Sin embargo, sí que se deberían potenciar las garantías en esta primera fase de cara a que las partes pudieran establecer formas de control a la actuación del Ministerio Fiscal, como sería el caso, que luego se analizará, de poder acudir al superior jerárquico a fin de poder reiterar su petición y que éste valore si la decisión es o no correcta.

Ello es así, porque como ya se ha dicho, en las diligencias de investigación, si el Fiscal decide archivar el asunto, al particular siempre le queda la posibilidad de presentar él directamente la denuncia o la querrela ante el Juzgado, pero en la jurisdicción de menores, y en este momento, si el Fiscal archiva, el particular se verá abocado ante un procedimiento civil en el que tendrá que abonar las tasas judiciales correspondientes y hacer frente a honorarios de abogado y procurador, sin hablar de las diferencias existentes entre un procedimiento civil y uno penal.



### **3.3. Desistimiento de la incoación del Expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar**

Es bastante obvio, que si lo que se pretende es dar preponderancia en este procedimiento a la facultad reeducativa del menor, que se deba tener en cuenta si el mismo ya ha sido sancionado y reprendido en su ámbito familiar, y por ello, ante tal reproche una actuación judicial es secundaria al mismo, ya que lejos de reforzar este presupuesto reeducativo podría causar efectos adversos.

Sin embargo, resulta cuanto menos chocante que se establezca en este momento la posibilidad de desistir del procedimiento en base a esta presupuesta corrección familiar o educativa, pues como podremos ver a lo largo de este epígrafe, el desistimiento que se recoge en el artículo 18 de la LORPM, y así se determina en el desarrollo del artículo, es una facultad del Fiscal que en modo alguno esta supeditada a que efectivamente se produzca la misma<sup>414</sup>.

Como señala FERREIROS MARCOS<sup>415</sup> han surgido voces críticas con la introducción del principio de oportunidad con ocasión de la corrección en el ámbito educativo o familiar, pudiendo destacar a ORNOSA FERNÁNDEZ<sup>416</sup> al señalar que “éste es uno de los artículos que más reflejan los residuos de la ideología tutelar o paternalista que inspiró la antigua legislación de menores”, y destaca que la introducción de las facultades de desistimiento de la incoación del expediente “puede ser un arma de doble filo para el menor, porque a veces esa sanción o corrección puede ser más grave que la que le podía corresponder a través del

---

<sup>414</sup> VARELA GÓMEZ, B. J., “Desistimiento y sobreseimiento en el procedimiento penal de menores (arts. 18 y 19 LORPM)”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI (2006). Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, pág. 362.

<sup>415</sup> FERREIROS MARCOS, C. E. *La mediación en el Derecho Penal de Menores*. Ob. Cít., pág. 198.

<sup>416</sup> ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal de menores*, 2ª Edición. Bosch. Barcelona, 2003, pág. 251.

procedimiento, en el que incluso podía haber sido absuelto. Pero, lo que en realidad preocupa es que si el menor pertenece a una familia con problemas, de las llamadas “desestructuradas”, o bien no está escolarizado, no se va a poder beneficiar de esta posibilidad, con lo que el principio de igualdad resultaría afectado puesto que se criminalizaría la desigualdad social”. En este mismo sentido, como recuerda esta autora, ya el informe de UNICEF al Anteproyecto de la Ley señaló dicha vulneración del principio de igualdad, por cuanto que estas previsiones favorecerían “que aquellos menores que se encuentran en una buena situación familiar tengan siempre la posibilidad de que no les sea incoado ningún expediente, mientras que los que pertenecen a ámbitos familiares desestructurados serán siempre objeto de expediente”<sup>417</sup>. Sin embargo, no se comparten totalmente estas críticas, pues la práctica de las fiscalías ha demostrado que dicha corrección familiar o educativa realmente no es tal, y se valoran otros parámetros de cara a la aplicación de este principio. Dichas críticas están en íntima relación con el debate parlamentario que supuso el citado artículo, y que ya se ha analizado anteriormente, ya que, en el citado debate y para evitar que la incoación del expediente al menor pueda depender de los mayores o menores recursos económicos de su familia se eliminó la referencia a que “los hechos denunciados puedan encontrar su corrección en el ámbito educativo, familiar o comunitario, y a ello se comprometan los padres o representantes legales del menor, o los responsables de las correspondientes instituciones sociales”, y ello, porque se entendía que dicho compromiso podía quedar supeditado a unos mayores o menores recursos familiares. Y fue en este momento en el que se desvirtuó el contenido del citado artículo, porque a pesar de eliminarse toda referencia a dicho correctivo familiar, el título del artículo no fue modificado manteniéndose “Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar”

---

<sup>417</sup> *Ibidem*, pág. 251. En el mismo sentido, POZUELO PÉREZ, L., “Artículo 18”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (COORD.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la responsabilidad penal del menor*, Pamplona, 2008, págs, 272-273.

Supuesto éste que hace que se pueda cuestionar la aplicación de este artículo en esta fase pre-procesal.

Veamos pues, cómo se desarrolla en la práctica el mentado desistimiento.

A tenor de la actual regulación, se puede afirmar que en esta primera fase el monopolio de la instrucción la tiene el Ministerio Fiscal, quien tras recepcionar el atestado policial o aquellas diligencias que dan lugar al procedimiento, tiene que valorar si se continúa o no con el mismo, motivo este que conllevaría la necesidad de continuar con el procedimiento o aplicar, en su caso, un desistimiento del mismo en virtud del artículo 18 de la LORPM.

Como ya se ha anticipado, los supuestos legalmente previstos de sobreseimiento del procedimiento (artículos 637 y 641) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nada tienen que decir ni afectan al principio de oportunidad penal, por tanto, se establece éste de diferente configuración a los artículos citados.

Una vez se recibe la *notitia criminis* el Ministerio Fiscal tiene que valorar dos posibilidades, la primera de ellas, que ya hemos adelantado, es ver si concurren las circunstancias que pueden motivar un sobreseimiento libre o provisional del procedimiento de acuerdo con lo establecido en la LECrim, mientras que la segunda es si realmente existen indicios de la comisión de un ilícito penal y personas identificadas como autoras del mismo.

Una vez determinada la comisión de un ilícito penal por menor de 14 a 18 años conocido, entra en juego el principio de oportunidad y la contundente actuación del Ministerio Fiscal. Se dice contundente, pues en esta primera fase el perjudicado no tiene intervención alguna y no puede contradecir ni recurrir lo manifestado por el Ministerio Fiscal, como tampoco puede hacerlo el menor denunciado.

La justificación del principio de oportunidad, en la fase que nos ocupa, la encontramos en el artículo 18 de la LORPM, donde se establece:

“El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley”

Como se puede observar, nos encontramos ante una aplicación reglada de la oportunidad penal y para nada se puede llegar a pensar que se trata de una decisión discrecional ni arbitraria del Ministerio Fiscal.

Ahora bien, la aplicación práctica de este principio ya plantea problemas desde esta primera fase.

De la interpretación del tenor literal del artículo y siguiendo lo manifestado por GARCÍA INGELMO<sup>418</sup>, vemos como lo que el legislador ha pretendido es evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el proceso pudiera llegar a producir en el menor y evitar así el enjuiciamiento de la denominada “*criminalidad de bagatela*”.

Entrando ya a analizar el tenor del artículo 18, vemos cómo establece como presupuestos del desistimiento que se trate de delitos menos graves, ausencia de violencia e intimidación y ausencia de haber cometido otros hechos de la misma naturaleza.

Veamos uno a uno estos presupuestos:

**A) Que se trate de delitos menos graves.**

---

<sup>418</sup> GARCÍA INGELMO, F. M., “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000” en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, n<sup>o</sup> 6, 2000. Pág. 430.

En este sentido hay que traer a colación el Código Penal, y más concretamente su artículo 13 donde establece que “*son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave*” y el artículo 33 donde se establece la enumeración de las penas menos graves.

Sin embargo, este planteamiento nos lleva a entender que los delitos graves no son susceptibles de desistimiento, y tampoco todos los delitos menos graves, ya que si concurre la violencia e intimidación, a la que ahora nos referiremos, no cabría el desistimiento.

La criminalidad menos grave, con frecuencia no conflictiva y constitutiva de hechos aislados y no repetibles en la vida del menor, debe conducir a soluciones de consenso que contribuyan a la no estigmatización de su autor. Tampoco podemos dejar de lado otras razones, como la extraordinaria alarma social que genera la comisión de estos delitos graves por menores, el interés público en evitar la sensación de desánimo y estupor generalizado que se extiende rápidamente ante situaciones de impunidad, o la necesidad de reforzar el sentido de responsabilidad en el menor por los actos que realiza, especialmente cuando estos resultan ser particularmente graves<sup>419</sup>.

Pero, con anterioridad a la LO 1/2015, nada se decía de las faltas, y con posterioridad a la misma, nada se dice de los delitos leves, y ello era interpretado de una forma muy flexible, demostrándose que en múltiples ocasiones eran el paradigma de aplicación del principio de oportunidad y salvo que el menor tuviera más procedimientos de la misma naturaleza, se solían archivar, incluso aquellas en las que concurría la violencia e intimidación. Como manifiesta VARELA GÓMEZ<sup>420</sup> la violencia o intimidación se debe entender de tal levedad que no debe ser tenida en

---

<sup>419</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Comentarios, concordancias, y jurisprudencia)*, Granada, 2004, pág. 158.

<sup>420</sup> VARELA GÓMEZ, B. J., “Desistimiento y sobreseimiento Ob. Cit., pág. 362

cuenta para impedir el desistimiento.

Actualmente, y con la regulación derivada de la aplicación de la LO 1/2015, se procede a una efectiva eliminación de las faltas, ya que algunas desaparecen y otras se configuran como delitos leves. Por ello deberemos estar a la nueva regulación que establece en el artículo 13.4 que son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve<sup>421</sup>.

En este sentido debe manifestarse que la LO 1/2015 se olvida de la LORPM, pero en el caso que nos ocupa se puede entender que cuando hablamos de delitos menos graves estamos incluyendo a los delitos leves, obviamente por ser menos gravosos<sup>422</sup>.

En los orígenes de la LORPM se estableció el debate relativo a si las faltas se debían o no excluir del ámbito de la justicia juvenil. Sin embargo, se descartó este presupuesto y se derivó el mismo a sistemas de “*diversion*” o soluciones extrajudiciales a través de la aplicación del sistema de oportunidad<sup>423</sup>. Como critica GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, “esto es en realidad una solución a medio camino para la descriminalización de

---

<sup>421</sup> El actual artículo 33.4 establece lo siguiente:

“4. Son penas leves:

- a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.
- b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
- c) Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año.
- d) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- g) La multa de hasta tres meses.
- h) La localización permanente de un día a tres meses.
- i) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.”

<sup>422</sup> En este sentido el Dictamen 1/2015 de la FGE, sobre criterios de adaptación de la LORPM a la reforma del código penal por lo 1/2015.

<sup>423</sup> En este sentido GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. “Características principales de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Poder Judicial n° 60*, Pág. 143.

determinadas conductas. Si es posible llegar a una solución extra judicial, mejor sería no haber tenido ni siquiera que acudir a la Justicia Penal. Pero de esta forma hacemos un doble camino, llegamos a los Tribunales para que éstos decidan que es posible suspender el procedimiento si existen y son viables otras posibilidades”.

Por ello, y volviendo al debate de si en la jurisdicción de menores se debe mantener la penalización de las faltas, hoy en día de los delitos leves, debemos valorar que, en base a las teorías restaurativas, al espíritu de la LORPM, y a la practica que llevan a cabo las diferentes Fiscalías, nos demuestra que la inmensa mayoría de desistimientos han sido por hechos constitutivos de falta, lo que hace pensar que seguirán siendo mayoritarios los desistimientos por hechos cometidos por delito leve. Este planteamiento nos lleva a plantear si efectivamente la judicialización de estos delitos leves, al menos en la jurisdicción de menores, no hace más que sobrecargar el trabajo de las Fiscalías, para que la respuesta que se les de a los mismos sea la ya manifestada de que existen otras vías para atajar el problema. De hecho, esta idea ya fue recogida incluso para la justicia de adultos en el Pacto sobre la Justicia<sup>424</sup>, cosa que, como vemos, el legislador no ha tenido en cuenta con la reciente LO 1/2015.

Así, no es que se abogue por eliminar los delitos leves de la jurisdicción de menores, sino todo lo contrario, pues si el exceso de trabajo de las Fiscalías es por delitos de esta naturaleza, este fenómeno se debe atajar en la justicia juvenil y hacer ver al menor, de una forma reeducadora, que debe enderezar su rumbo y no volver a incurrir en esas conductas, ya que de lo contrario, se favorecería la típica coletilla que se suele desprender en múltiples ocasiones de “como soy menor a mi no me pasa nada”.

---

<sup>424</sup> Propuestas para la reforma de la Justicia sobre la Base del Libro Blanco de la Justicia y de las sugerencia formuladas por las Salas de Gobierno. Aprobado en el Pleno extraordinario de los días 18 y 19 de julio de 2000.

## B) Ausencia de violencia o intimidación

En primer lugar debemos conceptualizar estos términos, y siguiendo a VIVES ANTÓN<sup>425</sup>, y respecto de la violencia, se distinguen varias clases.

Podemos distinguir una violencia propia, que resulta de la aplicación de la violencia física y otra impropia, que es el constreñimiento de la voluntad por otros medios. También una violencia directa que representa una inmediata “*vis in corpore*”. La jurisprudencia y un importante sector de la doctrina admite, en el delito de coacciones, otra indirecta, ejercida inmediatamente sobre cosas y que sólo de manera mediata puede repercutir sobre las personas.

Como señala MUÑOZ CONDE<sup>426</sup> “la violencia puede realizarse sobre la persona del sujeto pasivo del delito o sobre cualquier otra, aunque en este caso constituirá para el sujeto pasivo de la sustracción solo intimidación”. Lo decisivo es, únicamente, que esa violencia personal constituya un medio de realización del acto de apoderamiento de la cosa<sup>427</sup>.

También podemos señalar, como manifiesta ORNOSA FERNÁNDEZ<sup>428</sup>, que la intimidación se da no sólo cuando se emplea un medio que intrínsecamente implica la “*vis psíquica*” susceptible de producir el temor que constriña la voluntad de la víctima, sino también mediante la pronunciación de palabras, y realización de actitudes que, atendiendo a las circunstancias en que se pronuncian o realizan, son capaces de producir temor y el forzamiento del sujeto pasivo del delito.

Respecto la intimidación el Tribunal Supremo la define a partir del

---

<sup>425</sup> VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2010. pág.408 ss.

<sup>426</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 383

<sup>427</sup> STS 16 de diciembre de 1998. *ibídem*.

<sup>428</sup> ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal de menores*, Ob. Cit., pág. 272.



artículo 1267 y concordantes del Código Civil, entendiéndose que “se halla constituida por el anuncio de un mal inmediato grave, personal y posible que despierte o inspire en el ofendido un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado”<sup>429</sup>, añadiendo que “en cuanto al requisito de la importancia o relevancia de la acción intimidatoria hay que tomar en cuenta al hombre medio por lo que se debe excluirla (sic) cuando por su naturaleza sólo hubiera asustado a un necio o pusilánime”.

Con más exactitud, se puede caracterizar como “vis” compulsiva o psíquica, que causa temor en aquel al que se dirige, al representar la amenaza explícita o implícita, de un mal inmediato de suficiente entidad para vencer la voluntad contraria del sujeto contra el que se dirige y provocar, también inmediatamente, que este entregue la cosa o posibilite o no dificulte el acto de apoderamiento<sup>430</sup>. Nótese que se exige la amenaza de un mal suficiente para producir el temor deseado, mas no la idoneidad lesiva del medio o instrumento intimidatorio.

Al igual que la violencia, se puede dirigir contra el titular de la cosa o contra un tercero. Se distingue de la violencia en que esta representa una “vis” física dirigida contra las personas, mientras que, en la intimidación, aún en la llevada a cabo mediante el uso de la fuerza material, no llega a haber acometimiento personal.

Pues bien, siguiendo estos dos conceptos, vemos cómo podríamos entender que se podría desistir un procedimiento seguido por un delito de robo con fuerza en las cosas y no un delito de robo con violencia o intimidación.

---

<sup>429</sup> STS 24 de septiembre de 1986. (EDJ 1986/5729)

<sup>430</sup> STS 16 de diciembre de 1998, (EDJ 1998/27052)

Sin embargo, se debería realizar una conceptualización amplia del tema y evitar, en la medida de lo posible, situaciones un tanto desproporcionadas al tener imperativamente que proseguir un procedimiento hasta juicio por el mero hecho de la concurrencia de esta violencia o intimidación. Por ello la expresión “*tener en cuenta al hombre medio*” debería ponderarse en aquellos ataques que desde un punto de vista social, y valorando claro está, la situación de la víctima, así lo aconsejen. En este sentido, se deberá estar al caso concreto para valorar la potencialidad de esa violencia o intimidación a fin de continuar o no el procedimiento, permitiendo como regla general la aplicación de la oportunidad penal, y, tan solo, en casos excepcionales o de extrema gravedad imperativamente se impondrá la continuación del mismo.

Por ello será preciso que se realice una interpretación previa sobre si en el caso concreto existió o no esa violencia o intimidación hacia las personas, puesto que si no se deduce dicha presencia, el Fiscal estará facultado para desistir de la incoación del expediente. En todo caso, dicho análisis deberá tender siempre a posicionarse a favor de lo que resulte más beneficioso para el menor<sup>431</sup>.

### **C) Ausencia de haber cometido otros hechos.**

A este respecto, surge, en primer lugar, la duda de cómo se acredita que el menor no haya cometido otros hechos previamente, y si ello se puede constatar, o bien por que el menor ha sido denunciado anteriormente, o por que tenga sentencias firmes.

Esta diferenciación es importante, pues el menor, al que el Ministerio Fiscal le archiva el procedimiento, no consta como expedientado en ningún lugar, no será enjuiciado por esos hechos y por lo tanto, no tendrá una anotación en el registro central de sentencias firmes de menores.

---

<sup>431</sup> ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal de menores*, Ob. Cít.. Pág. 252-253.

Al tratarse de un procedimiento extra-procesal, en esta fase de diligencias preliminares, el Ministerio Fiscal tan sólo podrá ver si efectivamente el menor tiene o no alguna sentencia firme, o si le consta, por su conocimiento personal o registros propios de la Fiscalía, algún procedimiento abierto o finalizado (recordemos que tanto en preliminares como en reforma).

A este respecto, tratándose de procedimientos en trámite o finalizados en el trámite de diligencias preliminares, cabe plantearse la efectividad de su utilización.

Si un procedimiento se desiste en virtud del artículo 18 no se está realizando ningún juicio de valor sobre la actuación del menor ni tampoco ningún reproche penal, pues nos encontramos en un trámite extrajudicial que no ha dado lugar a ningún procedimiento judicial ni a ninguna imputación formal de hechos y que tampoco dejará rastro alguno en ningún registro más allá del sistema informático de registro de asuntos, donde el menor tendrá anotado en la Fiscalía correspondiente, que dicho asunto finalizó de esta manera. Dato que por otro lado, es de imposible acceso desde la sede de cualquier otra Fiscalía Provincial.

Ello es debido, fundamentalmente, en la división competencial recogida en el artículo 148 y 149 de la CE, donde las Comunidades Autónomas han ido adquiriendo competencias en materia de administración de Justicia. Esta circunstancia ha provocado que, en las diferentes comunidades autónomas, se tengan programas informáticos propios que hacen que la interconexión entre ellas sea del todo punto imposible. Las Fiscalías, en sus secciones de menores, utilizan programas informáticos de tramitación de procedimientos, en idéntico modo a los juzgados, que son proporcionados por cada Gobierno Autonómico, constatándose que los citados problemas en la jurisdicción de menores se siguen produciendo, y mientras no se trate de un menor con una sentencia firme, es del todo imposible saber si tiene o no otros procedimientos en trámite en otras

provincias. Además constatar que, debido a la configuración de los citados programas, es habitual que incluso en la misma Comunidad Autónoma, no estén interconectadas las Fiscalías entre si, y se den problemas de falta de comunicación al respecto.

A modo de ejemplo, se puede señalar que en las provincias costeras y con una gran movilidad geográfica, sobre todo durante los meses de verano, ocurren supuestos de menores que se trasladan allí, de forma ocasional, y escasos días, que cuando cometen algún acto delictivo tan sólo se puede acreditar los antecedentes policiales del menor, pero no si ha tenido o no expedientes en otra Fiscalía, más allá de las medidas firmes que haya podido cumplir, derivándose entonces, un verdadero acto de fe, el pensar que si no tiene antecedentes policiales es que no tiene expedientes de la misma naturaleza en otra provincia. Ni que decir tiene que si se trata de un menor extranjero, en el 99% de las ocasiones será su primer expediente, pues, si existen estos problemas a nivel de España, a nivel supranacional todavía es más difícil acreditar nada.

También se pueden citar los problemas que ocurren, en ocasiones, en cuanto al registro de asuntos, tanto de menores como de tipología delictiva, a la hora de ver y valorar estas circunstancias, pues no es de extrañar que determinados nombres (sobre todo los extranjeros), dependiendo de la pericia de la persona que lo registre puede dar lugar a varias búsquedas, con lo cual el problema citado anteriormente se amplifica, pues en una misma fiscalía se puede pasar por alto a un menor, cuando ya consta registrado. Aunque ya decimos que eso se debe, sobre todo, a un problema puntual y de error humano.

Por ello se hace necesario abogar por una necesaria implantación de un sistema único en todo el territorio nacional de un programa informático para las diferentes Fiscalías Provinciales. Todo ello, a fin de conocer si un menor tiene o no un procedimiento abierto en otra localidad y el estado del mismo, a similitud del reciente programa informático realizado por la FGE

en materia de protección de menores, el cual ha venido a solucionar, desde el año 2014, estos mismos problemas que se daban en el citado ámbito de actuación.

Cabría pensar, que cuando el Ministerio Fiscal desista de la incoación del expediente en virtud del artículo 18, es por que no cabe ninguna de las otras formas de sobreseimiento libre o provisional previstos en la LECrim, y que, por lo tanto, se cumplen los requisitos legalmente establecidos para promover la incoación del expediente de reforma, y en este momento el Ministerio Fiscal, ponderando todos los valores e intereses en juego, decide paralizar el procedimiento.

Como solución a este planteamiento la circular de la FGE 9/2011 manifiesta que “la referencia del art. 18 LORPM a que “el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza”, abre la posibilidad al desistimiento cuando hubiera antecedentes por hechos de naturaleza diversa. Sin embargo, la norma en este punto debe ser interpretada con prudencia y a partir de la consideración de que el desistimiento es un beneficio pensado para infractores primarios. De ese modo, la posibilidad de aplicar el desistimiento a quien le consten antecedentes, reviste carácter excepcional, pues no tendría sentido que partiendo de una estricta literalidad del precepto se favorezca a quien vaya acumulando diligencias abiertas por diferentes tipos penales” ya que también “como pauta general, la infracción adecuada al desistimiento será un hecho aislado que, por su propia naturaleza, no denote la presencia en el menor de factores criminógenos subyacentes, de riesgo social y de repetición de esa infracción penal u otras más graves, sino que responda más bien a una conducta antisocial puntual, propia de la adolescencia”.

Así, como presupuestos para poder apreciar por el Ministerio Fiscal esta posibilidad de desistir de la incoación del expediente podemos aceptar

los manifestados por GARCÍA INGELMO<sup>432</sup>, cuando habla de puntualidad del hecho, potencialidad o energía criminal.

Es bastante obvio que, para poder entender o apreciar que un menor ha cometido un hecho delictivo, por un hecho puntual y que no hay un riesgo de volver a incurrir en la citada conducta, se debe analizar si efectivamente se trata de eso, de un hecho puntual y que por su propia naturaleza no denota la presencia en el menor de factores criminógenos subyacentes, sino que responde más bien a una conducta antisocial aislada propia de la adolescencia. También, es evidente que se tiene que valorar en función de la mayor o menor energía o potencialidad criminal que despliegue el autor para su comisión.

Ahora bien, deberíamos añadir a estos presupuestos, y teniendo en cuenta la finalidad reeducadora de nuestra legislación, la comprensión del menor de su conducta y evidentemente, el conocimiento de la misma por parte de sus representantes legales.

Siguiendo a GARCÍA INGELMO<sup>433</sup>, es cierto que no es lo mismo una conducta de un menor que sustrae un determinado objeto de unos grandes almacenes motivado por el marketing tentador de los mismos, las ansias de los menores de poder jugar al último videojuego, o el boom social de determinadas marcas, que el hecho de un menor que sustrae al descuido una cartera de otra persona, pues la finalidad o el ánimo puede devenir totalmente diferente uno de otro, o incluso las lesiones provocadas en una discusión entre dos conocidos que finaliza a golpes, motivada por causas que pudieran parecer más o menos justificadas o en aquellos supuestos de noche de discoteca en la que se lían a golpes los menores sin ni siquiera conocerse.

---

<sup>432</sup> GARCÍA INGELMO, F. M., “Principio de oportunidad: pautas de aplicación. Desistimientos. Soluciones extrajudiciales” en *Estudios Jurídicos*, nº 2008, 2008.

<sup>433</sup> *Ibíd.*

Estas conductas demuestran una actuación de los menores que pudiera devenir de una mera travesura, discusión acalorada fruto de intereses contrapuestos, frente a un ánimo de sustraer determinados objetos o de lesionar a alguien por el mero hecho de “me ha mirado mal” ya que este último extremo sí que denota una conducta del menor poco normalizada y con un grave riesgo de recaer en otras.

Pero ello no sería suficiente para poder desistir del procedimiento y entender que efectivamente se ha producido la corrección del menor en su ámbito más cercano. Así, se debería interesar que los legales representantes del menor infractor sean advertidos de la conducta de sus hijos, para que de acuerdo a las reglas de “*un buen padre de familia*” utilicen los recursos que dispongan para reconducir o hacer ver las consecuencias de la mentada conducta.

Bastaría, por tanto, la identificación del menor y puesta a disposición de sus representantes legales por los agentes de la autoridad, con notificación del atestado policial o denuncia interpuesta, o la declaración en sede policial, o en su caso de Fiscalía, en calidad de imputado en presencia de sus legales representantes.

La práctica diaria, sin embargo, nos demuestra que los padres, en muchas ocasiones, no son conscientes de los actos de sus hijos, bien por dejadez, o bien porque no se les da toda la información. Entiéndase esta última aseveración como un defecto subsanable de nuestro procedimiento, pues muchas de las notificaciones que se emiten, o bien van dirigidas tan sólo al menor como responsable de su conducta, o son tan genéricas que los padres no llegan a comprender la realidad de los hechos acaecidos. O incluso, si lo son, ante el miedo de la repercusión del procedimiento, pueden manifestar que su hijo ha sido ya reprimido en el ámbito familiar, esperando con ello una pronta finalización del procedimiento, y sin que realmente ello se haya producido. O de otro modo, en el caso de haberse producido ese reproche familiar, que el mismo no haya sido ajustado al hecho cometido, o

que ante la falta de habilidades parentales de los progenitores el castigo en lugar de surgir tal efecto haya servido para envalentonar al agresor.

Bastan como ejemplo los supuestos tan actuales cometidos a través de los servicios de mensajería de los teléfonos móviles, en los cuales los menores se pueden transmitir de unos a otros imágenes de iguales en ropa interior, desnudos o casi desnudos o en actitudes sexuales<sup>434</sup>. Los padres llegarán a conocer que sus hijos han tenido en su poder determinadas fotografías o videos, pero no llegan a hacerse una idea del contenido de los mismos, siendo ruborizados y escandalizados en sede de Fiscalía cuando tienen conocimiento de las fotografías y/o videos que sus hijos utilizaban y transmitían; o aquellos supuestos de agresiones entre menores en las que los progenitores en muchas ocasiones tienden a defender la conducta de su hijo ya que, “está mal lo que hizo, pero él solo se defendió, ¿qué quería que hiciera?”

Quizás esta facultad de corrección familiar, que se pretende esté a caballo entre el procedimiento de reforma y el procedimiento de protección. En nuestro sistema de justicia juvenil, una de las diferentes facultades que se otorgan y que pueden dar cabida a esas pretensiones sería que, una vez incoado el procedimiento, cuando se produce el archivo del mismo, tanto a tenor del informe del equipo técnico como de una hipotética conciliación, se hiciera necesaria una participación del menor, sus representantes legales y una acreditación de que el reproche a su conducta ha sido el necesario, adecuado y proporcionado.

Por ello, y a tenor de los antecedentes legislativos y los debates parlamentarios de la original redacción de este artículo, podemos concluir que se ha deslegitimado esa “*corrección en el ámbito familiar*”, toda vez

---

<sup>434</sup> Conductas que hoy en día, a raíz de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, se encuentran tipificadas bajo la figura del “*sexting*” (artículo 197.7 del actual Código Penal).



que, como ya se acaba de exponer, nadie garantiza que esa corrección se produzca. Y evidentemente, con la actual redacción no se puede interpretar de otro modo, que dependerá del caso concreto, el que el Ministerio Fiscal, aplique o no el desistimiento.

También debemos realizar mención a la *corrección en el ámbito educativo*, en lo que concierne a la convivencia entre los alumnos, éstos y el profesorado, sobre todo en supuestos de acoso escolar, bulling, conductas disruptivas en el aula o agresiones a profesores, ya que estamos asistiendo a un movimiento legislativo tendente al reconocimiento de esta figura. Aunque en el ámbito territorial del Ministerio de Educación y Ciencia, el Real Decreto 732/1995<sup>435</sup>, no contiene ninguna mención a la misma, diversas regulaciones autonómicas posteriores sí lo hacen expresamente, incluyendo varias de ellas una regulación bastante completa de principios y procedimientos<sup>436</sup>, estableciéndose, por tanto, como necesario que se

---

<sup>435</sup> Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los Alumnos y las normas de convivencia en los Centros BOE 131/1995, de 2 junio 1995 ref. Boletín: 95/13291, (EDL 1995/14033).

<sup>436</sup> Decreto 19/2007, de 23 de enero, por el que se adoptan medidas para la promoción de la Cultura de Paz y la Mejora de la Convivencia en los Centros Educativos sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 25/2007, de 2 febrero 2007, C.e. BOJA num. 54, de 16 de marzo de 2007, EDL 2007/3147), el Decreto 249/2007, de 26 de septiembre, por el que se regulan los derechos y deberes del alumnado y normas de convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos del Principado de Asturias (BOPA 246/2007, de 22 octubre 2007, EDL 2007/166002, particularmente artículos 29 a 32), el Decreto 51/2007, de 17 de mayo, por el que se regulan los derechos y deberes de los alumnos y la participación y los compromisos de las familias en el proceso educativo, y se establecen las normas de convivencia y disciplina en los Centros Educativos de Castilla y León (BOCL 99/2007, de 23 mayo 2007, C.e. BOCL num. 185, de 21 de septiembre de 2007, EDL 2007/35914, particularmente artículos 41 a 47), la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación (BOE 189/2009 de 6 de agosto de 2009 Sec. I. páginas 67041 y ss, artículos 30.5, 31 y 32) y Decreto 279/2006, de 4 de julio, sobre derechos y deberes del alumnado y regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña (DOGC 4670/2006, de 6 julio 2006, EDL 2006/88709, particularmente artículos 23 a 28), Decreto 50/2007, de 20 de marzo, por el que se establecen los derechos y deberes del alumnado y normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE 36/2007, de 27 marzo 2007, EDL 2007/15705, particularmente artículos 54 a 58), Decreto 201/2008, de 2 de diciembre, sobre derechos y deberes de los alumnos y alumnas de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV 240/2008, de 16 de diciembre de 2008, EDL 2008/222213, disposición adicional séptima) o Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell de la Generalitat Valenciana, sobre

produzca esta regulación, pues la corrección en el ámbito educativo y familiar que se propugnaba en la fase de diligencias preliminares podría alcanzarse desde esta vía, o bien conseguir que desde el ámbito escolar se produjera esa mediación que pusiera fin al procedimiento.

No se admite de contrario, lo manifestado por LÓPEZ LÓPEZ<sup>437</sup>, que en este momento de diligencias preliminares se deba pedir informes al equipo técnico, de los organismos públicos de protección de menores o de la policía, sobre la situación del menor, personal, social y familiar, así como de los antecedentes delictivos de los mismos, pues entonces estaríamos desvirtuando el propio artículo 18, e incurriendo en el error de volver a aquel postulado que el legislador eliminó del texto original de la norma. Ya que en base a una mejor situación económica o estatus familiar, se podría condicionar el hipotético desistimiento en este momento del procedimiento. Recordemos que en esta fase, lo que se pretende es realizar una criba de asuntos, eliminando aquellos delitos de bagatela en los que se ven involucrados menores infractores primarios y en los que no se ha empleado ni violencia ni intimidación. Por lo tanto, y a expensas que en este momento no existe una imputación formal de ningún delito, parece ilógico que se vincule ese desistimiento a una mejor o peor situación socio familiar, y por lo tanto parece más correcto e igualitario para todos los menores, que se atienda a circunstancias reales y evidentes como el hecho cometido y si el menor tiene o no antecedentes por hechos similares. Cualquier otro planteamiento, al menos en esta fase, entendemos que desvirtúa el sentido de la misma y crearía una mayor inseguridad jurídica, ya que pudiera parecer que se actúa a prevención de nuevas conductas delictivas y con presunciones de culpabilidad vinculadas a la situación personal o familiar

---

la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios (DOCV 5738/2008, de 9 de abril de 2008, EDL 2008/16650, en particular el artículo 7)

<sup>437</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La Ley Penal del Menor y el Reglamento para su aplicación*, OB. Cit., pág. 165.

del menor.

Además y siguiendo los criterios expuestos en la Circular de la FGE 9/2011, también se pueden tener en cuenta otras variables a la hora de optar por la aplicación del principio de oportunidad, como sería el tiempo transcurrido desde que se cometieron los hechos, que el menor denunciado haya alcanzado ya la mayoría de edad o cuando existan perjuicios patrimoniales, se tendrá que valorar, si efectivamente se ha procedido a satisfacer o reparar a la víctima. Como vemos, el criterio del transcurso del tiempo desde que se cometió la infracción, incide de nuevo en la celeridad. También a la carencia de efectos reeducativos sobre el menor denunciado, ya que, cuando éste ya ha alcanzado la mayoría de edad, poco o nada se puede hacer desde el punto de vista reeducativo. Y finalmente, si se han resarcido los daños causados o indemnizado a la víctima, lo cual no deja de ser un factor a tener en cuenta, pero en su justa medida, pues en este supuesto, si que se puede beneficiar a una familia con más o menos recursos en detrimento de otra. Pero en todo caso, la voluntad de ello, es la que debe primar, en la justa medida de la realidad de cada familia, demostrándose que el hecho que el menor haya indemnizado a la víctima, debe presuponer una asunción de responsabilidad y un presupuesto del arrepentimiento, y corrección sufrida.

Si se tiene en cuenta que este principio, como ya se ha explicado anteriormente, se pensó, en cierta manera, para evitar la criminalidad de bagatela y excluir aquellos supuestos que por su escasa entidad no hubieran tenido nunca que llegar al Código Penal, de *lege ferenda* cabría incluso plantearse, desde criterios restaurativos, que sería más acorde modificar la denominación del artículo en el sentido de “desistimiento atendiendo a las circunstancias del menor y a la irrelevancia del hecho”, toda vez que la finalidad de corrección familiar o educativa se ha desvirtuado en este momento al carecer de formas de control. Esta corrección, si que podría ser advertida en el resto de fases del procedimiento, en virtud de los medios que se disponen, como es la intervención del equipo técnico.

Sin embargo, *de lege data*, sería más adecuado que fuera mínimo el uso del citado desistimiento<sup>438</sup>, limitándose sólo a aquellos supuestos de escasa entidad, como pudieran ser los delitos leves, ponderando en este caso efectivamente la nimiedad de los hechos acaecidos, y que el resto de asuntos, por una correcta aplicación del “*interés superior del menor*” y de la función correctora y reeducadora que inspira la LORPM, fueran derivados a la incoación del oportuno expediente de reforma y que tras el trámite del informe del equipo técnico se realizara una valoración de la necesidad de continuar o no el expediente, pues no es lo mismo hurtar una pulsera de 1 euro o hurtar una video consola de 399 euros. Decimos que debería ser tras el informe del equipo técnico, porque es la única forma de salvaguardar que efectivamente se ha producido esa corrección en el ámbito familiar y que la misma ha quedado acreditada. Todo ello sin perjuicio de que se fomentara esa intervención desde los sistemas educativos para atajar y responder ante determinadas conductas cometidas dentro de dicho ámbito.

### **3.4. Consecuencias del desistimiento**

La primera consecuencia del desistimiento, y es quizás la más evidente, es que se da por finalizado el procedimiento contra la persona denunciada. Ahora bien, como no se han utilizado los supuestos de sobreseimiento recogidos en la LECrim (artículos 637 y 641), lo que se debe entender es que al menos, existen indicios de la comisión de un hecho delictivo y hay un autor menor de edad conocido. Por lo tanto, el desistimiento de la incoación del expediente implica que el menor ha tenido participación en el delito, no considerándose necesario continuar con el procedimiento por las razones anteriormente estudiadas.

De todas maneras, esta finalización del procedimiento no conlleva que necesariamente el menor no tenga una respuesta, pues conforme

---

<sup>438</sup> En contra de este criterio nos podemos encontrar con el Dictamen 4/2013 de la FGE que será objeto de estudio en otro momento posterior.

establece el artículo 3 de la LORPM se dará traslado a la entidad pública de protección de menores a los efectos que se valore y se apliquen las normas de protección recogidas en el Código Civil y legislación autonómica de desarrollo de la normativa estatal de protección a la infancia<sup>439</sup>, conforme ya se ha explicado anteriormente.

Como ya se ha comentado, al tratarse de una fase pre-procesal que finaliza con un decreto del Ministerio Fiscal, nada obstaría a que la parte pudiera volver a presentar nueva denuncia por los mismos hechos que han motivado el procedimiento desistido y contra idéntica persona. Tan solo se entiende que es viable este supuesto si se realiza antes que el hecho denunciado hubiere prescrito<sup>440</sup>. En este supuesto es bastante obvio que el Ministerio Fiscal debería desestimar de plano la nueva denuncia por haber finalizado ya el procedimiento anterior con una resolución motivada de desistimiento. Sin embargo, se podría dar el caso que esa nueva denuncia aportara hechos nuevos que en su momento no se tuvieron en cuenta para calificar la conducta del infractor, y que de esos hechos nuevos se pudiera tipificar alguna conducta que quedara fuera del artículo 18 de la LORPM. En este caso, y siempre que el hecho delictivo no hubiera prescrito, se podría volver a aperturar el procedimiento, y sin tener en cuenta el desistimiento previo, instruir el citado procedimiento y depurar en su caso las hipotéticas responsabilidades.

Otra de las consecuencias es que al ser el Decreto del Ministerio Fiscal irrecurrible, y por tanto firme desde el momento en el que se dicta, el perjudicado ve cerrada la vía del procedimiento penal para resarcirse de sus pretensiones y debe acudir a la jurisdicción civil para el ejercicio de las mismas.

---

<sup>439</sup> También, en ese sentido GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C (coord.) *Comentarios a la ley penal del menor (conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)* Iustel, 2007, pág. 209.

<sup>440</sup> En este sentido la Circular 9/2011 de la FGE.

En cuanto a la prescripción de las acciones civiles, debemos estar a lo establecido en el Código Civil<sup>441</sup>, el que se establece que prescribirán por el mero lapso de tiempo fijado por la Ley<sup>442</sup>, mientras que las derivadas de la responsabilidad civil ex delicto tiene un plazo de quince años<sup>443</sup>, excepto algunas más especializadas, como la responsabilidad extracontractual derivada de actos sujetos al seguro de circulación de vehículos a motor en el ámbito del seguro obligatorio que prescribirá al año<sup>444</sup>.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>445</sup>, el procedimiento penal interrumpiría esta prescripción, volviéndose a contar desde que las acciones civiles se pudieron ejercitar, que sería la notificación al perjudicado de la resolución firme del procedimiento penal. Sin embargo, como en esta fase nos encontramos con una situación pre-procesal, no se puede decir que los actos realizados en la misma interrumpen el procedimiento, entendiéndose, por tanto, que el periodo para el ejercicio de las acciones civiles computa desde que se cometió el hecho. A este respecto, se puede dar la paradoja que unos perjudicados por un hecho sujeto al seguro de circulación de vehículos a motor, denuncien ante la fiscalía estos hechos y estando a expensas de la resolución del Fiscal, vean como les transcurre casi la mitad de su plazo de prescripción y se resuelve su pretensión con un decreto de desistimiento.

Como ya hemos dicho, al tratarse de una fase pre-procesal los plazos

---

<sup>441</sup> Artículos 1902 y siguientes.

<sup>442</sup> Artículo 1961 del Código Civil.

<sup>443</sup> Artículo 1964 del Código Civil: “La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince.”

<sup>444</sup> Artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (TRLRCSVM): “[...] Prescribe por el transcurso de un año la acción directa para exigir al asegurador la satisfacción al perjudicado del importe de los daños sufridos por éste en su persona y en sus bienes. [...]”.

<sup>445</sup> STS de 16 de marzo de 2010 (EDJ 2010/21688); STS 896/2011, de 12 de diciembre (EDJ 2011/340848); STS de 3 de mayo de 2007 (EDJ 2007/28945); STS nº 386/2010, de 16 de junio (EDJ 2010/152956). Y respecto de la firmeza de la sentencia se puede citar la STC 19 de julio de 2004. (EDJ 2004/92366).

de prescripción no se interrumpirían y el perjudicado tendría solo el tiempo que le restase, desde el hecho hasta que se cumpla el plazo de 1 año, para reiterar su pretensión ante la jurisdicción civil.

Sin embargo, rara vez el Ministerio Fiscal extenderá la instrucción de unas diligencias preliminares tanto tiempo para finalmente dictar un decreto de desistimiento, aunque pudiera darse el caso.

En este sentido, si la finalización anticipada del procedimiento puede verse con buenos ojos por el menor denunciado, no se verá igual por el menor víctima. La víctima puede llegar a comprender que el menor queda impune del hecho cometido; puede comprender, pero extrañarse, que se le cierren las puertas del procedimiento penal, para verse resarcido, al menos económicamente del hecho sufrido; y mayor será su indignación y desengaño, cuando vea que el procedimiento civil al que se ve abocado, le va a suponer que tenga que sufragarse un abogado, procurador y hacer frente a las tasas judiciales para reclamar una indemnización.

Finalmente, y como una hipotética consecuencia de este desistimiento y una de las situaciones que pudiera tener acomodo en nuestro ordenamiento jurídico podemos señalar la comparecencia que se realiza en los Juzgados para que se dicte un auto en el que se establezca una cuantía líquida máxima que se pueda reclamar por hechos cometidos con vehículos a motor y que se encuentran cubiertos por el seguro obligatorio.

Este supuesto se viene realizando en la Fiscalía provincial de Castellón, sin que tenga un símil en otras Fiscalías. Así, en aquellos supuestos que provienen de infracciones cometidas con vehículos a motor y susceptibles de estar sujetas al Seguro obligatorio de estas actividades, en virtud del artículo 13 del TRLRCSCVM<sup>446</sup>, una vez se ha desistido de la

---

<sup>446</sup> Artículo 13 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de

incoación del correspondiente procedimiento, se interesa del Juzgado que decrete un auto denominado en la práctica forense como “auto de cuantía máxima”, por el cual se determine la cantidad líquida máxima que se pueden reclamar las partes y que estaría obligado a satisfacer el asegurador, ya que la misma sirve para que las partes puedan transaccionar y que las compañías aseguradoras procedan a indemnizar, o bien que se determine la cuantía máxima reclamable por la que se podrá acudir a la vía civil

En puridad este procedimiento no encuentra acomodo legal alguno en la LORPM, pues si bien no ha llegado ninguna resolución a las Audiencias Provinciales, en algunas Fiscalías, al intentarse este procedimiento, la respuesta siempre ha sido que el Juzgado de Menores solo puede conocer de un procedimiento incoado como expediente de reforma y que el Juez de Menores no esta legitimado ni capacitado para resolver esta pretensión<sup>447</sup>. Muchos Juzgados de Menores lo que vienen a manifestar es

---

Vehículos a Motor (TRLRCSCVM). En este sentido el artículo reza de la siguiente forma: “cuando en un proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos a motor, se declare la rebeldía del acusado, o recayera sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, si el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, antes de acordar el archivo de la causa, el juez o tribunal que hubiere conocido de ésta dictará auto, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que pueda reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria y según la valoración que corresponda con arreglo al sistema de valoración del anexo de esta Ley. El auto referido se dictará a la vista de la oferta motivada o de la respuesta motivada del asegurador o del Consorcio de Compensación de Seguros, y contendrá la descripción del hecho, la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de estos. En todo caso, antes de dictarse el auto, si en las actuaciones no consta oferta motivada o respuesta motivada según las prescripciones de esta Ley, el juez convocará a los perjudicados y posibles responsables y sus aseguradores, incluido, en su caso, el Consorcio de Compensación de Seguros, a una comparecencia en el plazo de cinco días, a fin de que pueda aportarse la oferta o la respuesta motivada, o hacerse las alegaciones que consideren convenientes. Si en la comparecencia se produjera acuerdo entre las partes, el mismo será homologado por el juez con los efectos de una transacción judicial. De no alcanzarse el acuerdo, se dictará auto de cuantía máxima en el plazo de tres días desde la terminación de la comparecencia y contra el mismo no podrá interponerse recurso alguno.”

<sup>447</sup> Estos argumentos se han extraído de las diferentes reuniones anuales de Fiscales Delegados de Menores celebradas en los últimos años, donde se ha puesto de manifiesto



que el Fiscal incoe un expediente de reforma, momento en el que el Juez ya tiene conocimiento del asunto, y que posteriormente se dicte un Decreto de archivo por el Fiscal pidiendo la citada resolución de cuantía máxima. En ese momento el Juzgado de Menores, según este criterio, ya tendría conocimiento del asunto y podría resolver la pretensión. Se discrepa de este argumento, pues el mismo implicaría que las facultades de archivo ya se escapan del Ministerio Fiscal y que se debería fundamentar por una hipotética conciliación (que se entiende imposible al haber una gran cuantía económica en juego), o por las circunstancias del menor en base al informe del equipo técnico (estableciéndose ya otros valores que entran en juego, más allá de la conducta denunciada).

Pero, como decimos, esta respuesta no se ha conseguido de ninguna Audiencia Provincial. Sin embargo, en el Juzgado de Menores de Castellón se ha venido admitiendo este procedimiento en base al citado artículo 13 que manifiesta que “el juez o tribunal que hubiere conocido de ésta (entiéndase procedimiento penal) dictará auto”, constatándose por tanto, que el Juez de Menores, será quien debe dictar ese Auto, al ser el juez que hubiere conocido del procedimiento penal. La ley expresamente habla de Juez o Tribunal, vetando por tanto esta posibilidad al Ministerio Fiscal, quien, a pesar de ejercitar en este acto funciones instructoras, no tiene esta consideración. Por ello, desde la Fiscalía Provincial de Castellón se viene entendiendo que el Juez competente, por ser quien hubiere conocido del procedimiento, es el Juez de Menores.

Decimos que no es una cuestión pacífica, y somos conscientes de ello, pero en el momento de redacción de este trabajo no se ha constatado ninguna resolución de ninguna Audiencia Provincial en uno u otro sentido, ni tampoco otros Juzgados de Menores que tramiten este procedimiento.

---

este extremo, resultando que al tantear a los diferentes juzgados sobre este parecer se les ha manifestado una negativa a tramitar el procedimiento, sin que ello haya dado lugar a resolución alguna.

En nuestro criterio nos parece correcta y lógica la aplicación de este procedimiento pues se cumplen los mismos requisitos que en la jurisdicción de adultos.

### **3.5. Conclusiones**

La LORPM se configura como una norma procesal penal, sin embargo en este primer momento guarda silencio sobre la actuación del Ministerio Fiscal y la regulación de esta primera fase procesal.

Tradicionalmente esta primera fase se ha configurado como una proyección de las diligencias de investigación penal, llegando incluso a trasladarse sus postulados a la jurisdicción de menores. Ello es así, pues en este momento, al igual que en las diligencias de investigación penal, es el Ministerio Fiscal quien debe tomar una decisión en el procedimiento, si admite o no a trámite la denuncia ante él presentada y judicializa o no el asunto.

Sin embargo, en la jurisdicción de menores esta fase alcanza otro significado más importante, pues si bien en las diligencias de investigación penal siempre le quedará a la parte acudir, por su cuenta y riesgo, al procedimiento penal, en las diligencias preliminares esta posibilidad se le puede cerrar en banda por una decisión del Ministerio Fiscal. Decisión que como ya se ha visto anteriormente, podría verse, incluso, como un ataque al principio de seguridad jurídica, al ser irrecurrible.

Por ello debemos tener en cuenta una serie de consideraciones para esta fase.

En primer lugar y admitiendo que se trata de una fase preprocesal, se admite unánimemente el nombre de diligencias preliminares, pero configurándose las mismas dentro de una posibilidad instructora del Ministerio Fiscal reconocida en una Ley Orgánica de marcado carácter procesal. Por ello, se debe entender que se les da carta de naturaleza y se

establecen desde un punto de vista intermedio entre las diligencias de investigación penal del Ministerio Fiscal y un procedimiento propiamente dicho.

A este respecto, si bien se comparte que las diligencias preliminares se deben configurar de una forma sumaria, en la que tan solo se proceda a valorar la realidad de lo denunciado, si reviste caracteres de delito y nos encontramos con una persona menor de edad determinada y perfectamente filiada, vemos como la labor instructora del Ministerio Fiscal debe ir encaminada a este fin.

Y en segundo lugar obtener, la filiación del menor denunciado, ya que en muchas ocasiones la práctica nos demuestra que la misma viene incompleta.

La brevedad de esta fase viene determinada por el propio precepto de la LORPM que las regula de una forma escueta, por la faceta reeducadora de la ley y también por los cortos plazos de prescripción del artículo 15 LORPM.

En cuanto a las soluciones extrajudiciales que se plantean en estos supuestos, vemos cómo si admitimos, como ya se ha analizado anteriormente, una hipotética actuación mediadora de la policía, el Ministerio Fiscal, a pesar de haberla autorizado anteriormente de forma verbal, en este momento debería ratificar la misma, valorando su correcta realización y dando por finalizado el procedimiento.

Ahora bien, en el supuesto de no haberse realizado esta mediación previa, se debería limitar el uso del principio de oportunidad a supuestos muy concretos, demostrándose su uso esporádico, ya que, en modo alguno, se puede acreditar esa corrección en el ámbito educativo o familiar que propugna el artículo 18 de la LORPM.

Por ello sería más acorde modificar la denominación del artículo en

el sentido de “*desistimiento atendiendo a las circunstancias del menor y a la irrelevancia del hecho*”

De la propia evolución de los menores, y partiendo de criterios educativos, no se puede equiparar a un menor de edad con un adulto, a pesar que ambos sustraigan un objeto de escaso valor, pues si bien sobre un adulto puede verse que no procede aplicar sanciones reeducativas, respecto de un menor sí que sería aconsejable aplicarlas y reconducir su conducta.

Como se ha anticipado antes y señala GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER<sup>448</sup>, “*llegamos a los Tribunales para que éstos decidan que es posible suspender el procedimiento si existen y son viables otras posibilidades*”.

Por ello, y volviendo al debate de si en la jurisdicción de menores se debe mantener la penalización de los delitos leves, entendemos que sí, evidentemente, en idéntico sentido que para un adulto, pues educativamente hacia el menor infractor se hace necesario hacerle ver las consecuencias de sus actos. Sin embargo, no se comparte con el actual sistema una unidad de procedimiento para los delitos leves y el resto de delitos.

Así, los delitos leves y siguiendo con las directrices marcadas en la Circular 9/2011 de la FGE, se deberían agilizar lo máximo posible. Por ello, en la fase en la que nos encontramos no es descartable la aplicación del principio de oportunidad, pero entendemos que no debe ser la generalidad de los supuestos. Ello puede provocar el fenómeno adverso al interesado y es que se potencie esa sensación de que como se es menor se es más impune.

Así se podría desistir en aquellos supuestos, y partiendo siempre de la premisa que el menor es delincuente primario, de delitos leves, en los

---

<sup>448</sup> En este sentido GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., “Características principales de la ley orgánica ...”, Ob. Cit, pág. 143.

cuales existe una verdadera voluntad de la víctima de no denunciar el procedimiento, al haberse arrepentido el menor *ipso facto*. Por ejemplo<sup>449</sup>, un menor que sustrae un objeto de escasa cuantía de un centro comercial y al haberse visto sorprendido “*in fraganti*”, devuelve intactos los objetos sustraídos con un arrepentimiento claro y patente, manifestando el perjudicado su voluntad de no denunciar. O bien aquellos supuestos de sustracción al descuido de un terminal de telefonía, de escaso valor, que el menor devuelve por iniciativa propia al perjudicado al percatarse de su conducta, y sin haber causado desperfecto u otro perjuicio más allá de la mera sustracción. También cabría el supuesto de un accidente de circulación con una imprudencia menos grave en el cual lo único en juego son las hipotéticas responsabilidades civiles.

Entendiéndose por tanto que en el resto de asuntos se debería incoar el oportuno expediente de reforma y ser por medio del equipo técnico cuando se valore si procede o no realizar alguna actividad restaurativa o bien no continuar el procedimiento.

También se considera que, dada la peculiaridad del sistema de menores y de la fase en la que nos encontramos, se debería establecer una forma de control clara y patente a la actuación del Ministerio Fiscal, evitando así que se puede devenir en una decisión arbitraria del mismo y que al ser irrecurrible, las partes pueden verse afectadas sin posibilidad de interponer recurso alguno. Pudiéndose en este caso aplicar la formula antes manifestada, de reiterar la petición al Fiscal jerárquicamente superior (entiéndase el Fiscal Jefe Provincial respectivo, o en su caso, si se han delegado las competencias, y no se trata de un decreto del mismo, al Fiscal delegado de la Sección de menores respectivo) a fin que valore si la decisión

---

<sup>449</sup> Entiéndase la relación de supuestos que se describe como meros ejemplos de conductas de escasa relevancia en los que se podría aplicar este principio de oportunidad. En modo alguno se pretende realizar una descripción tasada de los mismos, tan solo a modo de ejemplo.

es correcta o no. Además conforme lo manifestado, aquí sí que cabría la posibilidad, ante esta decisión de acudir a la vía contenciosa, ante una segunda resolución contraria a sus intereses.

Además, se entiende que en esta fase en la que nos encontramos y en los supuestos derivados de infracciones cometidas por vehículos a motor y/o ciclomotores sujetos al régimen del seguro obligatorio, cabe ante el desistimiento del Ministerio Fiscal, remitir las actuaciones al Juzgado de Menores a fin que incoe un procedimiento de reforma para dictar el auto en el que determine la cuantía máxima líquida que se puedan reclamar las partes.

Finalmente, conforme ya se ha manifestado, se hace necesario abogar por una necesaria implantación de un sistema único en todo el territorio nacional de un programa informático para las diferentes Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales. Todo ello, a fin de conocer si un menor tiene o no un procedimiento abierto en otra localidad y el estado del mismo, a similitud del reciente programa informático realizado por la FGE en materia de protección de menores, el cual ha venido a solucionar, desde el año 2014, estos mismos problemas que se daban en el citado ámbito de actuación.

#### **4. FASE DE EXPEDIENTE DE REFORMA**

##### **4.1. Naturaleza jurídica del expediente de reforma**

Como ya se ha mencionado anteriormente, la fase de diligencias preliminares se configura como una fase pre-procesal. La LORPM tan sólo le dedica el artículo 16 y su escueto enunciado. Sin embargo, no sucede lo mismo con la fase del expediente de reforma. Esta fase ya se configura como una fase procesal a todas luces, y sin discusión al respecto, pues es en el momento de incoarla cuando se le da traslado al Juez de menores y comienza su participación en el procedimiento, aunque de una forma limitada, ya que carece de funciones instructoras.

Decimos limitada pues, el Juez de Menores, sin perjuicio de dictar cuantas resoluciones le correspondan sobre la conclusión de la instrucción, sólo puede adoptarlas a instancias del Ministerio Fiscal. También, porque el Juez de menores no se configura en modo alguno como un Juez instructor, sino que tiene más similitudes con un Juez de Garantías<sup>450</sup>, ya que puede intervenir tan solo en aquellos supuestos de diligencias que se tengan que practicar que afecten a Derechos Fundamentales del menor, y para adoptar, en su caso, una medida cautelar.

En este sentido podemos ver como se plasma el principio acusatorio en la jurisdicción de menores, pues, este principio es el que informa quien inicia el proceso y fija su objeto, cosa que con la entrada en vigor de la LORPM se le atribuyó al Ministerio Fiscal como novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, y no a un Juez instructor. Sin embargo, al ser el Juez quien fije esos hechos tras el juicio de acusación<sup>451</sup> (auto de apertura de juicio oral), se garantiza que sea en persona ajena a quien instruye el procedimiento. De ahí que conste perfectamente acreditada la vigencia de este principio acusatorio.

Como señala ALVAREZ ALARCON<sup>452</sup> la doctrina del TC que ha de servir para interpretar la LORPM se centra en que:

“1)La intervención de los jueces tiene naturaleza penal, y por lo tanto la LORPM tiene naturaleza penal. 2) El menor puede ser sujeto activo de una infracción penal. 3) El procedimiento corrector,

---

<sup>450</sup> Sin ánimo de entrar a analizar el contenido de esta figura, se puede esbozar que la diferencia entre el Juez instructor y el Juez de Garantías radica, fundamentalmente, en que el Juez instructor practica cuantas diligencias de instrucción considera oportunas, mientras que el Juez de Garantías tan sólo se limita a controlar que las diligencias instructoras practicadas por otro órgano, en este caso el Ministerio Fiscal, cumplen con las garantías constitucionales, pronunciándose al respecto cuando así le requieren las partes.

<sup>451</sup> En este sentido CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hacia un nuevo proceso penal Ob. Cit. págs. 213 y ss.

<sup>452</sup> ALVAREZ ALARCÓN, A. “El enjuiciamiento penal de los menores” en RUIZ RODRIGUEZ, L. R., y NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coords.) *Menores. Responsabilidad penal y atención social*, Tirant lo blanch. 2004, págs. 303 y ss.

diferente al procedimiento ordinario, solo se establece para menores. 4) Algunos de los principios del proceso penal ordinario son atenuados, como el de publicidad y juez imparcial, contradicción y acusación. 5) El Juez no tiene por que tener limitada su libertad de calificación de los hechos por las condiciones sociales y morales del menor, pero si por la tipificación penal, del mismo modo que se ha de guardar la correlación que existe entre delito y falta (ahora delito leve) con las medidas para ello previstas. 6) Se declara congruente el limite absoluto de las medidas reeducadoras en la mayoría de edad civil. 7) La flexibilidad en la adopción de las medidas se traduce en la posibilidad de su revisión y de su mantenimiento, debido a que no son penas retributivas, y no se podrán agravar si no es por medio de un nuevo procedimiento”.

Estos puntos, establecidos por el autor, de acuerdo a diferente normativa constitucional, tienen su paralelismo y manifestación en la LORPM, así la misma se configura como una ley penal, aunque de marcado carácter procesal y con todas las garantías de ello.

Sin embargo, no debemos caer en el error de entender que es una fase procesal en idénticos términos que en la jurisdicción de adultos, ni muchísimo menos como en ocasiones se ha manifestado que las diligencias preliminares son a las diligencias previas lo que el expediente de reforma es al procedimiento abreviado.

Ciertamente, la jurisdicción de menores no tiene ese paralelismo con la de adultos, ni se le debe buscar. Son jurisdicciones diferentes, y, estableciéndose la de menores como una jurisdicción especial y especialísima, en lo no regulado en su norma básica, la LORPM, se deberá acudir supletoriamente a la LECrim, conforme reza su disposición final primera.



Ya la LECrim en su origen estableció la distinción entre el Juez que instruye la causa y el Juez que decide o sentencia. A raíz de la STC 145/1988<sup>453</sup>, se declaró inconstitucional que un mismo juez instruyera y juzgara, de ahí que se separaran las competencias de instruir y de juzgar en dos órganos diferentes. Con la entrada en vigor de la LORPM vemos como se mantuvo ese criterio, pero en órgano diferente del Juez instructor. Así en virtud de este principio acusatorio, no puede acusar el mismo órgano que sentencia, estableciéndose el Ministerio Fiscal como garante de este principio en la jurisdicción de menores. Como señala GÓMEZ COLOMER<sup>454</sup>, “es tan elemental esta consecuencia que ni siquiera existe una norma constitucional que la recoja expresamente”.

Como señala GIMENO SENDRA<sup>455</sup> la consolidación del principio acusatorio exige que la instrucción sea llevada por el Ministerio Fiscal y ello fundamentalmente, por que aunque sea un “órgano colaborador de la Jurisdicción”, es al propio tiempo, una parte desprovista de independencia judicial y, por tanto, de capacidad para generar actos de prueba sumarial anticipada. [...] para ello se potenciará el principio de que la prueba ha de surgir en el juicio oral bajo la inmediación del tribunal sentenciador”.

Cosa diferente es que se configure el Ministerio Fiscal como figura clave y exclusiva de la instrucción del procedimiento y no un Juez instructor que actúe de oficio o a instancia de las partes, pero ello en nada afecta a la salvaguarda de este principio ya que en todo momento la faceta instructora del Ministerio Fiscal esta protegida por el control que se realiza desde el Juez de Menores, y también, desde la misma configuración del Fiscal,

---

<sup>453</sup> Sentencia núm. 145/1988 de 12 julio (EDJ 1988/461).

<sup>454</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., en GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTERO AROCA, J. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I*, Ob. Cit., pág. 34.

<sup>455</sup> En este sentido GIMENO SENDRA, V., en BACIGALUPO. E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E., *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Thomson Aranzadi, 2005. Pág. 37.

sometido al principio de legalidad y dependencia jerárquica<sup>456</sup>.

Según BACIGALUPO<sup>457</sup> este principio de dependencia jerárquica, por si solo, puede justificar que el Ministerio Fiscal tenga un plus de control, ya que su actuación puede conllevar sanciones disciplinarias si se aparta de sus principios básicos de actuación o si, por ejemplo, supera los plazos establecidos para la tramitación de un procedimiento. El citado autor entiende que estas formas de control, unidas a las normales de un procedimiento, pueden suponer si cabe, una mejora en la instrucción sobre la figura del Juez Instructor. Además estando siempre sometido al principio de legalidad, se garantiza que su actuación sea la correcta, ya que el Fiscal no se puede apartar de ella.

Lo cierto es que si no le falta razón al citado autor, en la actualidad se ha demostrado más en la actuación del Ministerio Fiscal la sujeción al principio de legalidad que una aplicación del principio de dependencia jerárquica. Ello es así, pues no por que el Fiscal no se pueda equivocar, sino por que el Fiscal en el ejercicio de su actuación, y concretamente en la jurisdicción de menores, a excepción de normas procesales, en las cuales caben los oportunos recursos ante el Juez, son escasos, por no decir nulos, las supuestas quejas al superior jerárquico por una mala praxis del Ministerio Fiscal<sup>458</sup>.

En este sentido, y como señalaron varios autores<sup>459</sup>, la LORPM

---

<sup>456</sup> En este sentido BACIGALUPO, E., en BACIGALUPO. E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E., *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ob. Cit.

<sup>457</sup> *Ibídem*.

<sup>458</sup> En este sentido manifestar que de las comunicaciones realizadas con los diferentes Fiscales delegados de menores de las respectivas Fiscalías, en las diferentes Jornadas anuales de Fiscales especialistas de menores que celebra anualmente la FGE, no constan expedientes disciplinarios por estos motivos, ni tampoco llamadas al orden, más allá de los criterios establecidos en las juntas de Sección, que se deben realizar en cada Sección de Menores de cada Fiscalía para unificar criterios de actuación.

<sup>459</sup> DE URBANO CASTRILLO, E., en MARCHENA GÓMEZ, M., *El Juez de instrucción y el Juez de garantías: posibles alternativas*, Ob. Cit., pág. 50 y ss.; GARCIA PÉREZ,

atribuye al Ministerio Fiscal un cúmulo de funciones (dirección de la investigación, la instrucción, acusación y defensa de los derechos del menor y de la víctima) cuya armonización resultaba difícil. Sin embargo, en la actualidad, y tras casi 15 años de vigencia de la LORPM, se han disipado todas las dudas al respecto.

Sin embargo, no faltan autores<sup>460</sup> que consideran que esta actuación del Ministerio Fiscal, que no deja de ser una parte más en el procedimiento, se establece con una clara vulneración del principio de igualdad de partes. Cómo ya se ha anticipado, no se comparte este criterio, pues en el momento en el que una norma de marcado carácter procesal establece unas funciones determinadas a una parte, se le está otorgando una carta de naturaleza en ese sentido, y según está configurada la LORPM, vemos como se recoge una función del Ministerio Fiscal tanto investigadora como instructora, sometida, en todo caso, al principio de legalidad, y con todos los controles procesales que las partes pudieran hacer sobre la misma, como es el caso de los hipotéticos recursos. Cuestión diferente, es la posibilidad que ante esa igualdad promulgada por los citados autores, se pretenda volver al sistema de adultos en el que aparezca perfectamente delimitada la función del Juez instructor con el Juez sentenciador, y con un Ministerio Fiscal más cerca del resto de las partes. En argumento de nuestro criterio, y como justificación a esta diferenciación del Ministerio Fiscal como parte, podemos destacar la STC nº 115/2001<sup>461</sup>, donde se recoge este extremo, en el sentido de que este principio de igualdad de partes “sólo puede sufrir excepción, en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más

---

LANDROVE O RICHARD GONZÁLEZ, citados por DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal Del Menor*, Aranzadi 2001, pág. 175.

<sup>460</sup> MONTERO AROCA, J., “Los principios generales del proceso” en GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTERO AROCA, J. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I*, Ob. Cit., pág. 251 a 253.

<sup>461</sup> STC 115/2001, de 10 de mayo de 2001 (EDJ 2001/4675).

relevante o preponderante”.

Una vez dicho lo anterior, podemos ver que los criterios orientadores de esta fase en la que ahora nos encontramos se encuentran definidos en la Exposición de Motivos y, posteriormente, se desarrollan en algunos de los artículos de la Ley. Los mismos son aquellos que ya hemos visto anteriormente en otro epígrafe, pero que en la faceta instructora de esta fase procesal podemos concretar ahora en los siguientes:

1º. Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de aquellas medidas aplicables a los menores infractores.

2º. En esta fase, al igual que en todo el procedimiento hay un reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del superior interés del menor.

3º. Existe una clara diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, lo cual nos lleva a valorar si efectivamente existe o no un procedimiento con dos velocidades para los menores atendiendo o no a su edad.

4º. Buscando criterios restaurativos, existe una flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta que en esta fase procesal puede concurrir la necesidad de adoptar o no medidas cautelares, o bien una vez finalizada, en el momento de presentar escrito de alegaciones.

5º. Toda esta labor instructora del Ministerio Fiscal está bajo el control judicial, ya que la finalización del procedimiento y cuantas discrepancias puedan surgir deben ser resueltas por el juez de menores a instancia de las partes intervinientes.

6º. En esta fase existe el impulso procesal por parte del Ministerio

Fiscal, que es quien dirige la instrucción.

Vemos de esta exposición, que el expediente de reforma se configura de forma diferente a las diligencias preliminares, adquiriendo carta de naturaleza de un verdadero procedimiento judicializado. Sin embargo, a diferencia del procedimiento de adultos se plantean una particularidades propias de los sistemas de justicia juvenil que serán analizados en el presente epígrafe.

También nos podemos plantear las características de esta instrucción del Ministerio Fiscal respecto de la investigación o instrucción del procedimiento. Así y siguiendo a TRILLO NAVARRO<sup>462</sup>, vemos como se ha de reconocer un valor funcional a la investigación del Ministerio Fiscal, y a nuestro criterio, más aún en este procedimiento al estar amparado por una norma procesal, más allá de la mera actual presunción de autenticidad atribuida por el art. 5.2 del EOMF. Y ello es así por la presunción de veracidad de las diligencias por el practicadas.

Cuestión aparte, es la validez probatoria de las diligencias practicadas como prueba preconstituida ya que, a nuestro juicio, se deberían practicar en presencia judicial a fin de que se puedan hacer valer en juicio, no sirviendo por tanto la mera presencia del Fiscal a este respecto, y cuyo estudio excede el contenido del presente trabajo.

Así, esta fase de expediente de reforma, a pesar de configurarse como un sistema penal, que *a priori* se puede pensar que siempre será punitivo, adquiere la doble vertiente de sancionador-educativo, conforme reza la LORPM, lo cual hace que esta fase en la que nos encontramos, que es el núcleo principal de nuestro sistema de justicia juvenil, deba atender a este doble criterio, pero, todo ello, sin olvidar las garantías constitucionales

---

<sup>462</sup> TRILLO NAVARRO, J. P. *El Fiscal en el nuevo proceso penal. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, reforma 2007*, Comares, 2008, pág. 122.

de los menores sujetos a un procedimiento penal.

Sin embargo y respecto de la aplicación práctica del principio de oportunidad no debemos olvidar que las mismas cuestiones previas que se analizaron en las diligencias preliminares tienen afección, en mayor o menor medida en esta fase procesal.

#### **4.2. Cuestiones previas en el expediente de reforma respecto de la aplicación del principio de oportunidad**

En la LORPM el primer contacto que se tiene con el principio de oportunidad en la fase de expediente de reforma es el artículo 19<sup>463</sup>, que a simple vista difiere del artículo 18 estudiado anteriormente. En el artículo 19, y como requisitos de aplicabilidad del principio de oportunidad, aunque

---

<sup>463</sup> Artículo 19. Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

“1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de menores.”

podiera parecer que se mantienen los mismos presupuestos que se citan en el artículo 18, vemos como esto no es del todo cierto. Así, podemos destacar que en este supuesto, para proceder al archivo del procedimiento, sí que cabe una cierta violencia e intimidación, mientras que el artículo 18, excluye de su aplicación aquellos supuestos donde concurra.

En este sentido, respecto del presente supuesto, se deberá ponderar atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, sin hacer tampoco mención a que el menor haya cometido hechos de la misma naturaleza, por lo que hay autores que entienden que se puede aplicar este supuesto a menores reincidentes<sup>464</sup> e incluso cuando concurra esa violencia o intimidación menos grave.

Como se desprende de las conclusiones realizadas en las Jornadas de Fiscales Delegados de Secciones de Menores, realizadas en Segovia en 2008<sup>465</sup>, “las soluciones extrajudiciales en la jurisdicción de menores cobran cada vez mas importancia, pues en ellas puede estar con frecuencia la vía natural de solución de ciertas manifestaciones delictivas que son reflejo de problemas sociales como el llamado acoso escolar, de algunos supuestos de violencia doméstica y de género, y de fenómenos novedosos como la utilización de Internet y las nuevas tecnologías para la comisión o difusión de delitos. Por ello debe potenciarse aún más su utilización”, la conclusión lógica es que se han de potenciar estas facultades, y todo ello valorando en su justa medida esos presupuestos citados anteriormente, de una forma flexible y sin ataduras o rigideces, ya que de lo contrario se podría perturbar el espíritu de la norma y no lograr el fin pretendido.

---

<sup>464</sup> CRUZ MÁRQUEZ, B., “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2005, núm. 07-14, páginas 14:1-14:34, disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf>.

<sup>465</sup> Jornadas de Fiscales Delegados de Secciones de Menores, realizadas en Segovia el 3 y 4 de noviembre de 2008.

Ahora bien, también podemos destacar, en la aplicación de tales presupuestos de solución extrajudicial, y como dispone la Instrucción 10/2005 de la FGE<sup>466</sup>, que habrá de trasladar a los victimarios el mensaje claro y nítido de que cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad; y simultáneamente habrá que hacer saber a la víctima que no ha de dudar en poner en conocimiento de la Fiscalía cualquier rebrote de acoso, trasladándole a la víctima la confianza en las instituciones y la idea de que el caso no está definitivamente cerrado. La citada Instrucción estima que el valor añadido a esta forma de terminar el proceso, y de dar respuesta al menor infractor, deriva de que limita los efectos estigmatizantes inherentes a las actuaciones judiciales, así como simultáneamente amplía su contenido pedagógico y educativo. Ello, puede ser especialmente recomendable como respuesta a una infracción como, en el supuesto de la circular, el acoso escolar, que se comete dentro de la comunidad educativa y de la vida académica. Pudiéndose trasladar estos presupuestos a otras materias como los malos tratos de hijos sobre sus ascendientes, violencia de género, etc.

En este sentido, y haciendo nuestro estos planteamientos, vemos cómo, en modo alguno, el supuesto del artículo 18 debe ser similar al artículo 19, ni mucho menos al 27.4 de la LORPM, configurándose de forma totalmente diferente. Ahora bien, en los supuestos en los que nos encontramos, y como se ha dicho, es cierto que se debe informar a ambas partes de las consecuencias que conlleva un archivo en virtud del ejercicio de oportunidad penal, pues de lo contrario flaco favor se le está haciendo a la faceta restaurativa que inspira la LORPM y, por tanto, a la reeducación de los menores, y además se contravendría el deber de información a las partes en el procedimiento.

---

<sup>466</sup> Instrucción 10/2005 de la FGE, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil.



#### 4.2.1. Celeridad, sumariedad y prescripción

El procedimiento de menores se establece como un procedimiento singular, rápido y poco formalista para atender el interés del perjudicado o víctima de los hechos cometidos por los menores<sup>467</sup>. Esta premisa choca enormemente con los procedimientos de adultos, que se dilatan en el tiempo y, respecto de los cuales, se concentra una innumerable actuación instructora. En este sentido, podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2002<sup>468</sup> que manifiesta que “cuando el tiempo fijado por la Ley ha transcurrido con paralización del proceso, cualquiera que sean sus motivos, la sociedad ha perdido ya la autoridad moral para castigar y, por consiguiente –y esta es la filosofía que inspira la prescripción penal–, no puede hacerlo.” Esto nos lleva a tener presente que en el procedimiento de menores no se debe dilatar la decisión de apreciar el principio de oportunidad, y si concurren sus requisitos y el mismo es valorado positivamente, se debe apreciar ipso facto, ya que de lo contrario, puede producir efectos contraproducentes o ser demasiado tardío al haber prescrito ya el hecho, momento en el cual ya no cabría aplicar el principio de oportunidad y si una prescripción.

Resultaría, por tanto, un absurdo que se practicaran innumerables testificales, periciales u otros medios de prueba para finalmente decidir que, ante la escasa gravedad de los hechos y circunstancias del menor, procede que realice unas tareas socioeducativas de carácter previo, o bien que se concilie con la víctima, ya que en ese supuesto ya no cabría la aplicación del principio de oportunidad al haber prescrito el delito.

Como vemos, esta figura de la prescripción no es tema baladí, y

---

<sup>467</sup> En este sentido, ALMAZAN SERRANO, A. e IZQUIERDO CARBONERO, F. J. *Derecho penal de menores. Actualizado con el reglamento de menores –R.D. 1774/04–*, Grupo Difusión, Barcelona, 2004, pág. 54.

<sup>468</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2002 (EDJ 2002/37193) donde se cita la STS de 10 de febrero de 1993 que fue la primera en introducir el texto citado.

menos ante la aplicación del principio de oportunidad, pues pongamos el supuesto que el Ministerio Fiscal interesa la realización de unas tareas socioeducativas con carácter previo a decidir si se continúa o no el procedimiento, o unas tareas reparadoras con la víctima. En estos supuestos, se podría dar el caso de la incerteza e inseguridad de si cuando las mismas se den por finalizadas, el procedimiento pudiera estar prescrito y por tanto perderse la finalidad por la que se acordaron. Esto podría provocar efectos adversos en el menor, quien podría llegar a pensar que ha cumplido con una obligación que no le ha servido para nada en el procedimiento, ya que la resolución que se adopta es indiferente a su compromiso.

Por el contrario, en el procedimiento de menores, no es necesario practicar excesivas pruebas o diligencias en fase de instrucción, pues la LORPM tan sólo establece como premisa para poder concluir el expediente e ir a la fase de audiencia la necesidad del preceptivo informe del equipo técnico<sup>469</sup> y la obligatoriedad de tener que practicar la declaración del menor

---

<sup>469</sup> Artículo 27 LORPM. Informe del equipo técnico.

“1. Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley.

2. El equipo técnico podrá proponer, asimismo, una intervención socio-educativa sobre el menor, poniendo de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención.

3. De igual modo, el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley, con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad. En este caso, no será preciso elaborar un informe de las características y contenidos del apartado 1 de este artículo.

4. Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo

expedientado si alguna parte lo solicita<sup>470</sup>. Así en los delitos leves, nada obsta en poder presentar un escrito de alegaciones con el mero atestado policial, pero eso sí, obligatoriamente se ha de tener constancia del informe del equipo técnico, y no así, de la pieza de responsabilidad civil, ya que se podría finalizar la instrucción sin ella<sup>471</sup>. Ello es así, en base a que la LORPM establece un procedimiento rápido y flexible enfocado a evitar dilaciones al mismo. Además, haciendo nuestros los planteamientos de HERRERO-TEJEDOR ALGAR<sup>472</sup>, somos partidarios de reducir la instrucción (sea quien sea el que la practique), a favor del acto solemne del juicio oral, añadiendo que respecto de la jurisdicción de menores, se han de acreditar aquellas variables que aconsejen o no la aplicación de técnicas restaurativas.

Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, en reiterada

---

actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.

5. En todo caso, una vez elaborado el informe del equipo técnico, el Ministerio Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de menores y dará copia del mismo al letrado del menor.

6. El informe al que se refiere el presente artículo podrá ser elaborado o complementado por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado.”

<sup>470</sup> Artículo 26 LORPM. Diligencias propuestas por las partes.

“1. Las partes podrán solicitar del Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias consideren necesarias. El Ministerio Fiscal decidirá sobre su admisión, mediante resolución motivada que notificará al letrado del menor y a quien en su caso ejercite la acción penal y que pondrá en conocimiento del Juez de menores. Las partes podrán, en cualquier momento, reproducir ante el Juzgado de Menores la petición de las diligencias no practicadas.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando alguna de las partes proponga que se lleve a efecto la declaración del menor, el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores.

3. Si las diligencias propuestas por alguna de las partes afectaren a derechos fundamentales del menor o de otras personas, el Ministerio Fiscal, de estimar pertinente la solicitud, se dirigirá al Juez de menores conforme a lo dispuesto en el artículo 23.3, sin perjuicio de la facultad de quien haya propuesto la diligencia de reproducir su solicitud ante el Juez de menores conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.”

<sup>471</sup> En este sentido Circular 9/2011 de la FGE.

<sup>472</sup> HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., E., en MARCHENA GÓMEZ, M., *El Juez de instrucción y el Juez de garantías: posibles alternativas*, Ob. Cit., pág. 221. En este sentido también GIMENO SENDRA, V., en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E., *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ob. Cit., pág. 37.

jurisprudencia<sup>473</sup>, como regla general que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes, no siendo por tanto necesario que se tengan que practicar todas las pruebas en la fase de instrucción.

Respecto de estas dilaciones referidas, ya hemos anunciado que se hace necesario la recepción del informe del equipo técnico para poder concluir la instrucción y solicitar una medida. Ahora bien, cómo la práctica ha demostrado en los procedimientos de menores, y más concretamente en las anteriores faltas, la realización del preceptivo informe del equipo técnico podía llegar incluso a paralizar el procedimiento a esperas del mismo<sup>474</sup>. En este sentido, y para evitar este supuesto, la FGE se ha pronunciado en diferentes Circulares e Instrucciones, y concretamente en la Circular 9/2011, en el sentido que, en los delitos leves, no se debe entender como obligatorio para concluir el expediente la recepción del informe del equipo técnico, y se podría derivar a un informe oral por el representante del equipo técnico en el

---

<sup>473</sup> STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3 (EDJ 1981/31) SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2 (EDJ 1989/11626); 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2 (EDJ 1990/9535); 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2 (EDJ 1995/451); 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2 (EDJ 1997/146); 2/2002, de 14 de enero, FJ 6 (EDJ 2002/417); 12/2002, de 28 de enero, FJ 4 (EDJ 2000/3356); 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 (EDJ 2002/27981); 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2 (EDJ 2002/44868); 206/2003, de 1 de diciembre de 2003 (EDJ 2003/172102).

<sup>474</sup> Téngase en cuenta el plazo de prescripción de las faltas (ahora delitos leves) que es de 3 meses según el artículo 15.5 de la LORPM. Por ello, y a modo de ejemplo, si un procedimiento por delito leve llega a la Fiscalía en el mes de junio-julio y se le da traslado al equipo técnico a finales de julio, prácticamente, por razones materiales y personales, debido al periodo vacacional, puede comportar que el citado procedimiento este paralizado hasta el mes de septiembre u octubre, con lo cual es bastante probable, que el procedimiento pueda prescribir encima de la mesa de un despacho en ese periodo vacacional. Además, en el supuesto de diligencias preliminares aún es más patente esta situación, pues si los hechos con de unas semanas de antes de la entrada en Fiscalía, probablemente se tardará un mes (el periodo vacacional) en resolver el asunto y cuando llegue al Juzgado de Menores para que den cuenta de él, habrá transcurrido el citado plazo.

momento de celebrarse la audiencia.

También, este mismo planteamiento se podría realizar con la necesidad de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil por el juzgado, que como hemos dicho la FGE, también aconseja no esperar a su recepción, lo cual ya tiene una mayor dificultad para encajar con este planteamiento de oralidad, pues hasta el momento del juicio no se conocería si el perjudicado reclama o no, y por tanto se haría inviable una hipotética conformidad previa. Ello también nos demuestra que su tramitación puede provocar una dilación del procedimiento hasta la prescripción.

Esta premisa, la de la oralidad del informe del equipo técnico, que es muy loable, en aras a conseguir una rápida, pronta y eficaz respuesta educativa a un menor que ha cometido un delito leve, no se debe, sin embargo, generalizar, pues ello nos llevaría a entender de hecho una diferenciación de procedimiento cuando se ha cometido uno u otro hecho, de facto, cuando en la LORPM no se recoge tal premisa, sin perjuicio que se proponga que se realice una reforma legislativa a fin de adecuar la actual jurisdicción de menores a la realidad existente en adultos con un diferente procedimiento cuando se trata de un delito leve o bien cuando se trata de un delito de otra naturaleza. En este sentido la Recomendación (2003) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa dispone en su punto III.14 que debieran establecerse plazos más cortos para cada fase del procedimiento judicial a fin de reducir los retrasos y dilaciones y asegurar la mayor rapidez posible en la respuesta al delito.

Este procedimiento, a similitud del procedimiento simplificado alemán, cabría en nuestro sistema no sólo para estos delitos leves, sino también para otros tipos de delito, de escasa instrucción, que pudieran resolverse en el mismo día que el menor es detenido y puesto a disposición del Ministerio Fiscal, como es el caso de los delitos flagrantes o en otro tipo de delitos que necesitan una rápida actuación, más educativa que coercitiva,

como serían los supuestos de malos tratos en el ámbito familia, o aquellos supuestos en que queda claro que no existe una petición de responsabilidad civil, y por ende no es necesario tramitar de una forma ordinaria la correspondiente pieza separada.

En la práctica nos encontramos que, si bien como se desprende de las diferentes memorias de la FGE, los plazos de pendencia de los asuntos son cortos, el plazo de prescripción de 3 meses adoptado en los delitos leves es excesivamente corto, lo cual se conseguiría mitigar mediante la aplicación de un procedimiento simplificado en el que con el atestado policial y para el caso que no se haya apreciado la necesidad de acudir al principio de oportunidad, se pudiera convocar a las partes al acto del juicio oral para resolver la pretensión, con la debida asistencia de letrado, y todo ello sin las ataduras que actualmente, *de lege data*, impide la tramitación de la pieza de responsabilidad civil y la necesidad del informe del equipo técnico. Este planteamiento viene a superar la anterior controversia que suponía establecer un sistema similar al juicio de faltas de adultos, en el cual no es preceptiva la asistencia letrada. Siguiendo a DE LA ROSA CORTINA<sup>475</sup>, en aras a evitar la fuente de dilaciones que supone la necesidad imperativa del informe del equipo técnico y configurándose como necesario el mismo, y que este cumpla con unos criterios de rigor, seriedad y fundamentación, no sería del todo viable que se emitiera el mismo sobre la marcha, con una entrevista previa al acto de la audiencia, pero, en nuestra opinión y teniendo en cuenta que los equipos técnicos realizan entrevistas todos los días y posteriormente emiten sus informes, nada obstaría a que esta entrevista previa fuera lo suficiente y proporcionada al hecho y medida a imponer al menor, pudiendo realizarse con carácter previo al acto de la audiencia, máxime si aquellos menores a los que normalmente no se les aplica el principio de oportunidad es por constarles otros expedientes previos, y por

---

<sup>475</sup> DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Algunos apuntes para una futura reforma del sistema de justicia penal de menores* en Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2005, págs. 21-22.

tanto, también les constaran informes previos, de los cuales se puede extraer una base para tan solo actualizar ese informe al momento de la audiencia.

Como se ha destacado desde la práctica habitual de las Fiscalías, normalmente, las faltas que se someten a audiencia es porque se trata de menores con factores de riesgo altos debido, principalmente, por la reincidencia, demostrándose, por tanto, factible que ya tengan procedimientos e incluso medidas firmes en cumplimiento, de ahí que no se planteen problemas de cara a la elaboración del citado informe del equipo técnico.

Otro de los aspectos que inciden en la necesidad de la celeridad del procedimiento es la figura de la prescripción<sup>476</sup>. La prescripción, con los plazos tan breves que se establecen en el artículo 15 de la LORPM se configura como un elemento fundamental en aras a conseguir que el procedimiento finalice con una medida rápida y eficaz. Según se dispone en las diferentes circulares e instrucciones, la misma se interrumpiría desde el decreto de incoación del Ministerio Fiscal, debiendo estar éste, perfectamente motivado. Este decreto del Ministerio Fiscal se equipara a la presentación de denuncia o querrela ante el Juzgado de menores, ya que desde la fecha de la recepción en el Juzgado de Menores de ese decreto quedaría en suspenso la prescripción durante seis meses. Y conforme a la previsión contenida en el art.132.2.2ª CP, en el momento en que se dictara el auto de incoación de expediente en el Juzgado, la interrupción de la prescripción se entendería retrotraída a la fecha de presentación del parte de incoación del Fiscal.

Sin embargo no es unánime este criterio. Así la Audiencia Provincial

---

<sup>476</sup> Aunque no es el objeto del presente trabajo, se cita y se explica someramente esta figura por entender que contribuye a una justicia restaurativa y favorece la finalidad de alcanzar la reeducación del menor.

de Murcia<sup>477</sup>, se desmarca del mismo y establece que la prescripción se paralizaría en el primer auto motivado del Juzgado, que en menores, según la citada Audiencia, suele ser el de apertura de Juicio Oral, ya que los anteriores que dicta el Juzgado (salvo los de adopción de medidas cautelares) no están motivados y son meros formulismos de tener por recibido el decreto del Ministerio Fiscal, que aunque este motivado, él por sí mismo no se puede considerar como resolución judicial a los efectos del artículo 132.

Se discrepa rotundamente de dicho planteamiento por los argumentos anteriormente expuestos, ya que ello conlleva que en la práctica, como así se ha manifestado desde la Sección de Menores de la Fiscalía Superior de Murcia, es prácticamente inviable que no prescribieran en su momento todas las faltas, ni ahora los delitos leves.

Así, y como se propugna en los autos citados de la Audiencia Provincial de Murcia, se hace necesaria una reforma legislativa para clarificar este extremo, y la misma entendemos que debe ir conforme los criterios de la FGE antes expuestos por dar mayor seguridad jurídica al procedimiento.

Así siguiendo a FERREIROS MARCOS<sup>478</sup>, vemos como de *lege ferenda*, sería necesario también un precepto expreso que atribuyera efectos de interrupción de la prescripción a fin de que las víctimas no puedan verse sorprendidas al no poder continuar con el procedimiento judicial al haber prescrito la infracción durante el procedimiento de mediación<sup>479</sup>.

---

<sup>477</sup> Autos de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Segunda, nº 309/2014, 430/2013. No se dispone de referencia de la base de datos. Sentencias facilitadas por la propia Sección de menores de la Fiscalía Superior de Murcia.

<sup>478</sup> FERREIROS MARCOS, C. E., *La mediación en el Derecho Penal de Menores*. Ob. Cít. Pág. 212.

<sup>479</sup> Como cita FERREIROS MARCOS, *ibídem*. En este sentido, el artículo 8.1 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre



#### **4.2.2. La víctima, la intervención de la acusación particular y el Ministerio Fiscal**

En este apartado no se pretende realizar un análisis exhaustivo de la figura de la acusación particular<sup>480</sup>, sino más bien valorar aquellos supuestos prácticos donde la intervención de la misma choca con esa función instructora del Ministerio Fiscal y, por ende, con una posible aplicación del principio de oportunidad.

Como señala TORRES-DULCE LIFANTE<sup>481</sup>, una de las consecuencias lógicas de la introducción de la figura del Fiscal investigador, equiparable en este caso a la posición del Fiscal en la jurisdicción de menores, es que “se reduce sustancialmente el control participativo de las acusaciones, y posiblemente, de las defensas, habida cuenta de que deberá consagrarse en coherencia al Fiscal como una superparte procesal que guía y conduce, al menos, la fase de investigación del proceso”.

Esta manifestación, la vemos plenamente acreditada en la jurisdicción de menores, pero no por ello se produce una merma de derechos a las partes intervinientes, ya que lo que se consigue es una celeridad del procedimiento, necesaria en esta jurisdicción, se evitan reproducciones innecesarias, dilaciones y esgrime un mayor nivel de receptividad y exigencia para con las garantías procesales constitucionales en esta fase procesal.

Por ello, y en el objeto del presente trabajo, podemos ver que en esta fase, una vez incoado el oportuno expediente de reforma, a diferencia de las diligencias preliminares, se le da ya protagonismo a la acusación particular,

---

ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

<sup>480</sup> En este sentido se puede ver un análisis más exhaustivo en ESCORIHUELA GALLÉN, C. V. “Aspectos relativos a la intervención de la Acusación Particular” Ob. Cit.

<sup>481</sup> TORRES-DULCE LIFANTE, E., en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E., *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ob. Cit., pág. 83.

pudiendo bloquear la aplicación del principio de oportunidad y produciendo una merma a la eficacia del mismo.

Sin perjuicio que nada se dice ni en la LORPM ni en el RLORPM, se debe tener en cuenta el procedimiento de menores es un proceso penal y, por lo tanto se ha de aplicar y ser respetuoso con las garantías y derechos que se establecen en nuestra Constitución, textos internacionales suscritos por España, y la interpretación que de ellos hace el Tribunal Constitucional y el TEDH, el cual sobre esta materia se ha pronunciado expresando que se ha de aplicar su doctrina sobre el artículo 6 del Convenio de Roma<sup>482</sup>, en el sentido que una manifestación del menor de cara a aceptar una finalización anticipada de su procedimiento en virtud de alguna de las posibilidades recogidas en la LORPM no puede obviar, en modo alguno, el derecho a un proceso justo y al resto de garantías referidas.

Es evidente que una conciliación (artículo 19) tan sólo se puede lograr estando de acuerdo ambas partes, la infractora y la ofendida, pero la LORPM, establece otras formas de finalización del asunto, como pudiera ser a instancia del equipo técnico (artículo 27.4) o bien porque el Ministerio Fiscal entiende que procede alguna de las causas de sobreseimiento recogidas en la LECrim (artículo 30.4). Por lo tanto, ya se puede avanzar, que en esta fase no existe una decisión unilateral del Ministerio Fiscal de cara al archivo del procedimiento, pues debe ser a instancia del informe del equipo técnico o del cumplimiento de determinadas obligaciones por el menor, y, además, esta decisión debe ser ratificada por el Juez de Menores, que es quien dispone ya del procedimiento.

Esta decisión, en la mayoría de ocasiones que haya personada una acusación, no será de su agrado. No es, por tanto, una cuestión pacífica, que la acusación particular, ante la petición de desistimiento del Ministerio

---

<sup>482</sup> STEDH de 27 de febrero de 1980, nº 6903/1975 (Caso Deweer contra Bélgica, EDJ 1980/641).

Fiscal, podría sostener el procedimiento y la acusación, frente a la inicial petición del Fiscal, dejando en una situación un tanto incomoda a éste.

Según manifiesta RODRÍGUEZ LÓPEZ<sup>483</sup>, en este momento surge la duda de si el Juez puede discrepar de la decisión de archivo del Ministerio Fiscal, y dar traslado a las partes a fin que sean ellas, si lo consideran las que sustenten la acción penal. Pero como destaca el citado autor, el papel subordinado y contingente que la LORPM confiere al perjudicado a la hora de reglar su presencia en el procedimiento, no parece compatible con la posibilidad de ejercitar por sí la acusación particular.

Ello es así, por que proviene de una reforma legislativa<sup>484</sup> realizada sobre la figura de la acusación particular, en la que se le otorgaron amplias facultades en el artículo 25, que no conllevaron una adecuación legislativa del resto del articulado, apareciendo grandes controversias entre esta actuación de la acusación particular a lo largo de la LORPM, como vemos en este epígrafe.

Así una de las principales controversias que se plantean, lo es ante la discrepancia de la acusación particular con el Decreto del Ministerio Fiscal de archivar el asunto en virtud del ejercicio del principio de oportunidad.

Si no existe acusación particular, según DOLZ LAGO<sup>485</sup>, el Decreto de archivo del Ministerio Fiscal vincula al Juez de Menores. Ahora bien, no se comparte plenamente esta manifestación, pues el Juez de menores puede y debe controlar la legalidad de la resolución que vaya a adoptar, y por lo tanto, tras recepcionar el procedimiento con la petición, puede entender que no concurren alguno de los requisitos legalmente establecidos en la LORPM

---

<sup>483</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, Ob. Cit., pág. 178

<sup>484</sup> Reforma realizada por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

<sup>485</sup> DOLZ LAGO, M. J., “La instrucción penal del Fiscal en el nuevo proceso penal de menores: contenido y límites”, en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002, pág. 278

para aplicar el principio de oportunidad. Así el Juez de menores, puede valorar que el hecho es grave y plantear al Fiscal, a similitud de la tesis del artículo 733 de la LECrim, a fin que se replantee su calificación jurídica.

Sin embargo, el problema nos lo encontramos en el momento en el que la acusación particular, estando personada, discrepa de este archivo, o bien en el supuesto en el que, no estando personada, al notificársele, no esta de acuerdo, se persona y recurre en ese momento.

Por ello, y contraviniendo los efectos previstos en el espíritu de la ley, en este supuesto, puede dar lugar a que la admisión del citado recurso, haya dilatado sobre manera el procedimiento y la respuesta penal sea tardía a los fines previstos.

En este momento hay que recordar que en la jurisdicción de menores, las decisiones del Juez de Menores pueden ser recurridas ante la Audiencia Provincial respectiva, quien decidirá, en última instancia, salvo los supuestos de unificación de la doctrina, sobre la controversia planteada. Si tenemos en cuenta los cortos plazos de prescripción de un procedimiento, los breves plazos de tramitación de la instrucción y la rápida respuesta que se pretende dar a los menores, flaco favor se hace a un menor si el tramite de apelación conlleva una demora todavía más sustancial. Tampoco debemos olvidar que el derecho constitucional a la segunda instancia también debe imperar en la jurisdicción de menores, pero en modo alguno, ello debe perjudicar al menor.

Respecto de esta confrontación de intereses, cuando el Ministerio Fiscal ha interesado el sobreseimiento en virtud de los artículos 19 y 27.4 y la acusación particular se ha opuesto, nos encontramos con jurisprudencia contradictoria en el sentido de admitir o no dicha oposición.

Si estamos al espíritu de la ley y al interés superior del menor, no se

debería permitir la actuación de la acusación particular, y se debería decretar el sobreseimiento<sup>486</sup>, manifestándose la jurisprudencia en el sentido de que “sin que en dicho trámite se otorgue ninguna intervención a la acusación particular por lo que debemos concluir que, en estos casos, la petición de la acusación particular solicitando la continuación del procedimiento carece de relevancia” por ello se concluye que “cuando el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento de las actuaciones al amparo de la dispuesto en el art. 19 de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores , el Juzgado de Menores, tal y como establece el art. 33.c) de la citada Ley, deberá proceder al archivo por sobreseimiento de las actuaciones por desistimiento del Ministerio Fiscal”, todo ello, no por que se parta de la premisa que el Ministerio Fiscal no se puede equivocar, sino, en primer lugar de una interpretación de la LORPM en el sentido manifestado, y en segundo lugar, por que el Ministerio Fiscal al ser el garante de la legalidad del procedimiento y de los derechos del menor, se configura como una figura imparcial que busca no una condena, sino una solución justa al problema planteado, quedando libre cualquier posibilidad de las partes de entablar cuantos recursos le puedan corresponder, si tal solución es contraria a sus intereses. Además, justificado, como bien dicen las sentencias, en que se trata de una facultad exclusiva del Ministerio Fiscal, sin que el resto de partes tenga intervención en ello Todo ello, sin perjuicio de los diferentes planteamientos que se verán a continuación que generan diferentes problemas prácticos a este respecto.

---

<sup>486</sup> En este sentido los Autos número 17/2011 de la AP Madrid de 11 febrero 2011 (EDJ 2011/52747), 105/2010 AP Madrid de 26 mayo 2010 (EDJ 2010/181564) o 124/2010 AP Madrid de 24 junio 2010 (EDJ 2010/165782); los Autos número 225/2007 AP Barcelona (EDJ 2007/129172), 421/2011 AP Barcelona de 1 junio 2011 (EDJ 2011/164183), 327/2011 AP Barcelona (EDJ 2011/137796) AAP Barcelona de 9 mayo 2011(EDJ327/2011), 337/2011 AAP Barcelona de 9 mayo 2011 (EDJ 2011/137803) o 1014/2012 AAP Barcelona de 31 octubre 2012 de la Secc.3ª AP Barcelona (EDJ 2012/281884); o el Auto de 18 de julio de 2012 de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera (EDJ 2012/248360).

En este sentido y como manifiesta COLÁS TURÉGANO<sup>487</sup> “ya que ciertamente el texto legal es ambiguo en este punto, sin embargo también es posible interpretar que en estos casos la decisión de archivar la tiene el Ministerio fiscal, pues del propio texto de la ley puede deducirse que para los supuestos de desistimiento previstos en el art. 18, la comunicación a los ofendidos y perjudicados es a efectos del ejercicio de la acción para exigir la responsabilidad civil. Nada se concreta en los casos de mediación, aunque podemos deducir una solución similar al permitirse casos de petición de sobreseimiento sin conciliación en el art. 19.4” se debe garantizar en todo momento que el perjudicado sea debidamente informado del devenir del procedimiento para poder ejercitar las acciones que le correspondan, o en su caso acudir a la vía civil.

Ahora bien, existen pronunciamientos contrarios, en los que a tenor de las atribuciones establecidas a la acusación particular en la LORPM, permiten que se sustente la imputación tan solo por ella<sup>488</sup>.

Sin embargo, en este último supuesto, el Ministerio Fiscal, como defensor de la legalidad, si se entiende que el hecho es constitutivo de delito, a pesar de haber interesado en un primer momento el archivo del asunto por interés del menor, tiene, como veremos, dos opciones, o bien presentar un escrito de alegaciones en el que se tipifiquen los delitos cometidos, pero no se pida medida alguna en interés del menor, o bien, presentar escrito de alegaciones con solicitud de medida, pudiendo ser, en este caso, la más benévola, la amonestación.

No se puede olvidar que el Ministerio Fiscal puede interesar el

---

<sup>487</sup> COLÁS TURÉGANO, A. “Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española. Ob. Cit., págs. 154

<sup>488</sup> Entre otros Autos el Auto número 66 de 31 de enero de 2013, Rollo 912/2012, dimanante del rollo 400/2011 del Juzgado de Menores número 1 de Castellón, citado anteriormente que se contradice con el Auto de la misma Sala de 18 de julio de 2012. (Sin referencia de la base de datos, se ha obtenido debido a tratarse de un asunto seguido en la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Castellón).

archivo en cualquier momento del procedimiento, e incluso hacerlo sin haber practicado ninguna diligencia instructora. En este sentido, si se admite que la acusación particular tiene potestades para sostener por sí la acusación, se podría también entender que ella podría dirigir la instrucción del Ministerio Fiscal. Es decir, el Ministerio Fiscal dictará un decreto de conclusión del expediente de reforma, elevando los autos al Juzgado de Menores para que dicte un auto de archivo. Entonces la acusación particular, contra el auto que podrá recurrir es contra el auto del Juzgado de menores, y por ende, el sobreseimiento judicial.

Hay que recordar que el Ministerio Fiscal dirige la instrucción del procedimiento, tomando decisiones motivadas sobre las pretensiones de las partes, y tomando sus propias decisiones, también motivadas, sobre el devenir del procedimiento. En modo alguno el Ministerio Fiscal se configura como una parte en igualdad de condiciones en este procedimiento, y ello se debe a la actual regulación de la LORPM. En este sentido, el Juez de Menores tan sólo conoce y se pronuncia en el asunto, ante las discrepancias entre las partes y el Fiscal o cuando el Fiscal concluye la instrucción del procedimiento y se lo remite para su enjuiciamiento o archivo.

Conviene hacer referencia en este supuesto, que, como se ha venido refiriendo la actuación del Ministerio Fiscal tiene la doble faceta investigadora e instructora, y en el uso de ambas debe someterse al principio de legalidad sobre cualquier otro principio. Por este motivo, en la jurisdicción de menores se quiebra, por mandato legal, la necesidad de que las partes puedan intervenir en igualdad de condiciones, cuestión esta que ya hemos manifestado que tiene un respaldo en la STC nº 115/2001<sup>489</sup>.

Es por ello que se plantean una serie de cuestiones sobre esta

---

<sup>489</sup> STC 115/2001, de 10 de mayo de 2001 (EDJ 2001/4675).

instrucción del Fiscal cuando alguna de las partes no esta de acuerdo con la petición de archivo y le interesa practicar una instrucción más larga.

El Ministerio Fiscal al haberse ya decantado por el archivo del procedimiento, no tendrá interés alguno en seguir realizando diligencias instructoras, mientras que, por el contrario, la acusación particular sí. Cuando ésta las solicite al Ministerio Fiscal, lo más lógico es que éste las deniegue por entenderlas improcedentes en la tramitación de la causa y que dicte un decreto de conclusión del expediente de reforma.

Si, como decimos, se recurre el auto de sobreseimiento o de archivo del juzgado, se retrotrae al momento anterior, es decir, al momento del decreto de conclusión del expediente por el Ministerio Fiscal. Esto comporta que la labor instructora del Fiscal ha finalizado.

¿Qué supone esto en la práctica? Que el Ministerio Fiscal se reiterará en su solicitud de archivo del procedimiento y la acusación particular quizás pueda considerar necesaria alguna diligencia de investigación. Entonces, ¿a quién se la debe solicitar? Evidentemente, la LORPM guarda silencio a este respecto, pero una interpretación extensiva de la LORPM, nos hace entender que debería solicitar al Fiscal instructor las diligencias que le interesen, quien, lo más lógico sea que las deniegue, a excepción de la declaración del menor expedientado, que es la única que está obligado a practicar si alguna parte se lo pide. Ante esa denegación del Ministerio Fiscal, la parte interesada, deberá acudir al Juez de menores a reiterarle la citada práctica de diligencias, y ante su denegación, podrá interponer los recursos oportunos, todo ello en virtud de lo establecido en el artículo 26 de la LORPM.

Ahora bien, nada obsta a que no se interesen más diligencias y a que se presenten los oportunos escritos de alegaciones, y aplicándose supletoriamente la LECrim, se debe dar traslado a todas las partes, y como el Ministerio Fiscal ha interesado el archivo del procedimiento, se le debe dar nuevo traslado para que se adhiera a las acusaciones o presente escrito absolutorio.



Sin embargo, este traslado choca frontalmente con lo establecido en el artículo 30 de la LORPM<sup>490</sup>, donde no se desprende que se le deba dar traslado para sostener la acusación si el Ministerio Fiscal interesa el archivo. Aunque, si bien no lo prohíbe expresamente, la regulación del citado artículo genera las dudas jurisprudenciales anteriormente expuestas en el sentido de entender que la acusación particular no está legitimada para ello.

Si por el contrario se acepta que el Ministerio Fiscal deba presentar escrito de alegaciones tras el escrito de la acusación, siendo coherente con sus planteamientos debería presentar un escrito absolutorio, cosa del todo punto imposible, pues si se ha intentado utilizar alguna de las facultades de mediación, es por que no se han podido utilizar el sobreseimiento previsto en la LECrim., y si que se constata la comisión de un ilícito penal. Así, en este sentido se debe presentar un escrito de alegaciones en el que se tipifiquen los hechos de acuerdo con el Código Penal. Sin embargo, el problema surge a la hora de valorar si se interesa o no medida alguna. El artículo 30 dice que se presentara escrito de alegaciones con la proposición de alguna de las medidas previstas en esta ley, lo cual nos remite al catálogo de medidas del artículo 7 LORPM, sin posibilidad de aplicar otra, ya que no

---

<sup>490</sup> Artículo 30 de la LORPM:

“1. Acabada la instrucción, el Ministerio Fiscal resolverá la conclusión del expediente, notificándosela a las partes personadas, y remitirá al Juzgado de Menores el expediente, junto con las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir, con un escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, la proposición de alguna medida de las previstas en esta Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen, y, en su caso, la exigencia de responsabilidad civil.

2. En el mismo acto propondrá el Ministerio Fiscal la prueba de que intente valerse para la defensa de su pretensión procesal.

3. Asimismo, podrá proponer el Ministerio Fiscal la participación en el acto de la audiencia de aquellas personas o representantes de instituciones públicas y privadas que puedan aportar al proceso elementos valorativos del interés del menor y de la conveniencia o no de las medidas solicitadas. En todo caso serán llamadas al acto de audiencia las personas o instituciones perjudicadas civilmente por el delito, así como los responsables civiles.

4. El Ministerio Fiscal podrá también solicitar del Juez de menores el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la remisión de los particulares necesarios a la entidad pública de protección de menores en su caso.”

tienen tal consideración. Quizás lo más ajustado sea pedir, en este caso, una amonestación<sup>491</sup>.

También, podemos destacar el problema de que la apertura de la audiencia se decidiera contra la petición de sobreseimiento del Fiscal, una vez se ha realizado la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico<sup>492</sup>.

A este supuesto no da solución la LORPM, siendo discutible, también, si su conclusión puede constituir un “veto jurídico” a la posible continuación del proceso, como apunta la Fiscalía. En cualquier caso, si se interpretara que es posible la apertura de la audiencia en estos casos, debería valorarse la actitud de la víctima si se le ha comunicado la pertinencia de la actividad educativa con carácter previo a su realización (no debería permitirse la apertura en los casos en que se tolerase de forma expresa o tácita) y, en cualquier caso, a la hora de acordar las posibles medidas deberá estimarse alguna forma de abono o compensación, de forma análoga a la prevista para las medidas cautelares en el artículo 28.5, y si la actividad educativa realizada fuere en idénticos términos que la que se pudiere imponer al menor por los hechos cometidos, darse por cumplida esta.

Desde nuestro punto de vista, no es de fácil solución este problema. En primer lugar, se podría pensar que en el caso que el Juez, si tuviera que decidirse por imponer una medida al menor, la tuviera por cumplida en la parte proporcional a la actividad educativa previamente realizada, de la misma manera que si el menor hubiera tenido una medida cautelar, la duración de la misma se le descontaría de la medida final. Sin embargo, podemos encontrarnos el supuesto que la medida finalmente impuesta sea

---

<sup>491</sup> Tengamos en cuenta que el delito por el cual se pidió el archivo en su momento, debía cumplir los requisitos del artículo 19, y por tanto no debe ser un delito de gravedad que impida la solicitud de una amonestación.

<sup>492</sup> Jornadas de Fiscales especialistas en reforma de menores de la FGE. Almagro, 6 y 7 de septiembre 2007. También se hace eco de ello FERREIROS MARCOS, C. E., *La mediación en el Derecho Penal de Menores*. Ob. Cít. Págs. 193-194.

de distinta naturaleza a la cumplida, lo cual ya nos vuelve a generar más dudas al respecto, pero siempre cabría una compensación proporcional y dependiendo de la naturaleza de una u otra medida.

De todas maneras, este argumento no se sustenta, al no contemplarse esta tarea educativa como una medida cautelar, sino como una de las facultades restaurativas que autoriza la LORPM. Por ello, abogamos por que estos supuestos no se lleguen a cumplir, pues como ya se ha pronunciado la FGE en múltiples ocasiones, no es aconsejable que la acusación pueda sustentar por si sola una acusación.

Se podría entender que este supuesto provocaría, incluso, una vulneración del principio *non bis in idem*, toda vez que si se le otorga por la LORPM la facultad al Ministerio Fiscal de interesar la conciliación o una actividad educativa con carácter previo, y el menor lo realiza, el oportuno control judicial tan solo debe ser de la legalidad de tal actuación y no a su contenido. Al realizar el Ministerio Fiscal, por mandato legal, la citada actuación reparadora, y la misma se cumple de forma satisfactoria, se está dando fin al procedimiento, sin que se deba por tanto admitir que la acusación particular pueda recurrir la misma, salvo que no se cumpla con los requisitos legales establecidos por la LORPM en su artículo 19. Este único presupuesto, es el que el Juez de Menores debería entrar a valorar.

Como argumento a favor de este planteamiento podemos encontrarnos con el artículo 33 donde en su párrafo 1.b) establece que el Juez podrá acordar “el sobreseimiento, mediante auto motivado, de las actuaciones”, mientras que en el apartado 1.c) manifiesta que el Juez podrá acordar “el archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública de protección de menores correspondiente, cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal”. Este planteamiento puede servir para entender, que si bien el párrafo b, hace referencia a los supuestos de sobreseimiento previstos en la LECrim, el párrafo c, se puede entender que cuando el Ministerio Fiscal interese el archivo por el artículo

19 o 27.4 de la LORPM, el Juez podrá acordarlo sin perjuicio de lo que manifiesten el resto de partes. Incluso se podría pensar que el Juez debe aplicarlo cuando el Ministerio Fiscal lo solicite, pues por mandato legal tiene el Ministerio Fiscal la posibilidad de su uso, entonces ¿qué sentido tendría si tras usarlo el Juez no lo admite y continua con la Audiencia?, la verdad, es que este supuesto es un tanto incongruente, y por ello, partimos también de entender que el Juez de Menores debe dictar auto de archivo por sobreseimiento del artículo 33.1.c en los casos en los que el Ministerio Fiscal lo interese, siempre y cuando se hayan respetado los requisitos legales previstos en el artículo 19 y 27.4 para su uso.

A nuestro criterio, las diferentes reformas que han dado lugar a la actual regulación de la acusación particular, desvirtúa el espíritu de la ley<sup>493</sup>, y establece más sombras que luces sobre esta posibilidad restaurativa, adoptando criterios cada vez más retributivos que en nada favorecen al interés superior del menor, de ahí que se proponga, de *lege ferenda*, que se establezca la imposibilidad de que la acusación sea sustentada únicamente por la acusación particular, vetándole tal posibilidad cuando previamente el Ministerio Fiscal hubiera interesado un archivo del procedimiento por cualquiera de las causas legalmente establecidas, reconociéndose constitucionalmente en la STC n° 115/2001<sup>494</sup> cuando se admite que por la especialidad de las materias reconocidas en la norma se puede producir una limitación de actuación a alguna de las partes. Por lo tanto, y como manifiesta DE LA ROSA CORTINA<sup>495</sup>, el proceso penal de menores, por la

---

<sup>493</sup> En este sentido CUERDA ARNAU, M. L., “Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor” Ob. Cit. Págs. 22 y ss. En este artículo se realiza una visión crítica, concretamente de la reforma de la LO 8/2006, que junto con las anteriores, a juicio de la autora, viene a manifestar que las citadas reformas, y concretamente la citada, son la culminación de un proceso de progresivo endurecimiento del modelo de justicia juvenil, que paulatinamente se aparta de los principios inspiradores de la LORPM convirtiendo la alarma social y la seguridad ciudadana en fundamentos del sistema.

<sup>494</sup> STC 115/2001, de 10 de mayo de 2001 (EDJ 2001/4675).

<sup>495</sup> DE LA ROSA CORTINA, J. M., “Algunos apuntes para una futura reforma del sistema de justicia penal de menores” Ob. Cit, pág. 18.

propia especialidad de sus destinatarios, es un proceso especialísimo.

#### **4.2.3. ¿Existe un procedimiento penal de dos velocidades?**

En este sentido, podemos comenzar, como señala FERREIROS MARCOS<sup>496</sup>, manifestando que:

“El Derecho penal juvenil ha adoptado una particular fisonomía legal, marcada por una especie de reparto de parcelas entre ambas líneas de evolución, dando como resultado una suerte de Derecho penal juvenil de dos velocidades: frente al delincuente menor de edad considerado especialmente peligroso en razón de la infracción cometida, el sistema tendería a evolucionar clara y marcadamente hacia el retribucionismo, creando un Derecho penal de menores que, en pocos aspectos, se diferenciaría del Derecho penal de adultos. Frente a este sector, en el caso del delincuente menor de edad, autor de una infracción no encuadrable en las anteriores categorías, se continuaría afirmando la necesidad de una intervención penal marcada por la actuación educativa e informada por los principios resocializadores y restaurativos que anteriormente hemos tenido oportunidad de señalar. Como nítida consecuencia de este proceso de evolución, el Derecho penal de menores habría quedado escindido, produciéndose una incipiente confrontación entre un Derecho penal de menores de naturaleza netamente retributiva y un Derecho penal de menores de naturaleza primordialmente educativa”.

Este planteamiento, que hacemos nuestro, nos lleva a afirmar, que efectivamente existen estas dos velocidades de la justicia juvenil en España, y una clara y patente manifestación de todo ello es el artículo 10 de la LORPM<sup>497</sup> donde se establece una diferenciación del menor, tanto respecto

---

<sup>496</sup> FERREIROS MARCOS, C. E., La mediación en el Derecho Penal de Menores. Ob. Cít. Pág. 72-73.

<sup>497</sup> Artículo 10. Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas.

“1. Cuando se trate de los hechos previstos en el apartado 2 del artículo anterior, el Juez, oído el Ministerio Fiscal, las partes personadas y el equipo técnico, actuará conforme a las reglas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.

de su edad en el momento de comisión del delito, como del delito cometido.

Esta división se puede considerar como una quiebra de la justicia restaurativa en la que se fundamenta la LORPM y una deriva hacia criterios puramente retributivos.

Como se puede observar, y así se ha hecho eco la unanimidad de la doctrina, el legislador, en todas y cada una de las reformas realizadas en la LORPM, se ha dedicado más que a buscar una mejora de las funciones restaurativas, en establecer criterios que se acercan más a las figuras puramente retributivas y que se alejan del espíritu de la ley. Quizás, según el criterio del legislador, pudiera pensarse en una huida del actual sistema

---

En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia.

2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

3. En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, el Juez, sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

4. Las medidas de libertad vigilada previstas en este artículo deberán ser ratificadas mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas”.

hacia un sistema punitivo de similar características al de adultos<sup>498</sup>. Se puede ver, como señala CUERDA ARNAU<sup>499</sup>, refiriéndose en concreto a la reforma operada por la LO 8/2006, que persigue un endurecimiento de la reacción sancionadora ante el delito cometido por un menor edad:

Como ya se ha manifestado, se establecen dos elementos que configuran esta segunda velocidad.

El primero de ello es la tipificación de los delitos. Así, y siguiendo el

---

<sup>498</sup> En este sentido POZUELO PÉREZ, L., “El futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos Recensión a Miguel Ángel Cano Paños, El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España, Barcelona (Atelier) 2006, 336 págs.” en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, febrero de 2009; en idénticos términos FRANCÉS LECUMBERRI, P. “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación. Ob. Cit.; CUERDA ARNAU, M. L., “Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor” Ob. Cít.; COLÁS TURÉGANO, A. “Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil” Ob. Cit.

<sup>499</sup> CUERDA ARNAU, M. L., “Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor” Ob. Cít, Págs. 22 y ss. Señala la autora como ejemplo de ello las siguientes reformas:

“a) La ampliación del ámbito de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado (arts. 9 y 10).

b) La correlativa ampliación de la extensión temporal de las medidas de internamiento en régimen cerrado.

c) El establecimiento de un límite inferior para la medida de internamiento en régimen cerrado y la imposición de un período de seguridad aplicable a los mayores de 16 años en los supuestos delictivos previstos en el art. 9.2 (delitos graves, empleo de violencia/intimidación, riesgo para la vida o integridad, comisión en grupo y crimen organizado) cuando se aprecie extrema gravedad o en casos de reincidencia (art. 10.1 b). Por su parte, lo mismo rige cuando se trate de hechos inscribibles en el art. 10. 2 (arts. 138, 139, 179 y 180 y 571 a 580 del CP y delitos castigados con una pena superior a quince años).

d) El cumplimiento en centro penitenciario de la medida de régimen cerrado, potestativamente para mayores de 18 años e imperativamente —como regla general— para mayores de 21 años (art. 14).

e) Posibilidad de dejar sin efecto la medida de internamiento en régimen semiabierto, sustituyéndola por el régimen cerrado en el supuesto de que la evolución de la ejecución resulte desfavorable (art. 51.2).

f) Establecimiento de un nuevo régimen en materia de refundición de medidas y límites de cumplimiento en el caso de infracciones no conexas en virtud del cuál podría llegar imponerse a los menores de 16 años una medida de hasta doce años, que, tratándose de un menor de 16 a 18 años, puede llegar al internamiento por un período de veinte años (ex arts. 11.3 y 47.2)<sup>16</sup>.

g) Supresión definitiva de la posibilidad de aplicar la LORPM a los jóvenes de edades comprendidas entre 18 y 21 años”

artículo 9<sup>500</sup>, vemos cómo se establece una delimitación de cuál es la medida que se podría imponer al menor infractor, pero como se dice en el citado artículo, se trata de una mera posibilidad, no de una obligación.

De esta manera, se regula en qué supuestos se puede aplicar una medida de internamiento en régimen cerrado, como medida más gravosa que se puede imponer a los menores.

Mientras, en el artículo 10, se elimina esta facultad potestativa de poder imponer una medida u otra, y se establece una obligación, tanto para el Ministerio Fiscal a la hora de interesar una medida, como para el juez a la hora de imponerla en sentencia.

Así el artículo 10 es especialmente duro en aquellos supuestos

---

<sup>500</sup> Artículo 9. Régimen general de aplicación y duración de las medidas.

“No obstante lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 7, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas:

1. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:

a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.

b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

3. La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana.

4. Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.

5. Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma”.



previstos en el párrafo segundo del artículo 9, es decir, en los delitos graves, en aquellos en los que concurra violencia e intimidación o en aquellos supuestos que se cometen en grupo o bajo la pertenencia a alguna banda, ya que, para ellos, se permite que el límite general de duración de las medidas establecido en el artículo 9.3<sup>501</sup> se vea alterado por un nuevo sistema más gravoso para los menores atendiendo a la edad que tenían en el momento de comisión del delito, o incluso un supuesto súper agravado atendiendo, además, al tipo delictivo cometido.

Por ello, cobra especial relevancia el artículo 10.2 donde establece se hace referencia a estos supuestos súper agravados para los hechos constitutivos de homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP), abuso sexual (art. 179 CP), agresión sexual (art. 180 CP), y delitos de terrorismo (arts. 571 a 580 CP) o cualquier delito que lleve aparejada pena igual o superior a quince años, como veremos a continuación. A este respecto, vemos cómo el legislador quiso establecer un plus de sanción a determinadas conductas que conllevan un mayor desvalor, como son las citadas. Sin embargo, se entiende que a raíz de las diferentes reformas legislativas que se han producido, la situación inicial de los menores que ha cometido los citados delitos se ha agravado considerablemente.

Se comparte la necesidad de dar una respuesta a determinadas conductas, pero quizás, las mismas reciben un excesivo desvalor que conlleva una equiparación, de hecho, al derecho penal de adultos. Se puede entender como un límite de máximos, pero que, de cualquier modo, educativamente no resulta del todo acertado para los menores<sup>502</sup>.

---

<sup>501</sup> En este artículo se establece que “no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana”

<sup>502</sup> También se manifiesta en este sentido GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup>. C., “Comentarios a la ley penal del menor Ob. Cit., pág. 153.

De la práctica de las Fiscalías y Juzgados de Menores, en pocos casos se ha estado a los máximos legales, pero, no por ello no se pueden aplicar. A este respecto, baste recordar unos hechos acaecidos en Sevilla en el año 2009, que, tras el revuelo mediático del caso, finalizaron con una condena al menor de edad participe de ellos por el plazo máximo permitido por la ley<sup>503</sup>.

Sin embargo, la LORPM va más allá y establece una rigidez mayor, al establecer determinados plazos de seguridad en los supuestos establecidos en el artículo 10.2, de cara a evitar que a un menor se le pueda modificar, sustituir o dejar sin efecto la medida. Dicha rigidez, también se puede observar, incluso, en la propia ejecución de una medida de internamiento en régimen cerrado.

No se comparte por tanto, esta excesiva rigidez con la que la LORPM trata a estos menores, pues, como se refiere por COLÁS TURÉGANO<sup>504</sup>, el menor de referencia fue condenado por la presión mediática a la medida más grave que se le podía imponer. Ni que decir tiene que el citado menor, podría tener más o menor participación de unos hechos gravísimos, pero sus circunstancias personales, familiares y sociales, unido a la gran situación de tensión que rodeo el procedimiento y que, a día de hoy, todavía colea, provocaron tal decisión.

Respecto del catalogo de delitos recogidos en el artículo 10, y ante hechos similares al citado anteriormente, también cabría plantearse si se podría configurar otro procedimiento diferente dentro del sistema establecido en la LORPM. A nuestro juicio, ello no sería aceptable, pues el procedimiento es el mismo, independientemente del delito cometido, en el sentido que no afecta para nada, más que a la medida a imponer. Además, si

---

<sup>503</sup> Vid. COLÁS TURÉGANO, A. “La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia. Ob. Cit.

<sup>504</sup> *Ibíd.*

no se ha establecido procedimiento aparte para los delitos leves, que si que tiene una mayor justificación, no se encuentra lógica a este planteamiento, que desde algún foro de opinión se ha venido realizando. Otra cosa sería el debate que actualmente se viene planteando sobre el enjuiciamiento conjunto de menores de edad y mayores en delitos de extrema gravedad, pero eso no es objeto de estudio en el presente trabajo.

Sinn embargo, este procedimiento agravado, si que vemos como condiciona el contenido del procedimiento, ya que en estos supuestos las facultades relativas al principio de oportunidad penal son del todo punto incompatibles, y por lo tanto, no se pueden aplicar ni antes ni durante el procedimiento.

Ahora bien, sí que cabe cuestionarse si una vez impuesta la medida a los menores condenados se les puede modificar, sustituir o dejar sin efecto la misma. Todo ello como una posible interpretación del principio de oportunidad tras el juicio, que como a continuación se verá, si que se puede hacer pero con algunos matices atendiendo a la edad del menor en el momento de comisión de los hechos.

En cuanto a la finalidad de esta agravación, prevista en el artículo 10.2 de la LORPM, podemos hacer nuestras las palabras que manifestó GÓMEZ RIVERO<sup>505</sup>, en relación con la posibilidad que un menor que haya cumplido los 18 años y que cumpla una medida de internamiento, a cumplirla en centro penitenciario, cuando manifiesta que es “un erróneo camino de marcha atrás que va a repercutir negativamente en el interés del menor”. Por ello, y en el supuesto que ahora analizamos, entendemos que supone ese mismo paso erróneo hacía atrás al impedir que se pueda aplicar algún supuesto de los relativos a la oportunidad penal, estableciendo por

---

<sup>505</sup> En este sentido la ponente lo manifiesta, en Fernández Molina, E (relatora), “El Código Penal de 1995: diez años después. Cuarta mesa redonda. La ley penal del menor”. En las Jornadas de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Sección Española. Cáceres 2005.

tanto, una discriminación respecto del resto de menores, tan sólo por la edad que tenía en el momento de su comisión.

Si atendemos a criterios puramente retributivos, la naturaleza del hecho cometido justificaría la necesidad de una medida u otra, y también la agravación de los requisitos para obtener alguna modificación, sustitución o cese de la medida impuesta. Sin embargo, y atendiendo a criterios puramente restaurativos, estos planteamientos son diferentes y, sin perjuicio que el hecho lleve aparejado un mayor o menor desvalor, los requisitos para poder aplicarse el principio de oportunidad en cualquiera de sus facetas, o bien, beneficiarse de una reducción, sustitución o cese de la medida, deberían ser los mismos para todos los menores, al menos, como se postula en este trabajo, una vez impuesta la sentencia.

Desde nuestro punto de vista y atendiendo a la finalidad sancionadora-educativa de la LORPM, y con una clara vocación restaurativa, entendemos que se deben castigar determinadas conductas atendiendo a la gravedad de las mismas, ya que de lo contrario se podría incurrir en el error de equiparar un delito leve con uno de extrema gravedad. Pero lo que no se comparte es la dureza con la que la Ley castiga estos delitos graves, tanto en el tiempo máximo de cumplimiento de una medida, que puede provocar que una persona condenada por hechos cometidos cuando fue menor de edad esté hasta casi los 30 años cumpliendo una medida de menores, y si tenemos en cuenta que determinados delitos no prescriben nunca, se les pueda perdurar más si cabe.

Y una vez criticado este rigor punitivo de estos delitos, también debemos postularnos en que una vez el menor sentenciado, y sin perjuicio de los hechos cometidos y de la medida impuesta, la valoración de las circunstancias que se deben tener en cuenta para aplicar los beneficios de sustitución, modificación o cese de la medida, sean más o menos rigurosos, pero, en todo caso, en idénticos términos para todos los menores.

Como ejemplo de lo manifestado, podemos citar un ejemplo real, en

el que varios menores acudieron en grupo, previamente concertados, para agredir a otro grupo con el cual ya habían tenido enfrentamientos previos y otras rencillas. El día que acudieron en busca del segundo grupo, los menores iban con cuchillos y navajas, a fin de amedrentarles y agredirles, pero se les fue de las manos y un mayor de edad que iba con ellos, provisto de dos cuchillos de grandes dimensiones, apuñaló a un joven del otro grupo por la espalda, causándole lesiones de las que tuvo que ser asistido en centro médico, de urgencia, hospitalizado y operado en varias ocasiones para salvar su vida. En este caso, es más que evidente que la actuación conjunta de los menores, previamente concertados, debe ser reprochada de acuerdo con la gravedad de los hechos, y a tenor del artículo 10.2 de la LORPM, a los menores se les impuso la medida de internamiento cerrado durante un periodo de 5 años complementado por una medida de libertad vigilada de 2 años. Sin embargo, la realidad nos demuestra que la participación de los menores no debe ser tenida en cuenta conforme a los adultos, y atendiendo al interés superior del menor, que ya se ha estudiado anteriormente, se debería analizar y ponderar caso por caso a cada menor su medida a imponer.

Así debemos resaltar que de los menores que acudieron, había menores de 15 años, de 16 y mayores de edad.

Pues bien, esto debemos enlazarlo con el artículo 10.2 párrafos a y b, los cuales nos enlazan con la segunda de las premisas que habíamos establecido en este supuesto, que es la diferencia en cuanto a la edad del menor infractor.

En este sentido, según la LORPM, no podemos tratar por igual al menor de 15 años ni al menor de 16 años.

Atendiendo al ejemplo referido, el menor de 15 años podría haber sido condenado a una medida menor que el menor de 16 años. Sin embargo, se les impuso la misma medida por ser coherente con el citado artículo y con los hechos acaecidos.

Pero, ello nos lleva a ver la situación de los menores desde otra perspectiva. Tanto el menor de 15 años como el menor de 16 años eran perfectos estudiantes, hasta el punto que tenían unas notas excelentes, ese día posiblemente estaban en el lugar equivocado, a la hora equivocada y con las compañías equivocadas, pero deben asumir su conducta, sus actos y el resultado acaecido (que recordemos que fue causado por un mayor de edad). Sus circunstancias familiares y sociales eran de lo más normalizado y quizás si de otro delito se hubiera tratado, se hubiera pedido una no continuación del expediente en base al informe del equipo técnico. Pero el delito cometido, al encontrarse dentro del artículo 10, impedía tal posibilidad.

Fueron condenados por ello a la medida antes referida. Durante el inicio de la ejecución de la medida impuesta, los menores fueron excepcionales en cuanto al cumplimiento, comportamiento y rendimiento académico. Uno de ellos estudiaba bachiller, mientras que el otro estaba en el último curso de bachiller, en el momento de dictarse la sentencia. Ambos menores finalizaron el curso con unas notas de matrícula de honor en el bachiller. El segundo menor, se presentó a las pruebas de selectividad para el acceso a la universidad y sacó unas notas excepcionales que le facultaban para estudiar el grado que le interesara.

Respecto del primer menor (el que tenía en el momento de la comisión de los hechos 15 años), el estudiar en el centro de reeducación de menores el bachiller le impedía un correcto aprovechamiento del mismo, ya que normalmente en los centros de reeducación, la enseñanza que se les puede impartir es la obligatoria y el bachiller se debería desplazar a un instituto para poder cursar el mismo, o realizarlo a distancia. El segundo de los menores (el que en el momento de la comisión de los hechos tenía 16 años) tras sacar matrícula de honor en el bachiller y muy buenas notas en la selectividad, estaba interesado en estudiar un grado que la Universidad Nacional de Educación a Distancia no ofertaba, mermándole, por ello, su interés de poder estudiar lo que más le gustaba e interesaba.

Como vemos son dos menores, prácticamente en idénticas circunstancias pero con una gran diferencia, la edad.

Según el artículo 10.2 párrafo b) se establece que “si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad. [...] En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta”.

Mientras que el párrafo a) no establece ninguna precisión a este respecto<sup>506</sup>.

Por ello, en cuanto al sentido literal de los citados artículos, vemos como la diferenciación es grande y grave para cada menor.

En el menor de quince años, cabe pensar que atendiendo a sus circunstancias personales, familiares, sociales y sobre todo de ejecución de la medida, sería más aconsejable una medida diferente del régimen cerrado, que sería más factible para que el menor pudiera salir del centro y cursar sus estudios, si bien la LORPM exige que la medida a imponer sea de internamiento cerrado, y que la misma puede ser sustituida, modificada o suspendida en cualquier momento nada más ser dictada. Pudiéndose entender entonces que se puede “burlar” el contenido del artículo 10 al imponer al menor una medida de internamiento en régimen cerrado que nunca se llegue a ejecutar, pues nada más imponerse se modifica por otra más benévola, como sería en este caso la medida de internamiento en régimen semiabierto, la cual favorece que el menor pueda, en este caso concreto, estudiar en un instituto y acudir posteriormente al centro. Sin embargo no se entiende que se trate de eludir la real respuesta a la

---

<sup>506</sup> En este sentido Auto de la Audiencia Provincial de Castellón nº 524 de 18 de agosto de 2015, obtenido al tratarse de un asunto propio.

infracción cometida, sino de poder adaptar la realidad a las circunstancias del menor, que si bien ha sido condenado a una medida, tras su correcta evolución y asunción de responsabilidad, se le puede atemperar la respuesta sufrida.

En el segundo menor, la situación cambia, pues el hecho de tener cumplido 16 años en el momento de comisión del hecho, hace que en virtud del párrafo b) no se pueda modificar, sustituir ni suspender la ejecución de la medida, si no ha transcurrido la mitad de la medida impuesta. En el supuesto que nos ocupa, vemos como al menor en cuestión, se le impide estudiar lo que le interesa, debiendo perder varios cursos hasta que efectivamente puede estudiar el citado grado, o bien se matricula en otro similar, o esperar unos años, bajo riesgo de que se le merme la capacidad de estudio. Siempre queda, sin embargo, la posibilidad de realizar cambalaches jurídicos a través de permisos extraordinarios para que pueda rentabilizar ese estudio y pueda aprovechar el mismo, pero ello se entiende como un parche a esta situación.

Si bien se ha ejemplificado el problema en un caso real, hay que comentar que esto sucede en numerosas ocasiones, ya que la rigidez que prevé la LORPM en determinados casos, nos hace patente una situación en la que realmente parece que a los menores se les trate como adultos y que se aparte de criterios restaurativos, o cuanto menos, impidiendo una aplicación tendente a la reeducación del menor.

Si la finalidad de la LORPM es una finalidad reeducativa, estos planteamientos atienden más a criterios retribucionistas que restaurativos, por ello se entiende que *de lege ferenda* se debería modificar estos supuestos rebajando el rigor establecido en la ley, y facilitando que atendiendo a las circunstancias personales y sociales del menor, pudiera modificarse la medida impuesta en sentencia al menor, sin los plazos de seguridad impuestos, toda vez que de una correcta evolución e informes se constatará una correcta asunción de responsabilidad y ansias de mejora. Sin



embargo, este planteamiento, somos conscientes que de cara a la opinión pública pudiera parecer excesivamente flexible, ya que recordemos, a raíz de diferentes manifestaciones populares y diversos titulares de prensa, se produjeron diferentes modificaciones legislativas que, más que mejorar la LORPM en aras a la reeducación del menor, la adaptaron a criterios más punitivos y exigentes para la responsabilidad de los menores<sup>507</sup>.

En este sentido, DE LA ROSA CORTINA<sup>508</sup> propuso una reforma legislativa en aras a establecer una única medida de internamiento con plurales modalidades de ejecución, ya que la compartimentalización en internamiento abierto, semiabierto y cerrado puede provocar el encorsetamiento debido a la rigidez del sistema de ejecución del mismo, debiéndose seguir un sistema similar al propuesto por el Grupo parlamentario Catalán en el debate parlamentario de la LORPM, que lo fundamentaba en “facilitar que la medida de internamiento sea única, sin perjuicio de que el menor o joven internado la cumpla en cada momento en el régimen más adecuado a su situación y evolución personal en el centro. Una regulación como la del proyecto, que crea tantas medidas de internamiento como regímenes, impide el tratamiento individualizado y los mecanismos de progresión y regresión de régimen en función de la

---

<sup>507</sup> Así podemos citar, a modo de ejemplo, la reforma operada por la LO 15/2003, de reforma del Código Penal, la cual modificó la LORPM en el aspecto relativo a la acusación particular, siendo que dicha modificación salió en la discusión del proyecto inicial, sin tener nada que ver con él, ya que era la modificación del Código Penal, y que no obtuvo debate alguno, habida cuenta y así se refiere en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados que la reforma está avalada por hechos acaecidos en el año 2003 y que tuvieron mucho eco en los medios de comunicación. Hechos que hacen referencia al caso de “Sandra Palo”, quien fue violada y asesinada por jóvenes de entre 14 y 19 años, y tras la muerte de la menor, su familia comenzó la recogida de firmas para la solicitud de un endurecimiento de las condenas de los menores con una reforma de la Ley del Menor en España, llegando a lograr 1 millón de firmas. La evolución del caso levantó un gran revuelo mediático y el planteamiento de las reformas para el endurecimiento de las penas de los menores delincuentes en España. Se organizaron manifestaciones, recogidas de firmas y en la actualidad se encuentra en funcionamiento la Asociación Sandra Palo (para la defensa de las libertades). También se hace eco de la importancia de los medios de comunicación y el tratamiento de las noticias de delincuencia juvenil COLÁS TURÉGANO, A. “La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia Ob. Cit., págs.. 726-747.

<sup>508</sup> DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Algunos apuntes para una futura reforma del sistema de justicia penal de menores* Ob. Cit., pág. 4 y ss.

evolución del sujeto [...] se propone que la Entidad Pública sea la encargada de señalar el régimen en cada momento...”.

Como señala DE LA ROSA CORTINA<sup>509</sup>, este sistema tiene las ventajas de fomentar la flexibilidad e individualización, permitiendo adaptar en cada momento el internamiento a las necesidades del menor y a su evolución durante la ejecución de la medida.

Todo ello sin perjuicio que, atendiendo a los criterios restaurativos que impulsan el espíritu de la LORPM, se pudiera establecer como facultativa la imposición de esta medida de internamiento, y que, sin perjuicio de tener vedada la aplicación del principio de oportunidad, al tratarse de un delito grave, en determinados casos y con todos los informes favorables, se les pudiera imponer otro tipo de medidas menos gravosas para el menor.

Sin embargo, se entiende ajustado a derecho el sistema actual, en el que se determina tres tipos de medida de internamiento (cerrado, semiabierto y abierto), y también que determinados delitos deban llevar a aparejadas medidas de una u otra naturaleza. Sin embargo, si que se propone *de lege ferenda*, que se elimine esa rigidez que se establece para los delitos graves recogidos en el artículo 10.2 de la LORPM, permitiendo que a tenor de la evolución positiva de los menores se puede modificar la ejecución de la misma sin tener en cuenta el encorsetamiento que existe hoy en día por el motivo de la edad.

#### **4.3. Facultades de aplicación de la oportunidad penal**

En este apartado podemos analizar las dos figuras más importantes de aplicación del principio de oportunidad en el expediente de reforma, como son, el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación

---

<sup>509</sup> *Ibíd.*

con la víctima y el sobreseimiento del expediente a raíz de la propuesta realizada por el equipo técnico en su informe.

#### **4.3.1. El sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación con la víctima. Especial relevancia de la mediación**

Como ya se ha mencionado anteriormente, todas las tendencias actuales giran en torno a planteamientos restaurativos, mientras que los planteamientos legislativos giran en torno a planteamientos retributivos.

Dentro de estos planteamiento restaurativos cobra especialmente importancia la mediación, la cual se encuentra ya definida, conforme se establece en la Recomendación R (98), del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar como “...el proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes”, o “todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro”. Mientras que la Recomendación núm. R (99) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, define la mediación penal como “todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si lo consienten libremente, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)”.

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal también establece que: "Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]. Los Estados miembros pondrán en vigor

las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006" (arts. 10 y 17).

Podemos por tanto concluir que la mediación es la puesta en común de varias posiciones enfrentadas (infractor y víctima), ante un tercero independiente e imparcial, y con conocimientos técnico, que tratan de alcanzar un acuerdo resolviendo sus diferencias sobre el origen y solución del procedimiento, debiendo concurrir en ello varios presupuestos como la voluntariedad, la confidencialidad y la imparcialidad<sup>510</sup>.

Es decir, debe ser voluntariamente aceptada por la partes, reservándose la oportuna confidencialidad de lo allí tratado y el mediador no puede intervenir a favor de alguna de las partes interesando que el asunto se decante por unos u otros.

La mediación propiamente dicha cabe en todos los ámbitos de la vida cotidiana, siempre y cuando surja un conflicto entre partes. Sin embargo, no debemos olvidar la premisa que la mediación que aquí se esta analizando proviene de un delito, y como tal se le presupone, en la mayoría de los casos, una gravedad superior a cualquier otro conflicto. A ello debemos unir el desvalor jurídico de la conducta del agresor. Así, en este sentido, vemos como el acuerdo entre partes puede estar condicionado a que el hecho delictivo permita el mismo o bien a que se produzca ese entente entre las partes que no siempre es posible cuando surgen responsabilidades civiles derivadas del delito.

Como antecedente de esta mediación se puede destacar el primitivo proyecto de Conciliación víctima-ofensor (VORP) desarrollado en Ontario,

---

<sup>510</sup> COLÁS TURÉGANO, A. "Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española. Ob. Cit., págs. 152 y, en CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., "Mediación y violencia de género en menores de edad: un enfoque educativo". Conferencia impartida en el seno de la IV Conferencia internacional Ob. Cit.

Canadá (1974), como estrategia de diversión en Derecho penal juvenil. Estos postulados de Justicia Restauradora han experimentado desde entonces, una profundísima evolución hasta llegar al sistema actual<sup>511</sup>, cuando aparecieron en Europa unas nuevas tendencias que apuntaban hacia la despenalización y la diversificación de las respuestas que la justicia daba a los delitos que cometían jóvenes.

Poco a poco fueron apareciendo programas con distintos nombres en países tales como Inglaterra, Finlandia, Noruega, Alemania, Austria o Países Bajos y posteriormente, en los años noventa, Francia, Italia y España.

Primero fue la Recomendación R(87) 20 del Consejo de Europa y después la número R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, las que fijaron unos principios básicos sobre criterios para tratar a las víctimas y, en especial, para aplicar la mediación. Estos principios básicos se centraban en<sup>512</sup>:

- La necesidad de posibilitar una participación personal de la víctima, del delincuente y de la propia comunidad en el procedimiento penal.

- Reconocer el interés legítimo de las víctimas a poder expresar las consecuencias de su victimización, comunicarse con el delincuente y obtener una disculpa y una reparación.

- Admitir la posibilidad de que el autor del delito asuma su responsabilidad y pueda rectificar.

Ello extrapolado a nuestro procedimiento, no se encuentra recogido,

---

<sup>511</sup> En este sentido HERRERA MORENO, M., “Rehabilitación y restablecimiento social. Valoración del potencial rehabilitador de la justicia restauradora desde planteamientos de teoría jurídica terapéutica” en Cuadernos de Derecho Judicial, nº 14. 2006.

<sup>512</sup> Así se refleja en el informe monográfico sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, emitido por el Defensor del Pueblo en septiembre de 2002.

a excepción del “perdón del ofendido”, recogido en el artículo 130.1.5 del Código Penal<sup>513</sup>. La atenuante de reparación del daño, la cual puede llegar incluso a tener la consideración de muy cualificada. O lo recogido en el artículo 90.2 del Código Penal cuando se contempla la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional, o el actual artículo 84 en el que se permite la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

Ahora bien vemos como se establece la cláusula de “cuando la ley así lo prevea”, y, por ello, a similitud de este precepto, en la legislación de menores se recogió este perdón, pero bajo la fórmula de una conciliación o reparación, pues el perdón debe ir acompañado con un reconocimiento y arrepentimiento de los hechos por parte del menor infractor, debiéndose realizar bajo la supervisión de terceras personas, (en el caso que nos ocupa, el equipo técnico, quien tras documentar el mismo y acreditar que efectivamente es correcto y real, elevará la propuesta al Ministerio Fiscal de que se abstenga de continuar el procedimiento).

Por ello, y como señala GÓMEZ COLOMER<sup>514</sup>, los contornos de esta mediación deberían estar perfectamente definidos en cuanto a que

---

<sup>513</sup> Artículo 130.1 del Código Penal: “La responsabilidad criminal se extingue:

1.º Por la muerte del reo.

2.º Por el cumplimiento de la condena.

3.º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código.

4.º Por el indulto.

5.º Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla. En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.

6.º Por la prescripción del delito.

7.º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.”

<sup>514</sup> En este sentido GÓMEZ COLOMER, J. L., en GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTERO AROCA, J. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I*, Ob. Cit., pág. 51.

delitos es posible, que el autor carezca de antecedentes penales, que exista un asesoramiento obligatorio a la víctima por un abogado, que la víctima sea reparada del daño civil sufrido y que si el acuerdo se incumple por el presunto autor se abra una vía al juicio oral con una penalidad agravada.

En nuestro sistema de la LORPM se recogen prácticamente estas premisas con las particularidades propias del sistema de justicia juvenil instaurado, estableciendo, tanto el artículo 18 como el 19, los tipos delictivos en los que cabe la aplicación del principio de oportunidad, (delitos menos graves sin violencia o intimidación, o en su caso que esta sea leve), como hemos visto, se recoge la necesidad que el menor no tenga antecedentes de hechos de la misma naturaleza (al menos en el artículo 18), pero lo que no se recoge es la necesidad de asesoramiento a la víctima por letrado, ya que la LORPM entiende que este asesoramiento en la mediación es realizado por el equipo técnico, ya que un letrado en este momento, podría configurarse como una acusación particular, que busque más el castigo y rédito económico de la mediación que otra cosa, así tampoco se recoge expresamente que la misma conlleve el pago de las responsabilidades civiles y que si se incumple la misma se abra la vía del juicio oral. Estos dos últimos aspectos, es cierto que no se contemplan expresamente, pero no es más que el normal desarrollo de las actividades mediadoras de los equipos técnicos establece como las premisas la asunción del hecho cometido y la capacidad de enmienda, es decir de reparación del daño, cuestión esta que como veremos, en caso de incumplimiento nos deriva a un procedimiento civil de reclamación de cantidad más que al procedimiento penal en si. En lo referente al incumplimiento de la mediación realizada, se deben seguir los tramites ordinarios del procedimiento, ya que, sin perjuicio de la figura de las tareas socioeducativas de carácter previo o la reparación del daño, la conciliación es inmediata, o se hace o no se hace. Mientras que las otras dos figuras, lo que conllevan, como veremos, es una voluntad de realizar una determinada actuación, que hasta que no se cumple, no da por finalizado el procedimiento.

Así, en la LORPM, cómo acabamos de adelantar, vemos como se establece la figura del mediador en los equipos técnicos y la regulación de la misma se promulga en el artículo 27 párrafos 3 y 4<sup>515</sup>, y también en el artículo 19<sup>516</sup>, donde se recogen las formulas de mediación antes nombradas.

Como se recoge en la circular 9/2011 de a Fiscalía General del Estado, “las soluciones extrajudiciales gozan de gran aceptación por parte de las víctimas, que se sienten reconocidas y se les ofrece la posibilidad de un resarcimiento moral, evitando al tiempo el proceso, con la carga de victimización secundaria que conlleva. También son muy valoradas por los menores infractores, a quienes permite eludir el contenido estigmatizante del proceso.

---

<sup>515</sup> Artículo 27. 3 y 4: “3. De igual modo, el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley, con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad. En este caso, no será preciso elaborar un informe de las características y contenidos del apartado 1 de este artículo.

4. Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.”

<sup>516</sup> Artículo 19: “1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.”



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

Para comprender este argumento, no debemos olvidar que un menor infractor, en la mayoría de casos actuará contra sus iguales, demostrándose que en ocasiones la magnitud o la gravedad de sus conductas se les hace ver por los adultos, o incluso, dependiendo de su ámbito familiar o social, se les hace ver ya en la Fiscalía, equipos técnicos o Juzgado de Menores. De otro lado, en ocasiones, si la víctima es un mayor de edad, es éste quien, bajo la premisa de entender que se trata de más bien una “chiquillada”, no tiene interés alguno en el procedimiento, demostrándose que tanto en uno u otro supuesto un arrepentimiento seguido de un perdón puede ser, y así se demuestra en la práctica, la mejor solución.

Respecto al menor víctima y siguiendo a HERNÁNDEZ SÁNCHEZ<sup>517</sup> nos encontramos con diferentes variables que le condicionan, como pudiera ser la relación con el agresor, la autoridad moral del mismo (en supuestos de agresiones sexuales, acoso escolar...), la vis coactiva de guardar secreto que le impone el agresor, la indefensión aprendida fruto del miedo inducido, y una serie de variables que se manifiestan en serias dificultades para poder narrar, relatar y denunciar los hechos, así como en secuelas a corto, medio, e incluso, largo plazo. No debemos olvidar que, según manifiesta este autor, existe una creencia errónea de esperar una correlación directa entre las características de la agresión y aparición de síntomas o secuelas. Pero la agresión debe analizarse de forma global,

---

<sup>517</sup> HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. A., “El menor, víctima en el proceso penal. aspectos psicológicos y tratamiento”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 12. 1998. Si bien en su artículo habla de menores víctimas de agresiones sexuales, vemos como sus argumentos son extrapolables a cualquier menor víctima por cualquier delito.

porque no existe una relación directa entre un síntoma y un tipo de agresión. Incluso síntomas aparentemente iguales pueden ser debidos o no a secuelas; por ejemplo, el absentismo escolar puede ser consecuencia de una agresión o encontrarse en un trastorno de conducta de la adolescencia.

Las secuelas psicológicas a corto plazo pueden ser mínimas, como es el caso de víctimas de corta edad pero puede mostrar efectos posteriormente en la etapa adulta.

Por ello, en muchos de estos supuestos parece más sensata y más factible la mediación intrajudicial<sup>518</sup>, con tintes más hacia una mediación extrajudicial, en la que el procedimiento se paralice hasta la correcta evolución de la misma, lo que en la práctica nos lleva a que el menor realmente no sea consciente de que el procedimiento sigue en trámite y que piense que finaliza en ese momento.

Es así que una solución con la que puede hacer frente a esta concepción del “*Nothing Works*” acuñado por MARTINSON<sup>519</sup>, sería la mediación. Pero una mediación real, directa y espontánea<sup>520</sup> entre las partes. Por ello se ha de ponderar el caso concreto, valorando esta mediación y, en el caso de entender que procede la continuación del procedimiento, bien por no poderse celebrar la mediación, como por cualquier otro procedimiento, que éste se realice con las máximas garantías y respeto a los derechos, tanto de la víctima como del menor infractor.

---

<sup>518</sup> Recordemos que en virtud del artículo 19.1 esta mediación penal está restringida para las faltas y los delitos menos graves en los que no concurra violencia e intimidación grave

<sup>519</sup> MARTINSON llegó a esta conclusión con una formulación, bandera del derrotismo criminológico (aunque posteriormente él mismo matizó): nuestras actuales estrategias no pueden superar, ni aún apreciablemente reducir, las poderosas tendencias de los ofensores hacia la perseverancia en el comportamiento criminal MARTINSON, R., "What Works. Questions and Answers about Prison Reforms" en *The Public Interest*, 35, pág. 49, 1974. Disponible en:

[http://www.nationalaffairs.com/doclib/20080527\\_197403502whatworksquestionsandanswersaboutprisonreformrobertmartinson.pdf](http://www.nationalaffairs.com/doclib/20080527_197403502whatworksquestionsandanswersaboutprisonreformrobertmartinson.pdf)

<sup>520</sup> Entiéndase esta espontaneidad por lo ya manifestado de evitar una mediación coactiva o forzada.

Frente a la respuesta institucionalizada, la mediación penal es el instrumento propuesto por la llamada Justicia restaurativa para la resolución de los conflictos sociales. Se trata de establecer puentes de dialogo con el objetivo fundamental de crear una herramienta válida para conseguir una reparación más satisfactoria a las necesidades reales de la víctima, permitiendo al mismo tiempo al infractor, que repara, disfrutar de determinados beneficios jurídicos al asumir el desvalor de su acción, lo que contribuye a su efectiva reinserción y, en definitiva, a lograr la paz social<sup>521</sup>.

Como señala ÁLVAREZ RAMOS<sup>522</sup> la mediación penal presenta unas características especiales que la diferencian de otros tipos de mediación (familiar, comunitaria, laboral, etc.). Las principales son:

- Las partes vienen determinadas por el Derecho Penal, que dice quién es el autor y quién la víctima. No existe de entrada, por tanto, igualdad entre las partes, sino que ocupan un rol muy diferente desde el principio: una es el autor, la otra es la víctima; una ejerce la reparación, la otra la recibe.

- El punto de partida no es el conflicto más o menos extenso, más o menos enquistado, sino el hecho penal. Si bien en ocasiones es posible por medio del hecho penal abordar un conflicto más amplio que las propias partes no pueden separar del asunto penal.

- El resultado no es del todo confidencial, sino que será conocido, al menos, por la instancia judicial, quien podrá validarlo o desestimarlos. Y en virtud de ello el proceso de mediación será alternativo al proceso judicial en menores.

---

<sup>521</sup> En este sentido, DEL RÍO FERNANDEZ, L., en “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad” en *Diario La Ley*, Nº 6520, Sección Doctrina, 6 Jul. 2006, Ref. D-165, Editorial LA LEY.

<sup>522</sup> ÁLVAREZ RAMOS, F., “Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales”, en *International E-Journal of Crimes Sciences*, artículo 3, número 2, 2008

En este sentido, y según se desprende de los tratados internacionales, concretamente en la Recomendación 19 del Consejo de Europa, vemos una serie de pautas a tener en cuenta en la aplicación de estos procedimientos de mediación penal, ya sea juvenil o adulta. Entre ellas, podemos destacar:

- Consentimiento de las partes.
- Confidencialidad de las conversaciones que ocurren durante el proceso.
- Garantías legales y asistenciales de las partes.
- Voluntad de ambas partes. No deben ser obligados a comenzar un proceso de mediación
- El reconocimiento de los hechos del caso deberá ser la base de la mediación penal.
- El resultado de la mediación no ha de usarse como indicio o testimonio de culpa.
- El mediador ha de ser neutral y estar formado en mediación.
- La mediación ha de ser un procedimiento imparcial, respetando la dignidad de las partes y cuidando especialmente la vulnerabilidad de las mismas.

También hemos de hacer referencia en este momento a que este sobreseimiento tan sólo se puede realizar en el trámite de expediente de reforma y en modo alguno, en las diligencias preliminares, pues, como ya hemos visto, en dicha fase la única vía es o sobreseer por cualquiera de las causas que establece la LECrim en los artículos 637 y 642, o desistir de la incoación del expediente de reforma.

Sin embargo, hay que hacer constar que la LORPM parece confundir los términos de mediación, conciliación y reparación, utilizando estos

términos indistintamente, aun siendo, como hemos visto antes, conceptos diferentes. Para la ley se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas y la reparación será el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar efectivamente determinadas acciones en beneficio de estos últimos o de la comunidad. Sin embargo, y como manifiesta FRANCÉS LECUMBERRI<sup>523</sup>, el modelo en el que estaba pensando el legislador cuando recogió este precepto en la ley era en el de la mediación.

Y, evidentemente, al enmarcarnos en el procedimiento regulado en la LORPM se establece la figura del mediador en el equipo técnico, quien está autorizado para poder realizarla y dotar de garantías a la misma.

Sin embargo, también nos encontramos con determinados supuestos en los cuales la intervención en esta mediación o en la elaboración del citado informe no ha sido realizada por parte del equipo técnico adscrito a la Fiscalía y al Juzgado de Menores.

Esto no es óbice para entender que la citada actividad mediadora sea realizada por otras entidades. Así se puede dar el caso que la determinada Comunidad Autónoma haya licitado el servicio de ejecución de medidas penales y se haya adjudicado una entidad determinada. Es por ello por lo que se entiende que existiría una habilitación al respecto a fin que fuera la citada entidad la que realizara la mediación y no el equipo técnico exclusivamente.

En primer lugar, es obvio que si un menor se encuentra ingresado en un centro de reeducación, sean los equipos propios del centro quienes realicen el citado informe. Sin embargo, se han planteado problemas en

---

<sup>523</sup> FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación” pág. 23.

determinadas Audiencias en tanto que dicho informe no ha sido realizado por el equipo técnico propio de la Fiscalía y del Juzgado. Al tratarse de competencias delegadas a las Comunidades Autónomas, son ellas las que establecen adjudicaciones a determinadas entidades para la ejecución de medidas, constando muchas y muy variadas las entidades que se dedican a ello<sup>524</sup>.

En respuesta a esta cuestión, podemos destacar los problemas surgidos en la Fiscalía y Juzgado de Menores de Huelva, que ha dado lugar a que la Audiencia Provincial de Huelva<sup>525</sup> se pronuncie en el sentido de admitir que la Cruz Roja Española pueda participar en la mediación, en tanto que ha sido entidad adjudicataria contratada por la Junta de Andalucía para tal fin, con su correspondiente pliego de condiciones y prescripciones técnicas y, está formado por personal cualificado según exige el artículo 4.1 del RLORPM<sup>526</sup>, todo ello debido a que desde enero de 2010 se encuentra

---

<sup>524</sup> Se puede señalar a modo de ejemplo, la Cruz Roja o la asociación Ginso, en Andalucía, la Fundación Diagrama en Murcia y Comunidad Valenciana entre otras.

<sup>525</sup> En los Autos de la Audiencia Provincial de Huelva números 10/2011 de 26 enero 2011 (EDJ 2011/120341), 228/2010 de 25 noviembre 2010 (EDJ 2010/369421), 17/2011 de 20 enero 2011 (EDJ 2011/113687), 16/2011 de 12 enero 2011 (EDJ 2011/120180), 9/2011 de 10 enero 2011 (EDJ 2011/113495), 227/2010 de 23 noviembre 2010 (EDJ 2010/369420).

<sup>526</sup> Establece el Auto 17/2011, de la AP Huelva de 20 enero 2011 (EDJ 2011/113687), en sus razonamientos jurídicos lo siguiente:

“PRIMERO.- Se recurre el auto de la juzgadora que entiende que no ha existido informe del equipo técnico proponiendo la actividad educativa que el menor debe cumplir para que proceda el sobreseimiento y archivo de lo actuado conforme al artículo 19 números 1 y 4 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en un supuesto en que no hay una víctima individualizada dado que el delito es contra la seguridad vial. Debe aclararse en primer lugar que no entramos a considerar la actividad administrativa en la ejecución de las medidas impuestas en sentencia, que también se da en la ejecución de las penas.

SEGUNDO.- El Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio Reglamento de Responsabilidad Penal de los Menores establece en su artículo 4 que "los equipos técnicos estarán formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales cuya función es asistir técnicamente en las materias propias de sus disciplinas profesionales a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal, elaborando los informes, efectuando las propuestas, siendo oídos en los supuestos y en la forma establecidos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", en concreto "realizarán funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado" (número 1). " Los profesionales integrantes de los equipos técnicos dependerán orgánicamente del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas" (número 2).

TERCERO.- El equipo que ha actuado en esta mediación pertenece a la Cruz Roja, como

entidad adjudicataria contratada la Junta de Andalucía. El pliego de prescripciones técnicas detalla que "los medios humanos y materiales que hayan de ser empleados para la ejecución del presente contrato son, en todo caso, dependientes de la entidad adjudicataria, correspondiendo únicamente a las mismas cualquier responsabilidad", lo que se reitera al decir que la composición del equipo será comunicada a la Dirección General de Oficina Judicial, Justicia Juvenil y Cooperación que deberá dar su visto bueno, "sin que en ningún caso implique vínculos de ningún tipo de estos profesionales con la Consejería". Por todo ello el requisito de la dependencia orgánica de la Comunidad - que lleva consigo la correspondiente responsabilidad de ésta- no se cumple.

CUARTO.- Finaliza el citado artículo 4.2 expresando que "estarán adscritos a los juzgados de menores. Durante la instrucción del expediente, desempeñarán las funciones establecidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal y del juez de menores", adscripción y dependencia funcional que no se dan cuando según el pliego de prescripciones el "control de cada intervención con los menores se realizará a través de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Justicia y Administración Pública" y "la transmisión de información será siempre realizada a través de las correspondientes Delegaciones Provinciales". Por si quedara alguna duda, en el apartado 5, cuando se refiere a las obligaciones de la entidad adjudicataria, señala que "la entrada de cualquier menor en el Programa será siempre por indicación de dichas Delegaciones".

QUINTO.- El número 5 del artículo 4 del Reglamento prescribe que "La representación del equipo la ostentará aquel que sea designado por el Ministerio Fiscal o el juez de menores en la actuación concreta de que se trate", mientras que en el pliego de prescripciones prevé que "De estos profesionales, uno será el Coordinador del Equipo de Mediación" pareciendo eliminar esa designación judicial o fiscal, máxime cuando habría de hacerse a través de la Delegación como hemos visto en el anterior fundamento.

SEXTO.- Por último, preceptivamente "los equipos técnicos estarán formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales" (inciso inicial del artículo 4.1 del Reglamento), mientras que las titulaciones de Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía, Trabajo Social o Derecho" se mencionan en el pliego de prescripciones como meramente preferentes, permitiéndose incluso que se emplee personal que tenga "titulación especializada en materia de Justicia Juvenil" sin concretar o, con carácter alternativo, meramente "acreditar dos años de experiencia en Centros, Servicios y/o programas de Justicia Juvenil". Eso es algo distinto de la previsión reglamentaria de que "podrán también incorporarse de modo temporal o permanente a los equipos técnicos otros profesionales", lo que no es sino un complemento del equipo.

SÉPTIMO.- La previsión contenida en el último párrafo de artículo 27 de la Ley de que el informe podrá ser elaborado o complementado por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado no excluye la intervención del equipo técnico, aparte de que se justifica por el conocimiento previo de la situación del menor en su actividad educativa exclusivamente y se refiere a informe en singular, que tiene el contenido del número 1, y no a propuesta de intervención, separando el número 3 ambos aspectos precisamente al referirse a la posibilidad de realizar actividad reparadora.

OCTAVO.- Invoca también la recurrente el artículo 8.7 del Reglamento, cuando dice: "Sin perjuicio de las funciones de mediación atribuidas en el artículo 19.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, a los equipos técnicos correspondientes, también las entidades públicas podrán poner a disposición del Ministerio Fiscal y de los juzgados de menores, en su caso, los programas necesarios para realizar las funciones de mediación a las que alude el citado artículo". El programa, a que se refiere el pliego de prescripciones, tanto general como individualizado para cada menor, no lo elabora ni desarrolla la entidad pública sino la adjudicataria (apartados 6 y 7 en su inicio). La posibilidad de acuerdos incluso con entidades privadas con ánimo de lucro que permite el artículo 45 de la Ley no ampara el supuesto que

en funcionamiento un llamado Equipo de Mediación (conciliación y Reparación, tanto extrajudicial como intrajudicial), en el seno de CRUZ ROJA ESPAÑOLA en apoyo de las Fiscalías y Juzgados de Menores de Andalucía, con arreglo al Pliego de Prescripciones Técnicas para la puesta en marcha y funcionamiento de Equipos de Mediación, Conciliación y Reparación, tanto Extrajudicial como Intrajudicial, adoptado con fecha 20 de octubre del 2009.

Especial mención debemos realizar a la mediación en el ámbito educativo, que ya se ha mencionado antes<sup>527</sup>, pues en esta fase puede alcanzar una gran envergadura, en el sentido de poder establecerse el centro como un órgano mediador entre el menor infractor y la víctima. Aunque esto en ocasiones puede llegar a entenderse como una situación de desigualdad, al tratarse del centro educativo (o la administración, en ocasiones) como posibles perjudicados por la actuación del menor. Sin embargo, salvo que el centro educativo este involucrado en los hechos, por culpa o negligencia, no se debe caer en este error ya que ello implicaría perder la confianza en las instituciones, y si se pierde la misma en lo referente al sistema educativo lo que se consigue es que se tambaleen los cimientos de nuestra sociedad, presente y futura.

Así, y partiendo de esta experiencia andaluza, y lo visto en el sistema educativo, no sería desdeñable que se extendiera esta posibilidad a determinadas instituciones que por su trayectoria, experiencia y saber hacer, se encuentran en contacto diario con los menores y pueden salvaguardar que efectivamente esa mediación, en el marco de la LORPM, sea perfectamente válida.

---

contemplamos, primero porque tal precepto se refiere a la ejecución de medidas, con mayor intervención administrativa, y segundo, porque ha de hacerse necesariamente sin que "suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución", al contrario de lo que ahora ocurre como hemos expuesto en el fundamento tercero."

<sup>527</sup> Vid. Instrucción 10/2005 de a FGE, Ob. Cít.



En otro orden de cosas, debemos tener en cuenta que esta mediación tiene dos acepciones que se deben estudiar por separado, la conciliación y la reparación del daño.

La conciliación y la reparación son definidas legalmente en el artículo 19.2 de la LORPM, concretamente: “se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y ésta acepte sus disculpas; mientras que la reparación se define como el compromiso con la víctima o con el perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de ellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva”.

Como señala CRUZ MARQUEZ<sup>528</sup>, ambas figuras se dirigen a la regulación del conflicto, asociado a la comisión de un hecho delictivo, entre el infractor y la víctima o perjudicado, centrándose la primera en elaborar dicho conflicto a través del reconocimiento del daño y la petición de disculpas por parte del menor, mientras la segunda lo hace mediante su compensación “simbólica”, con la realización de las actividades concertadas en el acuerdo de reparación. En este sentido, la diferencia entre la conciliación y la reparación, no reside tanto en el carácter psicológico o moral de la primera frente al contenido material de la segunda, sino que, siendo común a ambas la celebración de un proceso de mediación entre el menor y la víctima, en el que tiene lugar el tratamiento del hecho cometido y de sus consecuencias, representan dos modalidades distintas de plantear la solución pacificadora entre las partes: bien a través de un acuerdo en el que se determinan las actividades a realizar por el menor en beneficio de la víctima o de la comunidad, en el caso de la reparación, bien mediante la presentación de disculpas por el menor y su posterior aceptación por la víctima, en el caso de la conciliación

---

<sup>528</sup> CRUZ MARQUEZ, B., “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: Ob. Cit., pág. 14:1-14:34,

Veamos por separado ambos supuestos:

#### 4.3.1.1. La conciliación

Una de las formas que existen para solucionar los conflictos es la conciliación, la cual se puede configurar desde dos clases, la intraprocésal y la extraprocésal<sup>529</sup>. La primera de ellas es la que se realiza en el seno del procedimiento, mientras que la segunda sería previa al mismo.

Por ello podemos establecer una diferenciación clara, la intraprocésal, al devenir en el seno de un procedimiento, debe ser imperativamente ratificada por el Juez, quien le deberá dar validez a la misma, mientras que la extraprocésal, al realizarse al margen de un procedimiento, deviene un acuerdo entre partes.

La idea de la conciliación implica el acuerdo entre sujetos que parten, en principio, de posturas discrepantes o posiciones de intereses enfrentadas<sup>530</sup>. Según la regulación establecida en la LORPM, supone el reconocimiento del daño causado por parte del menor, junto a la petición de disculpas ante la víctima y su consiguiente aceptación por esta última

Es obvio que esta facultad se debe analizar en la fase de expediente de reforma, ya que con anterioridad los equipos técnicos no tienen facultad de intervenir.

Cabría, sin embargo plantearse si se podría dar virtualidad a una conciliación privada entre las partes, conforme a lo estudiado con anterioridad. En este supuesto si se dan los presupuestos del artículo 18 de la LORPM, cabría un desistimiento del Ministerio Fiscal, pero en este momento nos encontramos con una institución totalmente diferente.

---

<sup>529</sup> En este sentido GÓMEZ COLOMER, J. L., en GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTERO AROCA, J. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I*, Ob. Cit., pág. 41

<sup>530</sup> PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, editorial Comares, 1999, pág. 22.

En este sentido, debe señalarse, sin que se haya constatado motivo alguno, que son escasos los procedimientos en los que se produce una conciliación privada entre las partes, y por no decir, ninguno, en los que se documenta, ya que en el caso de realizarse, ésta es de forma verbal. Por ello, la fundamentación del desistimiento en la fase de diligencias preliminares es totalmente diferente a la del presente supuesto.

Una vez incoado el expediente de reforma, podemos encontrar dos supuestos con sus variedades.

El primero de ellos, recogido en el artículo 5.1 del RLORPM, es que el Ministerio Fiscal valore de entrada que el asunto tiene tal trascendencia y tales connotaciones que sería aconsejable una mediación entre las partes, y la segunda de ellas, es que en el trámite normal de un expediente de reforma sea el propio equipo técnico quien se dé cuenta que de las circunstancias del caso y del menor sería aconsejable dicha mediación (artículo 5.2).

Puede parecer que la mediación en todos los casos es una buena salida en esta jurisdicción que algunos consideran como “menor”. Sin embargo, no se puede conciliar todo lo que se quiera como forma habitual de finalizar los procedimientos, ya que se debe estar, en todo caso, a las reglas generales del artículo 19 LORPM

Parece lógico pensar en determinados asuntos que por la propia naturaleza de los menores presentan una difícil justificación de una respuesta penal, como pudieran ser aquellos supuestos de riñas, injurias, o incluso pequeños hurtos. Sin embargo, no debemos olvidar que pueden incardinarse en este supuesto todo tipo de delitos leves y menos graves sin violencia e intimidación.

Se establece, por tanto, un primer filtro por parte del Ministerio Fiscal, ya que en buena medida la experiencia en la praxis forense le hace ser conocedor de aquellos supuestos donde se puede arrancar un compromiso.

Así, tenemos muchos supuestos de discusiones que acaban judicializándose y que al no poder aplicarse el desistimiento del artículo 18 se puede articular esta vía como la adecuada para alcanzar ese compromiso, el perdón y arrepentimiento de las partes.

Ahora bien, hay supuestos en los que la línea de mediación es bastante arriesgada, como pueden ser aquellos casos de malos tratos en el ámbito familiar, pues a nadie se le escapa lo duro que puede ser denunciar a un hijo y que si se le ofrece la posibilidad de perdonarlo, es más que evidente que muchos padres pueden efectivamente hacerlo pensando que la denuncia ha surtido su efecto “preventivo” y de “escarmiento”. Por ello, es aconsejable valorar cuidadosamente en que supuestos se puede alcanzar este objetivo.

También es bastante arriesgado alcanzar una mediación en aquellos casos que se pudieran incardinar o derivar en acoso escolar, pues nadie garantiza que dicho arrepentimiento sea espontáneo y que se consiga atajar la conducta.

Cabría, por tanto, establecer la premisa que debe coordinarse el criterio del Ministerio Fiscal con los equipos técnicos, siempre que se enmarque en conductas recogidas en el artículo 19, a fin de poder determinar qué supuestos son susceptibles de ser conciliados o no, ya que de lo contrario se pueden producir expectativas en las partes o dilaciones en los procedimientos que en nada favorecen el normal desarrollo del procedimiento. Es complicado establecer, *a priori*, unos criterios objetivos en los que se puede llegar a una conciliación, pero la experiencia demuestra, además de los supuestos citados anteriormente que, en aquellos casos de delitos de los que se deriva una responsabilidad civil considerable, no prosperara la conciliación, ya que la víctima, en muchas ocasiones si no se le abona la cantidad reclamada no atenderá a la misma.

Ahora bien, no cabe en modo alguno que el equipo técnico valore o se cuestione la decisión del Ministerio Fiscal interesándoles la mediación,

sino más bien, y a tenor del artículo 5.1 RLORPM se establece que deberán intentar llevarla a cabo tratando de localizar y tantear a todas las partes sobre dicha petición. Sin perjuicio que se pueda finalizar o no con éxito, en cuyo caso se informará sobre lo procedente.

En este sentido debemos tener en cuenta y aceptar que el equipo técnico carece de conocimientos jurídicos y por ello, si bien puede tener en cuenta hechos de escaso valor material, hay supuestos en los que no deben conocer ni entrar en la calificación jurídica de los hechos enjuiciados, estando, por tanto, la única parte, en este momento, capacitada y legitimada, para poder velar por esa conciliación y su viabilidad el Ministerio Fiscal. De otro modo, ello nos podría llevar a que el equipo técnico, con muy buena voluntad, decidiera conciliar un supuesto de unas lesiones leves, cuando lo que realmente se está enjuiciando es un acoso escolar de mayor magnitud que las lesiones. De ahí que sea necesario siempre la supervisión del Ministerio Fiscal sobre la viabilidad o no de la hipotética conciliación.

La segunda de las vías de mediación recogidas es el supuesto de que el equipo técnico valore de oficio dicha posibilidad al entrevistarse con un menor que muestra un arrepentimiento sincero. Por ello y conforme se establece en el artículo 5.2 RLORPM, tras pedir la autorización del Fiscal, podrán iniciar los tramites de la mediación contactando con el perjudicado.

Pero, a pesar de esta inicial voluntad de mediación, puede darse el caso que la misma no sea viable ante la negativa de unos u otros a acceder a dicha conciliación.

Por ello debemos atender a dos supuestos:

a) Cuando no se puede llevar a cabo la mediación por voluntad de la víctima. Esto no es óbice para perjudicar al menor infractor, el cual ha asumido su responsabilidad y pretende manifestar su perdón al perjudicado, que no es aceptado. En este supuesto, parece lo más lógico que el equipo técnico, atendiendo a las circunstancias del caso y del menor, propusiera una

no continuación del expediente y que se diera fin al mismo, no por la vía del artículo 19, sino por la vía del artículo 27.4 de la LORPM, o, incluso, que se remitiera al menor a la realización de unas tareas educativas.

b) Si no se puede llevar a cabo la mediación por culpa del menor infractor al no querer reconocer los hechos o manifestar su perdón, es bastante obvio que se debe continuar con el procedimiento interesando las medidas más adecuadas al caso. Pero, tras valorar las circunstancias de la víctima y si a ella le repercutiría negativamente el acto de la audiencia, se debería intentar en todo caso llegar a una conformidad penal que le evitara ese trance, y ante la imposibilidad de ello, solicitar que se adopten todas las cautelas posibles para proteger a la víctima<sup>531</sup> en un hipotético acto de juicio oral.

Ahora bien, en todo momento se está pensando en los supuestos más comunes que se enjuician en la jurisdicción de menores. Pero ¿qué vía o qué posibilidad se nos plantea ante los delitos graves, muy graves o aquellos en los que concurre violencia?

En estos supuestos la propia naturaleza de las medidas a imponer y de los delitos impediría poder llegar a una mediación o a un desistimiento.

El artículo 19 manifiesta que el desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o leve. Mientras que el artículo 27.4 se remite al 19 para poder archivar un procedimiento por interés del menor.

Por lo tanto, y del tenor del Código Penal, en su artículo 13 y 33 donde establece la consideración de delitos graves<sup>532</sup>, tan solo cabría un

---

<sup>531</sup> En este caso se podría adoptar la no publicidad de las sesiones, que la víctima declarara detrás de un parabán o por el medio de videoconferencia o cualquier otra forma legalmente establecida que impidiera el contacto visual entre las partes que, en estos supuestos, quizás es lo que más temor supone a las víctimas.

<sup>532</sup> Los que estén castigados con:

“a) La prisión permanente revisable.

archivo o desistimiento por interés del menor en los delitos que tengan una pena menor en el Código Penal y en los delitos leves.

También se veda esta posibilidad a los supuestos de violencia e intimidación grave. Pudiérase pensar que en estos supuestos entrarían todos los delitos contra las personas e incluso, alguno contra el patrimonio, pero es un tanto flexible este concepto, o al menos lo debería ser en la jurisdicción de menores que nos lleva a interpretarlo en muchas ocasiones a favor del menor infractor, dada la ambigüedad del término “violencia e intimidación grave”.

Cobra especial sentido esta diferenciación, pues la práctica habitual de las Secciones de Menores de las Fiscalías y los Juzgados de Menores, en aras de esta justicia reparadora y para así dar una respuesta ágil y real a los supuestos concretos vienen interpretando de una forma flexible estos preceptos, llegando incluso a desistir determinados delitos dadas las circunstancias particulares del caso concreto, como pudiera tratarse de supuestos de robo con violencia e intimidación cuando ésta no haya sido de gran entidad<sup>533</sup>.

- 
- b) La prisión superior a cinco años.
  - c) La inhabilitación absoluta.
  - d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.
  - e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.
  - f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.
  - g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.
  - h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.
  - i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
  - j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
  - k) La privación de la patria potestad.”

<sup>533</sup> Artículo 242.3 CP

#### 4.3.1.2. Las tareas educativas con carácter previo y el compromiso de reparación con la víctima

El artículo 19.1 establece que el menor se puede comprometer a conciliarse con la víctima, a reparar el daño causado o a realizar actividades educativas propuestas por el equipo técnico.

La conciliación se ha visto en el punto anterior, mientras que la reparación del daño y la realización de tareas educativas no se debe confundir exactamente con una conciliación, ni las tareas educativas se deben confundir con una tarea de reparación con la víctima, pues se realiza totalmente a espaldas de ella.

Como se establece en la Circular 9/2011 de la FGE, las soluciones extrajudiciales gozan de gran aceptación por parte de las víctimas, que se sienten reconocidas y se les ofrece la posibilidad de un resarcimiento moral, evitando al tiempo, el proceso, con la carga de victimización secundaria que conlleva. También son muy valoradas por los menores infractores, a quienes permite eludir el contenido estigmatizante del proceso.

Pero ello nos lleva a delimitar necesariamente el contenido de las mismas. Las actividades reparadoras y las tareas educativas, con carácter previo son, como su propio nombre indica, previas a la conclusión del procedimiento, y de su resultado se puede condicionar el mismo. En este sentido, se podría pensar que cualquier obligación que se le imponga al menor diciéndole que si la cumple se podrá finalizar el procedimiento sin sentencia puede ser entendida como una “coacción al menor al cumplimiento de la misma” o bien como “una anticipación del fallo de la sentencia”, es decir, el cumplimiento anticipado de una sentencia que nunca se ha llegado a dictar y que probablemente no se dictará, pues el procedimiento finalizará antes.

Pero, en modo alguno se debe configurar ni conceptualizarse así, pues tanto desde la finalidad, de su desarrollo, o de sus consecuencias se



puede desprender tal afirmación, ya que se configuran como verdaderas alternativas extrajudiciales.

La justificación de estas tareas reparadoras, viene claramente expresada en la circular 9/2011 de la FGE cuando se dice “Como pauta general, en todos los casos, antes de acordar la desjudicialización deberá atenderse a la propia finalidad de esta opción, diseñada para ofrecer respuesta puntual a infracciones, igualmente puntuales, cometidas por menores. Este tipo de respuesta no sería la adecuada cuando las circunstancias concurrentes en los hechos o la situación del menor demanden medidas de intervención global sobre el mismo”.

Como se desprende de la propia circular, sería interesante que se dispusiera en todo el territorio nacional de recursos correspondientes e idóneos para su desarrollo, destacando que en los supuestos de delitos contra la seguridad del tráfico se puede observar claramente su significado y objetivo, pues el cumplimiento por parte del menor de un curso de seguridad vial, por ejemplo, podría condicionar que no se continuara con el expediente.

Pensemos en aquellos supuestos en los cuales no se puede llevar a cabo una conciliación por causas externas al menor, y sin embargo, se valora una actividad educativa como la mejor solución (bien porque la otra parte no se puede localizar o incluso en aquellos supuestos en los cuales la conciliación fracasa por intereses económicos vinculados con los hechos denunciados, entre otros motivos) pues en estos supuestos queda más que justificada esta posibilidad de que el menor realice determinadas actividades que le lleven a reflexionar y a aceptar las consecuencias de sus actos.

Así, esta actividad se puede configurar de muy diversas maneras, como podría ser la realización de unas prestaciones, el cumplimiento de

unos objetivos determinados, como sucedería en una medida de libertad vigilada, o incluso en una reflexión sobre los hechos, bien por escrito o ante el Ministerio Fiscal<sup>534</sup>.

En este supuesto, al no haberse producido una conciliación propiamente dicha con la víctima, ésta no se puede documentar como tal, y por ello, el equipo técnico emitirá un informe positivo, si efectivamente se ha dado cumplimiento de la tarea preestablecida, y solicitará del Fiscal una no continuación del expediente.

Si la mediación no se puede llevar a cabo o la misma resulta infructuosa, el equipo técnico está obligado a continuar con su informe en los términos establecidos en el artículo 27 LORPM. Así resulta interesante la diferenciación entre esta tarea educativa y la reparación del daño.

En la tarea educativa, si esta no se cumple debido a una dejadez del menor o una falta de voluntad por cumplirla, se debe continuar el procedimiento, mientras que en el supuesto de una tarea reparadora, si la misma se incumple por una falta de colaboración de la víctima, esto pudiera dar lugar a una no continuación del procedimiento<sup>535</sup>.

Ahora bien, pudiera plantearse una necesidad de intentar a toda costa la conciliación o la reparación entre las partes, pues si se entiende que la actual regulación de menores es una regulación reeducativa más que sancionadora, este espíritu conciliador se puede defender como prioritario. Sin embargo, este planteamiento decae por su propio peso y se puede señalar el criterio mantenido por la jurisprudencia en diferentes sentencias<sup>536</sup>, donde se establece que no se debe aplicar de forma prioritaria

---

<sup>534</sup> En este sentido SAN MARTÍN LARRINOA, M. B., en “Mediación en el Justicia Penal de Menores” en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, nº 121, 2007.

<sup>535</sup> En este sentido la Circular 9/2011 de la FGE y las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Secciones de Menores de la FGE celebradas en Segovia, 3 y 4 de noviembre de 2008.

<sup>536</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 78/2002 (sin referencia de la base de

y que “han de aplicarse cuando concurren los requisitos previstos legalmente, es decir, "cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón", requiriéndose en la reparación "algo más", a saber, "el menor ejecuta el compromiso adquirido con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado...”

Ahora bien, ¿Qué debemos entender como una actividad educativa? La LORPM no desarrolla este concepto, más allá de proceder a su enunciación en el artículo 19 y su posterior omisión en el 27.3, cuando habla sólo de conciliación o reparación<sup>537</sup>

---

Datos de El Derecho, Id Cendoj: 31201370032002100228), 155/2002 SAP Navarra de 21 octubre 2002 (EDJ 2002/58175), 61/2003 (sin referencia de la base de Datos de El Derecho Id Cendoj: 31201370032003100105), Audiencia Provincial de Logroño nº 76/2008, (sin referencia de la base de Datos de El Derecho Id Cendoj: 26089370012008200106), Audiencia Provincial de Tenerife en su Auto de fecha 23 de julio de 2004 (sin referencia de la base de Datos de El Derecho id. Cendoj 38038370022004200765), en las que se manifiesta que “de una lectura de los puntos 9 y 13 de la Exposición de Motivos de la LRPN, también se desprende que la reparación del daño causado y la conciliación entre la víctima y el menor no son medidas obligatorias, sino que han de aplicarse cuando concurren los requisitos previstos legalmente, es decir, "cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón", requiriéndose en la reparación "algo más", a saber, "el menor ejecuta el compromiso adquirido con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado...". Es el Equipo Técnico el que interviene como mediador para que tenga lugar la conciliación, valorando si concurren los requisitos necesarios. Cuando éstos no se dan, [...], la mediación no es obligatoria. Debe resaltarse que el Equipo Técnico en su informe pone de manifiesto el progresivo deterioro del menor en todas las áreas, lo que justifica no sólo la improcedencia de la conciliación por falta de arrepentimiento sino la medida impuesta en la sentencia. La Exposición de Motivos LRPN declara 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, que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas. La expuesta flexibilización tiene su concreción normativa en el art. 7.3 de dicha Ley, en cuanto en el mismo se prevé que para la elección de la medida o medidas adecuadas, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores, cuyo contenido ha de versar sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas...”.

<sup>537</sup> GARCÍA INGELMO, F. M., *Ibidem.* expresa, en este sentido: “Ni siquiera se la menciona en el enunciado del precepto, en el que tampoco encontramos una definición de

En cuanto a la configuración de esta tarea educativa, parece razonable, como manifiesta GARCÍA INGELMO<sup>538</sup>, que esta medida guarde similitud con la medida de las tareas socioeducativas previstas en el artículo 7 de la LORPM, aunque esta medida se entiende que sólo se puede aplicar a menores en supuestos puntuales que no impliquen la continuación del expediente, y no cuando el menor requiera medidas de intervención globales<sup>539</sup>.

Así que debemos acudir a la Exposición de Motivos de la LORPM, en cuyo epígrafe III.19 se dice que “la realización de tareas socio-educativas consiste en que el menor lleve a cabo actividades específicas de contenido educativo que faciliten su reinserción social. Puede ser una medida de carácter autónomo o formar parte de otra más compleja. Empleada de modo autónomo, pretende satisfacer necesidades concretas del menor percibidas como limitadoras de su desarrollo integral. Puede suponer la asistencia y participación del menor a un programa ya existente en la comunidad, o bien a uno creado “*ad hoc*” por los profesionales encargados de ejecutar la medida. Como ejemplos de tareas socio-educativas, se pueden mencionar las siguientes: asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo; participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etc.” Y como ya se ha anticipado y así lo recoge la circular 9/2011, es aconsejable que se pueda acudir a ellas, en los supuestos legalmente previstos, y también que se doten de los medios y recursos necesarios para su realización.

En el artículo 19 se menciona que “se entenderá por reparación el

---

la misma, ni aparece resaltada en la Exposición de Motivos como ocurría con aquellas. Diríase que está como escondida, pues aparte de la alusión antes referida, no se la vuelve a mencionar en adelante más que en el n° 5 del artículo”.

<sup>538</sup> GARCÍA INGELMO, F. M., “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000” Ob. Cit., pág. 423 a 457.

<sup>539</sup> Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Secciones de Menores de la FGE celebradas en Segovia, 3 y 4 de noviembre de 2008

compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva” no diciendo nada respecto del compromiso del menor a cumplir con la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

Como señala FERREIROS MARCOS<sup>540</sup>, esto da pie a soluciones completamente opuestas entre los que piensan que este instrumento permite la “descarga de responsabilidad a la víctima, cuya participación deja de ser así la única vía para la solución informal del caso” a los que consideran que “no es posible dictar el sobreseimiento sin la anuencia de la víctima” desde una interpretación conjunta de los artículos 19 y 25 de la ley, aunque “no basta simplemente con una manifestación del ofendido en contra” sino que es “necesario que la oposición a una salida consensuada se plasme en el ejercicio de la acción penal”.

Así, podemos hacer nuestros los planteamientos referidos por FERREIROS MARCOS<sup>541</sup>, cuando manifiesta que hay que estimar que los casos que recoge el artículo 19 constituyen una aplicación del principio de oportunidad reglada en razón a un proceso de mediación. Si admitimos este aserto, debe concluirse que la falta de alguno de sus elementos fundamentales, como es el consentimiento bilateral, deberá conllevar la continuación del expediente y así se expresa en el artículo 19.5 al señalar que si el menor no cumple “la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente”.

---

<sup>540</sup> FERREIROS MARCOS, C. E.. *La mediación en el Derecho Penal de Menores*. Ob. Cít. Pág. 190. Según este autor estas dos posiciones están argumentadas la primera de ellas por CRUZ MÁRQUEZ, B.. “La mediación...”, Ob. cit., Pág. 14:10; ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal de menores...*, Ob. cit., Pág. 260, para quien prescindir de la intervención y consentimiento de la víctima implica desconocer la esencia de la mediación en cuanto mecanismo de resolución de conflictos. Mientras que la segunda postura la mantiene GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.. *El proceso Penal de...*, Ob. cit, Pág. 94

<sup>541</sup> *Ibidem*.

Ahora bien, la adopción de esta medida requiere tres presupuestos la voluntariedad, la racionalidad y la proporcionalidad. Es decir, la medida ha de ser voluntariamente aceptada por el menor, debe ser racional y tener relación con el hecho cometido, y evidentemente, debe ser proporcional al mismo y nunca más gravosa que la medida que finalmente se le pudiera imponer al menor.

Por ello debemos estar para continuar o no el expediente a si es el propio menor infractor quien no cumple, o el incumplimiento proviene de otras causas.

Ahora bien, de *lege ferenda*, no estaría de más que se produjera una regulación de las tareas educativas con carácter previo, en idéntico sentido a las tareas reparadoras o a la conciliación, pues ello provocaría que, ante la carencia de regulación expresa, se convertiría en una especie de “medida a la carta” en la que los equipos técnicos pudieran tener una salida para determinados menores ante los cuales la conciliación o reparación sea inviable.

Además, por lo que respecta a la prescripción, como ya se ha anticipado, se debería regular en idéntico sentido por entender que no es viable que el asunto prescriba mientras el menor esté cumpliendo unas tareas educativas o una actividad reparadora.

#### 4.3.1.3. Efectos de la mediación

Como ya se ha comentado, si se consigue la mediación se puede interesar la finalización del procedimiento, por parte del equipo técnico, y el Ministerio Fiscal así solicitarla al Juez. Es bastante obvio que en estos supuestos la acusación particular poco tiene que decir, pues de lo contrario se hubiera opuesto a la conciliación, ya que la misma nunca se puede realizar sin el consentimiento de la víctima.

La conciliación, tal y como hemos analizado, se debe documentar en

un acta firmada por todas las partes, y debidamente motivada y justificada, se remitirá al Ministerio Fiscal por la entidad que la haya ejecutado, el equipo técnico o cualquier otra entidad habilitada para ello. Una vez la recibe el Ministerio Fiscal, éste debe contrastar que efectivamente se haya producido la misma, pero sin entrar en el contenido de ella, al no haber estado presente, se debe producir un mero control formal de que la apariencia es de haber sido voluntaria, correcta y en todos los términos. Así el Ministerio Fiscal remitirá una solicitud al Juez de Menores para que archive el procedimiento por conciliación. El Juez, nada más recepcionar la petición del Ministerio Fiscal, deberá dictar un Auto por el que ponga fin a procedimiento por conciliación.

El Juez no está legitimado para controlar esta conciliación, pues no es parte en ella. Está vinculado por la petición del Ministerio Fiscal y sin valorar la misma, pues no tiene ningún precepto que le habilite para ello, debe decretar el archivo de la causa por conciliación.

Sorprende sobre manera el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva 16/2011<sup>542</sup>, ya que el Juez de menores cuestionó la realidad de la mediación realizada, por entender que había un vicio en el consentimiento en una de las partes, y la revocó, ratificándose posteriormente dicha decisión por la Audiencia Provincial de Huelva. Los argumentos de la Audiencia Provincial son: “leyendo la documentación disponible, se advierte que el encuentro debió discurrir en un clima de tensión, que sugieren las protestas de los padres del denunciante, abortadas expeditivamente por la mediadora. No se explica cómo se desarrolló la entrevista entre los dos jóvenes; qué se dijeron; cuál fue su respectiva actitud hacia el otro; cómo se disculpó Hilario con Juan Pedro, lo que parece especialmente relevante porque el manuscrito que se adjunta resulta demasiado protocolario, suscitando sospechas sobre su espontaneidad. Resulta chocante hasta qué punto queda

---

<sup>542</sup> Auto de la AP de Huelva de 11 de enero de 2011 (EDJ 2011/120180).

oscurecida en este caso la figura de la víctima (cuyo protagonismo se pretende recuperar aplicando estos mecanismos extrajurisdiccionales de resolución de conflictos), de quien se afirma únicamente que acepta las disculpas presentadas por su agresor, quien ni siquiera intentó ofrecer algún tipo de reparación a su víctima en señal de autenticidad de su arrepentimiento y de autocrítica de su conducta.

Con todos estos precedentes no es extraño que la Juez de menores no haya convalidado la propuesta de sobreseimiento del Ministerio Fiscal.”

Esto nos pone en evidencia que, efectivamente, es necesario documentar la conciliación para evitar que se produzcan vicios en el consentimiento a la hora de prestarla, como es el caso expuesto. Pero, sorprende que sea el Juez de Menores quien advierta ese vicio, cuando debiera haber sido el Ministerio Fiscal quien no admitiera la conciliación realizada. El Juez de Menores tan sólo debe controlar, si acaso, que concurren los requisitos del artículo 19, a efectos de controlar la legalidad de la resolución que debe dictar, pero no está, en modo alguno, legitimado a fin de poder discutir al Fiscal, como órgano encargado de decidir si procede o no la conciliación y órgano encargado de valorar si la misma es o no satisfactoria. En el supuesto planteado, quizás la labor de control, dando por válida la misma, debería haber sido por el Ministerio Fiscal, quien ante unos vicios tan clamorosos en la conciliación, conforme manifiesta la Audiencia Provincial, no debería haber admitido la misma.

Otra cuestión controvertida, como ya se analiza en otro apartado, es el supuesto de que la acusación particular discrepe de la reparación realizada y por tanto, del archivo interesado por el Ministerio Fiscal. Pero estaríamos ante el mismo supuesto. La acusación particular no está legitimada para recurrir la realización de una actividad reparadora, otra cosa es que en el desarrollo de la misma, ésta devenga insatisfactoria o ya se anticipe que la misma no se va a poder llevar a cabo. El hecho que una vez realizada no se esté de acuerdo con el resultado recibido no es óbice para que la misma se



de por finalizada con un resultado satisfactorio, pues el menor infractor cumplió con su compromiso, aunque ya decimos, que puede ser que el resultado final no sea acorde con las expectativas iniciales.

La única particularidad al respecto, es que el párrafo 6 del artículo 19, manifiesta que si la víctima es menor de edad, el compromiso de reparar el daño debe ser asumido por su representante legal con la aprobación del Juez de Menores. Pero como decimos, si se lleva a cabo el compromiso inicialmente planteado, el resultado debe ser el archivo del procedimiento.

Respecto de este párrafo sexto del artículo 19, debemos realizar una serie de consideraciones.

En primer lugar cabría pensar si este precepto afecta a todas las conciliaciones o tan solo a aquellas en las que hay un compromiso de reparación del daño con la víctima. Del tenor del artículo, cabe la interpretación, y así parece lógico, que se refiera solo a aquellas conciliaciones en las que existe ese compromiso de reparación del daño y no en todas de forma genérica, pues en el citado artículo se habla de conciliación y del compromiso de reparar el daño, siendo aplicable el presupuesto de la necesidad de que la asuma el legal representante en los supuestos de “el compromiso a que se refiere el presente artículo”.

Establece por tanto este artículo, una doble condición. La primera es que si se trata de una víctima menor de edad, ésta no se podrá conciliar y deberá realizarse a través de su representante legal, pudiendo, en este caso, surgir controversias y un conflicto de intereses entre uno u otro. Destaca esta manifestación de la LORPM, por que un menor de 17 años, que si que tiene capacidad para determinados negocios jurídicos conforme a nuestra legislación civil, no puede mediar con aquella persona que le ha hurtado la mochila en el centro escolar, sino que este menor infractor debería conciliarse con su legal representante.

O bien lo que se pretende, que sería más lógico, es que el menor se

concilie con el consentimiento y anuencia de su legal representante, es decir, como señala FERREIROS MARCOS<sup>543</sup>, que el consentimiento sea confirmado por el legal representante de la víctima, y con la posterior aprobación del Juez de menores.

Resulta cuanto menos chocante como reseña GARCÍA-ROSTÁN GALVÍN<sup>544</sup>, que el menor tenga capacidad para reconocer los hechos y conformarse con la medida que para él solicite la acusación sin necesidad del acuerdo de sus representantes legales (artículos 35 y 36) y no la tenga para poder participar en la mediación. Como señala FERREIROS MARCOS<sup>545</sup>, criterio que hacemos nuestro, el problema de la capacidad procesal del menor está, sin duda, regulado de forma deficiente en la ley y no recoge suficientemente la solución de problemas como los de la disconformidad entre el menor y sus representantes legales, sobre todo cuando el menor tiene más de 16 años cumplidos (o goza de madurez suficiente) o la decisión del representante puede ser discutible (por causarle perjuicio o por existir posibles conflictos de intereses). Debe tenerse siempre presente que el menor que participa en este tipo de procesos debe gozar de capacidad suficiente para su comprensión, constatándose que una interpretación rigurosa de este precepto pugnaría con los artículos 162 y 158 del Código Civil.

Esto nos lleva a enlazar con una segunda condición que es esta necesidad de la aprobación por parte del juez de menores.

¿Esto significa que el juez de menores puede valorar si procede o no la conciliación, cuando ha sido el Ministerio Fiscal el que la ha interesado, o bien que el juez de menores establece un control sobre la citada conciliación

---

<sup>543</sup> FERREIROS MARCOS, C. E., *La mediación en el Derecho Penal de Menores*. Ob. Cit., págs. 184-185

<sup>544</sup> GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso Penal de Menores*. Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2007, pág. 95

<sup>545</sup> FERREIROS MARCOS, C. E. *La mediación en el Derecho Penal de Menores*. Ob. Cít., págs. 184-185

autorizándola o no?

Realmente no se debe entender así y lo que parece que se pretende es que se establezca un control sobre si existe o no un conflicto de intereses del menor víctima con su legal representante, pudiendo, en este caso el Juez de menores valorar o no este extremo. Nada se dice, sobre si se puede valorar un conflicto de intereses respecto del menor infractor y sus legales representantes, pues no olvidemos, que al configurarse éstos como deudores solidarios de la conducta de su hijo, cabe tal posibilidad, y puede que se de en innumerables casos.

Respecto de este hipotético conflicto de intereses entre el menor infractor y sus legales representantes, se puede valorar, como decimos en idénticos términos que el de la víctima. Puede ocurrir, un supuesto en el que los legales representantes se vean afectados por la actuación del menor. Piénsese, por ejemplo, en un menor que es víctima de un delito de abuso sexual, y, al ver que puede obtener dinero por ello, decide comentarlo con sus compañeros, por si alguien quiere “ganarse un dinero extra”. En este supuesto es más que evidente que no se podría aplicar la actuación mediadora, dada la naturaleza del delito. También señalar que el menor será víctima de un delito y, a su vez infractor, lo cual nos hace ver que, de cara a las posibles responsabilidades civiles que se originen, puede coexistir un, más que evidente, conflicto de intereses con sus legales representantes. También, otro supuesto, donde ese conflicto es más evidente, y en el que sí cabría una mediación, es el caso que un menor delinca conjuntamente con sus legales representantes, iniciándose un procedimiento de adultos y otro de menores. Además, también hay que señalar que no tiene por que existir una buena relación entre ellos, fruto de lo cual, determinadas tensiones pueden entorpecer este normal desarrollo del procedimiento, y, de acuerdo con el contenido del presente epígrafe, entorpecer la mediación.

A este inicial conflicto, se une que el menor no tiene capacidad legal para realizar determinados negocios jurídicos, y por tanto, los legales

representantes, exista o no el conflicto, podrán designar un letrado al menor, cosa que puede servir más como una estrategia de su defensa de cara al procedimiento de adultos, y de sus responsabilidades, tanto penales como civiles, en detrimento del interés del menor.

Por lo tanto, y en el supuesto que nos afecta, no es normal que el Juez de menores entre a impedir una conciliación por cualquier otro motivo, ya que, de lo contrario, se estaría atribuyendo unas competencias sobre la actuación de los equipos técnicos que entendemos que no le corresponde, pero, tampoco parece lógico, que en esta fase procesal deba ser el Juez quien valore si existe esa conflictividad entre el menor, tanto infractor como víctima, y sus legales representantes. Por ello, sería más coherente que fuera el Ministerio Fiscal, como instructor del procedimiento, conocedor de la realidad de los hechos acaecidos y constandingo él como el que ha interesado la conciliación, quien autorizara o no la misma y en caso de no autorizarla por entender que concurre un conflicto de intereses entre uno u otro, fuera el que instara un nombramiento de un defensor judicial para ese supuesto concreto, conforme se establece en el artículo 26 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito<sup>546</sup>.

El citado artículo, regulado sólo para la víctima del delito, manifiesta que será el Fiscal, quien recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que le represente en la investigación y en el proceso penal, cuando haya un conflicto de intereses entre ellos.

Sin embargo, no se dice nada, si el citado conflicto de intereses se establece con el menor infractor, y por ello, ante la ausencia de una norma a éste respecto, se debe acudir de forma análoga a estos preceptos por entender, que si se diera este conflicto se debería actuar de idéntica forma.

---

<sup>546</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, BOE nº 101, de 28 de abril de 2015, págs 36569 y ss.

Sin embargo, esta posibilidad de nombramiento de un defensor judicial para el menor infractor, actualmente, choca con nuestro sistema procesal civil, ya que es un procedimiento sometido a la jurisdicción voluntaria<sup>547</sup>, y por tanto sometido a las reglas de competencia general de los procesos civiles. Esto conllevaría la necesidad de paralizar el procedimiento penal hasta que en un procedimiento civil se nombrara un defensor judicial al menor. Así, por estos motivos, se propone, *de lege ferenda*, que se modifique la LORPM, y se incluya en su texto, en el sentido de que cuando exista un conflicto de intereses entre el menor, tanto infractor como víctima, y sus legales representantes, pueda ser el Ministerio Fiscal, quien, como máximo garante de los Derechos del mismo, interese al Juzgado de Menores que proceda al nombramiento de un defensor judicial del menor, toda vez que es la forma más rápida para solucionar estas controversias que se originan en el seno de un procedimiento penal de responsabilidad penal del menor. Entendemos que esto no provocaría ninguna vulneración de derechos del menor infractor ni del menor perjudicado, toda vez, que el Juez de menores podría resolver, en un incidente aparte, la citada cuestión, favoreciendo el normal transcurso del procedimiento y evitando el sobre coste económico y de tiempo que conllevaría tener que acudir a la jurisdicción civil.

Otro de los aspectos que se deben analizar, es sobre la realización de las actividades educativas, que normalmente se llevan a cabo a espaldas de la víctima, y, es aquí, donde se nos puede plantear, nuevamente, las mismas dudas. La víctima, y la acusación particular, no están legitimadas para instarlas, pero tampoco a oponerse a las mismas. Es potestad del Ministerio Fiscal, a tenor de una solicitud del equipo técnico realizada en su informe, el autorizarlas o no. Y volvemos a la misma situación, si nos encontramos en los supuestos del artículo 19, la única parte legitimada para ello es el

---

<sup>547</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria. BOE de 3 de julio de 2015, págs. 54068 y ss.

Ministerio Fiscal y lo único que puede ser objeto de debate es si los hechos reúnen los requisitos del artículo 19. No obstante, el Juez está vinculado por la solicitud del Fiscal de archivo, si las citadas tareas son realizadas de forma satisfactoria, y no cabe, en modo alguno, que el Juez se cuestione si las mismas han sido satisfactorias o no.

Para finalizar podemos reiterar que no se comparte el criterio del necesario control judicial por los argumentos antes expuestos, ya teniendo en cuenta que en este momento nos encontramos con una instrucción del Ministerio Fiscal. Es éste, quien de la conciliación realizada, deberá darle validez mediante el correspondiente escrito interesando el archivo del procedimiento. Esto nos demuestra un elemento favorecedor del procedimiento, que es, a la par de la celeridad y evitar tramites innecesarios, el potenciar y favorecer la función instructora, ya que si se solicita una conciliación por parte del Ministerio Fiscal, lo más normal es que se esté a expensas de la misma a fin de continuar o no con la practica de diligencias o en su caso conclusión del expediente, mientras que si se deja a criterio judicial el valorar o no esa conciliación, se puede dilatar el procedimiento y entorpecer esa función que se ha venido manifestando en este trabajo, que el Juez actuará solo juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Sin embargo si que se comparte la necesidad de ratificación judicial de la misma, como requisito imprescindible para dar por finalizado el procedimiento. Ahora bien, como al realizar la aprobación judicial se ha de garantizar la legalidad del acto que se aprueba de cara a una correcta fundamentación de la resolución, ese control debe ser meramente a aspectos formales sin entrar en el contenido concreto de la mediación, como por ejemplo, si el supuesto concreto es susceptible de ser mediado.

Como señala CUESTA MERINO<sup>548</sup>, conviene resaltar la

---

<sup>548</sup> CUESTA MERINO, J. L., en “la mediación penal en España: presente y perspectivas de

independencia de la mediación de la mera responsabilidad civil. No se trata de satisfacer simplemente la indemnización correspondiente con una visión puramente economicista de la misma. Además de la reparación pecuniaria se admiten otras formas de reparación psicológica, como el reconocimiento del hecho y la petición de disculpas, y tanto estas como aquella son producto del proceso mediador y de la confrontación y diálogo entre el menor y la víctima, lo que proporciona un elemento añadido de extraordinaria importancia a la reparación de los perjuicios en aras a la efectividad de los principios asociados al Derecho penal antes mencionados. Por ello vemos como dentro de esta mediación también se puede enmarcar el pago de la responsabilidad civil derivada del delito, pero que en modo alguno se debe priorizar.

Y entrando en este aspecto, cabe señalar que la mediación produce efectos en la jurisdicción de menores finalizando el procedimiento, pero puede darse el caso que la citada responsabilidad civil se abone en el acto o que no sea abonada. Evidentemente, en el primero de los supuestos no habría problema alguno, pero sí en el segundo.

El acta documentada de la conciliación realizada se puede entender como un reconocimiento de deuda que si alguna de las partes incumple se puede denunciar ante la jurisdicción civil competente y en los plazos legalmente establecidos para ello. En modo alguno se puede configurar como una responsabilidad civil derivada de delito y directamente ejecutable con el auto de archivo por el Juez de menores, pues el procedimiento no ha finalizado con una sentencia condenatoria tanto penal como civil, sino que ha finalizado con un archivo que deja abierta la vía civil para reclamarse cuántas indemnizaciones le pudieran corresponder.

Por ello, no sería del todo punto descartable, que, de *lege ferenda*, se

---

futuro” Ob. Cit..

articularen medios para poder hacer efectiva esta responsabilidad civil, aceptada y reconocida por ambas partes, dentro de una ejecución civil en el procedimiento de menores, pues ello conllevaría una justicia más rápida, ágil y eficaz a la hora de resolver los problemas de las partes, máxime si entendemos que los asuntos susceptibles de conciliación en esta jurisdicción no pueden convertirse en un arma de doble filo que por un lado consiga paralizar el procedimiento penal y por otro crear más trabas en una ejecución civil ante los tribunales ordinarios.

4.3.1.4. El sobreseimiento del expediente a propuesta del equipo técnico (artículo 27.4)

A diferencia de la mediación penal, en este supuesto el perjudicado no tiene intervención ninguna, como en la realización de una actividad educativa. El equipo técnico, en el momento de elaborar su preceptivo informe, puede constatar una situación normalizada del menor que desaconseje la judicialización del asunto, en base a varios supuestos.

El primero de ellos es la concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 19. Sin embargo, ahora no se hace mención alguna a que no procederá cuando al menor le consten antecedentes por hechos de la misma naturaleza.

El segundo de los supuestos, que a su vez se divide en dos, es que concurra alguna de las dos situaciones que se describen:

a) Que no resulte conveniente al interés del menor la continuación del expediente por haber sido expresado suficientemente el reproche que merece su conducta a través de los trámites ya practicados.

b) Que por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos resulte inadecuada para el interés del menor cualquier intervención.

Así, en cuanto al transcurso del tiempo, el mismo se debe apreciar cuando se han superado con creces los tiempos medios de instrucción de un



procedimientos habituales en la Fiscalía, mientras que no se debe apreciar cuando esta tardanza es imputable a un desmesurado ejercicio de defensa que pudiera catalogarse de obstruccionista<sup>549</sup>, debiéndose por tanto individualizarse y no establecerse como regla general un tiempo determinado.

También se puede tener en cuenta el tiempo transcurrido y la evolución del menor. Así, conforme se establece en la Circular 9/2011 de la FGE, “la circunstancia de haber alcanzado la mayoría de edad el encartado será relevante a la hora de decantarse por la aplicación del desistimiento y evitar la aplicación extemporánea a un mayor de edad de medidas, soluciones y recursos concebidos para menores.”

Ahora bien, de las diferentes memorias de la FGE, se desprende que el uso mayoritario de este desistimiento es por que el menor ha obtenido un reproche suficiente a través de los trámites practicados, entendiéndose el mismo conforme se desprende de la Circular 9/2011 y de la exposición de motivos de la LORPM, que “es plenamente congruente con los principios de esta jurisdicción en la que han de evitarse al menor, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el proceso pudiese llegar a producirle, en la certeza de que, para muchos menores, el verse sometido a un expediente de reforma constituye ya corrección suficiente”.

Así pues, debe ser el Ministerio Fiscal, quien debe comprobar que no haya arbitrariedad alguna en el informe del equipo técnico, y que el suficiente reproche del menor sea tal, debiéndose apartar tal decisión de si el menor se encuentra en una familia más o menos normalizada, con mayores o menores recursos, y basándose, en si el menor ha sufrido ese reproche de una forma real y suficientemente proporcionada al hecho cometido.

---

<sup>549</sup> A similitud de los criterios establecidos tanto jurisprudencial como doctrinalmente sobre la atenuante de dilaciones indebidas (artículo 21.6 del CP).

Según la FGE se entiende que en este desistimiento se deba acreditar que el menor ha reconocido los hechos y se arrepiente de ellos, todo ello, en el sentido que si ello es requisito para el desistimiento del artículo 19, es lógico que también lo sea en este.

En este sentido, debemos tener en cuenta lo manifestado por la FGE, en el dictamen 4/2013<sup>550</sup>, en el que se postula a favor de una utilización mínima de este supuesto, basándose en que no se debe derivar a un archivo por el equipo técnico aquellos supuestos que se hubieron podido archivar anteriormente en fase de diligencias preliminares en virtud del artículo 18 de la LORPM.

La FGE se manifiesta, en este dictamen, partidaria que estos supuestos que llegan a expediente de reforma sean derivados a otras formas de finalización como la conciliación, tareas reparadoras o actividades educativas, más que a un archivo por el informe del equipo técnico, y ello basándose en que

“las causas subyacentes no parece que deban vincularse necesariamente a una cierta ligereza por parte de los Equipos Técnicos a la hora de postular el archivo por esa causa, ni a la automática asunción por parte de los Fiscales de los dictámenes en tal sentido. La Circular 1/2000 de la FGE, a este propósito, recalca tanto la trascendencia de los informes de los Equipos Técnicos para fundamentar el ejercicio de las potestades desjudicializadoras, como su carácter no vinculante para el Fiscal: el ejercicio por el Fiscal de sus facultades discrecionales queda en gran medida condicionado, aunque no vinculado, por el trabajo del Equipo Técnico, pues gran parte del contenido reglado de sus decisiones favorables al sobreseimiento y archivo debe remitir su razón a la expresada en las propuestas del Equipo.

Debe decirse, más bien, que las causas de tal proceder difieren de unos lugares a otros.

En ciertas Secciones esa manera de actuar tiene su origen en la escasa o nula dotación de equipos de mediación o de recursos

---

<sup>550</sup> Dictamen 4/2013 de la FGE, sobre criterios para solicitar el Sobreseimiento del expediente conforme al art. 27.4 LORPM.

destinados a la realización de soluciones extrajudiciales, por parte de las entidades públicas correspondientes.

Sin embargo, esas limitaciones no justifican que los supuestos en que esté indicada una de las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM se deriven sin más para su archivo por la vía del art. 27.4 LORPM, pues supondría desvirtuar por completo el sentido y finalidad del sobreseimiento previsto en este último artículo.

Cuando concurren semejantes condicionantes deberá sopesarse la posibilidad de solicitar la apertura de audiencia, interesando una medida judicial puntual de medio abierto (servicios en beneficio de la comunidad o tareas socio-educativas) y evitar – si es posible- la contienda judicial a través de la conformidad previa contemplada en el art. 32 LORPM.”

Todo ello, por que “semejante *modus operandi* acarrea alteraciones adicionales, pues puede sobrecargar innecesariamente de trabajo a los Equipos Técnicos en supuestos en los que, *a priori* y por su levedad, el desistimiento de las diligencias resulta de salida la opción más indicada, evitando, de paso, que el menor sea examinado por los miembros de dichos Equipos. Asimismo, la apertura de expedientes, cuando no es estrictamente precisa, redundaría en perjuicio de la oficina fiscal –y también judicial- generando una tramitación evitable (notificaciones a intervinientes, comunicaciones al Juzgado, designación de asistencia letrada etc.)”

Sin embargo, el contenido del informe del equipo técnico no debe obviar las necesidades y características del menor y así, debe plasmar como son sus circunstancias personales y sociales, y como coadyuvan las mismas a la evolución del menor. Esto ha sido criticada desde algún sector doctrinal en el sentido de entender que una familia con recursos económicos tendrá más posibilidades de evitar la judicialización de un asunto que una familia con escasos recursos<sup>551</sup>.

Pero ello, en la práctica, no es cierto, pues si bien los recursos económicos son un indicador de la situación del menor, no es más cierto que la voluntad de sus progenitores y/o representantes legales debe priorizarse de cara a saber gestionar los mismos. Y en las familias menos pudientes,

---

<sup>551</sup> En este sentido la enmienda núm. 179 del G.P. Catalán-CiU al debate parlamentario de tramitación de la LORPM.

esos recursos se pueden compensar con ayudas sociales o colaboración con determinadas entidades públicas como puedan ser los servicios sociales municipales o, simplemente, con familia extensa. Esto es lo que debe valorar el equipo técnico, a la vez que acreditar que el reproche sufrido ha sido real, proporcionado y suficiente.

Dentro de este informe no es función del equipo técnico valorar ni juzgar la actuación del menor en el hecho concreto, ya que debe centrarse en todo momento a las circunstancias personales, sociales y familiares del mismo<sup>552</sup>. Es más, pudiera el equipo técnico proponer una no continuación del procedimiento que el Ministerio Fiscal no aceptara en base a la tipificación jurídica de los hechos, pues el equipo técnico recordemos que no es un equipo de juristas, sino de psicólogos, trabajadores sociales y educadores sociales, y pudiera entender proporcionado un reproche que realmente no lo sea.

Esto es lo que la FGE se plantea en el dictamen antes citado. Ahora bien, si partimos de la base que en la fase de diligencias preliminares no se puede garantizar que se haya producido esa corrección en el ámbito familiar y educativo, no sería de extrañar, que, al contrario que se plantea por la FGE, se derivara a este momento dicha valoración, por los órganos que, a nuestro juicio, mejor pueden valorar esta posibilidad. Todo ello sin que sirva la justificación que ello puede motivar una saturación de trabajo tanto al equipo técnico como a la oficina fiscal.

Así, lo que se plantea es que en aquellos supuestos en los que no se

---

<sup>552</sup> Sin embargo, entendemos, que ello no obstaría a que el equipo técnico pudiera hacer una valoración del por que se ha podido ver el menor involucrado en esos hechos, como pudiera ser una adicción a las drogas, grupo relacional conflictivo y delincuencia, etc. No debemos obviar que en la práctica los menores suelen expresarse con más naturalidad ante el equipo técnico que ante el Fiscal o el juez, sin embargo, el equipo técnico no puede hacer valer ni expresar un hipotético reconocimiento de los hechos del menor ni otra circunstancia análoga, más allá de que ello les sirva para ponderar si procede o no una mediación en cualquiera de las variedades ya estudiadas.

ha aplicado el principio de oportunidad en base al artículo 18, y por el equipo técnico se haya contrastado que efectivamente se ha producido esa corrección familiar se proponga el archivo del procedimiento, pudiendo el Ministerio Fiscal aceptarlo y así interesarlo, a su vez, al Juez de Menores. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que tal corrección no haya sido acreditada y se demuestre viable, si que cabrían los supuestos del artículo 19 de la LORPM estudiados anteriormente. Mientras que en aquellos supuestos en los que no sea viable ninguna de las anteriores posibilidades, se debería continuar con la tramitación del procedimiento con su conclusión y emisión de escrito de alegaciones.

Dentro de este supuesto podemos encontrarnos con supuestos en los que sean varios menores autores de los hechos y que el equipo técnico constate circunstancias diferentes entre ellos, interesando de uno de ellos que se continúe el procedimiento mientras que del otro de los menores pudieran interesar una no continuación por entender que responde a su interés educativo.

En este supuesto, si bien se pueden defender tanto la posibilidad de archivar respecto de uno y continuar con el otro, o bien la posibilidad de continuar respecto de todos, entendemos más procedente esta última postura también defendida por GARCÍA INGELMO<sup>553</sup>.

Se establece en primer lugar que si uno de los motivos del archivo es por no considerar conveniente para el interés del menor la judicialización del asunto, este interés se esfuma cuando dicho menor va a tener que comparecer como testigo en el juicio, pues de buen seguro que será propuesto por la defensa del otro menor.

Y en segundo lugar, como consecuencia de la anterior manifestación,

---

<sup>553</sup> GARCÍA INGELMO, F. M., en “Principio de oportunidad: pautas de aplicación. Desistimientos. Ob. Cit., pág. 31

queda muy en tela de juicio la posición procesal del menor respecto del cual se ha archivado cuando comparece en el acto de juicio, pues en puridad deberá comparecer como testigo con las propias advertencias de decir verdad, y en modo alguno puede comparecer como imputado con las prerrogativas propias de tal condición, debiéndose entender quizás como un enjuiciado previamente que declara en el juicio que se celebra para los demás acusados y respecto al que habría que tener en cuenta todos los argumentos y consideraciones contenidos en la Consulta 1/2000 de la FGE<sup>554</sup>.

como también recoge GARCÍA INGELMO<sup>555</sup>, es primordial el principio de igualdad, respecto del cual flaco favor se realiza

---

<sup>554</sup> Consulta 1/2000 de la FGE, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros copartícipes. Que establece las siguientes conclusiones: "Primera.- La declaración de quien ya ha sido enjuiciado, cuando pretenda ser utilizada como prueba en el enjuiciamiento de los demás acusados, habrá de ser practicada en el acto del juicio oral que se celebre para éstos. No es admisible, a los efectos de su valoración probatoria, la aportación de la sentencia de conformidad o del acta del juicio anterior en la que se contenga aquella declaración. No obstante, cuando concurren razones que hagan imposible practicar la declaración del ya enjuiciado en el acto del juicio que haya de celebrarse para los otros acusados, se podrá hacer valer aquella, por la vía del art. 730 LECrim., si se llevó a cabo anteriormente de modo tal que quedaron garantizados los derechos de todas las partes.

Segunda.- La declaración del ya enjuiciado en el juicio ulterior para otros partícipes ha de ser propuesta como medio de prueba. No obstante, el empleo de la fórmula "interrogatorio de los acusados" en el escrito de acusación o de conclusiones provisionales conjunto ha de entenderse como propuesta de prueba válida, que no es necesario reiterar, aunque pueda ser útil o conveniente hacerlo, por el hecho de que el enjuiciamiento se haya desarrollado fraccionadamente para aquellos.

Tercera.- La incomparecencia injustificada del ya enjuiciado que fuere debidamente citado a prestar declaración en el juicio oral para los restantes, dará lugar a las consecuencias que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico para la incomparecencia de los testigos.

Cuarta.- Quien ya ha sido enjuiciado conserva en su ulterior declaración el derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; y, por otra parte, está excluido de la obligación de prestación de juramento o promesa de decir verdad.

Quinta.- El régimen valorativo de la declaración del ya enjuiciado prestada en el juicio para los restantes partícipes habrá de ser el que se otorga a las declaraciones de los coinculpados y no el propio de las declaraciones de los testigos.

Sexta.- Es de aplicación a las declaraciones de los ya enjuiciados la regla prevista en el art. 704 LECrim.

Séptima.- El enjuiciado que resultare absuelto y prestare declaración en el ulterior juicio oral para los restantes acusados tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 722 LECrim.

<sup>555</sup> GARCÍA INGELMO, F. M., en "Principio de oportunidad: pautas de aplicación. Desistimientos. Ob. Cit., pág. 31

educativamente a un menor cuando por los mismos hechos uno de ellos debe responder penal y civilmente, mientras que el otro no responderá penalmente y puede que tampoco civilmente, pues recordemos que respecto de este otro menor, sobre el cual se ha archivado el procedimiento, se deberá acudir a la vía civil ordinaria para resarcirse económicamente. Y como la condena es solidaria, si casualmente el menor enjuiciado es solvente el perjudicado verá satisfechas sus pretensiones, mientras que tendrá que ser el otro menor condenado quien repita contra él. Y si el menor condenado es insolvente, deberá ser el perjudicado quien inicie la vía civil. De cualquier modo, en uno u otro caso, una situación del todo punto desproporcionada y desigual para los menores intervinientes. Cuestión diferente es que si comparecen ambos menores a juicio, se les solicite o imponga medidas diferentes a tenor de sus circunstancias (quizás, considerándose, la más aconsejada para el menor respecto del cual se interesó la no continuación, la amonestación). Evidentemente este supuesto no soluciona el problema de la responsabilidad civil, continuando ambos resultando deudores solidarios, pero si que facilita la asunción de responsabilidad y el reproche que merece la conducta, conforme lo manifestado anteriormente.

#### 4.3.1.5. El principio de oportunidad y los mayores de 18 años

En la LORPM tan solo se establece el principio de oportunidad en las formas que se han visto anteriormente y con los requisitos en ellas establecidos. Así, vemos como no nos podemos apartar de dicha regulación. Sin embargo, la práctica diaria de las Fiscalías, lleva a constatar que la finalidad reeducadora de la ley hay momentos que pierde su virtualidad, sobre todo en los menores infractores que en el momento en el que se enfrentan al procedimiento penal regulado en la LORPM ya han alcanzado la mayoría de edad.

Así la FGE ya se ha pronunciado en ocasiones<sup>556</sup> en el sentido de que “la circunstancia de haber alcanzado la mayor edad debe tenerse especialmente en cuenta a la hora de decantarse por la aplicación del principio de oportunidad para casos que supondrían aplicar a un mayor de edad, de manera que pudiera calificarse de extemporánea, medidas soluciones y recursos concebidos para menores”. Así, como ya se ha visto, cuando se aprecia que el transcurso del tiempo ha dado lugar a una evolución de un menor que no se parece en nada al que cometió el hecho denunciado, y el equipo técnico lo valora en virtud del artículo 27.4.

También hace suyo este criterio, y así lo compartimos en parte, DE LA ROSA CORTINA<sup>557</sup>, cuando propone que *de lege ferenda*, la posibilidad de decretar la conclusión del procedimiento sin imposición de medida y sin celebración de audiencia en aquellos supuestos en que los encartados hayan cumplido los 18 años y dada su trayectoria delictiva se considere ya ineficaz la actuación con ellos desde la jurisdicción de menores, cuando los mismos se encuentren ya imputados en procedimientos de la jurisdicción ordinaria. Esto evitaría la necesidad de celebración de juicio para tener que acudir con posterioridad al procedimiento de dejar sin efecto las medidas que en su caso se hayan acordado en sentencia.

A este respecto, y con estas premisas, surgen dudas en cuanto a qué presupuestos se deberían cumplir para poder aplicar este desistimiento. Evidentemente, *a priori*, deberían ser los mismos que para cualquier menor, es decir la falta de violencia e intimidación graves y la gravedad del hecho cometido, y que se trate de delito menos grave o leve<sup>558</sup>, aunque en la práctica este criterio debiera ser más flexible, ya que no tiene ningún sentido

---

<sup>556</sup> Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Secciones de Menores de la FGE celebradas en Segovia, 3 y 4 de noviembre de 2008. Además ya se ha recogido esta propuesta en diferentes memorias de la FGE, donde, concretamente, la Sección de Menores de Sevilla ya planteó esta posibilidad.

<sup>557</sup> DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Algunos apuntes para una futura reforma del sistema de justicia penal de menores* Ob. Cit. Pág. 28.

<sup>558</sup> Artículo 19 LORPM.



que un menor sea condenado a medidas de libertad vigilada o internamientos semiabiertos, cuando ya se encuentra cumpliendo una medida privativa de libertad en la jurisdicción de adultos. Así, en este sentido, se debería flexibilizar este criterio de oportunidad, en el sentido de asimilarlo a los mismos criterios que existen para la modificación, sustitución o dejar sin efecto una medida, ya que las circunstancias excepcionales de esta situación, harían que se valorara de otra manera más flexible.

#### **4.4. Consecuencias de la aplicación del principio de oportunidad en el expediente de reforma**

Como ya se ha puesto de manifiesto la primera y primordial consecuencia es que se da por finalizado el procedimiento respecto del menor expedientado. Todo ello sin un expreso reconocimiento de los hechos cometidos ni una sentencia con unos hechos probados.

Ahora bien, si el menor se ha conciliado, es más que evidente que ha reconocido unos hechos y ha solicitado el perdón por ellos, habiéndolo recibido. Si bien en el Auto de finalización del procedimiento por conciliación no se expresan los hechos cometidos por el menor, se desprende del mismo que el menor ha sido responsable penalmente de unos hechos y por ende surge una responsabilidad civil *ex delicto* que podrá ser ejercida ante los tribunales civiles si se produjera un incumplimiento de un hipotético compromiso de pago recogido en la sentencia.

Por ello, como ya se ha anticipado, se propone, de *lege ferenda*, que independientemente de la posible conciliación o mediación sufrida, se pueda articular ante el juez de menores la reclamación civil derivada de esos hechos, o bien que la misma, si ha sido transaccionada en la mediación previa, se incorpore a dicho pronunciamiento por el cual se archiva el procedimiento, evitándose así a ambas partes tener que acudir a la jurisdicción civil para resarcirse por ello.

Es obvio que con este planteamiento la mediación realizada ante el equipo técnico debería ser ratificada en presencia judicial, y así el juez podría incluir dicho compromiso de pago dentro del auto de finalización del procedimiento por conciliación o reparación del daño. Otra cosa sería que el perjudicado dentro de esa mediación renunciara a la responsabilidad civil, en cuyo caso con una mera comparecencia ante el juzgado de menores para manifestar en dicho sentido sería más que suficiente<sup>559</sup>.

Como decimos, una mediación positiva pone fin al procedimiento, fin que se dará cuando el juez la ratifique con un Auto y de por finalizado el procedimiento. En ese momento dicha resolución, si no se recurre, deviene firme y ello nos hace pensar que si se vuelven a reproducir los hechos no se podrá reaperturar el procedimiento y deberá dar lugar a uno nuevo.

Imaginemos un supuesto de acoso escolar, de escasa entidad, que finaliza por una mediación positiva entre las partes y que una vez ya dictada la resolución judicial, el menor vuelve a sufrir un episodio de insultos por los menores expedientados en el supuesto anterior. Evidentemente, no se puede reaperturar el procedimiento, pero los hechos nuevos deberán dar lugar a otro y tramitarse de manera normal, sin que en ese caso quepa volver a apreciar una mediación entre las partes. Sin embargo, puede darse la paradoja que esos hechos nuevos sean de menor entidad que los anteriores, y que se tengan que tramitar por un delito leve, cuando, si se hubieran llevado de una forma conjunta, hubieran podido agravar la conducta con una respuesta mucho más contundente.

Así la Instrucción 10/2005 de la FGE recuerda que, en todo caso en estos supuestos habrá de trasladarse a los victimarios el mensaje claro y

---

<sup>559</sup> En este sentido se manifiesta PARDO IRANZO, V. *La mediación. Algunas cuestiones de actualidad*. Tirant lo Blanch, 2015, págs. 139 cuando habla de las dos maneras de conformar el título ejecutivo, entendiéndose que las mediaciones intrajudiciales se puede conseguir un título ejecutivo mediante la homologación por parte del órgano jurisdiccional ante el que se inició el proceso.

nítido de que cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad; simultáneamente habrá de hacerse saber a la víctima que no ha de dudar en poner en conocimiento de la Fiscalía cualquier repunte de acoso, trasladándole la confianza en las instituciones y la idea de que el caso no está definitivamente cerrado.

#### **4.5. Conclusiones**

Principalmente se puede concluir que en aras a la finalidad restaurativa prevista en la LORPM, las posibilidades establecidas en nuestro ordenamiento jurídico son correctas y coherentes con dicho principio. En este sentido, como ha subrayado la FGE en la Circular 9/2011 se debe fomentar el uso de las mismas, de modo que ello fuera la práctica de las Fiscalías como se veía al inicio de este trabajo.

Sin embargo, en el seno del presente epígrafe, hemos constatado que dentro del expediente de reforma, la aplicación del principio de oportunidad encuentra una configuración diferente que en la fase de diligencias preliminares, y dentro de esta afirmación, se puede decir que, incluso, está más limitado su uso.

Se entiende, que es en este momento en el que los equipos técnicos pueden actuar con el menor, cuando más se puede garantizar que él ha sido corregido o no, y, por lo tanto, valorar si el procedimiento sería innecesario.

En esta fase de expediente de reforma, a diferencia de las diligencias preliminares, el Ministerio Fiscal, en aras a poder utilizar el principio de oportunidad, debe apoyarse en el informe del equipo técnico, por ello, se puede decir que esa faceta de discrecionalidad de las diligencias preliminares se diluye en este momento.

Por lo tanto, se entiende fundamental la participación de este equipo técnico, debiéndose potenciar su actuación y su especialización, toda vez que son los únicos intervinientes en el procedimiento, que, precisamente por

no ser juristas, pueden dar otra visión de la realidad del menor, más acorde con sus necesidades personales, familiares y/o sociales.

En este sentido, se entiende que el desistimiento del procedimiento del artículo 18 en fase de diligencias preliminares no debe ser utilizado de una forma genérica, ya que en la fase de expediente de reforma, vemos como el equipo técnico nos va a garantizar cual es la situación del menor y si el mismo ha sufrido o no el oportuno reproche.

A pesar de ello, aquí se han propugnado una serie de reformas legislativas, unas de cara a que dicha aplicación sea más acorde con el sistema de justicia restaurativa que plantea la LORPM, y otras de cara a evitar diferentes problemas prácticos que en el día a día de las Fiscalías se están encontrando al respecto.

Así, vemos cómo es primordial que se realice una reforma legislativa a fin de adecuar la actual jurisdicción de menores a la realidad existente en adultos con un diferente procedimiento cuando se trata de un delito leve o bien cuando se trata de un delito de otra naturaleza. Ya se ha venido interesando este planteamiento desde las diferentes memorias de la FGE en cuanto a un diferente procedimiento para las faltas, ahora delitos leves. En este sentido la Recomendación (2003) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa dispone en su punto III.14 que debieran establecerse plazos más cortos para cada fase del procedimiento judicial para reducir los retrasos y dilaciones y asegurar la mayor rapidez posible en la respuesta al delito.

Este procedimiento, pudiera ser de análoga configuración que el procedimiento simplificado alemán, y cabría en nuestro sistema no solo para estos delitos leves, sino también para otros tipos de delito, de escasa instrucción, que pudieran resolverse en el mismo día que el menor es detenido y puesto a disposición del Ministerio Fiscal, como es el caso de los delitos flagrantes o en otro tipo de delitos que necesitan una rápida actuación, más educativa que coercitiva, como serían los supuestos de malos

tratos en el ámbito familia, o aquellos supuestos en que queda claro que no existe una petición de responsabilidad civil, y por ende no es necesario tramitar de una forma ordinaria la correspondiente pieza separada.

También se ha hecho referencia a la necesidad de un procedimiento rápido y eficaz, por ello, esa actuación de los equipos técnicos, también debe serlo ya que cuando antes se valore la procedencia o no de la posible intervención mediadora con el menor, mejor será de cara a enfocar el procedimiento de otra manera. Pero, sin embargo, en este supuesto, se hace necesario que se establezca que estas actuaciones mediadoras paralizan el procedimiento, y todo ello, por entender que no es viable que el asunto prescriba mientras el menor este cumpliendo unas tareas educativas o una actividad reparadora. Por ello se ha propuesto que sería necesario también un precepto expreso que atribuyera efectos de interrupción de la prescripción a fin de que las víctimas no puedan verse sorprendidas al no poder continuar con el procedimiento judicial por haber prescrito la infracción durante el procedimiento de mediación.

Ahora bien, respecto a la aplicación del principio de oportunidad, en las tres facetas que afectan a esta fase procesal, conciliación, reparación y a petición del equipo técnico, debemos realizar una serie de consideraciones.

Tanto la conciliación, como las tareas reparadoras, se configuran de manera que se pretende hacer participe a la víctima y ello es loable, pero, como ya se manifiesta en la Instrucción 10/2005 de la FGE, se le debe explicar bien cual es su participación y consecuencias, ya que de lo contrario la víctima puede acceder sin saber realmente que le implica ello. De ahí que sea importantísima la labor de los equipos técnicos, quienes en la entrevista que tienen con el menor y su familia, pueden hacerles ver, desde otra perspectiva, las consecuencias de sus actos y la necesidad de reconducir su conducta, pudiéndose apreciar, en este momento, si realmente el menor y su entorno es consciente de ello y muestra una voluntad positiva.

Además, y como crítica a la LORPM, se puede ver cómo en la

práctica contamos con un procedimiento de justicia juvenil de dos velocidades, lo cual afecta a este sistema restaurativo de la LORPM, y sobre todo establece desigualdades patentes en los menores por razones de la edad y de los hechos cometidos. Esta manifestación encuentra su epicentro en el artículo 10 de la LORPM, donde establece unos supuestos superagravados para determinados menores a tenor de su edad y hechos cometidos. El verdadero problema lo suscita el hecho de que se trate de una regulación diferenciada que opera de manera automática mientras que fuera de estos supuestos, estas desigualdades no son automáticas, sino que se deben tratar individualizando el procedimiento para cada menor y adaptando la medida que más beneficia a su interés superior.

Respecto a este supuesto se entiende ajustado a derecho el sistema actual, en el que se establecen tres tipos de medida de internamiento (cerrado, semiabierto y abierto), y también que determinados delitos deban llevar a aparejadas medidas de una u otra naturaleza. Sin embargo, sí que se propone, como reforma legislativa, que se elimine esa rigidez que se establece para los delitos graves recogidos en el artículo 10.2 de la LORPM, permitiendo que, a tenor de la evolución positiva de los menores, se pueda modificar la ejecución de la misma sin tener en cuenta el encorsetamiento que existe hoy en día por el motivo de la edad.

Volviendo a la aplicación práctica del principio de oportunidad y de sus manifestaciones, podemos ver como, en lo referente a las entidades que pueden ejecutar la mediación, partiendo de la experiencia de las diferentes Fiscalías, entre ellas la andaluza, y lo visto en el sistema educativo, no sería desdeñable que se extendiera esta posibilidad a determinadas instituciones que por su trayectoria, experiencia y saber hacer, se encuentran en contacto diario con los menores y pueden salvaguardar que efectivamente esa mediación, en el marco de la LORPM, sea perfectamente válida. Si bien, no existe impedimento legal alguno en la LORPM para ello, deberíamos estar en la diferente normativa autonómica de ejecución de medidas, y por ello, entendemos que estas entidades pueden coadyuvar y mucho a la labor de los

equipos técnicos y entidades públicas que ejecutan medidas.

También se ha propuesto que se produjera una regulación de las tareas educativas con carácter previo en idéntico sentido a las tareas reparadoras o a la conciliación, pues ello provoca, que ante la carencia de regulación expresa se convierta en una especie de “medida a la carta” en la que los equipos técnicos puedan tener una salida ante determinados menores ante los cuales la conciliación o reparación sea inviable. Y ello es así, pues como se ha manifestado a lo largo del trabajo, no aparece regulada la figura de la tarea educativa con carácter previo, y dependiendo del caso concreto podemos encontrarnos con que el menor realiza unas prestaciones en beneficio de la comunidad, una libertad vigilada o unas tareas socioeducativas, y con una duración que en ocasiones es un tanto incierta. Estas tareas deberían tener una regulación más detallada para así eliminar cualquier viso de arbitrariedad y ataque al principio de seguridad jurídica, pues el menor las acepta voluntariamente con la idea de que si las cumple, le interesaran un archivo en el procedimiento, cosa que no es de obligada consecuencia, pues el Ministerio Fiscal puede apartarse de esa decisión, si no lo valora de esa forma, al entenderlas no cumplidas o al entender que no son proporcionadas al hecho cometido. Y, enlazando con la siguiente cuestión, más problemas puede plantear si, a pesar de realizarlas, resultase que a la acusación particular –que hasta el momento ha estado al margen– no le pareciesen correctas y solicitase la continuación del procedimiento hasta juicio.

Por ello, y vistos los diferentes motivos expresados en el presente epígrafe, se propone otra modificación legislativa, referente a la intervención de la acusación particular. Como se ha puesto de relieve, se entiende que la misma debilita el sistema restaurativo, llegando a producir incongruencias y situaciones un tanto irregulares en la actual regulación, por ello se propone que se establezca la imposibilidad de que la acusación sea sustentada únicamente por la acusación particular, vetándole tal posibilidad cuando previamente el Ministerio Fiscal hubiera interesado un archivo del

procedimiento por cualquiera de las causas legalmente establecidas, estando este presupuesto reconocido constitucionalmente en la STC nº 115/2001

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad civil que se puede derivar de los procedimientos que han sido finalizados por prescripción, no sería del todo descartable, que de *lege ferenda* se articularan medios para poder hacer efectiva esta responsabilidad civil, aceptada y reconocida por ambas partes, dentro de una ejecución civil en el procedimiento de menores. Así, esto comportaría que el Juez de Menores citara a las partes para ratificar la conciliación producida y que dictara una resolución en la cual se diera esta por válida y se estableciera la responsabilidad civil pactada entre las partes, pues ello conllevaría una justicia más rápida, ágil y eficaz a la hora de resolver los problemas, máxime si entendemos que los asuntos susceptibles de conciliación en esta jurisdicción no pueden convertirse en un arma de doble filo que por un lado consiga paralizar el procedimiento penal y por otro crear más trabas en una ejecución civil ante los tribunales ordinarios.

También se propone, que, independientemente de la posible conciliación o mediación sufrida, se pueda articular ante el juez de menores, la reclamación civil derivada de esos hechos, o bien, como ya se ha dicho, que la misma, si ha sido transaccionada en la mediación previa, se incorpore al pronunciamiento por el cual se archiva el procedimiento. Por los argumentos expuestos, entendemos que es más acorde con la finalidad de la ley, ya que así se evita a ambas partes tener que acudir a la jurisdicción civil para resarcirse por ello.

Cuestión aparte, es la necesidad de articular de una forma coherente con los planteamientos de la LORPM, y la ley que regula el estatuto de la víctima, la figura del defensor judicial, en el caso de ser necesario el mismo, ya que si éste se tiene que instar en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y en otro juzgado, puede provocar unas dilaciones en el procedimiento principal de menores, que en nada son deseables. Así, en cuanto al nombramiento de un defensor judicial, se interesa que se



modifique la LORPM en el sentido de que se recoja en su articulado que cuando exista un conflicto de intereses entre el menor, tanto infractor como víctima, y sus legales representantes, pueda ser el Ministerio Fiscal, quien, como máximo garante de los Derechos del menor, interese al Juzgado de Menores que proceda al nombramiento de un defensor judicial del menor, toda vez que es la forma más rápida para solucionar estas controversias que se originan en el seno de un procedimiento penal de responsabilidad penal del menor. Todo ello, a fin de clarificar y unificar la maraña normativa que regula esta figura, ya que tanto en la Ley de jurisdicción voluntaria como en la que regula el estatuto de la víctima se hace mención a ello, pero, entendemos que no de una forma concreta para los supuestos recogidos en la LORPM, donde recordemos, puede coexistir tanto el conflicto de intereses del menor infractor como del menor víctima con sus respectivos legales representantes.

Ya para finalizar este apartado, podemos valorar la situación de los mayores de edad imputados en un procedimiento de menores, al haber cometido los hechos cuando todavía eran menores. Ello, como se ha manifestado, puede provocar que estas personas, que van a ser enjuiciadas y puede que condenadas, tengan ya procedimientos de la jurisdicción de adultos. En este sentido, la LORPM se demuestra del todo punto ineficaz en la actuación con ellos, habida cuenta que la medida a imponer poco o nada reeducativa será. Por ello, se plantea la posibilidad de decretar la conclusión del procedimiento, sin imposición de medida y sin celebración de audiencia, en aquellos supuestos en que los encartados hayan cumplido los 18 años y, dada su trayectoria delictiva, se considere ya ineficaz la actuación con los mismos desde la jurisdicción de menores, puesto que los mismos se encuentran ya imputados en procedimientos de la jurisdicción ordinaria. Esto evitaría la necesidad de celebración de juicio para tener que acudir con posterioridad al procedimiento de dejar sin efecto las medidas que en su caso se hayan acordado en sentencia.



## **CONCLUSIONES FINALES**

### **PRIMERA:**

Debemos comenzar estas conclusiones reiterando, como así se ha manifestado, que la LORPM es una magnífica ley de justicia juvenil. Una ley que ha sabido a la perfección, desde sus orígenes, conjugar las dos vertientes sobre las que se han decantado los diferentes sistemas de justicia juvenil a nivel internacional, como es el sistema retributivo y el sistema restaurativo. Ya en su origen se valoró positivamente el reto que dicha ley suponía al afrontar la delincuencia desde una nueva perspectiva. A día de hoy, una vez transcurridos casi quince años desde su promulgación, se pueden seguir alabando las bondades de la misma y de su eficacia práctica.

En efecto, la LORPM instauraba un modelo completamente distinto, excepcional en cuanto a la finalidad perseguida y procesalmente diverso. Novedoso en cuanto se ofreció la instrucción al Ministerio Fiscal y se instauraba un procedimiento especial, con características diferentes a la jurisdicción de adultos, pero con la supletoriedad de la LECrim en lo en ella no regulado. Se pretendía fomentar una función restaurativa, atendiendo a quienes se dirige, y que estaba perfectamente fundamentada en la doble función reeducadora y sancionadora. Hoy en día, y debido a las múltiples reformas que ha sufrido, el legislador la ha apartado de esos planteamientos restaurativos con los que nació, acercándose cada vez más a planteamientos retributivos. Sin embargo, debido a la labor de las secciones de menores de las Fiscalías provinciales, apoyadas por la excelente labor de coordinación de la Fiscalía de Sala coordinadora de menores del Tribunal Supremo, se consigue, en el día a día, que la labor de la LORPM y su aplicación práctica sea coherente con la finalidad con la que surgió.

Por lo tanto, pese a todo, se puede mantener, a día de hoy, que la LORPM cumple con creces su objetivo.

### **SEGUNDA:**

El principio de oportunidad no ha recibido el tratamiento doctrinal que merecería; al menos en la jurisdicción de menores, donde no contamos con estudios análogos a los que sí ha propiciado el citado principio en la jurisdicción de adultos. Ello resulta paradójico, habida cuenta de que hasta la aparición de la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, no existía la figura de la oportunidad penal propiamente dicha en la jurisdicción de adultos, y por lo tanto era una figura exclusiva de la LORPM, que iba, pues, mucho más allá de otras manifestaciones de la justicia negociada existentes en la jurisdicción de adultos (conformidad y otras formas de finalización anticipada del procedimiento como el perdón del ofendido, cuando este es procedente).

Ante este estado de cosas, se ha hecho necesario en el presente trabajo realizar una conceptualización del principio de oportunidad en la jurisdicción que nos ocupa, y como se ha desarrollado en el primer capítulo, podemos concluir que es *“el principio que confiere al titular público de la acción penal, en este caso el Ministerio Fiscal, la potestad para disponer de la misma, aunque esté acreditada la comisión de un delito por una persona, en cualquier fase del procedimiento, siempre y cuando se cumplan con los requisitos legalmente establecidos en la legislación aplicable, en este caso la LORPM, debiéndose arbitrar cuantas formas de control se estimen procedentes para evitar su confrontación con el principio de seguridad jurídica.”*

### **TERCERA:**

Del estudio de Derecho comparado, podemos concluir con una valoración en conjunto positiva de todos los sistemas analizados, pues en todos ellos vemos que se pretende alcanzar una reeducación del menor

conforme, en mayor o menor medida, con los planteamientos y normativa internacional. De hecho, el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países que tienen un sistema de justicia juvenil, se ha venido configurando como consecuencia del desarrollo de la diferente normativa internacional referente a la infancia, cuya clara vocación restaurativa resulta favorecida por el principio en cuestión.

#### **CUARTA:**

De ninguna manera se puede concluir que esa finalidad restaurativa a la que atiende el principio de oportunidad, se enfrenta a los diferentes principios que deben inspirar el procedimiento, pues en modo alguno se establece de una forma arbitraria. Al configurarse como una oportunidad reglada –lo cual entendemos como necesario– se elimina cualquier atisbo de arbitrariedad o vulneración de derechos, y se garantiza la seguridad jurídica. Sin embargo, como posteriormente concluiremos, se deberían realizar algunas reformas legislativas de cara a potenciar y clarificar este extremo.

#### **QUINTA:**

Las diferentes modificaciones que ha sufrido la LORPM han hecho que se tambalee esa función restaurativa en beneficio de una función más próxima a planteamientos retributivos.

Así, se ha constatado que la LORPM se ha convertido en un procedimiento con dos velocidades, atendiendo a qué menores se trate de enjuiciar y por qué delitos. Y además, teniendo en cuenta, que paulatinamente se le está atribuyendo más facultades a la víctima mediante la figura de la acusación particular, se puede llegar a pensar que se está abandonando esa facultad reeducativa que inspiró el origen de la misma.

Sin embargo, este principio de oportunidad debe atender fundamentalmente a estas funciones restaurativas, no pudiéndose aplicar, al

menos en la LORPM, con otra finalidad, ya que, si no consta comisión de delito alguno, o el mismo no se puede imputar a persona determinada, deben entrar en juego los presupuestos de sobreseimiento de la LECrim legalmente establecidos para caso de sobreseimiento provisional o libre. Por lo tanto, cualquier forma de archivo que se aparte de las formas de sobreseimiento recogidas en la LECrim, se entiende que establece una mínima valoración de comisión del delito y de indicios racionales de la participación del menor en el mismo.

#### **SEXTA:**

En los sistemas de justicia juvenil nunca se ha de perder la noción de que dicho sistema se dirige a corregir la actuación de un menor de edad que ha infringido un precepto penal. Por ello, todo el procedimiento debe girar sobre esta premisa. En la LORPM la misma se plasma en la manifestación que se realiza de absoluto respeto al “interés superior del menor”, el cual no se encuentra definido en ningún precepto ni en ninguna normativa. No obstante, la actual LO 8/2015, desarrolla el mismo siguiendo la orientación de la STS 565/2009, de 31 de julio de 2009, esto es, en el sentido de dar unas pautas para poder entender el concepto jurídico indeterminado que supone el término, en el caso concreto. Y, como se ha visto, este interés superior del menor, no se debe entender como una protección a ultranza del menor infractor, pues debe coexistir con el interés superior del menor víctima, lo que, en ocasiones, es de difícil conjugación.

#### **SÉPTIMA:**

En la fase de instrucción se respetan todas las garantías procesales de los menores, pese a que nuestro sistema simplifique enormemente las facultades de aplicar el juicio de oportunidad e incluso, si este no se lleva a cabo, el procedimiento instructor y posterior juicio.

Así, en nuestro sistema la aplicación del principio de oportunidad se limita a tres artículos con sus variantes:

- El desistimiento del artículo 18.
- La mediación del artículo 19, en sus variantes de conciliación, reparación del daño o realización de tareas educativas.
- El informe favorable a la no continuación del procedimiento elaborado por el equipo técnico (Artículo 27.4).

Sobre estas manifestaciones de la justicia restaurativa debe centrar su atención el Ministerio Fiscal, pues, como tantas veces ha dicho la FGE, se debe fomentar el uso de las mismas, lo que, por consiguiente, debiera ser la práctica cotidiana en las Fiscalías.

En todo caso, por lo que a la mediación respecta, hay que tener en cuenta, cómo dice la Instrucción 10/2005 de la FGE, que se habrá de trasladar a los victimarios el mensaje claro y nítido de que cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad; y simultáneamente habrá de hacer saber a la víctima que no ha de dudar en poner en conocimiento de la Fiscalía cualquier rebrote de acoso, trasladándole a la víctima la confianza en las instituciones y la idea de que el caso no está definitivamente cerrado.

#### **OCTAVA:**

Entrando ya a ver las diferentes actuaciones y supuestos prácticos que afectan al principio de oportunidad en el día a día de las Fiscalías, y las propuestas de mejora que se realizan desde este trabajo, podemos ver como, y con carácter previo a la judicialización del asunto, aparece la actuación de los diferentes Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que intervienen en menores, y a la cual la doctrina no le ha dado la importancia que entendemos que tiene.

Así, desde este trabajo, se debe reiterar e implorar por la correcta especialización y sensibilización de los diferentes Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en la materia. Ni qué decir tiene que la actuación de

los mismos es ejemplar atendiendo a los medios de que se dispone, pero se debe impulsar una correcta implantación de los cuerpos especializados en menores tanto en la Guardia Civil, en la Policía Nacional y en las Unidades de Policía Autonómicas adscritas a las Comisarías de Policía Nacional. Además, se debe insistir –como así se hace año tras año en las diferentes memorias de la FGE– en la necesidad de dar cumplimiento a lo previsto en la disposición final cuarta de la LORPM, creándose esas unidades de policía judicial adscrita a las Secciones de Menores de la Fiscalía.

Pues bien, en esta actuación policial, y partiendo de esa especialización y medios que se les presupone, no es desdeñable –*de lege ferenda*, y teniendo en cuenta esa finalidad reeducadora de la ley, y tan solo en la jurisdicción de menores– que, de modo en parte análogo a lo que acontece en el sistema norteamericano, se plantee una aplicación de esta oportunidad policial, pues, ¿qué hay más efectivo, de cara a la reeducación del menor, que la inmediata actuación de los agentes y la derivación del menor al recurso que le pueda corresponder?.

Por ello, y circunscribiéndonos al ámbito de los delitos leves y más concretamente a aquellos en los que la LO 1/2015 establece la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad, pudiera darse el caso que los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado intervinieran con el menor infractor, localizaran a sus representantes legales y, convocando al perjudicado, llevaran a cabo una mediación que bien documentada y previamente autorizada (aunque sea verbalmente por el Ministerio Fiscal en sus funciones de guardia) diera lugar tan solo a la remisión de un oficio, dando por zanjado el asunto al haberse alcanzado por las partes un acuerdo, estableciéndose, por tanto, el Ministerio Fiscal como quien controlará, *a posteriori*, la legalidad de los presupuestos que han dado origen a la misma y la conclusión de ello.

Si se cumple con todas estas premisas, y tratándose de menores que careciesen de procedimientos de la misma naturaleza de carácter previo o de



antecedentes policiales, se está avocado a un procedimiento penal, que previsiblemente pueda acabar en un archivo por interés del menor, y que podría demorarse unos meses. De esta manera, cabría la posibilidad de una reparación inmediata y una finalización del procedimiento tan rápida que no supusiera problema alguno para las partes.

Ahora bien, cabría plantearse el contenido del citado acuerdo, pues en modo alguno debería consentirse que el mismo supusiera al menor una carga superior a la de reparar el daño causado, ya que de lo contrario nos podríamos encontrar en supuestos en los que el menor en lugar de reparar el daño causado estuviera realizando prestaciones a favor del perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.

Evidentemente y en la actual regulación de menores, esta hipotética conformidad se debería documentar y dar traslado al Ministerio Fiscal para controlar la validez de la misma y su efectividad. En tal caso, tras incoar las oportunas diligencias preliminares, el Ministerio Fiscal no tendría más que poner un decreto de archivo desistiendo de la incoación del expediente.

Esta actuación policial, que podría incluso calificarse de preventiva de la comisión de cualquier otro delito que no sea un delito leve, se podría implementar fácilmente y serviría como un filtro a la actuación penal de la jurisdicción de menores, demostrándose que, como ya se ha analizado previamente, la finalidad reeducadora debería prevalecer en nuestro ordenamiento y esta inmediatez policial, a nuestro juicio, es más que lógica y coherente con este principio.

#### **NOVENA:**

En cuanto a la fase de diligencias preliminares, debemos aclarar, en primer lugar, que se comparte tanto la denominación como el contenido de la misma. Asimismo, interesa subrayar que, si bien la mayoría de la doctrina la entiende como una fase pre-procesal al tratarse de una fase de investigación fiscal sin intervención del Juez, la misma no se puede

equiparar de una forma unívoca a las diligencias de investigación penal reguladas en el artículo 5 del EOMF, pues esta fase está perfectamente reconocida en una Ley Orgánica penal de marcado carácter procesal y por tanto adquiere una carta de naturaleza, un tanto *sui generis*, pero perfectamente reconocida.

Es ya en esta primera fase donde se encuentra uno de los epicentros de la aplicación del principio de oportunidad: el artículo 18.

Si bien el citado artículo tiene la denominación de “*Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar*”, tras el debate parlamentario, y al aprobarse la LORPM se eliminó toda referencia a esa corrección educativa y familiar, estableciéndose tan solo como una facultad discrecional del Ministerio Fiscal para evitar la delincuencia de bagatela cuando se cumplan determinados requisitos. Por ello, se propone que se modifique el título del citado artículo en el sentido de configurarse como un “*desistimiento atendiendo a las circunstancias del menor y a la irrelevancia del hecho*”

También se considera, dada la peculiaridad del sistema de menores y de la fase en la que nos encontramos, que se debería establecer una forma de control clara y patente a la actuación del Ministerio Fiscal, evitando así que pueda devenir, o al menos parecer, una decisión arbitraria del mismo, y que, al ser irrecusable, las partes puedan verse afectadas sin posibilidad de interponer recurso alguno, ya que, a pesar de poder volver a reiterar su petición, la misma lo será ante el mismo Ministerio Fiscal, el cual puede bloquear su pretensión. Por ello, se propone que se pueda aplicar la fórmula defendida en el presente trabajo de reiterar la petición al Fiscal jerárquicamente superior (entiéndase el Fiscal Jefe Provincial respectivo, o en su caso, si se han delegado las competencias, y no se trata de un decreto del mismo, al Fiscal delegado de la Sección de menores respectivo) a fin que valore si la decisión del Fiscal instructor es correcta o no. Además, conforme a lo manifestado, aquí sí que cabría la posibilidad de acudir a la

vía contenciosa ante una segunda resolución contraria a sus intereses.

De igual modo se propone unificar los sistemas informáticos de registro y tramitación de asuntos, al menos en la justicia juvenil, pues si uno de los presupuestos que se exige para poder desistir de un procedimiento a un menor de edad, es que no le consten hechos anteriores de la misma naturaleza, hoy por hoy, con los medios que se disponen, tan solo se puede acreditar que el menor no tiene hechos similares en la provincia donde va a valorarse su conducta, pues es imposible interconectar datos de una provincia a otra, incluso en una misma comunidad autónoma.

### **DÉCIMA:**

Una vez incoado el expediente de reforma, el panorama del principio de oportunidad cambia notablemente. Así, nos encontramos con el procedimiento penal propiamente dicho al producirse ya la intervención judicial. Por otra parte se le da entrada a la acusación particular, con los diferentes problemas que se han analizado. Y, de igual modo, en este momento la intervención de los equipos técnicos resulta sumamente importante en este sentido, y como se ha manifestado en este trabajo, se debe agradecer la excelente labor que realizan los diferentes equipos técnicos en el ejercicio de sus funciones, y entendemos que se debe potenciar la misma, facilitándoles la especialización y formación necesaria, ya que cumplen con una labor importantísima de cara a poder llevar a cabo la finalidad restaurativa de la ley. Como se ha manifestado en el presente trabajo, el desistimiento del artículo 18, no acredita en modo alguno ese reproche educativo y familiar, pero es en este momento cuando el equipo técnico sí que tiene las herramientas necesarias para poder acreditar el mismo. Así, en los supuestos en los que no ha sido posible aplicar el artículo 18 de la LORPM, el equipo técnico, conforme se establece en la LORPM y en el RLORPM, tiene amplias facultades para poder valorar si procede una conciliación, una reparación con la víctima, unas tareas educativas con carácter previo, o simplemente una no continuación del procedimiento. En

el ejercicio de estas funciones, y dada la composición del equipo técnico, se le presupone una sensibilidad de la que en ocasiones nuestro sistema penal adolece. Por ello, a nadie se le escapa la tensión y nervios que puede sufrir una persona cuando acude a un juzgado, y siendo ésta menor de edad, todavía puede ser mayor. En este sentido, la práctica diaria nos demuestra que los equipos técnicos consiguen un ambiente más flexible y adecuado a cada menor. Ello favorece que se puedan valorar todas sus circunstancias de una forma más acorde a la realidad, pues el menor tiende más a sincerarse con estos profesionales.

### **UNDÉCIMA:**

Así, valorada de una forma positiva la participación del equipo técnico, vemos como a pesar de su petición, pueden surgir otra serie de problemas.

En primer lugar, al hilo de la conciliación, se ha de decir, que se ha de extremar el cuidado en lo referente al contenido de la misma y en todo caso se ha de evitar que se haya producido con vaguedades e irregularidades. Por ello, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones se produce, además de la conciliación por los hechos cometidos, una voluntad de resarcimiento de las responsabilidades civiles inherentes a los mismos, se considera procedente que se articule esta conciliación, previamente preparada por el equipo técnico, ante el Juez de Menores, quien en el momento en el que dicte el auto que ponga fin al procedimiento, puede, en la misma resolución, realizar una manifestación sobre la responsabilidad civil adeudada. Tal cosa ya sirve como mandamiento de pago y se puede despachar ejecución en caso de impago voluntario en el propio procedimiento de menores, lo que evita que las partes, tras haberse perdonado, tengan que enfrentarse nuevamente en un procedimiento civil, en el cual parezca que esa conciliación previa no sirvió de nada.

Respecto a estas actuaciones mediadoras, se hace necesario que se establezca que las mismas paralizan el procedimiento, pues no es razonable

que el asunto prescriba mientras el menor esté cumpliendo unas tareas educativas, una actividad reparadora, o pendiente de una conciliación. Por ello, se ha propuesto la incorporación de un precepto que atribuyera efectos de interrupción de la prescripción a fin de que las víctimas no puedan verse sorprendidas al no poder continuar con el procedimiento judicial al haber prescrito la infracción durante el procedimiento de mediación.

### **DUODÉCIMA:**

Se ha constatado que se hace necesaria una reforma legislativa, a fin de adecuar la actual jurisdicción de menores a la realidad existente en adultos, con un diferente procedimiento cuando se trata de un delito leve o bien cuando se trata de un delito de otra naturaleza. Ya se ha venido interesando este planteamiento desde las diferentes memorias de la FGE, en cuanto a un diferente procedimiento para las faltas, ahora delitos leves. En este sentido la Recomendación (2003) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, dispone en su punto III.14 que debieran establecerse plazos más cortos para cada fase del procedimiento judicial para reducir los retrasos y dilaciones y asegurar la mayor rapidez posible en la respuesta al delito.

Este procedimiento, entendemos que pudiera ser análogo al procedimiento simplificado alemán, y cabría en nuestro sistema no solo para estos delitos leves, sino también para otros tipos de delito, de escasa instrucción, que pudieran resolverse en el mismo día que el menor es detenido y puesto a disposición del Ministerio Fiscal. Tal es el caso de los delitos flagrantes o de otro tipo de delitos que necesitan una rápida actuación, más educativa que coercitiva, como serían los supuestos de malos tratos en el ámbito familiar, o aquellos supuestos en que queda claro que no existe una petición de responsabilidad civil, y por ende no es necesario tramitar de una forma ordinaria la correspondiente pieza separada.

### **DECIMOTERCERA:**

Se propone una regulación de las tareas educativas con carácter previo en idéntico sentido a las tareas reparadoras o a la conciliación, pues ello provoca, que ante la carencia de regulación expresa, se conviertan en una especie de “medida a la carta” en la que los equipos técnicos puedan tener una salida ante determinados menores, respecto de los cuales la conciliación o reparación sea inviable. Y ello es así, pues como se ha manifestado a lo largo del trabajo, no aparece regulada la figura de la tarea educativa con carácter previo. Por lo que, dependiendo del caso concreto, podemos encontrarnos situaciones en que el menor realiza unas prestaciones en beneficio de la comunidad, una libertad vigilada o unas tareas socioeducativas, y con una duración que en ocasiones es un tanto incierta. Estas tareas deberían tener una regulación más profunda para así eliminar cualquier viso de arbitrariedad y ataque al principio de seguridad jurídica, pues el menor las acepta voluntariamente con la idea de que si las cumple le interesarán un archivo en el procedimiento, cosa que no es de obligada consecuencia, pues el Ministerio Fiscal puede apartarse de esa decisión. Por entenderlas no cumplidas o por estimar que no son proporcionadas al hecho cometido. Y, enlazando con la siguiente cuestión, más problemas puede plantear si a pesar de realizarlas, la acusación particular, que hasta el momento ha estado al margen, no le parecen correctas y solicita la continuación del procedimiento hasta juicio.

### **DECIMOCUARTA:**

Otro de los escollos con los que se ha encontrado la LORPM es la progresiva asunción de potestades de la acusación particular, pues, a tenor de las diferentes reformas legislativas sufridas por la LORPM, entendemos que se ha desvirtuado esa finalidad originaria de la ley y se está cerca de planteamientos puramente retributivos, en los que la acusación particular al asumir más potestades puede interesar planteamientos más vindicativos que restaurativos.

La LORPM no es que guarde silencio sobre la controversia surgida en aquellos supuestos en los que el Ministerio Fiscal interesa el archivo del procedimiento por aplicación del principio de oportunidad y la acusación particular interesa la continuación del mismo, sino que genera más sombras que luces. Ello ha provocado planteamientos contradictorios de diferentes Audiencias Provinciales y que la FGE, criterio que compartimos, se haya pronunciado ante la necesidad de evitar que la acusación se pueda sustentar sólo por la acusación particular en contra del criterio del Ministerio Fiscal. Como se ha puesto de relieve, se entiende que ello debilitaría el sistema restaurativo, llegando a producir incongruencias y situaciones un tanto irregulares en la actual regulación. Por ello, se propone que se establezca la imposibilidad de que la acusación sea sustentada únicamente por la acusación particular, vetándole tal posibilidad cuando previamente el Ministerio Fiscal hubiera interesado un archivo del procedimiento por cualquiera de las causas legalmente establecidas, constando este proceder avalado constitucionalmente por la STC 115/2001.

#### **DECIMOQUINTA:**

Especial referencia se debe realizar a lo que se ha venido denominando las dos velocidades de nuestro sistema de justicia juvenil.

Este concepto afecta directamente al sistema restaurativo de la LORPM, y sobre todo establece desigualdades patentes en los menores por razones de la edad y de los hechos cometidos. Esta manifestación encuentra su epicentro en el artículo 10 de la LORPM, donde establece unos supuestos superagravados para determinados menores a tenor de su edad y hechos cometidos. Se constata, por lo tanto, una regulación diferenciada para unos u otros menores de una forma automática, mientras que, fuera de estos supuestos, estas desigualdades no son automáticas, sino que se deben tratar individualizando el procedimiento para cada menor y adaptando la medida que más le beneficia a su interés superior.

Respecto a este supuesto, se entiende ajustado a derecho el sistema

actual, en el que se establecen tres tipos de medida de internamiento (cerrado, semiabierto y abierto), y también que determinados delitos deban llevar a aparejadas medidas de una u otra naturaleza, atendiendo a la gravedad de los mismos y al reproche que merece tal conducta. Sin embargo, sí que se propone como reforma legislativa que se elimine esa rigidez que se establece para los delitos graves recogidos en el artículo 10.2 de la LORPM, permitiendo que, a tenor de la evolución positiva de los menores, se pueda modificar la ejecución de la misma sin tener en cuenta el encorsetamiento que existe hoy en día por el motivo de la edad.

#### **DECIMOSEXTA:**

También encontramos problemas prácticos en aquellos supuestos de conflicto de intereses de un menor con su representante legal. Así en la actualidad, cuando esto ocurre con la figura del menor infractor, se debe acudir a un procedimiento de jurisdicción voluntaria ante los tribunales civiles, a fin de proceder al nombramiento de un defensor judicial. Por ello, se valora la necesidad de articular de una forma coherente con los planteamientos de la LORPM, y de la reciente Ley que regula el Estatuto de la víctima, la figura del defensor judicial, en el caso de ser necesario el mismo, ya que si éste se tiene que instar en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y en otro juzgado, puede provocar unas dilaciones en el procedimiento principal de menores, que en nada son deseables. Así, en cuanto al nombramiento del mismo, se interesa que se modifique la LORPM en el sentido de incluir en su articulado, para clarificar y sistematizar la maraña normativa que regula esta figura, que cuando exista un conflicto de intereses entre el menor, tanto infractor como víctima, y sus legales representantes, pueda ser el Ministerio Fiscal, quien, como máximo garante de los derechos del menor, interese al Juzgado de Menores que proceda a su nombramiento toda vez que es la forma más rápida para solucionar estas controversias que se originan en el seno de un procedimiento penal. Por lo demás, entendemos que ello no provocaría ninguna vulneración de derechos del menor infractor ni del menor perjudicado.



### **DECIMOSÉPTIMA:**

Finalmente, tampoco podemos obviar los problemas relacionados con la situación de los mayores de edad imputados en un procedimiento penal de menores. Por haber cometido los hechos cuando todavía tenían esa edad. Ello, como se ha manifestado, puede provocar que estas personas que van a ser enjuiciadas y puede que condenadas, tengan ya procedimientos de la jurisdicción de adultos, demostrándose por tanto la LORPM del todo punto ineficaz en la actuación con ellos. Así se plantea la posibilidad de decretar la conclusión del procedimiento sin imposición de medida y sin celebración de audiencia en determinados supuestos. Tal sería el caso de delitos leves o delitos sin responsabilidad civil en que los encartados hayan cumplido los 18 años y, dada su trayectoria delictiva y el hecho de que los mismos se encuentren ya imputados ante la jurisdicción ordinaria, se considere ya ineficaz la actuación con ellos desde la jurisdicción de menores. Esto evitaría la necesidad de celebración de juicio para tener que acudir con posterioridad al procedimiento de dejar sin efecto las medidas que en su caso se hayan acordado en sentencia.

### **CONCLUSIÓN FINAL:**

Tenemos una muy buena ley de justicia juvenil, una ley eficaz y que, en su redacción original, fue referente internacional. Sin embargo, entendemos que necesita algunos ajustes para poder volver a decir que se trata de una ley de marcado carácter restaurativo en sus fundamentos y en su procedimiento, y, lo más importante, una ley que en su aplicación práctica permita alcanzar tales objetivos. En tal sentido, merece destacar que es la actividad cotidiana de las secciones de menores de la Fiscalía la que pone de manifiesto la necesidad de afrontar y resolver los problemas que aquí se han detectado y, en su caso, adoptar las propuestas de solución que, modestamente, aquí se han defendido.



## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ALBRECHT, P. A., *El Derecho penal de menores*, (Trad. Juan Bustos Ramírez), PPU, Barcelona, 1990.
- ALMAZAN SERRANO, A. e IZQUIERDO CARBONERO, F. J. *Derecho penal de menores. Actualizado con el reglamento de menores –R.D. 1774/04-*, Grupo Difusión, Barcelona, 2004.
- ALTAVA LAVALL, M., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CUERDA ARNAU, M. L. (coord.) *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Col·lecció “Estudis Jurídics” nº 9, Universitat Jaume I, Castellón 2006, pág. 37.
- ALVAREZ ALARCÓN, A. “El enjuiciamiento penal de los menores” en RUIZ RODRIGUEZ, L. R., y NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coords.) *Menores. Responsabilidad penal y atención social*, Tirant lo blanch. 2004.
- ÁLVAREZ RAMOS, F., “Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales”, en *International E-Journal of Crimes Sciences*, artículo 3, número 2, 2008
- AMARAL MACHADO, B., *Fiscalías: su papel social y jurídico-político: una investigación etnográfico-institucional*, OSPDH y Anthropos. Barcelona 2007.
- APARICIO BLANCO, P., “La detención y otras medidas de coerción con menores”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 3/2001, editorial Lex Nova.

- ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Ed. PPU El sistema Penal, Barcelona 1991.
- ARRIBAS COS, I. e IGNACIO ROBLES, J., “la ley de responsabilidad penal del menor y el papel del psicólogo y la mediación en la Ley 5/2000”, en *psicopatología Clínica, Legal y forense*, vol. 5, 2005.
- AYO FERNÁNDEZ, M. “Las garantías del menor infractor (ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre responsabilidad penal de los menores y sus modificaciones posteriores”, en *Derecho penal y proceso penal RDPP monografías*. Thomson Aranzadi, 2004.
- BACA, FRAY G.: *Los Toribios de Sevilla*, Asociación de Católicos de Madrid, reimpresión de 1880
- BACIGALUPO. E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E., *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Thomson Aranzadi, 2005.
- BACKSTROM, J. C. y WALKER, G. L. “The role of the Prosecutor in Juvenile Justice: Advocacy in the Courtroom and leadership in the community”, en *William Mitchell Law Review*, volumen 32, 2005-2006.
- BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- BECCARIA, *De los delitos y las penas*, 1764.
- BERGALLI, R., “Jurisdicción y administración de justicia. Jueces y fiscales en la sociedad compleja”, en *Sistema penal y problemas sociales*.

- BRONITT, S. y STENNING, P. “Understanding discretion in modern policing”, en (2011) 35 *Crim LJ* 319 pág. 319. Disponible en [http://www98.griffith.edu.au/dspace/bitstream/handle/10072/44249/76896\\_1.pdf?sequence=1](http://www98.griffith.edu.au/dspace/bitstream/handle/10072/44249/76896_1.pdf?sequence=1).
- BUEREN RONCERO, J. L., (Director) *El Ministerio Fiscal Español*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos y el BOE. Madrid, 2007.
- BUTRON BALIÑA, P. M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid 1998.
- BUTTS GRIGGS, T., “La mediación en Norteamérica”, en SOLETO MUÑOZ, H., y OTERO PARGA, M., *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, 2007.
- CALAZA LOPEZ, S., “Principios rectores del proceso judicial español”, en *Revista de Derecho de la UNED*, nº 8, 2011.
- CAMARA ARROYO, S. “Justicia Juvenil Restaurativa: Marco internacional y su desarrollo en América Latina”, en *Revista de Justicia Restaurativa nº 1*, Octubre de 2011.
- CANO PAÑOS, M. A. “¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 55, mes 1*, 2002.
- CANO PAÑOS, M. A. “¿supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley Penal del Menor ”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, recpc 13-13(2011)*
- CANO PAÑOS, M. A. “Posibilidades de «diversión» por parte del

ministerio fiscal en el derecho penal juvenil alemán”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.<sup>a</sup> Época, n.º 13 (2004).

- CANO PAÑOS, M. A., *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Atelier, 2006.
- CANO SOLER, M<sup>a</sup>. A. *La mediación penal*, Aranzadi, 2015
- CAPDEVILA CAPDEVILA/FERRER PUIG/LUQUE REINA: La reincidencia en el delito en la justicia de menores, en *Justidata*, n<sup>o</sup> 42,. Publicado también en Internet en: [http://www.gencat.net/justicia/doc/doc\\_16636043\\_1.pdf](http://www.gencat.net/justicia/doc/doc_16636043_1.pdf).
- CARMONA SALGADO, C., Negativa influencia de algunos medios en la víctimas de delitos graves y en las políticas criminales inspiradoras de las reformas penales de los últimos tiempos en MÚÑOZ CONDE, F., LORENZO SALGADO, J. M., FERRE OLIVÉ, J. C., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ PAZ, M. A., (directores), *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. GERARDO LANDROVE DÍAZ*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2011.
- CASTAIGNÈDE, J., “La responsabilidad penal del menor en el derecho francés: la preocupante evolución del concepto”, en *EGUZKILORE* , n<sup>o</sup> 23, diciembre de 2009, traducción realizada por ISABEL GERMÁN.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hacia un nuevo proceso penal (investigación y juicio de acusación)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009).
- CERATO, M., "Riflessioni critiche sull'irrelevanza del fatto nel processo penale minorile", en *DPP*, n. 121, 1997.

- CERVELLO DONDERIS, V. “los principios como criterio regulador en la selección de delitos mediables” en DE LA FUENTE, D. (coord.) *Una mirada hacia la justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido*. Criminología y justicia, nº 4, 2012
- CERVELLO DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., “Mediación y violencia de género en menores de edad: un enfoque educativo”. Conferencia impartida en el seno de la IV Conferencia internacional del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, celebrada en Bruselas en diciembre de 2014. Texto disponible en: [http://www.oijj.org/sites/default/files/oijjconf2014\\_cervello\\_colas.pdf](http://www.oijj.org/sites/default/files/oijjconf2014_cervello_colas.pdf).
- CERVELLO DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 55.
- CHOZAS ALONSO, J. M., en “Otro avance de la «justicia penal negociada»: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013” en *Diario La Ley*, Nº 8129, Sección Tribuna, 18 Jul. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.
- CIRUJANO GONZÁLEZ, F. J., “Actuación policial con menores”, *Cuadernos de Trabajo Social nº 19* (1997). Universidad Complutense de Madrid.
- COLÁS TURÉGANO, A. “Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CUERDA ARNAU, M. L. *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Col·lecció “estudis jurídics” Universitat Jaume I, nº 9, 2006.
- COLÁS TURÉGANO, A. “Hacia una humanización de la justicia penal: la mediación en la justicia juvenil española. Principios y ámbito aplicativo en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad

penal de los menores”, en *Rev. boliv. de derecho* n° 20, julio 2015.

- COLÁS TURÉGANO, A. “La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del Juzgado de Menores de Sevilla, núm. 1. Sentencia de 24 marzo 2011 (ARP 2011, 2870)” en *Revista boliviana de derecho* n° 19, enero 2015, págs.. 726-747.
- COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, 2011.
- COLIN, M, "La justicia de menores en Francia", en *Jueces para la Democracia*, núm. 3, abril, 1988, pág. 33.
- CONDE PUMPIDO FERREIRO, C, *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989.
- CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, en *Revista del Poder Judicial. Número especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, vol. 6/1989.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, 1999.
- CRESPO BARQUERO, P., en BUEREN RONCERO, J. L., (Director) *El Ministerio Fiscal Español*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos y el BOE. Madrid, 2007.
- CRUZ MÁRQUEZ, B., “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [en línea]*. 2005, núm. 07-14, disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf>.



- CUERDA ARNAU, M. L. “Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor” en *Revista Penal*, nº 22 – 2008.
- CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup>. L., “Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal” en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. vol. I, Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, Valencia, 1997.
- CUESTA MERINO, J. L. “La reforma y protección de menores: diferencias y puntos de conexión” en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CUERDA ARNAU, M. L. *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Colección “estudios jurídicos” Universitat Jaume I, nº 9, 2006.
- CUESTA MERINO, J. L., “La mediación penal en España: presente y perspectivas de futuro” ponencia realizada el 30 de enero de 2014 en el seno del I Congreso Iberoamericano de Mediación Policial realizado en Villarreal (Castellón). Artículo facilitado por el propio autor.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El Principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., “la acusación particular en el proceso penal de menores” en *Actualidad Jurídica Aranzadi nº 620*. ARANZADI, Pamplona. 2004.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., “Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la fiscalía general del estado y jurisprudencia” comunicación realizada en un curso de formación para Fiscales especialistas en menores, 2013. Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

- DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Algunos apuntes para una futura reforma del sistema de justicia penal de menores* en Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2005.
- DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal Del Menor*, Aranzadi 2001.
- DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *La responsabilidad penal de los menores. Adaptada a la LO 8/2006 de 4 de diciembre*, Thomson Aranzadi 2007.
- DE URBANO CASTRILLO, E., “La justicia restaurativa penal” en *LA LEY Penal*, n° 73, julio-agosto de 2010.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- DEL MORAL GARCÍA, A., “La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)” <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/conformidad-proceso-penal.pdf>.
- DEL RÍO FERNANDEZ, L., en “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, en *Diario La Ley*, N° 6520, Sección Doctrina, 6 Jul. 2006, Ref. D-165, Editorial LA LEY.
- DESCHAMPS, J. P. "El derecho francés de los menores. El menor y el Juez de menores" en *Legislación de menores en el s. XXI: análisis de derecho comparado*, dirigido por Esther Giménez - Salinas y Colomer. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- DIAZ MARTÍNEZ, M., *La instrucción en el proceso penal de menores*, Colex, 2003.
- DOLZ LAGO, M. J., “La instrucción penal del Fiscal en el nuevo

proceso penal de menores: contenido y límites”, en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia 2002.

- DOLZ LAGO, M. J. “El Fiscal ante la reforma de menores: radiografía de una metamorfosis paradójica” en *La Ley*, 1992-2
- DOLZ LAGO, M. J., en *Comentarios a la legislación penal de menores. Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Conclusiones de la 6ª Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa” disponible on line en [http://www.justiciarestaurativa.org/news/ Conclusiones delaConferencia Bilbao . pdf/view](http://www.justiciarestaurativa.org/news/Conclusiones%20de%20la%20Conferencia%20Bilbao.pdf/view).
- DOMINGO DE LA FUENTE, V., en “Justicia restaurativa y mediación penal”, en *Revista Lex Nova*, nº 23/2008.
- DUCE, M.; COUSO, J., en “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado”, en *Polít. crim. Vol. 7, No 13* (Julio 2012), Art. 1, pp. 6. Disponible en Internet en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_07 /n\\_13 /Vol7N13A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/_n_13/Vol7N13A1.pdf).
- ESCALADA LÓPEZ M<sup>a</sup>. L., *Los orígenes del principio de legalidad del Juez*. Universidad de Valladolid, 2007.
- ESCORIHUELA GALLÉN, C. V. “Aspectos relativos a la intervención de la Acusación Particular” en *Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 2013. Disponible on-line en la web [www.cej.es](http://www.cej.es), ponencia realizada en las jornadas de especialistas y Fiscales delegados de las Secciones de Menores, realizadas en la sede de la Fiscalía General del Estado en Madrid, 16-17 de octubre de 2013.

- ESCORIHUELA GALLÉN, C. V., “El interés superior del menor en la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *LA LEY PENAL*, n° 114, mayo-junio de 2015.
- ESTEBAN GÓMEZ, D., GÓMEZ PULIDO, M. L., GARCÍA MEDINA, P. y ARMAS VARGAS, E. en V.V.A.A. *Derecho Penal y psicología del menor*, Universidad de la Laguna, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo/Buenos Aires, 2007.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E (relatora), *El Código Penal de 1995: diez años después. Cuarta mesa redonda. La ley penal del menor*. En las Jornadas de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Sección Española. Cáceres 2005.
- FERNÁNDEZ OLMO, I., “La instrucción en el procedimiento de menores por el Ministerio Fiscal”, *Centro de estudios jurídicos*, 2007.
- FERREIROS MARCOS, C. E. *La mediación en el Derecho Penal de Menores*” Dykinson, 2011.
- FERREIROS MARCOS, C. E., Ponencia sobre Cooperación jurídica internacional en materia de responsabilidad penal de los menores, realizada en los cursos de formación de Fiscales especialistas en menores (jornadas de Fiscales delegados de Menores), celebradas en Madrid en octubre de 2013. Obra facilitada por el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia y por el propio autor.
- FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor”, en *InDret Revista*

*para el análisis del derecho*, Octubre 2012.

- GALLARDO CAMPOS, R. A., en “Medición, policía y cambio social” conferencia impartida en Madrid, 2013 disponible en [http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/rosa\\_gallardo.pdf](http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/rosa_gallardo.pdf).
- GALLARDO, R y COBLER, E., *Mediación Policial. El manual para el cambio en la gestión de conflictos*, Tirant lo Blanch. Valencia 2012.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, G. “Equipo técnico y medidas judiciales” ponencia disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).
- GARCÍA INGELMO, F. M., “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000” en *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal, nº 6, 2000.
- GARCÍA INGELMO, F. M., en “Principio de oportunidad: pautas de aplicación. Desistimientos. Soluciones extrajudiciales”, en *Centro de estudios jurídicos*, Madrid, 2008.
- GARCÍA LOSADA, J., “Tratamiento judicial de la delincuencia juvenil en el Cuerpo Nacional de Policía”, en *Estudios jurídicos*, nº 2005.
- GARCÍA PÉREZ, O. “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores”, en V.V.A.A. *Derecho Penal y psicología del menor*, Universidad de la Laguna, 2007.
- GARCÍA, M. D.; MARTÍN, E., TORBAY, Á. y RODRÍGUEZ, C., en “La valoración social de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Psicothema 2010. Vol. 22*, no 4.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de

responsabilidad de jóvenes y menores” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 15, 1996.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, 4ª Ed. Madrid, 2006,
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso Penal de Menores*. Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2007.
- GERSTEIN, CH. y PRESCOTT, J. J., “Process cost and police discretion” en *Harvard Law Review Forum*, n° 128 pág. 268, de 19 de abril de 2015, consultada online en <http://harvardlawreview.org>
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. “Características principales de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Poder Judicial* n° 60.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., “La Ley 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *manuales de formación continuada*, n° 9, 2000, ejemplar dedicado a: *Justicia de menores : una justicia mayor : comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*.
- GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal. Proceso penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1993.
- GISBERT JORDÁ, T., “Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción”, en *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal, n° 6, 2002.
- GOMEZ COLOMER, J. L., “Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad”, en *Estudios Jurídicos*-Ministerio Fiscal sobre Soluciones alternativas al proceso penal, ed. Ministerio de

Justicia. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2004.

- GÓMEZ COLOMER, J. L., “La conformidad, institución clave y tradicional de la Justicia negociada en España”, en *Revue Internationale de Droit Pénal* 2012, núm. 83, 1er y 2 semestres.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., “la instrucción del proceso penal por el ministerio fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal I*, Setiembre 1997.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTERO AROCA, J. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I*, Tirant lo Blanch, 2014.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTERO AROCA, J. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant lo Blanch, 2014.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTERO AROCA, J. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, 2014
- GÓMEZ RECIO, F., “El acusador particular en la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores. Reflexiones tras la reforma efectuada por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre”, en *Noticias Jurídicas*, septiembre, 2004.
- GÓMEZ RECIO, F., “Sobre la sensación de impunidad de los menores de edad frente a la actual regulación penal” en *Revista La Ley*, nº 1, 2003.
- GÓMEZ RECIO, Fernando, “La introducción en la LORPM del acusador particular” en *Noticias Jurídicas* Septiembre 2004.
- GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C (coord.) *Comentarios a la ley penal del menor (conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*

Iustel, 2007.

- GONZÁLEZ CAMPOS, E., *Práctica del proceso penal*. Edit. Civitas, 2003.
- GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
- GORDILLO SANTILLANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007.
- GRANADOS CALERO, F. *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Tecnos, 1989.
- GRANDE SEARA, P., “Capítulo III. Incoación del Expediente de Reforma y Fase de instrucción”, en GONZÁLEZ PILLADO, E., *Proceso penal de menores*, Valencia, 2008, pág. 142-143.
- GRANDE SEARA, P., “El principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores portugueses (processo tutelar educativo)”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 3/2011.
- HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. A., “El menor, víctima en el proceso penal. aspectos psicológicos y tratamiento”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 12. 1998.
- HERRERA MORENO, M., “Rehabilitación y restablecimiento social. Valoración del potencial rehabilitador de la justicia restauradora desde planteamientos de teoría jurídica terapéutica” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 14. 2006.
- HIGUERA GUIMERA, J. F., *Derecho penal juvenil*, Bosch, 2003.
- IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M., *La investigación Preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las Partes en la*



*misma*, Aranzadi, 2001.

- JAREÑO LEAL, A., “La proporcionalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las reformas penales de 2003”, Presente y futuro de la Constitución Española de 1978. *Facultad de Derecho, Universidad de Valencia-Tirant lo Blanch*, Valencia, 2005.
- KELLING, G. L. “Broken windows and police discretion” , en *National Institute of Justice*, research report, 1999. Disponible en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178259.pdf>.
- KEY, E., *El siglo de los niños*, NY 1900. Se puede encontrar una referencia al mismo en <http://www.ibe.unesco.org/publications/ThinkersPdf/keys.pdf>.
- LAMARCA PÉREZ, C., “Principio de legalidad penal”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 1*, septiembre 2011-febrero 2012.
- LAMARCA PÉREZ, C., *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*. Colex, Madrid, 2011.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y RUSCONI, M. (directores), *El principio de proporcionalidad penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.
- LIZÁN FERNÁNDEZ, P., en “Mediación y Justicia Penal” ponencia realizada en el seno de la mesa redonda Mediación y Resolución, alternativa, problemas, en el I Congreso de Psicología Jurídica en Red, Colegio de Psicólogos de Madrid, 2004. Si bien este autor centra estos objetivos en la mediación, son todos ellos extrapolables al procedimiento de menores en general. Documento facilitado por asistentes al Congreso.
- LOPERA MESA, G., *Principio de proporcionalidad y ley penal*.

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

- LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Comentarios, concordancias, y jurisprudencia)*, Granada, 2004.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “La difícil transición hacia un proceso penal acusatorio (tentaciones inquisitivas del Juez de Menores)”, en *Boletín de la Facultad de Derecho, nº 20*, 2002. Disponible on line en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2002-20-DB749786/PDF>.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “Tratamiento policial de los menores de edad penal. Comentarios prácticos de la Ley Orgánica 5/2000”, en *Revista Jurídica La Ley. núm. 5366*, de 3 de septiembre 2001.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, ed. Comares, 2002.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La Ley Penal del Menor y el Reglamento para su aplicación*, Comares, 2007
- MACK, J. Del fallo “In Re Gault”, 387 U.S 16, , The Juvenile Court, *23 Harvard Law Review, 104*, 119-120 (1909). Disponible en <http://harvardlawreview.org/>
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Coordinadora de Menores (actual Fiscal General del Estado). Ponencia realizada en el curso del Centro de Estudios Jurídicos realizado en Santander sobre Protección de Menores en riesgo de exclusión social. Santander, 2-3 de julio de 2008. Obra facilitada por la propia autora.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La legislación penal juvenil en Alemania”, en *Cuadernos de Derecho judicial, nº 15*, 1996.

- MARCHENA GÓMEZ, M., *El Juez de instrucción y el Juez de garantías: posibles alternativas*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2002.
- MARCHENA GÓMEZ, M., *Práctica Procesal de los Juicios Rápidos*. Sepin 2003.
- MARTÍN DELPÓN, J. L., “El principio de oportunidad: análisis de derecho comparado” en *anales de la facultad de derecho*, 28; diciembre 2011.
- MARTIN SÁNCHEZ, A. en GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, E. (coord.) *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Manuales de formación continuada Consejo General del Poder Judicial, nº 9, 2001.
- MARTINSON, R., "What Works. Questions and Answers about Prison Reforms" en *The Public Interest*, 35, pág. 49, 1974. Disponible en: [http://www.nationalaffairs.com/doclib/20080527\\_197403502whatworksquestionsandanswersaboutprisonreformrobertmartinson.pdf](http://www.nationalaffairs.com/doclib/20080527_197403502whatworksquestionsandanswersaboutprisonreformrobertmartinson.pdf).
- MAZZA, F. y PATRONE, I. "La messa in prova nel procedimento penale minorile", en *Dei Delitti e delle Pene*, anno III, 2ª serie, n. 2, 1993.
- MIR PUIG, S., “Sobre El principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal”, en *Revista de la facultad de Derecho de la facultad de Granada*, nº 12, 1987.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., “Aspectos procesales de la nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor (I)”, en

*Colaboracions de Revista Xuridica Galega.*

- MOGRO TERRONES, R. M., y BERLANGA SÁNCHEZ, A., “La mediación policial” disponible on line en [http://www.policia.localvalencia.es/Articulos\\_Policiales/Articulo\\_PREMIO\\_RAFAEL\\_BONET\\_AJPLA\\_Asociacion\\_Jefes\\_Policia\\_Local\\_de\\_Alicante.pdf](http://www.policia.localvalencia.es/Articulos_Policiales/Articulo_PREMIO_RAFAEL_BONET_AJPLA_Asociacion_Jefes_Policia_Local_de_Alicante.pdf).
- MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch. Valencia 1997, Pág. 71.
- MONTERO DE LA RUBIA, J. “El fiscal instructor en la ley del menor Revista jurídica de canarias” artículo accesible en *Tirant On Line* (<http://www.tirantonline.com>), 4-2006.
- MONTERO HERNANZ, T., “El principio de intervención mínima en la legislación penal juvenil española”, ponencia realizada en el II Congreso Internacional sobre justicia restaurativa y mediación penal, Burgos, 23 de marzo de 2012. visto en Internet en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B0AD8E45CA1EEA0A05257E6D0077C5FA/\\$FILE/TOMAS\\_MONTERO.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B0AD8E45CA1EEA0A05257E6D0077C5FA/$FILE/TOMAS_MONTERO.pdf).
- MONTERO HERRANZ, T. *La justicia juvenil en España. Comentarios y reflexiones*. La Ley, 2009.
- MORA ALARCON, J. A., *Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant Monografías, 2002.
- MORENO CATENA, V., *Competencia y partes en el proceso penal español*, en A.A.V.V., *El proceso penal-Sistema Penal y Derechos Humanos*, ZAFFARONI, E. R., (coord.), 2000, Porrúa, Argentina.
- MORENO CATENA, V., *El papel del Ministerio Fiscal en el*

*Estado democrático de derecho*, en Cuadernos de Derecho Público, nº. 16, mayo-agosto, 2002.

- MORILLAS CUEVA, L., “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 2, 1983.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2013
- NANDA, J., “Blind discretion: Girls of color & delinquency in the juvenile justice system”, en *Ucla Law Review*, nº 1502, pág 59 y ss., 2012. Consultado en <http://www.uclalawreview.org>.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal de menores*, 2ª Edición. Bosch. Barcelona, 2003, pág. 251.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, R. (Coord.) *Los recursos en la LORPM. La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. 2001. Madrid
- ORTIZ ÚRCULO, J. C., “El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites”, en *Estudios Jurídicos Fiscales. Soluciones Alternativas al proceso*, CGPJ, 2004.
- PARDO IRANZO, V. *La mediación. Algunas cuestiones de actualidad*. Tirant lo Blanch, 2015.
- PEPINO, L., “Breve aproximación al sistema procesal italiano”, en *Jueces para la Democracia*, 2003, núm. 48, noviembre.
- PÉREZ CEBADERA, M<sup>a</sup>. A. “El principio de consenso en Estados Unidos” en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (director) *Mediación: Un método de conflictos. Estudio interdisciplinar*,

Colex, 2010.

- PEREZ DEL VALLE, C., “Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2008;
- PÉREZ MACHÍO, A. I., “Aproximación crítica a la intervención de la acusación particular en el proceso de menores”, en *EGUZKILORE*, Nº 23, San Sebastián, Diciembre 2009.
- PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, editorial Comares, 1999.
- POZUELO PÉREZ, L., “Artículo 18”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (COORD.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la responsabilidad penal del menor*, Pamplona, 2008.
- POZUELO PÉREZ, L., “El futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos Recensión a Miguel Ángel Cano Paños, El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España, Barcelona (Atelier) 2006, 336 págs.” En *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, febrero de 2009.
- POZUELO PÉREZ, L., *El futuro del derecho penal juvenil: De un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos*. Indret. Barcelona 2009.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Acto, resultado y proporcionalidad” en *Estudios penales. Libro homenaje al prof. J. Antón Oneca*, universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- REBOLLE, M. E., “La función policial en el nuevo milenio y los métodos RAC”, en VIII Conferencia internacional, Foro Mundial de Mediación, *Tiempo de mediación, liderazgo y acción para el*

*cambio*, Valencia 18-21 de octubre de 2012, Disponible en [http://unaf.org/wp-content/uploads/2013/01/10\\_12\\_ponencias\\_foro\\_mundial\\_mediacion\\_Valencia\\_3.pdf](http://unaf.org/wp-content/uploads/2013/01/10_12_ponencias_foro_mundial_mediacion_Valencia_3.pdf).

- RIOS MARTÍN, J. C., en [www.unad.org/upload/36/78/PONENCIA\\_MEDIACION\\_PENAL](http://www.unad.org/upload/36/78/PONENCIA_MEDIACION_PENAL).
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson 2007.
- ROCA CHUST, T., *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Valencia, Sección de Publicaciones del Consejo Superior de Protección de Menores, 1968.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, Especial análisis de la reparación del daño*, DIJUSA, 2005.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *La detención*, Edit. Akal, 1987.
- RÖSSNER, D. “El derecho penal de menores en Alemania, con especial consideración de los adolescentes” en *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho Comparado*. Consejo General del Poder Judicial 1999.
- RUL-LAN CASTAÑER, V., *Justicia y prácticas restaurativas. Los círculos restaurativos y su aplicación en diversos ámbitos*, Fundación universitaria iberoamericana, 2011.
- SALA DONADO, C., *proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*. Universitat de Girona, 2002.

- SAN MARTÍN LARRINOA, M. B., “Mediación en el Justicia Penal de Menores” en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n° 121, 2007.
- SCHER, D.J. *Blystone v. Horn: The Third Circuit Guards Against Inadvertent Waiver of the Right to Present Mitigating Evidence During a Capital Case*, 58 *Vill. L. Rev.* 869, disponible en: <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol58/iss5/5>.
- SOLETO MUÑOZ, H./OTERO PARGA, M. (Coords) “Las raíces históricas y culturales de la mediación”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, 2007.
- SUANCES PÉREZ, F., “La justicia restaurativa: normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores” en AAVV, *El proceso del siglo XXI y soluciones alternativas*. Aranzadi. Madrid 2006.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (coord.) *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Ed. Comares SL, 2012
- TAMARIT SUMALLA, J. M. “La mediación reparadora en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, en “*Justicia Penal de Menores y Jóvenes*”, Ed. Tirant Lo Blanch.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., “El nuevo derecho penal de menores ¿creación de un sistema penal?”, en *Revista Penal* n° 8, 2001.
- TOLEDO FERNÁNDEZ, M. T., *La mediación en la policía*. Disponible on line en: [http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/la-mediacion-en-la-policia\\_0.pdf](http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/la-mediacion-en-la-policia_0.pdf)
- TORRENS IBARGUREN, J. G., GUILLEN GESTOSO, C. L. y JUNCO CACHERO, M. S. “Medipol: plan de gestión integral de resolución de conflictos, para fuerzas y cuerpos de seguridad” en



*Revista de Mediación. Año 6. Nº 12. 2º semestre 2013.* Disponible on line en <http://www.revistademediacion.imotiva.es>.

- TRILLO NAVARRO, J. P. *El Fiscal en el nuevo proceso penal. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, reforma 2007*, Comares, 2008.
- URRÁ PORTILLO, J., “Criterios Pedagógicos de intervención con menores en conflicto”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Nº. 25, 2005 (Ejemplar dedicado a: La ley de responsabilidad penal menor: situación actual).
- V.V.A.A. “Declaración conjunta de las asociaciones de Secretarios Judiciales” en *Poder Judicial*, nº. 52.
- VAELLO ESQUERDO, E. “La responsabilidad penal de los menores en Italia” en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 18, 2006.
- VALDERRAMA BARES, P., “La micropolítica de la función reeducadora en prisión” en *Revista de Educación*, 360. Enero-abril de 2013.
- VARELA GÓMEZ, B. J., “Desistimiento y sobreseimiento en el procedimiento penal de menores (arts. 18 y 19 LORPM)”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI (2006). Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. A., *Derecho penal juvenil europeo*, Dykinson, 2006.
- VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2010. pág.408 ss.
- WERTH WAINER, F., *Sistemas de justicia juvenil: la experiencia*

*comparada Estados Unidos, Canadá y Reino Unido*. Ed. Hanns Siedel Stiftung, 2004.

- ZEHR, H. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Books, 2010.

Nota: Todas las referencias a documentos, artículos y/o revistas con enlace a páginas de Internet, fueron cotejadas y consultadas, de nuevo, en los meses de agosto y septiembre de 2015.

## **RECURSOS ELÉCTRONICOS EMPLEADOS**

Base de datos de El Derecho (EDJ- EDL). [www.elderecho.es](http://www.elderecho.es)

Base de datos del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj). [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

Legislación de Alemania. [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de)

Legislación de Francia. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

Legislación de EEUU. [www.findlaw.com/cascode](http://www.findlaw.com/cascode)

Legislación de Italia. <http://www.normattiva.it>

Legislación de Portugal. [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt)