



Universitat de Girona

PROCESO PENAL DE MENORES: ESPECIALIDADES
DERIVADAS DEL INTERÉS DE LOS MENORES Y
OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Cristina SALA DONADO

ISBN: 84-688-6473-0

Dipòsit legal: GI-393-2004

**Universitat de Girona
Departament de Dret Públic**

**PROCESO PENAL DE MENORES:
ESPECIALIDADES DERIVADAS DEL INTERÉS DE LOS
MENORES Y OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL**

TESIS DOCTORAL

Presentada por Cristina Sala i Donado, en la Universitat de Girona.
Dirigida por la Dra. Teresa Armenta Deu, Catedrática de Derecho
Procesal de la Universitat de Girona.

Girona, octubre de 2002

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

El día 13 de enero de 2001 entró en vigor la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM).

Más de veinte años después de la Constitución, se atendía cumplidamente a una necesidad largamente reclamada: la de una norma que regulase la respuesta que el ordenamiento jurídico debe dispensar a los menores infractores, así como el proceso mediante el cual dicha respuesta debería hacerse efectiva.

No puede afirmarse que hasta dicho momento esta materia estuviera huérfana de regulación, pero sí, en cambio, que dicha regulación consistía en una reforma parcial y urgente, sin vocación de permanencia, que remediaba el vacío dejado por la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos de una Ley que databa del año 1948.

En paralelo con el discurrir legislativo, la atención prestada por la doctrina al derecho penal y procesal de menores ha sido más bien escasa. Esta tendencia se ha invertido claramente a partir de la aprobación de la LORPM, si bien con algunos matices. Por una parte, la doctrina penal se ha interesado por el derecho penal de menores, principalmente desde una doble perspectiva: la inimputabilidad como uno de los conceptos clave de la dogmática penal; y la naturaleza de la respuesta jurídica a los comportamientos delictivos de los menores de edad. Por otra parte, los estudios sobre el proceso de menores provienen mayoritariamente de profesionales implicados en su aplicación, es decir, de jueces y de fiscales de menores.

Desde la aprobación de la LORPM, sin embargo, se atisba un cierto interés dogmático por la materia.

Inicialmente, el presente trabajo se concibió con la vocación de devenir una aportación al estudio del proceso penal de menores. Por ello, originariamente, se planteó como un análisis de todas y cada una de las fases de dicho proceso. Sin embargo, rápidamente este objetivo se demostró

inalcanzable por cuanto, de una primera aproximación a los preceptos de la norma, se aprecia que en la misma, se contiene «algo más» que algunas especialidades o especificidades con respecto a los procesos penales de adultos.

Como premisa de partida, cabe considerar que el proceso diseñado por la L.O. 5/2000, al estar concebido exclusivamente para el enjuiciamiento de las conductas delictivas presuntamente cometidas por menores de edad, puede incardinarse en la categoría de los procesos especiales.

Esta constatación, sin embargo, no era suficiente, a nuestro juicio, para justificar un proceso en el que aparecían figuras e instituciones procesales hasta el momento inéditas en el ordenamiento jurídico español. Por ello el planteamiento inicial al que se aludía fue sustancialmente modificado, sin que a la postre, ello haya supuesto una alteración sustancial del objetivo primigenio.

El trabajo de investigación se inicia con un interrogante, que podría formularse como sigue: Aceptando que la edad es el elemento determinante de la existencia de una rama del derecho penal específicamente dedicada a los menores, ¿hasta qué punto dicho elemento condiciona la acción del legislador en el sentido de establecer un cuerpo normativo significativamente diferenciado del previsto para los adultos?

Los capítulos primero y segundo intentan, respectivamente, perfilar los contornos del interrogante principal, y ofrecer lo que podríamos considerar una respuesta ceñida a los términos de la misma.

Podría pensarse que, con ello, la investigación puede darse por cerrada. Sin embargo, la L.O. 5/2000 contiene algunas previsiones singularmente novedosas, que se presentan como adecuaciones procesales derivadas del interés de los menores cuando, a nuestro juicio, en realidad, no son sino plasmaciones de una o varias opciones de política criminal.

El método que se ha seguido para la elaboración del trabajo ha seguido, en la medida de lo posible, los cánones clásicos de la investigación en materia procesal.

En lo que respecta a las fuentes utilizadas, se ha manejado la legislación, la doctrina, y la jurisprudencia de la forma que se explicará a continuación.

Además del estudio de la LO 5/2000, se han tenido en cuenta, por una parte, su antecedente inmediato, la LO 4/1992; y por otra parte, las publicaciones oficiales de las Cortes Generales en las que se recogía la tramitación parlamentaria de la norma objeto de estudio. Este recurso se ha estimado útil en la medida en que, tratándose de una norma relativamente reciente y de una materia sobre la que las fuentes doctrinales no eran significativamente abundantes, podía contribuir a un mejor entendimiento de las razones o las ideas que subyacen al texto. Asimismo se ha trabajado con la LECrim, tanto en los preceptos relativos al procedimiento ordinario cuanto en los que regulan el procedimiento abreviado.

En cuanto a la doctrina, merece resaltarse una doble circunstancia: por una parte, la escasez inicial de trabajos relativos a la materia, y por otra parte, que, salvo algunas excepciones, las aportaciones publicadas hasta el momento provienen mayoritariamente o bien de profesionales de la justicia de menores —lo que sin restar rigor a dichos trabajos les imprime una cierta preferencia por los aspectos prácticos—, o bien de la dogmática penal —lo que determina, en este caso, que la atención se centre prioritariamente en los aspectos dogmatico-penales de la LORPM.

En el plano de las aportaciones doctrinales se ha tenido especialmente en cuenta, tanto por su valor intrínseco, como por el de las aportaciones que ofrece, la doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado, que se plasma, fundamentalmente, en la Circular 1/2000, y en la Instrucción 1/2000.

Finalmente, en relación con la jurisprudencia, la nota principal es su escasez, perfectamente explicable en la medida en que el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor dificulta, cuando no imposibilita, que las sentencias dictadas en los procesos de menores hayan llegado a las instancias judiciales en las que su publicación resulta fácil.

CAPÍTULO PRIMERO

LAS ESPECIALIDADES DEL DERECHO PENAL DE MENORES: ¿JUSTIFICAN UN PROCESO ESPECIAL?

CAPÍTULO PRIMERO LAS ESPECIALIDADES DEL DERECHO PENAL DE MENORES: ¿JUSTIFICAN UN PROCESO ESPECIAL?

El derecho penal de menores surge a partir de la yuxtaposición de los elementos «derecho penal» y «menor edad», y se configura como una especialidad del derecho penal que pretende responder adecuadamente a las infracciones penales cometidas por personas que no han alcanzado la madurez.

Las especialidades del derecho de menores resultan singularmente relevantes en tanto que a partir de las mismas se justifica un proceso asimismo especial a través del cual la denominada «garantía penal» pueda efectivamente culminarse. Es por ello que en el presente capítulo, cuyo objetivo consiste en averiguar si efectivamente las especialidades del derecho penal de menores justifican un proceso especial, radicalmente diferenciado de los procesos penales de adultos, se abordará previamente, el análisis de aquellos rasgos del derecho penal de menores que permiten distinguirlo del derecho penal de adultos.

Para ello no sólo se tendrá en cuenta el texto de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM)¹, sino asimismo las disposiciones constitucionales e internacionales que informan la materia. De una y otras disposiciones debe ponerse de manifiesto, aunque tempranamente, que conjugan en sus textos disposiciones propias de derecho sustantivo con otras —a menudo las más— propiamente procesales. Esta situación propicia que, quizás con una frecuencia excesiva, el derecho penal de menores y su correlativo proceso se confundan, de modo que se llega a considerar que el segundo ostenta una suerte de influencia sobre el primero absolutamente inconcebible en el derecho (penal y procesal) de adultos.

¹ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (B.O.E. núm. 11, de 13/1/2000).

I. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL DE MENORES. GENERALIDADES.

El derecho penal de menores se enmarca en una doble premisa: la edad de los sujetos para los que se concibe y, complementariamente, la consideración que política y jurídicamente se tenga hacia dichos sujetos.

El primero de los elementos, la edad, permite explicar el fundamento de la existencia de un derecho penal que presenta determinadas especialidades, a la par que delimita el ámbito subjetivo sobre el que dichas especialidades deben tener vigencia.

El segundo elemento, el tratamiento que deba dispensarse a los sujetos a quienes deba aplicarse el derecho penal de menores, cobra especial relevancia en tanto que, en virtud de lo dispuesto en los textos internacionales relativos a la materia, existen criterios que, con vocación uniformadora, pretenden establecer las principales líneas de la actuación de los Estados en lo relativo a los menores de edad.

Toda vez que los elementos que conforman la base del derecho de menores se hayan podido, en mayor o menor medida, precisar, procederá el análisis, ya en el terreno de la concreta legislación de menores, dirigido a averiguar cuáles son los aspectos que distinguen el derecho penal de menores del derecho penal ordinario o de adultos.

1. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA EDAD.

Para caracterizar el derecho de menores debe acudirse, sin duda, al concepto de menor, que no sólo es el eje en torno al que giran las especialidades que se irán desgranando sino primordialmente su propia razón de ser.

Es ineludible, para definir adecuadamente qué es la minoría de edad, referirse al fundamento de su existencia, o en otras palabras, a las principales razones que abocan a su especial consideración.

A efectos de situar la cuestión, puede resultar ilustrativo acudir al derecho civil, donde la edad se asocia con la capacidad del individuo en su actuar frente al derecho y determina un estado civil de la persona. Los conceptos «mayor edad» y «menor edad» expresan, respectivamente, los estados civiles en los que la capacidad de obrar es plena o limitada².

El derecho civil utiliza las franjas de edad —no sólo las que delimitan la mayor y la menor edad, sino otras a las que se asocian, asimismo, distintos niveles de capacidad— porque entiende que es preciso atender al desarrollo de la persona, tanto físico como psíquico, en el momento de definir la relación de dicha persona con el mundo jurídico. La minoría de edad constituye pues, genéricamente, aquella franja de la vida de una persona durante la cual se considera que, por carecer de plena madurez, no puede ejercer con plenitud los derechos que tiene reconocidos ni ser, correlativamente, sujeto de algunas obligaciones.

La Constitución Española de 1978 sitúa la separación entre la minoría y la mayoría de edad en los dieciocho años [artículo 12 CE]³. A partir de dicha edad, se considera que, salvo que concurren especiales circunstancias que pongan de manifiesto lo contrario, la persona ha adquirido el grado suficiente de madurez que le permite operar jurídicamente con plena capacidad.

El precepto constitucional, que concuerda con lo dispuesto en el artículo 1º de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989⁴ (en adelante CDN), responde, o por mejor expresarlo respondió en el momento de su elaboración, al afán del constituyente por reconocer una mayoría de edad

² La referencia al «Derecho civil» que se utiliza en este pasaje del texto es deliberadamente sesgada. No se incluye la legislación «civil» relativa a la protección de los menores, fundamentalmente porque entendemos que la legislación protectora (valga como ejemplo la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor) comparte elementos propios del derecho civil con otros pertenecientes al ámbito administrativo.

³ Artículo 12 de la Constitución Española: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»

⁴ Ratificada por el Estado Español mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (B.O.E. núm. 313, de 31 de diciembre de 1990)

válida «a todos los efectos»⁵. Se pretendía, en definitiva, armonizar la edad en la que los españoles podían hacer valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones en todos los ámbitos jurídicos, tanto privados como públicos⁶.

La pretendida vocación uniformadora del artículo 12 de la Constitución, sin embargo, no alcanzó más que al ámbito del derecho civil —con la correspondiente modificación del Código Civil— y al ámbito de los derechos políticos —esencialmente el derecho al sufragio activo y pasivo—⁷, aspecto éste último, que para algunos es precisamente la causa de que la mayoría de edad pasase de los veintiún años a los dieciocho⁸.

Por lo que al derecho penal de menores se refiere, la previsión constitucional no se ha visto colmada hasta la entrada en vigor de la LORPM⁹, pues hasta dicho momento, como es sabido, la mayoría de edad a efectos penales se alcanzaba a los dieciséis años¹⁰.

⁵ Vid. LASARTE, C. "Artículo 12. Mayoría de edad" en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. ALZAGA VILLAAMIL), Cortes Generales – EDESA, Madrid, 1996. Tomo II, págs. 176 ss.

⁶ La situación antes de la entrada en vigor de la Constitución era, en este sentido, un tanto dispersa. A efectos civiles, la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años, pero en cambio, a los dieciséis se podía autorizar la emancipación. En el ámbito laboral, los menores podían trabajar a partir de los dieciséis años.

⁷ En el ámbito laboral, se distinguen diversas categorías de edades. En términos generales, se considera que la edad mínima para trabajar es la de dieciséis años, si bien en determinados supuestos se permite que menores de dicha edad participen en espectáculos públicos.

⁸ LASARTE, C. "Artículo 12. Minoría de edad" Cit. Pág.178.

⁹ Debe señalarse, no obstante, que el Código Penal de 1995 sentó las bases para el aumento de la mayoría de edad en su artículo 19, en el que los menores de dieciocho años se excluyen de la responsabilidad criminal con arreglo al Código Penal. Como es sabido, la entrada en vigor del precepto quedó postergada, por mor de lo dispuesto en la Disposición final séptima, hasta la entrada en vigor de la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor.

¹⁰ GISBERT JORDÁ propuso en su momento una «nueva interpretación» de los preceptos en liza, según la cual, resumidamente, cabría entender que existiendo efectivamente una ley que regulaba la responsabilidad penal de los menores (a la sazón, la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores), el artículo 19 CP debía entenderse en vigor y, en consecuencia, aumentada hasta los dieciocho años, la edad penal. [Vid. GISBERT JORDÁ, M^a. T. "Incidencias del nuevo Código Penal en la legislación de menores" en *Menores privados de libertad*; «Cuadernos de Derecho Judicial», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, Págs. 101 a 149. Una certera crítica a dicha interpretación en SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. "El régimen de la minoría de edad penal" en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*; Bosch, Barcelona, 1997, Págs. 162 y 163].

Durante este tiempo, el asincronismo entre el precepto constitucional y la realidad jurídica se atemperaba con la aplicación a los jóvenes de entre dieciséis y dieciocho años de una circunstancia atenuante que permitía bajar la pena en uno o dos grados¹¹.

De lo expuesto pueden inferirse dos consideraciones. En primer lugar, que el derecho admite la necesidad de reconocer una etapa vital en la que el individuo no está en condiciones de ejercer con plenitud sus derechos y obligaciones. Esta fase, acogiendo la terminología propia del derecho civil se denomina «minoría de edad». En segundo lugar, que el concepto «menor edad» no es necesariamente uniforme en todas las ramas del ordenamiento jurídico, aún a pesar de los desvelos constitucionales en este sentido, debido, por una parte, a la vaguedad del artículo 12 CE y, por otra parte, a que seguramente, la mayoría de edad no puede responder a las necesidades de todas y cada una de las especialidades jurídicas, de suerte que hubiera sido preferible una mayor concreción del ámbito de proyección del precepto, por ejemplo, indicando que dicha mayoría de edad se fijaba tan sólo en relación con el ejercicio de determinados derechos y deberes de carácter público.

1.1. La relevancia de la edad en el derecho penal. Imputabilidad e inimputabilidad. Concepto y fundamento

Para dar cuenta de la relación entre edad y derecho penal, en definitiva, para poder comprender la propia existencia del derecho penal de menores, hay que acudir al concepto de «imputabilidad».

La imputabilidad consiste en la posibilidad de atribuir el delito (entendido éste como un acto penalmente antijurídico) a un sujeto penalmente responsable. Presupone, por una parte, la concurrencia de un hecho antijurídico (no existe la culpabilidad en sí), y por otra parte, la denominada «responsabilidad penal del sujeto», esto es, que el mismo tenga acceso a la

¹¹ Si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 del Código Penal de 1973, al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, además de aplicársele la pena inferior en uno o dos grados, se le podía internar en una institución penal de reforma por un tiempo

norma en condiciones de «normalidad motivacional». Una vez superadas las teorías tradicionales, basadas en la idea —científicamente indemostrable— de la posibilidad de «actuar de otro modo», el fundamento de la imputabilidad se sitúa actualmente en el plano del denominado «derecho penal en sentido subjetivo», esto es, en el entendimiento del derecho penal como el *ius puniendi* o derecho, que corresponde al Estado, de crear y aplicar normas penales. En este plano, la imputabilidad actúa como «límite máximo de lo punible en un derecho democrático que intenta responder a las expectativas del hombre normal, es lo exigible a dicho hombre normal»¹².

Resulta, de esta forma, que el fundamento de la imputabilidad se ubica, necesariamente, en el plano constitucional y más exactamente, se incardina en el derecho a la igualdad ante la ley¹³.

Por esta vía, resulta fácilmente comprensible la existencia de situaciones en las que el individuo no tiene la capacidad normal de resistencia a la conminación penal, puesto que no es dable elevar la exigencia penal por encima de la que se impone al hombre normal. Una de estas situaciones, en las que no puede exigirse a un individuo que adecue su conducta a los cánones de la normalidad, es la minoría de edad.

Siguiendo este razonamiento, puesto que es cierto que el menor representa una realidad radicalmente distinta de la de los adultos, cabe concluir que los menores son penalmente inimputables.

Sin embargo esta conclusión es, en cierta medida, errónea. El origen del desacierto consiste precisamente en la consideración unívoca de la menor edad que es, a todas luces, imposible. La minoría de edad es una fase vital comprensiva de etapas diversas, con una característica común: la evolución

indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable, con lo cual, la «atemperación» podía desembocar en un peor tratamiento jurídico.

¹² Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho Penal (Parte General)*, PPU, Barcelona, 1996 (4ª Edición); pág. 547.

¹³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor" en «La Ley», 2000, XXXIII, sitúa el fundamento de la especialidad del derecho penal de menores en la psicología evolutiva.

del sujeto hacia la edad adulta, y por tanto, hacia la «normalidad» en el sentido anteriormente expresado. Es posible, entonces, preguntarse por la posibilidad de distinguir situaciones diversas, generadoras, a su vez, de capacidades distintas del individuo frente a la norma. Paradigma de lo anterior es, sin duda, la etapa adolescente, en la que el menor abandona la infancia y se encamina paulatinamente hacia la madurez. Durante esta fase vital, en la que es irrefutable la capacidad para cometer hechos típicamente antijurídicos, es dudosa la existencia de inimputabilidad absoluta, o en otras palabras de incapacidad absoluta de comprender la norma y actuar conforme a la misma¹⁴.

Esta constatación determina la necesidad de nuevos conceptos que sean capaces de conjugar la apreciación de que durante la adolescencia el individuo goza de un cierto nivel de capacidad de comprensión y de actuación frente a la norma, con los imperativos propios de la igualdad ante la ley. Es preciso, en otras palabras, toda vez que se acepta que dentro de la minoría de edad existe una franja en la que la no puede negarse radicalmente la imputabilidad y en la que, en consecuencia, es posible una respuesta jurídico-penal frente al hecho antijurídico, determinar con claridad tanto la verdadera naturaleza, cuanto los límites de dicha respuesta.

A dicha determinación contribuye en cierta medida el Código Penal, de cuyo artículo 19, además, es posible inferir uno de los rasgos esenciales de la posterior LORPM: los menores de dieciocho años no responderán criminalmente con arreglo al Código Penal, pero sí podrán ser responsables penalmente. Así pues, se considera al menor no como un sujeto *per se* exento de culpabilidad, sino como un sujeto *responsable*, al que, sin embargo, no se le aplican las consecuencias penales previstas en el Código Penal sino otras cuyo contenido no se establece¹⁵.

¹⁴ Una explicación pormenorizada, desde el punto de vista de la psiquiatría forense, en GARCÍA-ANDRADE, J.A. "Política criminal y edad penal" en *Política criminal y reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal)*; EDERSA, Madrid, 1993. Págs. 505 a 518.

¹⁵ En este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. "El régimen de la minoría de edad penal"; Cit. Pág. 159; PANTOJA GARCÍA, F. "La naturaleza jurídica de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores. La singularidad del proceso de

De esta forma, la cuestión referida a los límites del derecho penal de menores aparece resuelta aunque sólo con carácter parcial, si se tiene en cuenta que tan sólo se fija la edad máxima para la aplicación del derecho de menores o si se prefiere, se reconoce y acata la discriminación pero no se resuelve en su totalidad. Ello es así porque, como anteriormente se apuntaba, sólo a partir de cierto grado de madurez es posible afirmar que la persona actúa típica y antijurídicamente, y que por tanto, sólo a partir de determinadas fases del desarrollo humano es posible concebir capacidad de comprensión de la norma y de respuesta adecuada a ésta comprensión.

Sin embargo, queda por determinar el momento en el que la persona se considera por completo inimputable. A ello se refiere el artículo 40.3.a de la CDN, en virtud de la cual los Estados Partes del Convenio deben tomar medidas que promuevan «el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales»¹⁶.

Esta edad mínima, como es sabido, se sitúa actualmente en la edad de catorce años, según dispone el artículo 1.1 LORPM.

No faltan voces críticas contra el ámbito de aplicación determinado por la franja catorce-dieciocho años, si bien cabe diferenciar, entre las mismas, dos direcciones distintas¹⁷. La primera apunta directamente a las edades por las que, en fin, se ha decantado el legislador; así se aboga por el establecimiento

menores” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI – 2000. Págs. 15 y 16; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor” Cit.

También, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en su «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores» y el Consejo General del Poder Judicial en su informe de idéntico título.

¹⁶ Sobre la posibilidad de que los menores «infrinjan las leyes penales», VIVES ANTÓN, T.S. “Constitución y derecho penal de menores” en «Poder Judicial», núm. 21, 1991.

¹⁷ La polémica sobre la edad penal, zanjada por la LORPM, fue calificada en su momento por GARCÍA PABLOS de «obsesiva» y «reduccionista». Cfr. GARCÍA PABLOS, A. “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores” en *Menores privados de libertad*; «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1996

un considerable aumento de la edad mínima¹⁸. En este caso se alegan razones de política criminal, que son las que, a la postre, han determinado el contenido del artículo 1.1. citado¹⁹.

El segundo bloque de críticas suscita problemas de mayor calado. Parte de la constatación, absolutamente cierta, de que la madurez sólo es empíricamente demostrable *ad casum*, y que por lo tanto, establecer, en general, la imputabilidad o la inimputabilidad de una persona es, desde el prisma de la igualdad real o material, cuando menos, complejo. Para solventar estas dificultades, se apunta, debe analizarse la capacidad del sujeto casuísticamente, a fin de determinar si el mismo tiene o no «discernimiento», esto es, capacidad de comprensión del desvalor de sus actos.

Las principales objeciones al sistema del discernimiento, que sin duda es el que mejor se coherente con el principio de igualdad material, se fundamentan en los riesgos que su aplicación supone para la seguridad jurídica²⁰. En aras, precisamente, de la seguridad jurídica, el criterio del

¹⁸ GARCÍA PÉREZ, por ejemplo, entiende imprescindible elevar el límite mínimo hasta los 16 años (*Vid.* GARCÍA PÉREZ, O. “Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico” en «RDPC», 1999, núm. 3 pág. 65)

¹⁹ La criminalidad, incluso grave, de mayores de doce años es un hecho incontestable aunque esporádico. En cualquier caso, remitir a dichos menores a la jurisdicción de menores o a instituciones de carácter protector es una decisión de carácter político, tal y como queda patente en la tramitación parlamentaria de la LORPM, de la que, en lo relativo a este concreto aspecto, resalta la intervención del Diputado SILVA SÁNCHEZ (GPCiU) en la Comisión de Justicia e Interior (Cfr. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», VI Legislatura, núm 774, págs.22955 y ss.)

²⁰ En contra del criterio cronológico MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a. I. “La Minoría de edad penal” en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 20, 1993, quien, además de exponer las que considera principales ventajas del modelo basado en el discernimiento, imputa la crisis del mismo, en el s. XIX (*Vid.* nota 22), a la actuación de los juzgadores. Afirma en este sentido que «en la práctica los juzgadores no han respondido con frecuencia a la gran confianza que el legislador ha depositado en ellos. En la mayor parte de los casos, la declaración de responsabilidad, se deja abandonada exclusivamente a los profesionales de la Medicina».

discernimiento que se recogía en los códigos penales decimonónicos²¹ fue substituido por el actual criterio denominado “biológico” o “cronológico”²².

Ello no obstante, debe ponerse de manifiesto que la vigente LORPM acude al criterio del discernimiento en un supuesto puntual que, a su vez, no ha estado exento de críticas²³. Se trata de la posibilidad, prevista en el artículo 4, de aplicar las medidas previstas para los menores a personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, a quienes la LORPM denomina “jóvenes”²⁴. La posibilidad de excluir a personas adultas de la responsabilidad criminal del Código Penal se restringe, por una parte, a determinadas infracciones penales de carácter leve (faltas y delitos menos graves cometidos sin violencia ni intimidación ni grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas). Por otra parte, tan sólo podrán acogerse al régimen de la LORPM aquellos jóvenes «cuyas circunstancias personales y grado de madurez» así lo aconsejen. La decisión corresponde al Juez de Instrucción mediante auto susceptible de apelación. Para determinar el grado de madurez se tendrá en cuenta el informe, sobre el joven y sus circunstancias, que el equipo técnico evacue a estos efectos²⁵.

²¹ La cuestión del discernimiento se recoge por primera vez en el Código Penal de 1822, para los mayores de siete años y menores de diecisiete. Con variaciones en los límites de edad, el criterio se mantiene en los Códigos sucesivos (1848, 1850 y 1870), hasta su substitución por el criterio cronológico en el Código Penal de 1928.

²² Es significativo que durante la vigencia de dicho sistema se produjesen oscilaciones pendulares de modo que, como afirma ALIMENA «no es el hecho objetivo de la existencia o de la no existencia del discernimiento lo que determina la aplicación o la no aplicación de la pena, sino que su oportunidad o inoportunidad es lo que determina la existencia o la falta de discernimiento». La cita es recogida por DEL ROSAL BLASCO, quién, a su vez, la rescata de una cita de JIMÉNEZ DE ASÚA. *Vid.* DEL ROSAL BLASCO, B. “Joven delincuente y derecho penal” en «Cuadernos de Política Criminal» núm. 54, 1994, pág. 1040.

²³ Aplauden esta posibilidad, entre otros, CUELLO CONTRERAS, J. *El nuevo derecho penal de menores*; Civitas, Madrid, 2000; págs. 65 a 73; GARCÍA PÉREZ, O. “La evolución del sistema de justicia juvenil. La ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales” en «Actualidad Penal», 2000, XXXII. Este último autor se muestra especialmente crítico con los requisitos distintos de la apreciación de la madurez, que entiende que es el único que debería sopesarse en estos supuestos.

²⁴ Paradigma de los problemas que encierra el precepto es la suspensión temporal de su entrada en vigor, prevista por la Disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

²⁵ La aplicación de la LORPM a los denominados «jóvenes» es objeto de análisis en el Capítulo Tercero del presente trabajo, págs. 203 ss.

Las objeciones más severas al establecimiento de una doble vía para los jóvenes delincuentes parten de las dificultades para conciliar tal régimen con diversos principios y derechos constitucionales, tales como el principio de legalidad, el derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley, la seguridad jurídica e incluso con el derecho fundamental a la igualdad²⁶.

En apretada síntesis, los argumentos se reparten de la siguiente forma. En relación con el principio de legalidad, se sostiene que, dado que la LORPM da entrada al denominado “principio de oportunidad”, el traslado de un joven desde el régimen procesal de la LECrim hacia el de la LORPM implica la posibilidad de esquivar el principio de legalidad, en otras palabras «la introducción de un principio de oportunidad de carácter no reglado»²⁷.

En cuanto al derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley, la crítica discurre por una doble vía: de una parte, se cuestiona la constitucionalidad de una norma que reserva la determinación definitiva del juzgador no a la ley sino a un órgano judicial (el Juez de Instrucción que esté conociendo); por otra parte, debe tenerse presente la situación del ofendido por la infracción penal, a quién también ampara el derecho fundamental. No sería osado pensar que el ofendido, especialmente si se ha personado en el proceso iniciado al amparo de la LECrim, está abiertamente expuesto a sufrir indefensión²⁸.

La invocación a la seguridad jurídica fundamenta esencialmente la valoración negativa de los criterios sobre los que deberá girar la decisión del Juez de Instrucción, lo cual no deja de resultar sorprendente, por cuanto la seguridad jurídica es uno de los principales pilares sobre los que se asienta la crítica a los sistemas basados en la capacidad de discernimiento.

²⁶ Cfr. GÓMEZ RECIO, F. “La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años” en «Actualidad Jurídica Aranzadi», (4/5/200).

²⁷ *Ibidem*. Pág. 6.

²⁸ Téngase en cuenta que el artículo 4 prevé que el Juez de Instrucción, para decidir si el joven va a ser juzgado de acuerdo con la LORPM o de acuerdo con el Código Penal debe oír tan sólo al letrado del joven, al Ministerio Fiscal y al Equipo técnico. Es dudoso, además, que el ofendido personado como acusador particular pueda presentar recurso de apelación contra la decisión del Juez de Menores.

Finalmente, el derecho fundamental a la igualdad²⁹, que como se ha visto anteriormente constituye en definitiva la razón de la existencia del derecho penal de menores, puede verse vulnerado por el artículo 4 de la LORPM, puesto que la consideración de las circunstancias del joven aboca, según la opinión que se viene glosando, a un trato desigual que no es justificable a la luz del artículo 14 CE. Esta vulneración se situaría concretamente en la referencia a las condiciones del joven, es decir, a su grado de madurez y a sus circunstancias personales.

En este punto la crítica quizá adolece de cierto desenfoque, puesto que se llega a la conclusión de que la valoración de las circunstancias personales tan sólo va a favorecer a aquellos jóvenes que cuenten con circunstancias familiares y sociales óptimas, y que, a la postre, supondrá remitir al derecho penal de adultos, de forma casi automática, a los jóvenes de extracción social menos favorecida.

El error de esta conclusión es doble: en primer lugar, se desdeña la apreciación del grado de madurez, de manera que se considera que el único aspecto que se va a tener en cuenta serán las circunstancias del joven. Ello supone, en nuestra opinión, el derrumbe del pilar en el que el precepto se sostiene, de suerte que si efectivamente la madurez no es un elemento tenido en cuenta, no cabe concebir un régimen para los jóvenes³⁰.

La segunda percepción errónea se pone de manifiesto cuando se tiene en cuenta que el informe que deberá evacuarse sobre el joven es distinto del informe preceptivo que debe elaborarse acerca de los menores sometidos a la LORPM. Efectivamente, mientras que el segundo debe versar sobre «la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como a su entorno social y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante», el informe

²⁹ GÓMEZ RECIO se refiere a lo largo de su exposición al “principio de igualdad”. (Cfr. GÓMEZ RECIO, F. “La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años” Cit.)

³⁰ Presupone, además, una idea que parece insostenible desde cualquier punto de vista: que el informe del equipo técnico carece de valor alguno, cuando la realidad demuestra que es una pieza de incalculable valor.

sobre el joven sólo abarca sus «circunstancias personales», lo que parece determinar que, en cualquier caso, el grado de madurez del joven debe primar con respecto a las demás circunstancias personales que deban analizarse por parte del equipo técnico.

1.2. Determinación de la minoría de edad a efectos penales: ámbito subjetivo de la LORPM.

La adopción del sistema cronológico, según el cual la madurez del individuo se presume a partir de un momento determinado de su vida, con independencia de la veracidad empírica de dicha presunción, aporta, sin duda, una considerable dosis de claridad en lo que a la fijación de la mayoría de edad penal se refiere.

Pero la delimitación del ámbito subjetivo del derecho penal de menores es incompleta si no se abordan, por una parte, la cuestión relativa a los menores en los que concurra una causa de exención de la responsabilidad (en otras palabras, los menores que de ser mayores de edad se considerarían inimputables); y en otro orden, los criterios para el cómputo exacto de la edad.

En relación con la primera de las cuestiones apuntadas, debe citarse el artículo 5 de la LORPM, en el que se establecen las «bases de la responsabilidad de los menores».

En virtud de dicho precepto, para la aplicación de la LORPM será preciso, además de la comisión de un delito o una falta, que no concurra ninguna de las causas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal³¹. No obstante, si en un menor concurre alguna de las circunstancias previstas en los números 1º, 2º o 3º³² del artículo

³¹ Las causas de exención de la responsabilidad criminal se recogen en el artículo 20 del Código Penal y las de extinción en el artículo 130 del mismo.

³² El tenor literal del artículo 5.2. LORPM es el siguiente: «No obstante lo anterior, a los menores en quienes concurren **las** circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del vigente Código Penal (...)» [Los subrayados son nuestros]

20 del Código Penal³³, no se le exige responsabilidad sino que se le aplican determinadas medidas de carácter terapéutico³⁴.

Esta manifestación legal, aunque parece obvia, no se encontraba en el texto de la L.O. 4/1992, por lo que resulta especialmente plausible su incorporación al texto de la LORPM³⁵.

Por lo que respecta a los criterios para la fijación de la edad, en el mismo artículo 5 LORPM se establece tan sólo que «las edades indicadas en el articulado de esta ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos (...)».

Como puede apreciarse este precepto dista mucho de resolver la totalidad de las cuestiones que surgen en relación con el cómputo de la edad; más bien al contrario, suscita un nuevo género de dudas, atinente en este caso a qué debe entenderse por «el momento de la comisión de los hechos».

Para el cómputo de la edad se podría recurrir a lo dispuesto en el artículo 315.II del Código Civil, según el cual «para el cómputo de los años de la mayoría de edad, se incluirá completo el día del nacimiento». De esta forma, la mayor edad se alcanza a las 24.00 horas del día del decimoctavo cumpleaños. Coherentemente, esta regla debería aplicarse asimismo para el cómputo de la edad mínima, esto es, de los catorce años.

Sin embargo, el derecho penal de menores ha preferido el criterio de cómputo de momento a momento, lo que implica que para establecer la edad

³³ Las circunstancias eximentes contempladas en estos números son: anomalía o alteración psíquica o trastorno mental transitorio, intoxicación plena y alteraciones en la percepción.

³⁴ Algunas consideraciones sobre las medidas de carácter terapéutico *Infra*. Págs. 41 ss.

³⁵ Cfr. DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*; Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000. Pág. 83.

deberán confrontarse por una parte el momento preciso del nacimiento y por otra parte el momento preciso de la comisión de la infracción penal³⁶.

Para dilucidar el primero de los dos términos de la comparación, será posible recurrir a la certificación literal del nacimiento expedida por el Registro Civil³⁷. De no ser posible fijar con exactitud el momento en que se produjo el alumbramiento, por cualquier motivo, se presumirá, en beneficio del menor, que no ha alcanzado la edad requerida.

El segundo extremo a comparar, el momento de la comisión de la infracción, sigue presentando algunas dificultades, especialmente en los supuestos de delito continuado, delito permanente y delitos de resultado.

A) Se entiende como delito continuado una pluralidad de acciones u omisiones, realizadas en ocasión de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, que ofenden a uno o varios sujetos e infringen un mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza³⁸. En lo que a la determinación de la edad se refiere, el delito continuado puede resultar problemático en aquellos casos en los que entre las distintas infracciones cometidas un menor rebase la edad de catorce o la de dieciocho años. La solución, sin embargo, parece simple: deberán someterse a la LORPM tan sólo aquellas infracciones cometidas mientras el sujeto se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la misma³⁹.

³⁶ Este es el criterio que la Fiscalía General del Estado ha venido sosteniendo desde la aprobación de la LO 4/1992. Según afirma en su Instrucción 1/1993, de 16 de marzo (dictada con ocasión precisamente de la entrada en vigor de la LO 4/1992), «(la aplicación del criterio de cómputo recogido en el artículo 315 CC) supondría, según afirma la doctrina mayoritaria y acoge el Tribunal Supremo, una interpretación en perjuicio de quien tiene a favor los principios inspiradores del derecho penal [Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1988, ponente Morenilla Rodríguez]»

³⁷ Este recurso está previsto en el artículo 375 LECrim. Vid. además, el artículo 41 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957 (B.O.E. núm. 151, de 10 de junio de 1957).

³⁸ Cfr. Artículo 74 del Código Penal. Una explicación acerca del fundamento del delito continuado en MIR PUIG, S. *Derecho Penal*. Cit. Págs. 656 ss.

³⁹ La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO va un poco más allá y ensaya soluciones para supuestos en los que el delito continuado deba ser juzgado en parte por la jurisdicción de menores y en parte por la de adultos. Vid. Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO,

B) Los denominados «delitos permanentes» encierran, en cambio, un mayor grado de complejidad. El delito permanente es aquél que «supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración *por la voluntad del autor*; dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito *se sigue consumando* hasta que se abandona la situación antijurídica»⁴⁰. Los supuestos problemáticos en relación con la aplicabilidad de la LORPM serán aquellos en los que mientras se está llevando a cabo la acción antijurídica, el sujeto alcanza bien la mayoría de edad penal, bien la edad mínima para la aplicación de la LORPM. En tales casos, se ha propuesto una solución que parte de las reglas del CP relativas a la prescripción. Según esta opinión, sería aplicable el artículo 132.1 CP a tenor del cual, tratándose de un delito permanente, la prescripción empieza a computarse desde el día en que se elimina la situación ilícita⁴¹.

De esta forma, si durante la consumación del delito el autor cumplierse catorce o dieciocho años, sería enjuiciado por la jurisdicción de menores en el primer caso y por la de adultos en el segundo, con independencia de la edad que tuviese en el momento de iniciar el delito⁴².

Pero esta solución, con ser sin duda expeditiva, no constituye la más favorable al menor.

Efectivamente, la regla del artículo 132.1 CP, en relación con la prescripción del delito permanente, tiene su fundamento en la necesidad de que dicha modalidad delictiva no pueda prescribir antes de su efectivo cese. Esta finalidad no puede trasvasarse a la determinación del procedimiento aplicable en cada caso y sí, en cambio, puede resultar

relativa a los criterios de aplicación de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores (en adelante Circular 1/2000)

⁴⁰ Cfr. MIR PUIG. S. *Derecho Penal*; cit. pág. 202

⁴¹ *Vid.* FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2000

⁴² Como ejemplo paradigmático puede señalarse una detención ilegal prolongada en el transcurso de la cual el autor cumpla bien catorce o bien dieciocho años.

atendible la necesidad de tener en cuenta el momento de inicio de la actividad delictiva, y, por ello, en un intento de interpretación *in bonam parte*, aplicar las normas correspondientes a la edad del sujeto en el momento inicial de la situación delictiva.

C) Quedan por resolver, finalmente, los delitos de resultado, esto es aquellos en los que el tipo penal requiere, para su consumación, que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta⁴³.

Al margen de los obstáculos que generan en orden a la determinación de la jurisdicción y de la competencia, los delitos de resultado suscitan problemas interpretativos, en lo tocante a la determinación de la edad, cuando entre la acción y el resultado se rebasan las edades mínima o máxima de aplicación de la LORPM.

Ante estos supuestos, se aboga por tener en cuenta la edad del infractor en el momento de la comisión de la acción, y no la que tenga en el momento de producirse el resultado⁴⁴. Tal criterio, amén de ser, sin duda, el más favorable al menor, es el que mejor se compadece tanto con lo dispuesto en el artículo 7 del Código Penal como con lo previsto en el artículo 5 de la LORPM.

⁴³ Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho Penal*. Cit. pág. 200

⁴⁴ *Vid.* FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2000.

2. LA CONSIDERACIÓN HACIA LA INFANCIA, EJE VERTEBRADOR DEL DERECHO PENAL DE MENORES.

2.1. El tratamiento jurídico de la infancia: de la “conmiseración” a la “consideración”.

El Ordenamiento Jurídico reconoce que la minoría de edad constituye una fase vital en la que, en general, la capacidad del individuo difiere de la que se considera propia de una persona media. La concepción que se tenga de estas etapas (infancia y adolescencia), es el factor que determina el sentido y el contenido de las normas.

En la actualidad, como más adelante se desarrollará, se considera que los menores son, ante todo, personas que si bien precisan de una especial protección, son titulares de la mayoría de los derechos y libertades reconocidos a todos los seres humanos⁴⁵.

Pero esta concepción es relativamente reciente. A lo largo de la historia del derecho los menores han sido no tanto objeto de consideración cuanto de conmiseración. Es decir, hasta hace pocos años, bajo fórmulas de índole diversa, se ha tratado a los menores desde el prisma de la piedad o de la lástima, en el entendimiento de que los menores son simplemente seres indefensos, pero no sujetos de derechos⁴⁶.

El ejemplo paradigmático lo constituye el derecho romano⁴⁷ que en su formulación primitiva —las XII tablas— distinguía entre *puberes e impuberes*; a estos últimos, de quienes se presumía la involuntariedad de sus actos, las

⁴⁵ Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977 [B.O.E. núm. 103, de 30 de abril de 1977]); Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979 [B.O.E. núm. 243, de 10 de octubre de 1979]).

⁴⁶ Claro es que en el ámbito del derecho privado tal afirmación es insostenible.

⁴⁷ Aunque no faltan disposiciones aisladas de algunos ordenamientos jurídicos arcaicos e incluso extravagantes, como leyes de la India o legislaciones de Siria o Persia, [Vid. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^º. I. “La minoría de edad penal” Cit.]

penas se les sustituían por una amonestación o *verberatio*⁴⁸. En la época clásica, la responsabilidad penal de los menores fue objeto de gradaciones, de tal manera que llegaron a distinguirse hasta cinco categorías dentro de los menores de edad. En primer lugar estaban los *infantes*, esto es aquellos que no habían cumplido los siete años, considerados absolutamente irresponsables —ni en caso de homicidio se les castigaba, puesto que se equiparaban a los *furiosus*^{3/4}⁴⁹. A partir de dicha edad adquirirían la condición de *impúberes*, que se prolongaba hasta los doce o los catorce años según se tratase de hembras o de varones, respectivamente. Los *impúberes*, hasta los diez años y medio los varones y hasta nueve y medio las hembras, gozaban de la misma condición que los *infantes* porque se hallaban *proximus infantiae*, pero en cambio, debía apreciarse su capacidad de discernimiento —*doli*^{3/4} cuando, a partir de aquellas edades, se encontraban *proximus pubertatis*⁵⁰. Los jóvenes *púberes*, recibían la consideración de menores hasta los veinticinco años, lo que a efectos penales, se traducía, generalmente, en la atenuación de la pena.

Tanto el derecho germánico como el derecho canónico y en general, el derecho medieval, siguieron el esquema del derecho romano, estableciendo una edad en la que se consideraba a los menores como absolutamente irresponsables. A partir de dicha edad (variable según cada ordenamiento) se atendía a la capacidad del menor para comprender el mal cometido. En

⁴⁸ Cfr. BENITO ALONSO, F. “Los antecedentes de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores como criterio de interpretación de la misma” en «La Ley», núm. 5308. Aunque la mayoría de los trabajos sobre la legislación penal de menores contienen una referencia, más o menos sucinta, a los antecedentes históricos, éste es el único dedicado a los mismos con carácter monográfico.

⁴⁹ Al comienzo del Imperio, la duración de la infancia alcanzaba hasta que el niño sabía hablar perfectamente. La fijación del término de la infancia a los siete años se debe a Justiniano (*Vid.* BENITO ALONSO, F. “Los antecedentes...”, cit.)

⁵⁰ V. CANTARERO BANDRÉS, R. *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación (Derecho penal y procesal de menores)*. Montecorvo, Madrid, 1988. Pág. 91. Aunque la mayoría de las obras citadas en las notas precedentes recogen la gradación de las edades, únicamente CANTARERO, citando a BARBERO SANTOS, M. *Delincuencia juvenil: tratamiento*; Universidad de Santiago de Compostela, 1973, delimita con precisión las edades a las que correspondía cada una de las condiciones de los menores.

cualquier caso, las penas —a la sazón mayoritariamente corporales— se atenuaban e incluso llegaban a perdonarse⁵¹.

La codificación se acepta comúnmente como el momento en el que empiezan a consolidarse los principios que rompen con los sistemas de crueldad imperantes durante el s. XVIII en el enjuiciamiento de niños y adolescentes⁵². Merece destacarse en este punto la aparición de las primeras medidas de tipo educativo para los menores, lo que algunos consideran el inicio del tratamiento moderno de la delincuencia juvenil⁵³.

A partir de dicho momento, aumenta la edad por debajo de la cual se considera que los menores son absolutamente irresponsables, al tiempo que el criterio del discernimiento, que se considera más bien propio de un sistema retributivo y expiatorio, es substituido paulatinamente por el vigente criterio cronológico⁵⁴.

Simultáneamente empiezan a proliferar las instituciones —normalmente pertenecientes a órdenes religiosas— dedicadas al acogimiento de niños ya fueran éstos huérfanos, desamparados, vagabundos o delincuentes. El siglo XIX, en lo que al tratamiento de la delincuencia juvenil se refiere, se caracterizó por ser una época de transición entre el derecho penal puramente represivo y el derecho tutelar y reformador propio del siglo XX⁵⁵.

La finalidad tutelar y reformadora se materializa con la creación de los primeros tribunales para niños⁵⁶.

⁵¹ Vid. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I. "La minoría de edad penal". Cit. Pág.389.

⁵² La afirmación es de MARTÍNEZ GONZÁLEZ (Vid. Qt. Ant.) aunque también la recoge BENITO ALONSO en "Los antecedentes...". Cit.

⁵³ *Ibidem*. En este caso, mientras que MARTÍNEZ GONZÁLEZ cita a GARCÍA GALLO (*Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1975), BENITO ALONSO se remite a PÉREZ VITORIA (*La minoría penal*, Barcelona, 1940)

⁵⁴ Vid. CUELLO CALÓN, E. *Criminalidad infantil y juvenil*. Bosch, Barcelona, 1934. Págs. 94 ss.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Sobre este aspecto, Vid. Capítulo Segundo, págs. 77 ss.

La infancia fue durante mucho tiempo objeto de mera conmiseración. Si bien ésta se expresó, a lo largo de la historia, en sintonía con las concepciones imperantes, como no podía ser de otra forma. La atenuación de penas corporales o su conmutación en algunos casos de pena capital es, igual que la remisión de los menores a hospicios u orfanatos, un trato compasivo hacia quienes se llegó a considerar que actuaban igual que los dementes.

Con el reconocimiento internacional de una categoría de derechos con vocación de universalidad —los «derechos humanos»— y sin abandonar la línea que se apuntaba, los menores pasan de inspirar tan sólo piedad a ser verdaderamente tenidos en cuenta desde una perspectiva global. Los niños, sin menoscabo de la protección de la que son acreedores, se contemplan como titulares de derechos con una capacidad progresiva para ejercerlos⁵⁷. Ahí radica el auténtico cambio de paradigma⁵⁸: se posterga la mera conmiseración y se pasa a una verdadera consideración para con los menores.

La plasmación de estas ideas en el ordenamiento jurídico español, sin embargo, tuvo que esperar hasta bien entrada la democracia. Aun a pesar de que la Constitución consagra como uno de los principios rectores de la política social y económica la protección de la familia, con especial atención por los niños, a quienes se reconoce la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos⁵⁹, el desarrollo legislativo de esta

⁵⁷ Cfr. Exposición de Motivos de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (B.O.E. núm. 15, de 17 de enero de 1996).

⁵⁸ La expresión es de RÍOS MARTÍN Y BERNABÉ SEGOVIA, quienes la utilizan para expresar sus aceradas críticas al vigente derecho penal de menores. Según estos autores «Hemos pasado de un imaginario social en el que el niño era un ser vulnerable y digno de protección por parte del entorno adulto responsable a otro en el que el niño es percibido como un ser peligroso del que urge defenderse y al que atribuimos derechos, pero, al tiempo, hurtamos efectiva protección». Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L. «La ley de responsabilidad penal de los menores. Cambio de paradigma: del niño en *peligro* al niño *peligroso*» en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000, pág. 572.

⁵⁹ Artículo 39 de la Constitución Española:

«1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

previsión es considerablemente tardío, tanto en el ámbito penal cuanto en el propiamente protector⁶⁰.

En lo tocante a este último, es preciso detenerse brevemente en la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. De su exposición de motivos resulta especialmente ilustrativo el pasaje que a continuación se transcribe.

«El ordenamiento jurídico, y esta ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. Éste es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Ésta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección.»

En el ámbito penal, o por mejor expresarlo, en lo relativo a la delincuencia juvenil, los avatares legislativos discurrieron por otras sendas.

Como es sabido, en el momento de la entrada en vigor de la Constitución estaba vigente la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (en

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

⁶⁰ En este último ámbito merece señalarse que la Ley Orgánica es del año 1996 (si bien algunas instituciones tutelares habían sido objeto de reforma legislativa con anterioridad), cuando algunas Comunidades Autónomas ya habían aprobado sus respectivas leyes de protección de menores. Tal es el caso, por ejemplo, de Aragón (Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de menores); Extremadura (Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores); o Catalunya (Ley 11/1985, de 13 de junio, de Protección de Menores).

adelante LTTM) que databa del año 1948⁶¹. Se trataba de una norma de clara inspiración tutelar, que contemplaba la sumisión ante tribunales formados por legos⁶² no sólo de aquéllos menores a quienes se atribuía una infracción penal sino asimismo de todos los que precisaban, en general, «ser corregidos» por dicho tribunal⁶³. Las primeras modificaciones de la norma preconstitucional llegaron de la mano de la LOPJ, en virtud de cuyos artículos 26 y 97 los Juzgados de Menores pasaron a incardinarse en el Poder Judicial y, en consecuencia a ser servidos por Jueces y Magistrados de carrera⁶⁴.

Gracias, precisamente, a esta transformación, se cuestionó al más alto nivel la constitucionalidad de la norma⁶⁵, y en especial del precepto que impedía a los Tribunales Tutelares de Menores sujetar sus actuaciones a las normas procesales⁶⁶.

La fundamental STC 36/1991, de 14 de febrero, sobre la que se volverá más adelante, declaró la inconstitucionalidad del artículo 15 de la LTTM. Con ello se produjo un no menos importante vacío normativo que fue colmado — con reconocido carácter urgente y parcial— por la Ley Orgánica 4/1992, reguladora del procedimiento ante los Tribunales de Menores.

⁶¹ Aunque como es sabido, la ley de 1948 era un texto refundido, con el que, en palabras de la propia norma, «se pretendía sistematizar la legislación de menores y armonizarla con el Código Penal de 1994».

⁶² Según el artículo 1º de la LTTM, los miembros de los Tribunales Tutelares debían ser «mayores de veinticinco años *de moralidad y vida familiar intachables*, elegidos entre aquellas personas que residan en el territorio en el que han de ejercer su jurisdicción y que por sus conocimientos técnicos se hallen más indicadas para el desempeño de la función *tuitiva* que se les encomienda» (Los subrayados son nuestros)

⁶³ Amén de algunas faltas cometidas por mayores de edad (art. 9 LTTM)

⁶⁴ Sobre el particular *vid.* Capítulo segundo, págs.77 ss.

⁶⁵ Merece recordarse que la STC 36/1991, de 14 de febrero, respondía a las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por cinco Juzgados de Menores.

⁶⁶ El precepto en cuestión era el artículo 15 de la LTTM que rezaba:

«En los procedimientos para corregir y proteger a los menores, las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose, en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse»

Aún a pesar de las muchas deficiencias que presentaba la norma, su principal singularidad, en lo concerniente a la concepción de los menores, consiste en que permite atisbar un cierto cambio de paradigma⁶⁷. Efectivamente, en consonancia con las directrices expresadas en la STC 36/1991, se articula un proceso que disponga —no obstante las especialidades por razón de los sujetos— de todas las garantías derivadas del ordenamiento constitucional⁶⁸.

Más adelante, como ya se ha señalado, habrá ocasión para referirse extensamente tanto a la STC 36/1991 como a su longeva secuela, la L.O. 4/1992. Por el momento, interesa tan sólo tomar buena nota de que el principal argumento del Alto Tribunal descansa en la necesidad de adaptar la legislación española a los acuerdos internacionales vigentes en la materia⁶⁹. De ello puede colegirse que efectivamente el cambio de paradigma se inaugura con ocasión de la Sentencia 36/1991, que en definitiva supone el reconocimiento a los menores de la capacidad de ser sujetos de derechos.

2.2. El “interés del menor” como eje de la legislación penal de los menores.

2.2.1. Dificultades para la delimitación del concepto

En general, la legislación relativa a los menores, tanto de ámbito interno como de ámbito internacional, consagra el respeto por un concepto, el interés del menor o del niño, cuyo contenido, sin embargo, no llega a expresarse con claridad.

El vigente derecho penal de menores no es ajeno a este fenómeno. Prueba de ello son las abundantes referencias explícitas al interés del menor,

⁶⁷ Así lo afirma RÍOS MARTÍN en el año 1995 refiriéndose a la L.O. 4/1992. Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C. “Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones” en AAVV, *Niños y jóvenes criminales*. Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria – Comares, Granada, 1995. Págs 148 ss..

⁶⁸ Cfr. Exposición de Motivos de la L.O. 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.

⁶⁹ Una crítica a esta línea argumentativa en VIVES ANTÓN, T.S. “Constitución y derecho penal de menores”. Cit.

diseminadas por el texto de la LORPM, de las que merece citarse el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos:

«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»⁷⁰.

¿Pero, en qué consiste el «interés del menor»?

La respuesta a esta cuestión no es unívoca; con mucho, podrán llegar a determinarse algunos de los contornos básicos del concepto. Sí que es posible, no obstante, a efectos aclaratorios, constatar que el término «interés del menor» responde a contenidos no necesariamente idénticos. Ello se plasma, en ocasiones, si bien no siempre, en el uso de fórmulas tales como «interés superior de los menores»; «interés de los menores» o «interés superior del niño».

En primer lugar, estimamos preferible el término «menor» al de «niño», porque el segundo, aún cuando la normativa internacional parece preferirlo, se ajusta más bien poco a determinadas franjas de edad. En cambio, el término «menor», acoge, sin distinción, a cualquier persona que no ha alcanzado la mayoría de edad prevista en la legislación aplicable.

Por lo que atañe concretamente a las expresiones «interés del menor» e «interés de los menores», pueden considerarse en principio equivalentes, si bien con una matización: resultará útil distinguir entre ambas cuando el «interés» que se persiga o que se quiera delimitar sea el de un concreto menor, o, por el contrario, corresponda, en términos generales, a todo el colectivo de menores. Así, cabe utilizar la expresión «interés del menor» para los casos concretos, e «interés de los menores» para los supuestos generales.

Finalmente, «interés superior del menor» (o, genéricamente, «de los menores»), sirve, una vez delimitado el concepto «interés del menor», para

⁷⁰ Una formulación casi idéntica se contiene en el artículo 2º de la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor: «En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

poner de manifiesto su situación de preponderancia frente a otros intereses con los que éste pueda colisionar.

2.2.2. Algunas notas para la determinación del interés del menor

Para determinar, con carácter general, los contornos del concepto es preciso acudir a la que puede considerarse su primera formulación positiva. Se trata de la Declaración Universal de los Derechos del Niño (ONU 1959), cuyo Principio II reza:

«El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño»

La Declaración Universal, aún sin tener fuerza vinculante para los estados, tuvo singular influencia en la elaboración posterior de textos internacionales⁷¹, constituyendo además el primer paso a partir del cual se hizo recaer sobre la sociedad y el estado la responsabilidad de asegurar el futuro de los menores⁷². Se trata de un texto marcadamente proteccionista que parte del entendimiento del niño —concepto que, por cierto, no se define en la Declaración⁷³— como un ser especialmente necesitado de protección y socorro.

⁷¹ Cfr. ALVAREZ VELEZ, M^a I. *La protección de los derechos del niño (En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español)*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994. Pág. 54.

⁷² Cfr. MELIÁ LLACER, R. “La protección internacional de los derechos de los niños” en «Revista General de Derecho», 1989, núm. 536.

⁷³ No fue hasta la Convención de los Derechos del Niño, en el año 1989, que se determinó, y aún con cierta laxitud —explicable por tratarse de un documento con vocación de universalidad—, el concepto de ‘niño’. Esta delimitación del «bien protegido» es, para SOROETA LICERAS uno de las principales innovaciones de la CDN respecto a los textos anteriores. Cfr. SOROETA LICERAS, J. “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño” en FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Coord.) *Lecciones de derechos humanos. Aspectos de derecho internacional y de derecho español*. Donostia, 1995. Págs. 276 y 279.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño (1989), proclama en su artículo 3º:

«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño».

¿Cómo debe interpretarse esta disposición?

De entrada es preciso averiguar qué es, o qué puede ser el «interés del niño», para, seguidamente, estar en condiciones de determinar frente a qué es lo que dicho interés debe estar en situación de superioridad.

En la actualidad, el interés del niño, o a nuestro juicio, preferiblemente, el interés del «menor», puede considerarse equivalente al respeto por los derechos y garantías fundamentales reconocidas por el ordenamiento jurídico⁷⁴. Con todo, esta afirmación, desde nuestro punto de vista, puede superarse en un contexto socio-político en el que el respeto por los derechos, las libertades y las garantías fundamentales está consolidado. En este sentido podría cobrar relevancia la expresión «superior», en tanto que con ella se permitiría situar los derechos de la infancia en una posición de preferencia respecto a los derechos de los adultos.

El «interés superior de los menores», así delimitado, puede encajar fácilmente en categorías propias del derecho civil, e incluso más genéricamente cuando se produzcan situaciones de colisión entre dicho interés y otros intereses, públicos o privados.

Sin embargo, estimamos que afirmando la superioridad del interés del menor no es posible aún zanjar la cuestión. Si el respeto a los derechos de los menores puede considerarse asumido por el ordenamiento jurídico, proclamar

⁷⁴ En este sentido, CILLERO BRUÑOL, M. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño" en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis Crítico del panorama legislativo en el marco de la CIDN (1990-1999)*. Tomo I. Temis/Depalma, Bogotá – Buenos Aires, 1999. En las líneas que siguen se tomará este trabajo como una referencia fundamental en lo que a la delimitación del concepto «interés del menor» se refiere.

la vigencia de un «interés superior de los menores» servirá, como mucho, de piedra de toque para todas las instancias, legislativas, judiciales, administrativas e incluso privadas.

A nuestro juicio, asimilar interés del menor a respeto por sus derechos es una opción garantista, que cumple adecuadamente sus objetivos cuando los derechos de los menores puedan encontrarse en situación de riesgo, pero que en otro contexto, no tiene porque excluir las aportaciones provenientes de otras opciones, de base psicosocial o jurídica⁷⁵.

El interés del menor, o si se prefiere, el interés superior del menor, en el contexto de un ordenamiento jurídico que reconoce y respeta los derechos fundamentales de los menores, consiste no sólo en el respeto a dichos derechos fundamentales sino, además, en el reconocimiento del menor como un ser «distinto» (desde el punto de vista psicológico y biológico). Este reconocimiento debe conllevar, a nuestro juicio, la aceptación de diversas etapas a lo largo de la minoría de edad⁷⁶. El interés del menor, entonces, debe ser un concepto flexible, en el sentido de capaz de adecuarse a las necesidades privativas de estas etapas.

Que el concepto de «interés del menor» sea flexible en el sentido de que pueda adecuarse a diferentes situaciones, no tiene porque ser necesariamente incompatible con una concepción garantista de dicho interés, por cuanto la equiparación del interés del menor con los derechos reconocidos al mismo debe incluir asimismo la aceptación de que no todos los derechos reconocidos a los menores pueden aplicarse en su totalidad, o por lo menos en la misma medida, a todas las etapas que conforman la minoría de edad⁷⁷.

⁷⁵ Para CILLERO BRUÑOL, la concepción garantista del «interés del menor» permite superar tanto las posiciones bio-sociales (entre las que destaca la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez) como las jurídicas (que identifican el interés del menor con la plena capacidad). *Vid.* CILLERO BRUÑOL, *Ob. Ant. Cit.*

⁷⁶ Comúnmente se distingue entre la «infancia», la «pubertad» y la «adolescencia».

⁷⁷ En este sentido puede resultar especialmente ilustrativo CAMPBELL, T. «Los derechos del menor: en tanto que persona, niño, joven y futuro adulto» en

Finalmente, no puede esconderse que, en cualquier caso, la fijación definitiva de lo que integra el interés de los menores, es vicario no ya de la articulación de los derechos fundamentales en cada ordenamiento jurídico —lo que podría atenuarse entendiendo los derechos contemplados en la CDN como un catálogo de «mínimos»—, sino, especialmente, de la configuración legislativa y de la aplicación jurídica de los mismos en cada contexto social e histórico.

2.2.3. Proyección del interés de los menores en el derecho penal de menores

A tenor de lo expuesto, el derecho penal de menores deberá atender al interés de los menores, por una parte teniendo en cuenta que dicho interés tiene como premisa fundamental el respeto a los derechos de los menores; y por otra parte, las particularidades de los sujetos a quienes se dirige, que pertenecen a la franja de la minoría de edad que se conoce como «adolescencia».

La configuración legislativa del derecho penal de menores tendrá como límites los derivados del reconocimiento de los derechos fundamentales, y además deberá tener en cuenta los rasgos biológicos y psicológicos propios de la etapa adolescente.

En lo que se refiere a su aplicación, el derecho penal de menores deberá atender, como de hecho ya contempla la LORPM, al concreto interés de cada menor. Ello no es sólo una exigencia derivada del elenco de derechos fundamentales, sino la plasmación del reconocimiento de la individualidad del menor.

No puede perderse de vista, por otra parte, que la propia CDN se refiere a la legislación penal de menores, por lo que deberá ser atendida en este punto, en tanto que integrante del interés de los menores en el ámbito del derecho penal.

El artículo 40 de la CDN recoge los derechos de los niños «de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o se declare culpable de haber infringido esas leyes»⁷⁸.

⁷⁸ El artículo 40 de la CDN reza:

«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 tenga 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 ese 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 ni se declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actor u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
- b) Que 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 de 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 dirigida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere 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 interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
 - v) Si se considerase 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 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 guarda, los programas de

Fundamentalmente, es posible distinguir en dicho artículo, entre derechos de contenido sustantivo, esto es, concernientes al ámbito del derecho penal de menores, y derechos de contenido procesal, propios, por lo tanto, del proceso de menores.

Entre los primeros, una clara opción a favor de los principios de legalidad y de proporcionalidad, y entre los segundos, destaca la consagración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución Española (presunción de inocencia, juez predeterminado por la ley, derecho a la prueba o derecho a la defensa, entre otros).

La CDN, en síntesis, traslada al derecho penal y procesal de menores los derechos y las garantías básicas del derecho y del proceso penal de adultos. Ahora bien, no puede perderse de vista una salvedad: una apuesta ponderada («siempre que sea apropiado y deseable») por los mecanismos de tratamiento de menores infractores que eviten recurrir a procedimientos judiciales⁷⁹.

enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas al internamiento 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.»

⁷⁹ Sobre esta cuestión, a la que se dedica el Capítulo Cuarto del presente trabajo, incide especialmente la Recomendación 87 (20), de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Los artículos 2 y 3 de dicha Recomendación abogan claramente por el desarrollo de procedimientos de «desjudicialización».

II. ESPECIALIDADES DEL DERECHO PENAL DE MENORES.

1. LAS MEDIDAS SANCIONADORAS – EDUCATIVAS.

1.1. Dos consideraciones previas: la especificidad de las medidas de carácter terapéutico y la reforma de la LORPM en materia de terrorismo.

1.1.1. Especificidad de las medidas terapéuticas.

Las dos medidas previstas en los apartados d) y e) del artículo 7 LORPM (internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio) presentan ciertas singularidades que pueden justificar la necesidad de su examen autónomo. El estudio separado de estas medidas puede permitir, por lo demás, un primer deslinde en orden a la determinación de la naturaleza jurídica de la respuesta del ordenamiento a la delincuencia juvenil.

Las denominadas «medidas terapéuticas» constituyen la respuesta específica a los delitos cometidos por aquellos menores en quienes concurra alguna de las causas de exclusión de la responsabilidad previstas en el Código Penal; es decir, se trata de medidas previstas para menores que pueden considerarse inimputables, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.2 LORPM. Sin embargo, pueden ser aplicadas asimismo como complemento de otras medidas que no revistan el carácter de terapéuticas, y por lo tanto, a menores en quienes no concurra ninguna de las circunstancias previstas en los tres primeros números del artículo 20 del Código Penal.

La naturaleza jurídica que quepa atribuir a estas dos concretas medidas no es una cuestión resuelta, si bien no faltan argumentos para considerar que presentan algunos de los rasgos propios de las medidas de seguridad.

En primer lugar, que sus destinatarios sean precisamente los menores inimputables. Como es sabido, la principal función de las medidas de seguridad consiste, precisamente, en ofrecer una respuesta no punitiva a quienes, a pesar de haber cometido un hecho típico y antijurídico, no pueden ser considerados como responsables. Es nota asimismo común del Código Penal y

la LORPM la preceptiva estimación de la necesidad de las medidas, si bien mientras que en el caso de los adultos esta necesidad se basa en una prognosis de 'peligrosidad', tratándose de menores, la ley no ofrece criterios que permitan apreciar cuándo las medidas pueden ser necesarias.

La consideración de las medidas terapéuticas como medidas de seguridad puede sustentarse además en los intereses de corte preventivo especial que presiden ambas categorías⁸⁰.

Una última razón en orden a equiparar las medidas terapéuticas de la LORPM y las medidas de seguridad del Código Penal es la posibilidad de aplicar las medidas terapéuticas como complemento de otras medidas de naturaleza distinta⁸¹, es decir, la aceptación implícita del denominado «sistema vicarial», cuya principal nota característica consiste, precisamente, en la cohabitación limitada de penas y medidas de seguridad.

Sin embargo, habida cuenta de que la propia LORPM contempla dentro de las medidas terapéuticas diversos regímenes de aplicación, es posible cuestionar que las mismas consistan en verdaderas medidas de seguridad.

Efectivamente, las medidas terapéuticas pueden consistir tanto en un tratamiento específico para los casos de anomalías o alteraciones psíquicas como en tratamientos dirigidos a la deshabitación de adicciones o dependencias, ya sea a bebidas alcohólicas o a drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas. En el primer caso las medidas pueden ser impuestas mientras que en el segundo se precisa el consentimiento del menor. Si el menor se niega a someterse a un tratamiento de deshabitación, el Juez de Menores debe aplicarle otra medida distinta.

⁸⁰ Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C. "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor" en «Actualidad Penal», Núm. 10, Marzo de 2001

⁸¹ Así lo entiende la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO en su Circular 1/2000.

Esta última posibilidad que, como es sabido, no se contempla en el caso de los adultos⁸², se erige en la principal dificultad para considerar estas medidas como verdaderas medidas de seguridad⁸³.

Fuera de los casos señalados, es posible aceptar que el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio son medidas de seguridad específicas para los menores.

De ahí que quepa colegir que las demás medidas previstas en la LORPM no tienen esta naturaleza, de manera que su estudio puede abordarse habiendo descartado *a priori* que las medidas sancionadoras–educativas sean medidas de seguridad⁸⁴.

1.1.2. Relevancia de la reforma en materia de terrorismo.

Una de las características más remarcables de la LORPM es, sin duda, que se trata de una norma que fue sustancialmente modificada antes de su entrada en vigor⁸⁵.

La reforma, operada cuando el texto originario ya casi agotaba su *vacatio legis*, determina la existencia de un antes y un después en materia de

⁸² En el Código Penal, la imposición de medidas de seguridad no se somete a la consideración del condenado, cuya negativa a someterse a tratamientos de desintoxicación o deshabitación no produce efectos, a no ser que se produzca mediante un quebrantamiento de la medida. *Vid.*, en este sentido, arts. 95 a 108 C.P.

⁸³ Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a C. “Algunos aspectos...” Cit. Esta autora entiende que la voluntad del menor es precisa para cualquier intervención de corte terapéutico. La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, por su parte, ciñe la necesidad del consentimiento del menor a aquellos casos en los que se prescriba un tratamiento de deshabitación, considerando (desde nuestro punto de vista, acertadamente) que «la propia patología cognitiva y volitiva obliga a prescindir de la opinión del menor —que es incapaz de prestar un verdadero consentimiento— para imponerle una medida de naturaleza terapéutica».

⁸⁴ CORONADO BUITRAGO, refiriéndose a las medidas previstas en la L.O. 4/1992, consideraba en su momento que las medidas previstas por la citada norma eran medidas de seguridad si bien con un fuerte componente educativo. Cfr. CORONADO BUITRAGO, M^a J. “Medidas y ejecución” en A.A.V.V. *Niños y jóvenes criminales*. Comares, Granada, 1995. Págs. 164 ss.

⁸⁵ Aunque cabe decir que no es la única. Contemporáneamente fue objeto de modificaciones con carácter previo a su entrada en vigor la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (Reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre).

derecho penal de menores, hasta el punto de que es posible afirmar que la verdadera novedad en la regulación de la materia no es debida tanto a la LORPM cuanto a su posterior reforma.

La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 13 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, modifica aspectos sustanciales de la LORPM no sólo de carácter sustantivo sino también procesal.

Con carácter general, la L.O. 7/2000 supone un giro radical no sólo en relación con los actos de terrorismo —ya sean perpetrados por adultos o por menores— sino que afecta, por añadidura, a los delitos graves cometidos con violencia o intimidación. La envergadura de la reforma es tal que algunos no han dudado en señalar que, en realidad, el efecto conseguido, lejos de consistir en un aumento de la edad penal, ha supuesto su rebaja hasta los catorce años⁸⁶.

En lo que ahora interesa, la reforma aludida se proyecta en dos ámbitos esenciales: en primer lugar en la configuración esencial de las medidas, tanto en lo tocante a su naturaleza, cuanto en lo relativo a sus fines. En segundo lugar, los efectos de la L.O. 7/2000 se plasman en el ámbito de los principios del derecho penal de menores.

En ambos planos —medidas y principios— el legislador ha querido plasmar las singularidades del derecho penal de menores. A continuación se analizará, por una parte, si este objetivo puede considerarse logrado, y por otra parte, hasta qué punto las disposiciones de la L.O. 7/2000, han contribuido a su frustración.

⁸⁶ Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. *Derecho Penal de Menores*, Bosch, Barcelona, 2001. Pág. 469.

1.2. Criterios para la distinción (I). Los fines de las medidas.

En el derecho penal de adultos, la configuración de las penas y de las medidas de seguridad permite dar cuenta de los fines que se persiguen. En parecidos términos, las medidas de corte sancionador-educativo previstas en la LORPM permiten explicar los fines del derecho penal de menores.

Es dudoso, sin embargo, que a partir del estudio de los fines del derecho de menores puedan apreciarse diferencias entre éstos y los propios del derecho penal de adultos. Cabe cuestionar, en consecuencia, si los fines del derecho penal de menores difieren notablemente de los fines del derecho penal de adultos.

La común aceptación de que el derecho penal propio de un Estado Democrático no puede responder a fines propios de las teorías absolutas de la pena ha desembocado en el reconocimiento, por parte de la doctrina penal, de múltiples finalidades ínsitas todas ellas en las penas (y en algunos casos en las medidas de seguridad). La discusión acerca del fin de la pena se salda actualmente en la aceptación de las penas como un fenómeno complejo, deudor de una amalgama de fines de naturaleza diversa, en el que se combinan elementos de retribución —si no en sus fines, sí en su naturaleza, puesto que la pena no deja de ser un castigo—, con elementos preventivos, tanto de naturaleza general como, singularmente, de naturaleza especial⁸⁷.

El fin de las penas, según el artículo 25.2 de la Constitución, consiste en la «reeducación y la reinserción social del delincuente». Las medidas previstas en la legislación de menores, por su parte, presentan como fin común la reeducación del menor que ha infringido la ley penal.

Difieren, por lo tanto, ambas categorías, en lo tocante a la reinserción social del delincuente, coincidiendo en el objetivo reeducador.

⁸⁷ En este sentido, aunque apuesta por la preeminencia de la naturaleza preventivo-especial de la pena, MIR PUIG, S. *Derecho Penal*. Cit.

Si se tiene en cuenta que la «reinserción social» no puede pretenderse de personas que precisamente están culminando su «socialización», puede inferirse, que en realidad, los fines del derecho penal son comunes a los adultos y a los menores. De ahí que quepa entender que el fin genérico de las medidas no es sino la necesaria adaptación de los términos constitucionales, concebidos para adultos, a las necesidades de la minoría de edad.

Así pues, partiendo de que el horizonte común de las medidas es la reeducación del menor infractor, sería preciso descender al análisis de cada una de ellas para averiguar hasta qué punto, sin mutación del fin común, coexisten fines diversos en cada una de las distintas medidas. La respuesta, puede avanzarse, es afirmativa. El señalamiento de los puntos de encuentro y de desencuentro entre los fines de cada una de las medidas previstas en la LORPM y los de las penas contempladas en el Código Penal pertenece a la disciplina del Derecho Penal y, en consecuencia, excede el marco del presente trabajo.

Por el contrario, sí que es posible abordar la cuestión relativa a la naturaleza de las medidas —su «concepto», no su «función»⁸⁸—, para determinar si en dicho punto radica alguna especialidad singular del derecho penal de menores.

1.3. Criterios para la distinción (II). Naturaleza de las medidas.

Toda vez que, tal como se ha dicho, las medidas no se distinguen de las penas en lo que a sus fines se refiere, es preciso acudir a nuevas perspectivas desde las que indagar las singularidades que presenta el derecho de menores con respecto al derecho penal ordinario.

La naturaleza de las medidas previstas para los menores delincuentes constituye, sin duda, una cuestión esencial en aras a determinar las especialidades del derecho de menores.

⁸⁸ *Íbidem*. Pág. 66.

Si efectivamente las medidas no pueden ser concebidas como penas, podrá afirmarse con cierta rotundidad que el derecho penal de menores es esencialmente distinto al derecho penal de adultos, aun a pesar de que muchos de sus fines sean comunes.

Lo cierto es que, ni con ocasión de la LORPM ni, anteriormente, durante la vigencia de la L.O. 4/1992, han faltado argumentos sosteniendo que las medidas no comparten la naturaleza jurídica de las penas. Sin embargo, la modificación de la LORPM operada por la L.O 7/2000, mediante la cual se endurece significativamente el régimen de las medidas para los delitos de terrorismo, y, en general, para los delitos perpetrados con violencia o intimidación, ha acallado algunas voces, y ha despertado, paralelamente, ciertos recelos en torno a las consecuencias, que en orden a la calificación de las medidas como verdaderas penas, puedan derivarse.

1.3.1. “Las medidas no son penas”: argumentos para la defensa de un modelo de justicia de menores.

“Las medidas no son penas”. Esta afirmación, sostenida con anterioridad a la sustancial modificación de la LORPM a la que antes se aludía, es la que mejor refleja la postura de un destacado sector de la doctrina y aún la de la propia Ley⁸⁹.

Sin embargo, es posible que el hecho de negar a las medidas la naturaleza jurídica de las penas no constituya un fiel reflejo de la realidad jurídica sino que más bien se pretenda defender así un determinado modelo de justicia de menores, en el que las notas características del ordenamiento penal cedan a favor de los caracteres propios de un sistema de corte tuitivo o correccional.

Dicho de otra manera, no es impensable que cuando se sostiene que bajo ningún concepto las medidas son equiparables a las penas, se esté

expresando, más que una explicación de lo que en realidad son las medidas, la aspiración de un determinado modelo de justicia de menores.

Las razones con las que se pretende sustentar el carácter no penal de las medidas son de índole diversa. Por una parte, recurriendo a la dicción de la LORPM, se insiste en la naturaleza educativa de las medidas, cuyo componente sancionador no debe considerarse sino como un mero instrumento del fin educativo⁹⁰. De otro lado, se acude no a la regulación de las medidas sino a la relativa a su imposición⁹¹. Con ello se consigue no sólo eludir cualquier consideración sobre el contenido punitivo de aquéllas, sino principalmente concluir que la flexibilidad que preside tanto la imposición como la ejecución de las medidas es el criterio que verdaderamente permite definir las como una respuesta no penal.

Una y otra razones no pueden ser aceptadas. La primera porque consiste en una acrítica aceptación del texto de la Exposición de Motivos de la LORPM, que desatiende el verdadero contenido de las medidas. La segunda porque elude, como ya se ha señalado, la consideración del contenido de las medidas y desvía su atención hacia los principios relativos a su imposición y cumplimiento.

Pretender que las medidas son sólo educativas implica, a la postre, un retorno al sistema tuitivo o correccional de viejo cuño, y por ende a algunas de sus premisas definitorias: la irresponsabilidad del menor; la necesidad de un 'tratamiento'; y la 'bondad' intrínseca del sistema. Con ellas, además, la ausencia, hoy por hoy insostenible, de las garantías consustanciales a un Estado de Derecho.

⁸⁹ Cfr. VENTURA FACI, R. (Con otros) *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Comentarios y Jurisprudencia)*; Colex, Madrid, 2000.

⁹⁰ Cfr. PANTOJA GARCÍA, F. "La naturaleza jurídica..." Cit. Pág. 16

⁹¹ *Íbidem*

1.3.2. La pervivencia del "fraude de etiquetas": las medidas son verdaderas penas juveniles.

Con la expresión "fraude de etiquetas" se alude al fenómeno consistente en denominar medidas de corrección o de tratamiento lo que en verdad son sanciones punitivas⁹². Con esta afortunada expresión se describe el engaño encubierto bajo la consideración de las medidas aplicables a menores como una respuesta no penal. Como es fácilmente apreciable, la principal consecuencia se cifra en el no reconocimiento de las garantías que deben envolver la imposición de sanciones de carácter penal.

El vigente derecho penal de menores no ha podido evitar incurrir de nuevo en el tan traído fraude, prefiriendo la denominación de medidas y evitando expresamente la alusión a su carácter penal. Los esfuerzos legislativos empleados para que las medidas no puedan ser equiparadas a las penas no han podido evitar, sin embargo, profundas críticas por parte de la doctrina, acentuadas si cabe a partir de la entrada en vigor de la L.O. 7/2000.

La discusión acerca de la naturaleza de las medidas no es coetánea a la LORPM. Una minoría de autores ya señalaban que las medidas contempladas en la L.O. 4/1992⁹³, constituían verdaderas sanciones.

La aprobación de la LORPM, sin embargo, ha despertado el interés de muchos autores, lo que ha conllevado, a la par, un notable vuelco en las posiciones sostenidas acerca de la naturaleza de las medidas. Si anteriormente, como se apuntaba, la mayoría defendía que las medidas no podían equipararse a las penas, en la actualidad, se acepta mayoritariamente que bajo el eufemismo «medidas» se encierran verdaderas penas juveniles.

⁹² Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a I. La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", cit. La autora atribuye la expresión a KOLSRAUCH, quién la acuñó por primera vez en su trabajo "Sicherheitshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand" en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», núm. 44, 1924.

⁹³ Merece señalarse que a juicio de LANDROVE DÍAZ, el repertorio de medidas contenido en la L.O. de 12 de enero, no ofrece demasiadas novedades respecto de la normativa de 1992. Cfr. LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho penal de menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Pág. 219. En idéntico sentido ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho penal de menores*. Cit. Pág. 182.

2. AUSENCIA O MODULACION DE ALGUNOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL COMO ELEMENTOS PRETENDIDAMENTE DIFERENCIADORES. EN ESPECIAL, EL RECHAZO A LA PROPORCIONALIDAD Y EL USO FLEXIBLE DEL PRINCIPIO DE INTERVENCION MÍNIMA.

El segundo elemento sobre el que supuestamente descansan las singularidades básicas del derecho penal de menores se concreta en la modulación de algunos principios del derecho penal. En concreto se rechaza el principio de proporcionalidad y se pretende un «uso flexible» del principio de intervención mínima.

En el presente apartado se tratará, en primer lugar, de analizar la plasmación concreta de una y otra adaptaciones en el articulado de la LORPM, y seguidamente, de averiguar la medida de su capacidad para erigirse en verdaderos pilares sobre los que pueda sostenerse que el derecho penal de menores determina la existencia de un proceso especial con las características del regulado en la LORPM.

2.1. Rechazo a la proporcionalidad entre hecho y sanción.

El «expreso rechazo» de la proporcionalidad que manifiesta la Exposición de Motivos de la LORPM presenta dos graves problemas: por una parte el entendimiento de la proporcionalidad como fin del derecho penal de adultos, tratándose en cambio, como es sabido, de un principio; y, por otra parte, su superación a partir de la modificación operada por la L.O. 7/2000 que, a la postre, desmiente por completo la previsión reseñada.

2.1.1. El principio de proporcionalidad: breve aproximación. La ineludible sujeción del derecho penal de menores a las exigencias derivadas de la proporcionalidad.

Tal como se apuntaba anteriormente, con el concepto «proporcionalidad» se hace referencia a un principio fundamental del derecho penal, ensamblado en la formulación genérica de la legalidad penal. No constituye, desde esta perspectiva, un fin propio del derecho penal de adultos

sino que, por el contrario, opera principalmente como un límite a la actuación del legislador penal⁹⁴. Las exigencias que se derivan de dicho principio no sólo se proyectan en el plano legislativo sino que alcanzan también el plano de la aplicación judicial del derecho penal.

En el plano legislativo, el principio de proporcionalidad actúa como un límite al *ius puniendi* en virtud del cual el legislador «debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a los que se asignan»⁹⁵. La dureza de las penas, en consecuencia, no podrá ser superior a la gravedad que socialmente tengan los hechos castigados⁹⁶.

En el plano de la aplicación judicial del derecho penal la proporcionalidad se traduce, en las normas penales contemporáneas, en lo que se ha llegado a denominar «aritmética penal», es decir, en un complejo de reglas que permite al órgano enjuiciador adecuar en cada caso concreto la pena a la gravedad del delito y a la personalidad del autor. Las reglas de determinación de la pena ofrecen siempre al órgano judicial un margen de arbitrio que deberá aplicar bajo una concepción «garantista» de la proporcionalidad, lo que significa, a la postre, que dicho órgano judicial no podrá rebasar los límites máximos de las penas pero sí los mínimos, precisamente con base en criterios de proporcionalidad⁹⁷.

La doble proyección del principio de proporcionalidad da cumplida cuenta de por qué su pretendida erradicación del derecho penal de menores resulta cuando menos imposible.

⁹⁴ En este sentido, *Vid.* entre otros: BUSTOS RAMÍREZ, J.J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal* (Vol I). Trotta, Madrid, 1997, pág. 67; MIR PUIG, S. *Derecho Penal*. Cit. Págs. 99 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA, I. "El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal" en «La Ley », 1994-4; MARTOS NÚÑEZ, J.A. "Voz: Principios Penales" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1993. Tomo XX.

⁹⁵ Cfr. MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del derecho penal*; Bosch, Barcelona, 1976, pág. 179

⁹⁶ Cfr. MARTOS NÚÑEZ, J.A. *Principios Penales*; Cit. Pág. 523

⁹⁷ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; ARROYO ZAPATERO, L. *Manual de Derecho Penal. Parte General. Instrumentos y principios básicos del Derecho Penal*. Praxis, Barcelona, 1994; Págs. 61 ss.

Pero estos argumentos, con ser suficientes, no son los únicos que impiden aceptar, en su formulación literal, la afirmación contenida en la Exposición de Motivos de la LORPM. Cabe añadir a los mismos, por una parte, el texto de la Convención de los Derechos del Niño —que por su naturaleza integra el ordenamiento jurídico español—, y por otra parte, la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el principio de proporcionalidad cobra especial trascendencia en el derecho penal de menores.

La incompatibilidad entre el rechazo rotundo a la proporcionalidad y la CDN se desprende de la mera lectura del artículo 40.4 de la Convención:

«Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada (...) 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**»⁹⁸

La doctrina del Tribunal Constitucional, por su parte, se plasma en la ya aludida STC 36/1991 y se reitera en la STC 61/1998 por la que se resuelve un recurso de amparo presentado bajo la vigencia de la L.O. 4/1992⁹⁹. En la STC 36/1991, en la que, como es sabido, se cuestionaba la adecuación constitucional de la LTTM, el Pleno del Alto Tribunal sostuvo la constitucionalidad del artículo 16 del texto de 1948 siempre que dicho precepto se interpretase de acuerdo, entre otros, con el principio de proporcionalidad.

En el plano del caso concreto, la STC 61/1998 otorgó el amparo constitucional a un menor a quién, por una falta de hurto, se había impuesto una medida de internamiento por cuatro meses en un centro de régimen semiabierto. La principal razón que abonaba la decisión del TC en este caso residía precisamente en el necesario respeto a las exigencias del principio de proporcionalidad¹⁰⁰.

⁹⁸ El subrayado es nuestro.

⁹⁹ STC (Sala primera) 61/1988, de 17 de marzo. Ponente: CRUZ VILLALÓN. (B.O.E. núm. 96, de 22 de abril de 1998).

¹⁰⁰ En esta resolución, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, entendiendo que la medida impuesta al menor vulneraba su derecho fundamental a la legalidad

2.1.2. ¿Proporcionalidad o correlación estricta entre hecho y sanción? Algunas manifestaciones del principio de proporcionalidad en la LORPM.

Tanto la naturaleza como el contenido, e incluso la proyección constitucional del principio de proporcionalidad imposibilitan de raíz que una norma penal abogue por su rechazo de plano. ¿Qué es entonces lo que pretende rechazarse expresamente en la LORPM?

La intención del legislador puede entreverse en el articulado y la propia configuración de la norma: no se trata tanto de prescindir de la proporcionalidad, cuanto sí de eludir la correlación expresa entre el hecho y la medida aplicable en términos similares a los que dicha correlación aparece recogida en el Código Penal. En otras palabras, se alude al principio de proporcionalidad cuando, en realidad, se pretende proscribir, en interés del menor, el establecimiento de un sistema en el que la determinación de la medida dependa exclusivamente de la naturaleza y de las circunstancias del hecho delictivo sin tener en cuenta, por tanto, las circunstancias del menor.

El respeto al principio de proporcionalidad, además, se pone claramente de manifiesto en los artículos 8 y 9 de la LORPM titulados respectivamente «Principio acusatorio» y «Reglas para la aplicación de las medidas».

El artículo 8 prohíbe, en su párrafo segundo, que la duración de las medidas privativas de libertad en ningún caso pueda exceder de la que se hubiera impuesto al menor por el mismo hecho de haber sido declarado responsable de acuerdo con el Código Penal¹⁰¹.

penal. El Alto Tribunal afirma en dicha resolución que «en la característica combinación de elementos sancionadores y (re)educativos propia de la Justicia de menores, los primeros siguen pesando, hoy por hoy, con la suficiente fuerza como para que debamos reiterar la sustancial vinculación a la misma de los imperativos derivados del principio de legalidad penal» (F.J. 4)

¹⁰¹ Comprende esta prohibición todas las modalidades de internamiento (incluido el terapéutico) y la medida de permanencia de fin de semana.

Aunque dudosamente incardinable en el seno de un principio, el acusatorio, de naturaleza indiscutiblemente procesal¹⁰², resulta especialmente plausible no sólo por su imbricación con el principio de legalidad en su vertiente de *lex certa* sino, especialmente, porque supone la aceptación expresa de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a este concreto aspecto.

Sin embargo, es preciso constatar que la fórmula utilizada por la LORPM es sensiblemente más restrictiva que la empleada en su momento por el TC: así mientras que la Ley contrae la limitación señalada a las medidas privativas de libertad, la STC 36/1991 (y en idénticos términos la STC 61/1998), aluden genéricamente a la imposibilidad de que las medidas sean más graves o de una duración superior a la que correspondería a un adulto por los mismos hechos¹⁰³.

El artículo 9, por su parte, recoge bajo el título «Reglas para la aplicación de las medidas», una amalgama de disposiciones con objetivos distinguibles: por una parte se atisban verdaderas manifestaciones del principio de proporcionalidad¹⁰⁴, y por otra parte se establecen reglas relativas a la duración de las medidas, cuyo fin se compadece más bien con las exigencias propias de la correlación entre hecho y sanción. A estas últimas se dedicará el epígrafe siguiente.

¹⁰² En el mismo sentido se pronuncia la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO en su Circular 1/2000.

¹⁰³ El artículo 8.2 reza: «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». La STC 36/1991 (F.J. 7), afirma que «(...) Así, junto con la necesaria flexibilidad de que ha de disponer el Juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad, también es preciso que se sujete a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, reconocidos en algunos casos en la propia L.T.T.M. —las medidas impuestas no pueden exceder de la edad civil—, y en otros implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o **la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase**». (Los subrayados son nuestros).

¹⁰⁴ En idéntico sentido ALASTUEY DOBÓN, M^a. C. *La reparación en el marco de las sanciones penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 438.

Pueden considerarse manifestaciones del principio de proporcionalidad las reglas 1ª, 2ª, 6ª y, con determinadas precisiones, la regla 7ª, todas ellas del artículo 9 de la LORPM. Las reglas 1ª y 6ª establecen qué medidas se podrán imponer en caso de faltas y de delitos imprudentes, respectivamente. La regla 2ª establece que el internamiento en régimen cerrado sólo procederá cuando los hechos se hayan cometido con violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas. Finalmente, la regla 7ª prescribe que en caso de apreciarse alguna de las eximentes del artículo 20.1º, 2º o 3º del Código Penal, sólo podrán aplicarse medidas terapéuticas.

En caso de que los hechos sean considerados como faltas, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana (con una duración máxima de cuatro fines de semana), prestaciones en beneficio de la comunidad (con un máximo de cincuenta horas) y privación de permiso de conducir u otras licencias administrativas. Se colige fácilmente que, salvando los problemas que derivan de la propia formulación de la medida de privación de permisos de conducir u otras licencias, no caben mayores objeciones desde el punto de vista del principio de proporcionalidad¹⁰⁵.

Sin embargo, es dudoso que pueda afirmarse lo mismo en relación con la regla 6ª, a tenor de la cual se excluye la modalidad más grave de internamiento —el régimen cerrado— para los delitos imprudentes¹⁰⁶, manteniéndose sin embargo la posibilidad de aplicar los regímenes semiabierto y abierto para delitos que en el Código Penal pueden alcanzar una pena de, como máximo, 4 años de prisión¹⁰⁷.

¹⁰⁵ La medida de privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor u otras licencias presenta dificultades interpretativas desde planos tan diversos como la duda acerca de si sólo puede ser impuesta con carácter accesorio o la imposibilidad de que el menor obtenga permisos de conducir (hasta los dieciocho años el Código de Circulación sólo prevé la concesión de licencias).

¹⁰⁶ En contra LANDROVE DÍAZ, para quien la regla sexta supone una reafirmación del principio de intervención mínima. Cfr. LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho penal de menores*. Cit. Pág. 266.

¹⁰⁷ La pena privativa de libertad más grave prevista en el Código Penal para un delito cometido con imprudencia grave es la prevista en el artículo 142 (de uno a cuatro años) para el delito de homicidio.

2.1.3. La superación del rechazo a la correlación entre hecho y sanción: alcance de la reforma de la LORPM en materia de terrorismo

Aclarada la confusión entre lo que atañe propiamente al principio de proporcionalidad y lo que se limita a la estricta correlación entre el hecho y la sanción correspondiente, es precisa una breve mención al quiebro que se produce en este último ámbito a partir de la modificación operada por la L.O. 7/2000.

La reforma legislativa en materia de delitos relacionados con las actividades terroristas no se limita a determinados preceptos de la LORPM sino que, principalmente, afecta al Capítulo IV del título XXI, Libro II del Código Penal. En palabras del preámbulo de la Ley Orgánica, se intenta «afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades de las mismas».

A grandes rasgos, en lo que al Código Penal respecta, se introducen nuevos tipos penales —exaltación del terrorismo, perturbación de los plenos de las corporaciones locales, etc.— y se modifica la configuración típica de algunos delitos ya existentes para adecuarla a formas de criminalidad que, aun guardando íntima relación con el fenómeno terrorista, no se consideraban como conductas terroristas, con las consecuencias tanto procesales como sustantivas que se derivaban de dicha consideración.

En lo tocante a la LORPM, la reforma supone, para lo que en este momento interesa, un considerable vuelco del tratamiento de la correlación entre hecho y sanción. En este sentido, conviene avanzar que, a diferencia de lo expuesto en relación con el Código Penal, la reforma no se limita a los aspectos relativos al terrorismo sino que se extiende a los delitos contra la vida —homicidio y asesinato— y contra la integridad sexual —agresiones sexuales en sus modalidades agravadas— y, en general, a todos los delitos castigados con pena de prisión igual o superior a quince años.

En la redacción con la que la LORPM fue aprobada, la gravedad del hecho —medurada con criterios tales como la violencia o la intimidación empleadas, o el riesgo para la vida o la integridad física de las personas—

constituía uno más entre los elementos que debían ser ponderados en la petición e imposición de las medidas. A su entrada en vigor, en cambio, en los delitos señalados anteriormente y en los delitos de terrorismo, las circunstancias del menor pasan a ser determinantes tan sólo de la duración de las medidas, cuya imposición, además, deja de ser potestativa y pasa a ser obligatoria.

Efectivamente, mientras que en su redacción originaria la LORPM contemplaba las medidas de internamiento como meramente posibles en los supuestos más graves, el texto vigente señala dichas medidas como necesarias en los supuestos a los que se hacía referencia, de forma que ni el Fiscal en su postulación ni el Juez de Menores en su sentencia pueden eludirlas.

A una tan considerable restricción de la flexibilidad en la imposición de las medidas¹⁰⁸, debe añadirse el nada desdeñable aumento de su duración, que puede llegar a alcanzar los diez años de internamiento en régimen cerrado, si el autor de los hechos es mayor de dieciséis años.

La reforma operada por la L.O. 7/2000, y más concretamente la modificación en materia de medidas a adoptar ante determinados delitos, quiebra, sin duda, con la pretendida postergación de la correlación entre hecho y sanción.

¹⁰⁸ La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO entiende que «el recorte que sufre la discrecionalidad del Fiscal en la selección de la medida a solicitar y consiguientemente el Juez en su aplicación es extraordinaria y supone, pese a la aparente modestia formal del cambio operado en la norma, una restricción de amplio alcance a la vigencia y eficacia de uno de los principios nucleares de la jurisdicción de menores: el principio de flexibilidad». Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 2/2001, Incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores, de 28 de junio de 2001* (en adelante, Circular 2/2001).

2.2. «Uso flexible» del principio de intervención mínima

2.2.1. El principio de intervención mínima: breve aproximación

El principio de «intervención mínima» es, en esencia, otra limitación del *ius puniendi* que opera en el plano de la elaboración de la norma penal. Dicho principio significa que «el Derecho Penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo»¹⁰⁹.

El principio de intervención mínima se conforma a partir de dos postulados: a) el carácter fragmentario del derecho penal; y b) su consideración como *ultima ratio*¹¹⁰. A los anteriores, algunos autores añaden la naturaleza accesoria del derecho penal¹¹¹.

Que el derecho penal deba ser utilizado como *ultima ratio* significa que tan sólo puede recurrirse al mismo cuando han fallado los demás controles sociales, formales o informales. Antes de acudir al derecho penal, el legislador, para proteger los intereses sociales, deberá haber agotado todos los mecanismos desprovistos de sanción de qué dispone. Si, aún así la protección no es posible, deberá acudir a mecanismos sancionatorios no penales. Y sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso a la sanción penal.

Si, por el contrario, se acude al derecho penal antes de aplicar otros medios que resulten menos gravosos, puede llegar a producirse la denominada «hipertrofia del derecho penal»¹¹².

¹⁰⁹ Cfr. MARTOS NÚÑEZ, J.A. "El principio de intervención penal mínima" en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1987, pág. 100.

¹¹⁰ Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho Penal*. Cit. Pág 89.

¹¹¹ Cfr. MARTOS NÚÑEZ, J.A. "El principio de intervención penal mínima". Cit. Pág. 101

¹¹² *Íbidem*. Vid. asimismo, MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Ariel, Barcelona, 1994. Págs. 151 a 157; BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal*. Cit. Págs. 66 y 67.

Por otra parte, el carácter fragmentario del derecho penal, significa que «el derecho penal no ha de castigar todas las conductas lesivas de los bienes que protege sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos»¹¹³.

No es preciso extenderse más sobre el principio de intervención mínima para comprender que se trata de un postulado fundamental del derecho penal propio de un Estado de Derecho, que debe inspirar y presidir la *actuación del legislador*, en su calidad de creador de la norma penal, y no a otros poderes del estado cuyas funciones se constriñen a su aplicación.

De ahí que la alusión al principio de intervención mínima resulte cuando menos extraña, a no ser que, en realidad, la Exposición de Motivos utilice el término —de forma un tanto anómala— para referirse al “uso mínimo” del derecho penal de menores¹¹⁴.

2.2.2. La flexibilidad del principio de intervención mínima como pretexto para la introducción de mecanismos de desjudicialización

Recuérdese que la Exposición de Motivos de la LORPM alude al «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».

Las instituciones en las que supuestamente se manifiesta la flexibilidad del principio de intervención mínima se caracterizan por consistir, en mayor o en menor medida, en mecanismos que permiten el abandono de la intervención judicial a favor de diferentes fórmulas alternativas.

Si bien en algunos casos, singularmente los supuestos de suspensión condicional de la medida o la sustitución de la misma durante su ejecución el

¹¹³ Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho Penal*. Qt. Pág. 90.

legislador prevé mecanismos de naturaleza judicial, no puede afirmarse lo mismo de las posibilidades de no incoación del expediente o de renuncia al mismo o a lo que la ley denomina «resarcimiento anticipado».

Los mecanismos de naturaleza no judicial —renuncia al procedimiento y resarcimiento anticipado— se analizarán en los capítulos tercero y cuarto del presente trabajo. Como más adelante se explicará, no consideramos que ninguno de los mecanismos señalados responda a exigencias derivadas de la primacía del interés del menor. Al contrario, entendemos que son opciones de política criminal. Ahora bien, en ningún caso dichas opciones pueden, con rigor, subsumirse en los postulados del principio de intervención mínima.

¹¹⁴ En cuya elaboración, por otra parte, se han aplicado los criterios de “intervención mínima” del Código Penal.

III. EL PROCESO PENAL DE MENORES: ¿MANIFESTACIÓN TÉCNICO PROCESAL DE UN DERECHO SUSTANTIVO U OPCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL?

Una vez que se han puesto de manifiesto que algunos de los principales argumentos que se esgrimen a la hora de justificar la existencia de un proceso de menores radicalmente diferenciado de los procesos penales de adultos — principalmente la naturaleza no penal de la respuesta y la falta de aplicación de algunos de los principios propios del derecho penal— no satisfacen, por razones individualizables, su cometido, es posible vislumbrar cuál es el verdadero alcance del derecho penal de menores con respecto al proceso.

1. INEXISTENCIA DE SERVIDUMBRES DERIVADAS DEL DERECHO PENAL DE MENORES. LA PRIMACIA DEL INTERES DEL MENOR COMO ÚNICO IMPERATIVO COMÚN.

1.1. Inexistencia de servidumbres derivadas del propio derecho penal de menores.

La relación entre derecho penal y proceso penal no es en absoluto ajena a la inescindible relación entre derecho material y proceso, de suerte que una radical modificación del primero deba conllevar, en principio, una necesaria adecuación del segundo¹¹⁵.

En consecuencia, si se acepta la existencia de un derecho penal especial para un determinado sector de la población —los menores de edad—, y si, además, se admite que dicha especialidad conlleva la modificación de algunos de los principios o de los conceptos nucleares del derecho penal de adultos, se colige que, paralelamente, debe existir un proceso, a su vez especial, capaz de dar cumplida cuenta a las exigencias propias —y privativas— del derecho penal de menores.

¹¹⁵ ARMENTA DEU, T. "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos" en «Anuario de Derecho Penal», 1996, I.

A lo largo de los apartados anteriores, sin embargo, se ha puesto de manifiesto que las pretendidas especialidades del derecho penal de menores no son tales, ni en lo que se refiere a la naturaleza de la respuesta penal, ni en lo tocante a algunos de los principios consustanciales del derecho penal.

El derecho penal de menores, en consecuencia, a pesar de los ajustes que permiten su adecuación a las características propias de los sujetos a quienes va dirigido, comparte actualmente la naturaleza, los fines y los principios del derecho penal de adultos. En consecuencia, no puede sostenerse la necesidad de un proceso distinto al proceso penal de adultos fundamentada en la existencia de un derecho penal radicalmente distinto al de los adultos.

Sin embargo, el derecho penal de menores y su correlativo proceso coinciden en un aspecto: el interés del menor. Este punto no puede considerarse solamente como el de la convergencia entre ambos planos: en definitiva, constituye su razón de ser, puesto que el interés del menor no se agota en las materias del derecho penal de menores sino que se proyecta y debe inspirar el proceso penal de menores.

1.2. La primacía del interés de los menores como clave interpretativa.

El interés de los menores —un concepto relativo para cuya definición es preciso, como se explicaba anteriormente, atender a los principales rasgos diferenciales que se predicán de la minoría de edad frente a la condición de adulto— se erige, sin ningún atisbo de duda, en el pilar fundamental de toda la legislación relativa a menores¹¹⁶.

La primacía del interés de los menores está consagrada en el ordenamiento jurídico español a partir de la incorporación al mismo de la CDN, cuyo artículo 3^a, que transcribíamos más arriba, contempla la necesidad de una especial consideración al «interés superior del niño»¹¹⁷.

¹¹⁶ *Vid. Supra.* Págs. 38 ss.

¹¹⁷ *Vid. Supra.* Pág. 35.

De lo dispuesto en el precepto se colige fácilmente que el interés de los menores no sólo debe presidir las disposiciones legales de carácter sustantivo sino que abarca también el ámbito procesal.

El respeto por el interés del menor, o por mejor expresarlo, la consideración de dicho interés como el aspecto principal de la legislación relativa a los menores constituye una característica común al derecho penal y al proceso de menores. Pero en ningún caso puede considerarse una suerte de imperativo que derive del primero y se proyecte sobre segundo.

Lo anterior no empece, sin embargo, la unidad de contenido del interés del menor en materia penal. Dicho de otra forma, la configuración del interés de los menores a los efectos de diseñar el conjunto de normas con las que se pretenda hacer frente a sus infracciones penales debe ser única, y por lo tanto válida tanto para las normas de naturaleza sustantiva, cuanto para las que tengan naturaleza procesal.

Con esta premisa, es posible aceptar que la relación entre derecho y proceso penal de menores está presidida por un fin común cuyo diseño, además, está reservado en diferente medida, a todos los poderes públicos, tal y como se desprende del artículo 3º.1. de la CDN.

En términos generales, el interés del menor —*verbigratia* el interés de la sociedad en los menores— consiste en proporcionar al mismo los instrumentos básicos para su formación —física, mental, social, espiritual y moral¹¹⁸— que le permitan llegar a la edad adulta en condiciones de igualdad.

¿Es trasladable esta concepción del interés del menor al derecho penal y procesal de menores? La respuesta es necesariamente afirmativa: los fines educativos —o, si bien se mira, reeducativos— son el horizonte básico de la LORPM. En dicha norma la adaptación del contenido interés del menor a una norma de naturaleza penal se produce a partir del entendimiento de que su fin último consiste en la educación del menor infractor. Esta es una característica

necesariamente común a las normas de carácter sustantivo —en las que se manifiesta principalmente la finalidad de las sanciones— y a las propiamente procesales.

La adaptación de las normas sustantivas al fin educativo primordial constituye una materia propia del derecho penal. Sin perjuicio de ello, en los anteriores apartados se han puesto de manifiesto algunas disonancias y algunas quiebras en los que incurre la LORPM aún a pesar de las intenciones que manifiesta su Exposición de Motivos.

En lo que al proceso penal de menores se refiere, la cuestión discurre por cauces distintos, que precisan de un análisis pormenorizado.

2. LA CONFIGURACIÓN DEL PROCESO PENAL DE MENORES COMO UN PROCESO ESPECIAL: EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA PRIMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR Y OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que tradicionalmente el derecho penal de menores ha ocupado un segundo plano en relación con su proceso correlativo. Es ilustrativo, en este sentido, que los artículos de la LORPM dedicados al derecho sustantivo sean considerablemente inferiores en número que los dedicados a aspectos procesales. Y resulta paradigmático que el legislador se remita a la legislación penal de adultos para la determinación de las conductas a las que resultará de aplicación el derecho penal de menores.

En consecuencia, el peso de la legislación relativa a los menores infractores se asienta principalmente en el proceso, que se configura como un proceso especial, no sólo en función de los sujetos a quienes se dirige, sino, fundamentalmente, porque acoge mecanismos e instituciones procesales que lo convierten en una modalidad procesal singularmente novedosa y radicalmente distinta de las contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹¹⁸ *Vid.* FRANCO YAGÜE, J.F. “Los equipos técnicos en el procedimiento. La valoración del interés del menor” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000. Pág. 30.

De estas múltiples diferencias, en los capítulos siguientes se analizarán tan sólo algunas, que a su vez, pueden incardinarse en dos categorías: a) aquella que engloba las adecuaciones derivadas de la necesaria primacía del interés del menor; y b) aquella en la que se contienen opciones de política criminal.

2.1. Exigencias derivadas de la primacía del interés de los menores.

Consideramos exigencias directamente emanadas de la primacía del interés de los menores las especialidades que afectan a los sujetos que intervienen en el proceso.

Las especiales características de los sujetos a quienes se dirige la norma determinan, no sólo la necesidad de que los operadores jurídicos tengan una formación acorde con las mismas, sino además, la concurrencia de personal altamente especializado que permita a los primeros una mejor comprensión de las circunstancias del infractor.

Por otra parte, el interés del menor parece aconsejar que el proceso se blinde frente a actuaciones de terceros que podrían resultar perturbadoras. Esto se consigue en la LORPM a partir de la prohibición del ejercicio de acciones por particulares, o lo que es lo mismo, con la atribución del ejercicio de la acción penal, en régimen de monopolio, al Ministerio Fiscal. La prohibición del ejercicio de la acción particular (en sentido amplio) y las restringidas facultades que se otorgan al perjudicado deben ser, en consecuencia, objeto de especial atención.

2.2. Dos opciones de política criminal: la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal y la introducción de fórmulas de evitadoras de la sentencia o del enjuiciamiento.

Tanto la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal como la introducción de fórmulas de consenso, constituyen, en materia procesal, los principales activos de la LORPM.

Con todo, es posible sostener que, asimismo, ambos institutos son opciones legislativas, o más concretamente, apuestas de futuro que, en caso de arrojar los frutos que de ellas se espera, podrían devenir referentes indiscutibles de eventuales reformas en el proceso penal de adultos.

2.2.1. La atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal

El capítulo tercero se dedicará al análisis de la fase de investigación, con el fin de poder valorar la viabilidad de la atribución de la misma al Ministerio Fiscal.

Como es sabido, este es seguramente uno de los temas que mantiene dividida la doctrina procesal española, la cuál, sin embargo, no ha prestado especial atención al proceso de menores en el que, por otra parte, tal fórmula se viene empleando desde la L.O. 4/1992.

Entre los argumentos que se barajan en la discusión, o más concretamente, entre los argumentos que esgrimen quienes no conciben la atribución de la fase de investigación al Ministerio Fiscal, tienen primacía los que podrían calificarse como de naturaleza orgánica. Se alude con frecuencia —y no sin razón— a la configuración de la Fiscalía General del Estado como un órgano dependiente del ejecutivo como uno de los principales óbices para la atribución al Ministerio Fiscal de funciones hasta el momento propias de órganos de naturaleza judicial.

Los argumentos de naturaleza estrictamente procedimental son, obviamente, limitados: se ciñen, básicamente, al carácter no jurisdiccional del Ministerio Fiscal y exactamente, a la imposibilidad de que este lleve a cabo actuaciones que supongan restricción o limitación de derechos fundamentales.

Hasta el momento, empero, no ha sido posible analizar las virtudes y los defectos de la instrucción por parte del Ministerio Fiscal bajo el prisma de la realidad procedimental, por cuanto la L.O. 4/1992 —aún contemplando dicha figura— ni ofrecía una regulación procesal exhaustiva ni tenía la entidad cuantitativa suficiente para erigirse en un modelo de referencia.

Estos motivos justifican, a nuestro parecer, el análisis de la fase de investigación en el proceso de menores, a efectos de poner de manifiesto, sin abordar las cuestiones de índole orgánica, los principales problemas que pueden ocasionarse al amparo de la regulación de dicha fase en la LORPM.

2.2.2. La introducción de fórmulas evitadoras de la sentencia o del enjuiciamiento.

La segunda de las opciones de política criminal consiste en la introducción de diferentes fórmulas que tienden a la evitación de la sentencia o del enjuiciamiento. En el capítulo cuarto del presente trabajo, dichas fórmulas se analizarán bajo el prisma del interés de los menores.

Se trata de los mecanismos que permiten la terminación anticipada del procedimiento mediante auto de sobreseimiento y de los supuestos de conformidad.

Unos y otros, obedecen, a nuestro juicio, a una opción de política criminal que el legislador justifica al amparo de las disposiciones internacionales relativas a la justicia de menores, pero que no derivan necesariamente, a nuestro juicio, de los imperativos del interés de los menores.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PROCESO DE MENORES: ADECUACIONES PROCESALES DERIVADAS DE LA PRIMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PROCESO DE MENORES: ADECUACIONES PROCESALES DERIVADAS DE LA PRIMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR

El interés de los menores se erige en punto esencial alrededor del que debe hilvanarse la legislación relativa a los mismos, ya sea de índole protectora ya de índole penal.

De la misma forma que el derecho penal de menores debe adaptar la forma y la intensidad de sus respuestas al interés de los menores, el proceso debe atender a dicho interés en su estructura y articulación, sin ignorar que las garantías y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución conforman el punto de partida o premisa esencial del interés de los menores.

Esta necesaria adaptación, a nuestro juicio, pivota exclusivamente en torno a los sujetos que intervienen en el proceso.

Por una parte, se exigen a los operadores jurídicos conocimientos específicos que les permitan ajustar sus actuaciones a las circunstancias que, en general, concomitan con la minoría de edad. En definitiva, que les permitan una ponderación concreta del interés de cada menor.

Por otra parte, la LORPM se ampara en el interés del menor para excluir del proceso a las partes acusadoras distintas del Fiscal. La segunda parte del presente capítulo se dedicará a analizar si, efectivamente, la exclusión del ejercicio de la acción penal por los particulares es una exigencia derivada del interés del menor o si, por el contrario, se trata de una opción de política legislativa.

Finalmente, se analizarán las facultades procesales que, sólo en determinados supuestos y con severas limitaciones, se ofrecen a los perjudicados. Como se pondrá de manifiesto, se crea con ello una novedosa figura procesal de difícil encaje en la categoría de parte, con una regulación legal imprecisa que, en ocasiones, parece desconocer conceptos procesales básicos.

I. LA ESPECIALIZACIÓN DE LOS SUJETOS

La primacía del interés de los menores determina, entre otras consecuencias, la necesidad de Leyes y normas concebidas especialmente para los menores de edad. Los sistemas jurídicos específicos para los menores, además, deberán contemplar la existencia de órganos específicos encargados de su aplicación. En este sentido resulta especialmente claro el artículo 40.3 de la Convención de los Derechos del Niño:

«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»¹¹⁹.

El interés de los menores, como se ha explicado anteriormente, es un concepto que se resiste a predeterminaciones absolutas. Su determinación obedece, en definitiva, a la concreta concepción de la minoría de edad que prevalega en cada contexto jurídico —y especialmente social y político—. En el plano de la aplicación concreta de las normas, por otra parte, la determinación del interés de cada menor depende en última instancia de la decisión que adopten al respecto los órganos encargados de la aplicación de dichas normas.

La especialización de los titulares de aquéllos órganos se convierte, desde este punto de vista, en un aspecto esencial por cuanto permite, en considerable medida, que en la ponderación del interés concreto de cada menor, se tengan en cuenta todos los elementos —jurídicos y extrajurídicos— necesarios para responder a las exigencias del concepto.

¹¹⁹ Tal y como se recoge en el preámbulo, la CDN ha tenido en cuenta, entre otras disposiciones, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), cuyos artículos 2.3 y 6.3 creemos adecuado transcribir.

Artículo 2.3. «En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes así como a los órganos e instituciones encargados de la administración de justicia de menores(...)»

Artículo 6.3. «Los que ejerzan dichas facultades (discrecionales) deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones o mandatos.»

Como se pondrá de manifiesto en el desarrollo de este apartado, la legislación española ha proyectado la especialización de los sujetos jurídicos públicos en un doble plano. Por una parte, en el plano orgánico, con la creación de órganos judiciales, fiscalías y secretarías judiciales dedicados exclusivamente a la justicia de menores. Por otra parte, en el plano de la formación especializada, con el establecimiento de requisitos formativos específicos para la provisión de las plazas en dichos órganos.

La figura del abogado defensor, por su parte, en tanto que garantía principal del derecho fundamental a la defensa, no puede ser ajena a la necesidad de formación especializada. Sin embargo, como se pondrá de manifiesto, no puede hablarse en puridad de una categoría de letrados especialistas en menores, a tenor de la legislación vigente.

Finalmente, en el proceso penal de menores la verdadera aportación de conocimientos no jurídicos corresponde al denominado «equipo técnico», formado por personal especialista de diversas ramas del conocimiento humanístico. A los profesionales del equipo técnico, o bien a otros profesionales del ámbito educativo, les corresponde la elaboración de un informe acerca de las circunstancias del menor, que, en determinados casos puede determinar el abandono del proceso a favor de fórmulas de composición evitadoras de la sentencia penal.

1. LOS ÓRGANOS JUDICIALES.

1.1. Consideración preliminar: el Juez Central de Menores y la Audiencia Nacional en el proceso de menores.

Como ya se ha mencionado, la reforma de la LORPM operada por las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, supuso la modificación de algunos aspectos esenciales del texto originario de aquella, con anterioridad a su entrada en vigor.

En lo que al presente apartado atañe, la principal reforma, sin duda, consiste en la creación del Juzgado Central de Menores y la atribución de competencias, en materia de recursos contra las resoluciones dictadas dicho

Juzgado, a la Sala Penal de la Audiencia Nacional¹²⁰. A dichos órganos les corresponde, respectivamente, el conocimiento y fallo de todos aquellos asuntos en los que se impute a uno o más menores alguno de los delitos relacionados con la actividad terrorista, previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, y los recursos contra dichas resoluciones.

El objeto del presente apartado se ciñe al análisis de los requisitos de especialización que se exigen a los titulares de los juzgados de menores. No se analizarán, en consecuencia, ni las funciones de los jueces de menores ni otros aspectos, como la competencia de los mismos, cuya importancia es indudable, pero que desbordarían el marco del trabajo. Es por ello que, en los siguientes epígrafes, todas las referencias a los jueces de menores deben entenderse alusivas también al Juez Central de Menores; correlativamente, todas las consideraciones acerca de las Audiencias Provinciales, son válidas para la Sala Penal de la Audiencia Nacional, con algunas salvedades que, en su momento, se pondrán de manifiesto.

Sentado lo anterior, caben unas breves reflexiones sobre la remisión de los menores a quienes se imputan delitos de naturaleza terrorista a la Audiencia Nacional. En el capítulo anterior se ha abordado sucintamente la materia, si bien desde el punto de vista del derecho sustantivo. Desde la óptica del derecho procesal proceden, a nuestro juicio, unas breves consideraciones desde el prisma del interés superior de los menores.

El núcleo del asunto estriba, principalmente, en el distanciamiento del menor con respecto a su entorno familiar y social que conlleva la atribución de competencias a la Audiencia Nacional, y no tanto, según nuestro modo de ver, en la atribución competencial a unos órganos especiales. En otras palabras: es necesario determinar si el interés del menor es o no compatible con su enjuiciamiento —y eventual cumplimiento de las medidas sancionadoras-educativas— en un entorno distinto y geográficamente lejano, y no tanto cuestionar la validez de la creación de un Juzgado Central de Menores y la

¹²⁰ Cfr. Artículo Tercero de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre.

correlativa atribución de competencias en materia de recursos a la Sala Penal de la Audiencia Nacional.

A título de mero inciso, parece oportuno señalar que en la LORPM el criterio general de competencia se determina a partir del criterio conocido como *forum commissii delicti*, es decir, el del lugar de comisión de los hechos (artículo 2.3). Sólo en caso de delitos conexos atribuidos a un mismo menor y cometidos en distintos territorios se aplica el criterio del domicilio del menor (artículo 20.3). En fase de ejecución de las medidas, por el contrario, si éstas son de internamiento, sólo el interés del menor puede determinar que se cumplan en un centro alejado de su entorno. De no ser así, el internamiento de los menores deberá efectuarse en el centro más próximo a su domicilio. La adopción de los criterios referidos no ha sido objeto de mención alguna en la Exposición de Motivos de la LORPM, ni constituyó materia de debate en la tramitación parlamentaria de la misma¹²¹.

En cambio, la atribución de competencias en materia de menores a la Audiencia Nacional se justifica, en el preámbulo de la L.O. 7/2000, en los siguientes términos:

«No se trata, en consecuencia, de excepcionar de la aplicación de la Ley 5/2000 a estos menores, ni tampoco de aplazar o graduar la entrada en vigor de la misma, prevista para el próximo 13 de enero de 2001, sino de establecer las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad manteniendo sin excepción todas las garantías procesales que, para los menores, ha establecido la Ley 5/2000, y para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras, especialmente valiosas y complejas respecto de conductas que ponen radicalmente en cuestión los valores más elementales de la convivencia, pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos

¹²¹ Ninguna de las enmiendas presentadas al artículo 2 del, a la sazón, proyecto de LORPM apuntaba a la modificación del criterio general de competencia. *Vid.* «BOCG. Congreso de los Diputados» Serie A, núm 144-10, de 16 de marzo de 1999; «BOCG. Senado», Serie II, núm. 165-b, de 2 de diciembre de 1999).

especializados, y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador.

A ello responden la articulación en la Audiencia Nacional de un Juez Central de Menores (...).»

Nótese, en primer lugar, que en ningún momento del pasaje transcrito se alude al interés de los menores como determinante de la adopción de estas rigurosas medidas. Obsérvese asimismo, como se alude a las medidas como «rehabilitadoras», ignorando la naturaleza sancionadora educativa que les atribuye la LORPM.

A la luz de lo expuesto, ¿puede afirmarse tajantemente que lo dispuesto en la L.O. 7/2000 colisiona con el interés de los menores? La respuesta a esta cuestión, exige retomar lo expuesto en relación con el concepto «interés de los menores».

En primer lugar es preciso analizar la cuestión desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En este sentido, tanto la atribución de competencias al Juzgado Central de Menores —y por extensión, a la Audiencia Nacional— como la ejecución de eventuales medidas lejos del entorno familiar del menor, no presentan, en nuestra opinión, tachas de inconstitucionalidad, si bien por motivos distintos.

En lo que a la competencia se refiere, el Tribunal Constitucional aclaró en su momento que la existencia de la Audiencia Nacional, y la atribución a la misma del conocimiento y fallo, entre otros, de los delitos relacionados con el terrorismo, no son contrarios al derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley¹²². Es posible trasladar las consideraciones del Alto Tribunal en relación con el proceso penal de adultos a las previsiones de la Ley 7/2000 y, en consecuencia, colegir que este aspecto se compeadece con el interés de los menores.

¹²² Cfr. STC 199/1987 (Pleno), de 16 de diciembre. Ponente: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. (B.O.E. de 8/1/1988)

En relación con el cumplimiento de medidas lejos del entorno habitual, resulta difícil sostener que el menor tenga reconocido, ni en la Constitución ni en la CDN un derecho específico a cumplir las medidas en su entorno. Desde ese punto de vista, no habría contradicción con el interés del menor. Enfocar la cuestión tomando como premisa el «superior» interés del menor, teniendo en cuenta lo anterior, tampoco sería válido en la medida en que no cabría hablar de un verdadero «conflicto» de intereses.

En un sentido distinto cabría argumentar que sí que deriva del interés de los menores su educación en los valores básicos de la convivencia; aceptada esa premisa, podría sostenerse que si lo que realmente es incompatible con dicha educación es la influencia que el menor recibe de su entorno, puede justificarse su separación a favor, precisamente de su superior interés.

1.2. Especialización del Juez de Menores.

1.2.1. El Juez de Menores en la historia.

No es aventurado afirmar que el proceso de menores vigente constituye, en gran medida, una réplica a la configuración histórica de la figura del Juez de Menores.

En este sentido, resulta paradigmática la Ley Orgánica 4/1992, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (a la que, en adelante nos referiremos como L.O. 4/1992)¹²³, antecedente inmediato de la LORPM, cuyo origen radica, como es sabido, en la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 (en adelante LTTM)¹²⁴. Dichos preceptos versaban, en suma, sobre las facultades atribuidas a los jueces de menores, estableciendo un proceso de carácter netamente inquisitivo y, en consecuencia, incompatible con la Constitución.

¹²³ Ley 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. (B.O.E. núm. 150, de 11 de junio de 1992).

¹²⁴ Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la legislación en materia de Tribunales Tutelares de Menores.

Lo expuesto podría inducir a calibrar la necesidad de una aproximación histórica a la figura del Juez de Menores, y, en fin, a concluir que el esfuerzo es necesariamente baldío. Ocurre, sin embargo, que históricamente la figura del Juez de Menores se ha caracterizado —por motivos distintos y bajo distintas fórmulas— por ser un órgano especializado. Esta nota justifica, a nuestro parecer, una pincelada histórica, cuyo objetivo no es otro que rescatar el valor de la figura del Juez de Menores, más allá de la concreta ideología que en cada momento histórico subyaciera en las normas jurídicas.

Tradicionalmente se ha venido considerando que el «*Pare d'Òrfens*», en Valencia, y los «Toribios», en Sevilla, constituyen los primeros antecedentes remotos de los Tribunales de menores en España ¹²⁵.

El «*Pare d'Òrfens*» (Padre de Huérfanos) fue instituido, en 1337, por Pedro IV de Aragón y III de Valencia. Compatibilizaba funciones de carácter asistencial y de carácter represivo, pudiendo adoptar —puesto que estaba revestido de jurisdicción— las previsiones que estimase necesarias. Esta institución se extendió a diversas ciudades de Castilla y de Navarra, hasta que fue suprimida por Carlos IV en 1793.

Los «Toribios» (institución de carácter privado, fundada en 1725 por el Hermano Toribio de Velasco, religioso de la Congregación de la Orden III de San Francisco), regentaban una casa para niños delincuentes, díscolos y abandonados. Se sitúa el inicio de su decadencia en 1834, cuando la institución se transformó en un centro de formación artesana. Como puede apreciarse, seguramente su coexistencia con la institución valenciana es el principal argumento sobre el que se sostiene su carácter de antecedente de los tribunales para menores. Se trata de una institución de carácter benéfico o tutelar, lo que seguramente permitiría considerarla como el precedente de las muchas que, con estos fines, se crearon bajo el reinado de Carlos III.

¹²⁵ Vid. BENITO ALONSO, F. "Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma" en «La Ley», núm. 5308, 2001.

El «*Pare d'Òrfens*», por su parte, además de los cometidos de carácter asistencial, ejercía, como se ha señalado, funciones de carácter represivo, aunque no parece que dispusiera, en este aspecto, de capacidad jurisdiccional plena¹²⁶. Entre sus facultades destaca la posibilidad de someter a los vagabundos y delincuentes a penas de azotes o de destierro¹²⁷. Sin embargo, si el «*Pare d'Òrfens*» prendía a un delincuente —*así en flagrancia como sin ella*— debía llevarlo a la cárcel para que se le hiciera justicia según «sus procesos estatutarios o forales»¹²⁸.

En lo que por ahora interesa, el carácter más sobresaliente de la institución es que el cargo de «*Pare d'Òrfens*», exigía reunir una serie de condiciones muy parecidas, como más adelante se pondrá de manifiesto, a las exigidas a los miembros de los Tribunales Tutelares de Menores. Así, el oficio de «*Pare d'Òrfens*», sólo podía encomendarse a quienes, además de ser personas respetables, casadas y de notoria solvencia moral, tuvieran gran celo en la salvación de la juventud.

Es innegable que el carácter tutelar de éstas y otras instituciones con parecidos fines ha sido la nota dominante a lo largo de la historia, de manera que los antecedentes modernos de la figura del Juez de Menores surgen, precisamente, a raíz de concepciones tuitivas o protectoras, que se enfrentan a la singular dureza con que los sistemas penales se aplican a los niños.

En la era moderna, el origen de los tribunales específicos para menores se sitúa en Chicago, el año 1899¹²⁹. Gracias al impulso de diversas

¹²⁶ Cfr. CANTARERO BANDRÉS, R. *Delincuencia Juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*. Montecorvo, Madrid, 1988. Págs. 42 a 48.

¹²⁷ Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C. *El menor infractor ante la ley penal*. Comares, Granada, 1993.

¹²⁸ Cfr. CANTARERO BANDRÉS, R. *Delincuencia Juvenil...*Cit. Pág. 47. Tanto CANTARERO como RÍOS MARTÍN citan la obra de SOLANO Y POLANCO, J. *Tribunales para niños*. Madrid, 1920.

¹²⁹ El tribunal de menores de Chicago es una referencia obligada, un lugar común a la hora de situar el nacimiento de la figura del Juez de Menores. Los antecedentes remotos de esta institución, probablemente se sitúan en el antiguo *Chancery Court* del derecho inglés. Según CUELLO CALÓN, en el *Common Law*, se considera que la Corona es el *parens patriae*, lo que significaba que el estado —mediante los tribunales de equidad— debía asumir la protección de todos los menores de su reino. Destaca de la *Court of Chancery* que se inspira

instituciones y, principalmente, a la iniciativa privada, el 1 de julio del mismo año entró en vigor un procedimiento especial para el enjuiciamiento de menores delincuentes¹³⁰.

En España, a lo largo del siglo XIX proliferan normas e instituciones relativas a los menores, si bien principalmente de carácter exclusivamente tutelar.

Ya en el siglo XX, concretamente el año 1904, se crea en Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mecedidad. Dicho Consejo aprobó en 1909 una ponencia con el objeto de conseguir que en España se implantasen los Tribunales especiales para menores, que se considera una muestra de la creciente inquietud a favor de la especialización del procedimiento judicial y del establecimiento de unos jueces exclusivos para niños.

A partir de este momento empieza una vorágine de proyectos y ponencias para implantar los Tribunales para niños¹³¹, que cristalizaron en el año 1918, primero en una Ley de Bases y después en un Decreto Ley sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales para Niños¹³².

Con algunas variantes, tanto la norma de 1918 como las iniciativas que la antecedieron apuestan por la judicialización del tribunal, aunque, en realidad,

en un sentido de suavidad y tutela, no en un espíritu de rigidez y castigo. [Vid. CUELLO CALÓN, E. *Criminalidad infantil y juvenil*. Bosch, Barcelona, 1934. Pág. 106].

¹³⁰ Según CUELLO CALÓN, el Tribunal de Chicago reunía las principales características del Tribunal juvenil: la especialización del local de las audiencias, limitación de la publicidad de éstas, el sistema de prueba o de libertad vigilada y el espíritu de protección o tutela. Vid. CUELLO CALÓN, E. *Criminalidad...* Cit. Pág. 108.

¹³¹ En 1912, siendo Ministro de Gracia y Justicia ARIAS DE MIRANDA; en 1914, MONTERO VILLEGAS presentó una ponencia en el Congreso Nacional de Protección a la Infancia; en 1915 aparece un nuevo proyecto conocido como el de BURGOS. Finalmente, en 1917, se presenta, siendo Ministro ALVARADO Y DEL SANZ, un nuevo proyecto de ley al que ya seguirá el impulsado por MONTERO RÍOS en 1918.

¹³² Los Tribunales, de ámbito provincial, estaban compuestos por un Presidente, un Vicepresidente, dos Vocales propietarios y dos suplentes. El Presidente y el Vicepresidente, eran nombrados por el Ministro de Justicia, a propuesta de la Comisión Directiva de los Tribunales Tutelares de Menores. Los Vocales propietarios y los suplentes eran designados por las respectivas Juntas Provinciales de Protección a la Infancia.

los miembros del mismo no pertenecen a la carrera judicial¹³³. Se consigue, por una parte, apartar a los menores del proceso criminal, y por otra, correlativamente, someterles a un procedimiento paternalista en el que las garantías procesales son sustituidas, en ocasiones, por la arbitrariedad.

El primer Tribunal para Niños se establece en Bilbao, el año 1920. A éste siguieron otros en los años posteriores, hasta lograr la cobertura de todo el territorio estatal. Los miembros del Tribunal, como ya se ha señalado, no pertenecían a la carrera judicial, sino que eran profesionales del derecho cuya edad, conducta social y demás circunstancias los convirtieran en adecuados.

La necesidad de que los miembros de los tribunales de menores perteneciesen a la carrera judicial no fue una cuestión relevante para la doctrina de la época. Otras cuestiones, tales como la necesidad de órganos colegiados o unipersonales, o la intervención de las mujeres en dichos tribunales, suscitaban mayor interés¹³⁴.

Hasta la aprobación, en 1948, del texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, se designaba como miembros de dichos tribunales a quienes, además de reunir las condiciones personales y morales adecuadas, por «sus condiciones de actuación social o por sus conocimientos profesionales» se hallasen «más indicados para el desempeño de la función tuitiva que se les encomendaba». Debe tenerse presente que hasta 1948, los cargos de los Tribunales de Menores no eran retribuidos, aunque sí compatibles con cualquier otro cargo y con el ejercicio de cualquier profesión o industria¹³⁵.

¹³³ Debe precisarse, sin embargo, que la ponencia presentada a las Cortes contemplaba que el cargo de Juez de Menores fuese desempeñado por los Jueces de primera instancia. Dicha previsión se contempló en la Ley de Bases, aunque, finalmente, el articulado dispuso que el cargo de presidente del Tribunal podía ser desempeñado por personas extrañas a la carrera judicial. [Vid. Ley de Bases y Texto articulado en ROCA, T. *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Madrid, 1968]

¹³⁴ En este sentido es especialmente ilustrativa la monografía de CUELLO CALÓN: *Criminalidad...* Cit. Págs. 105 a 144.

¹³⁵ Cfr. Artículo 3 del Decreto-ley de 3 de febrero de 1929 sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares de menores.

A partir de 1948, se exige a los miembros de los tribunales de menores la licenciatura en derecho, requisito que se suma a los ya mencionados, relativos al perfil social y personal de los miembros así como a la adecuación de sus conocimientos técnicos. El cargo continúa siendo, sin embargo, gratuito y compatible con el ejercicio de cualquier otro cargo o profesión, e incluso, si el Consejo Superior de Protección de Menores lo autorizaba, con el ejercicio de funciones judiciales en otras jurisdicciones.

El texto refundido de 1948 estuvo parcialmente vigente, como es sabido, hasta la entrada en vigor de la LORPM, si bien sus aspectos esenciales fueron modificados con anterioridad. Entre estos, el relativo a la composición de los tribunales fue el que más tempranamente se adaptó a las disposiciones de la Constitución.

Los Tribunales Tutelares de Menores fueron servidos por personas no integradas en la carrera judicial hasta que la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, puso fin a esta situación, integrando los Juzgados de Menores en el orden jurisdiccional penal. Complementariamente, la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, previó la creación de setenta Juzgados de Menores, aunque se mantuvo algún Tribunal Tutelar, que debía cesar en sus funciones a medida que se implantaran en el territorio de su jurisdicción los Juzgados de Menores.

A partir de dicho momento, los Juzgados de Menores pasan a ser servidos por miembros de la Carrera Judicial, con categoría de Jueces o de Magistrados. La provisión de dichos juzgados se hace mediante concurso, que se resuelve a favor de quienes acrediten la especialización correspondiente en el Centro de Estudios Judiciales y tengan mejor puesto en el escalafón. En su defecto, a favor de los Jueces o Magistrados con mejor puesto en el escalafón¹³⁶.

1.2.2. Requisitos de especialización de los Jueces de menores.

A pesar de que la LORPM utiliza casi exclusivamente el término «jueces»¹³⁷, los titulares de los Juzgados de Menores deben ostentar la categoría de Magistrado y pertenecer necesariamente a la Carrera Judicial (Disposición final. 3ª.2 LORPM).

En ningún caso las vacantes que puedan producirse en los Juzgados de Menores podrán ser cubiertas ni por miembros de la Carrera Judicial que ostenten la categoría de Juez ni personal juzgador no perteneciente a la Carrera Judicial (jueces sustitutos¹³⁸, magistrados suplentes¹³⁹ o jueces en régimen de provisión temporal¹⁴⁰).

Lo establecido en la Disposición final citada supone una sustancial modificación de la regulación anterior, en la que el único requisito —suficiente, aunque no siempre necesario— exigido a los titulares de los Juzgados de Menores consistía en la acreditación de la especialización correspondiente¹⁴¹.

Es preciso apuntar que el nuevo régimen de provisión de los Juzgados de Menores se esboza a partir de lo dispuesto en la LORPM y se perfila más nítidamente con ocasión de la reforma de la LOPJ operada por la L.O. 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹³⁶ Cfr. Artículo 19.3 Ley 38/1988, de Demarcación y Planta Judicial (en adelante LDyPJ).

¹³⁷ A título meramente anecdótico, merece señalarse que la única ocasión en la que se alude a los «Jueces de Menores» como Magistrados es, precisamente, en la Disposición Final Tercera, cuyo apartado segundo establece la necesidad de que los Juzgados de Menores estén servidos por Magistrados pertenecientes a la Carrera Judicial.

¹³⁸ Artículo 212 LOPJ y Reglamento 1/1995 del Consejo General del Poder Judicial

¹³⁹ Artículos 200 y 201 LOPJ y Reglamento 1/1995 del Consejo General del Poder Judicial

¹⁴⁰ Artículos 428 a 433 LOPJ y Reglamento 1/1995 del Consejo General del Poder Judicial

¹⁴¹ Cfr. Art. 19 de la LDyPJ (Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial [B.O.E. núm. 313, de 30 de diciembre]), en relación con el artículo 328 LOPJ. El

El procedimiento que debe seguirse para cubrir las plazas vacantes en los Juzgados de Menores, por su parte, ha sido asimismo objeto de regulación, primeramente en la LORPM —aunque de forma más bien insatisfactoria— y posteriormente —y con más acierto— en la Ley Orgánica 9/2000.

La Disposición final tercera de la LORPM dispone, en su apartado segundo, que los Jueces de Menores que en el momento de su entrada en vigor ostentaban la categoría de Juez debían cesar en dicho cargo¹⁴²; las plazas que quedasen vacantes por dicho motivo serían cubiertas por concurso ordinario entre Magistrados.

Esta disposición se explica a partir la preferencia por aquellos integrantes de la carrera judicial con mejor puesto en el escalafón, y en consecuencia, con mayor experiencia. Sin embargo, como puede apreciarse fácilmente, su aplicación hubiera podido comportar que Jueces con experiencia en la jurisdicción de menores (e incluso con la especialización pertinente) se vieran sustituidos por Magistrados en quienes no concurrían ni una ni otra características. Resulta difícil, a nuestro juicio, justificar que la categoría deba primar ante la especialización o ante la experiencia.

La Ley Orgánica 9/2000 atemperó la situación descrita por medio de una modificación del artículo 329 de la LOPJ. En adelante, la provisión de los destinos en los Juzgados de Menores se resolverá, atendiendo a la situación que ostenten en el escalafón, a favor de aquellos Magistrados que acrediten la especialización correspondiente en la Escuela Judicial. En defecto de estos, las vacantes serán cubiertas por Magistrados que hayan prestado al menos tres años de servicio (dentro de los cinco anteriores a la fecha de la convocatoria) en la jurisdicción de menores.

Sólo a falta de éstos se dispone que las vacantes serán cubiertas por orden de antigüedad en el escalafón, entre Magistrados. En cualquier caso,

artículo 19 de la LDyPJ debe entenderse derogado en virtud de lo dispuesto en la Disposición final quinta de la LORPM —en la que se contiene una cláusula derogatoria—.

¹⁴² Quedando en su caso en la situación de adscripción regulada en el artículo 118.2 LOPJ.

antes de tomar posesión, los Magistrados deberán participar en las actividades de especialización en materia de menores que establezca el Consejo General del Poder Judicial.

La determinación del contenido concreto de los cursos de especialización, no atañe ya al ámbito legislativo sino que pertenece a la potestad reglamentaria de la que, en esta materia, está dotado el Consejo General del Poder Judicial¹⁴³.

Sin ahondar excesivamente en el contenido concreto de los cursos de especialización en menores, merece señalarse que amén de las materias de naturaleza jurídica —entre las que figura, por ejemplo, la legislación autonómica relativa a los menores— se imparten materias tales como Sociología, Criminología, Psicología Clínica y Evolutiva o Pedagogía de la delincuencia juvenil¹⁴⁴.

1.3. La ausencia de especialización en los órganos de Segunda Instancia y de Casación.

1.3.1. El derecho a los recursos en el proceso de menores.

Es sabido que el derecho a los recursos se infiere del primer apartado del artículo 24 de la Constitución en el que se reconoce a todos el derecho a la tutela judicial efectiva. La doctrina del Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la configuración del sistema de recursos, así como de sus requisitos y presupuestos, corresponde al legislador, en quien recae asimismo la decisión de establecer o no recursos¹⁴⁵.

¹⁴³ Una exposición profusa sobre el contenido de los cursos de especialización organizados por el CGPJ en MARTÍN SÁNCHEZ, A. “El Juez de Menores en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000, págs. 81 a 106.

¹⁴⁴ *Ibidem*. Se citan en el texto algunas de las materias que integran los cursos de especialización a efectos de comparar el contenido de los mismos con el de los que se imparten a otros operadores jurídicos asimismo implicados en el proceso de menores.

¹⁴⁵ *Vid.* ARMENTA DEU, T. “El derecho a los recursos: su configuración constitucional” en «Revista General de Derecho», Núms. 598-599, 1994.

En materia penal, sin embargo, el derecho a los recursos adquiere una dimensión singular en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, a tenor del cual:

«Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito en la Ley».

En términos muy parecidos se expresa el artículo 40.2.b.v de la Convención de los derechos del Niño:

«Si se considerase que (el niño) ha infringido, en efecto, las leyes penales, (se garantizará) 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»

Lo dispuesto en el PDCyP, empero, no ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como un mandamiento en virtud del cual deban establecerse recursos *ex novo*. Dicho de otra forma, el Alto Tribunal ha reiterado que el artículo 14.5 del referido pacto no es bastante para crear recursos inexistentes. Asimismo, se ha sostenido que el referido precepto no consagra un derecho a la doble instancia sino, simplemente, a que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal Superior «conforme a lo prescrito en la Ley».

Ello no obsta, por supuesto, a que el legislador, en uso de las facultades que se le reconocen, pueda establecer los recursos o remedios que estime más convenientes o precisos para la vertebración de un proceso determinado.

Tal es el caso de la LORPM, en la que las exigencias de los instrumentos internacionales citados se satisfacen mediante la previsión de un recurso ordinario de apelación, y se colman con el establecimiento de un recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina, cuyos conocimiento y fallo se atribuyen a las Audiencias (provinciales o Nacional) y a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, respectivamente.

En lo que al objeto del presente apartado concierne, es preciso destacar que ni en el caso de las Secciones de las correspondientes Audiencias, ni en el

de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se contempla la especialización de sus miembros, ni como requisito ni aun como mérito.

En lo que al órgano de apelación se refiere, merece destacarse que la inexigencia de especialización no es fruto de la imprevisión del legislador originario de la LORPM sino que se debe a la reforma operada por la L.O. 9/2000, en la que se modifican la LOPJ y la propia LORPM para trasladar el conocimiento y fallo de los recursos de apelación desde los Tribunales Superiores de Justicia hacia las Audiencias Provinciales.

En su redacción originaria, la LORPM contemplaba la creación de Salas de Menores en el seno de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Dichas Salas, a quienes se atribuía el conocimiento y fallo de los recursos de apelación, debían estar formadas, preferentemente, por magistrados especialistas. Esta previsión requería la pertinente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los términos de la Disposición final segunda de la LORPM.

La creación de Salas de Menores en los Tribunales Superiores de Justicia fue objetada tempranamente por el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, que aconsejó mantener la competencia de las Audiencias Provinciales, con un argumento a primera vista suficientemente sólido: evitar posibles contradicciones entre las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en los procesos de adultos y las dictadas por las Salas de menores de los TSJ en procesos de menores por hechos idénticos. Correlativamente, el CGPJ estimaba necesaria la presencia de Magistrados especialistas en el órgano de segunda instancia¹⁴⁶.

La aprobación de la L.O. 9/2000 truncó la creación de las Salas de menores en los TSJ, ya que por medio de su Disposición adicional segunda¹⁴⁷

¹⁴⁶ Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. "Informe al anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores", Madrid, 12/11/1997.

¹⁴⁷ La Disposición adicional segunda reza: «Todas las referencias a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia contenidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, deben entenderse realizadas a las Audiencias Provinciales.»

—y sin modificación, en este concreto aspecto, de la LOPJ¹⁴⁸— devolvió el conocimiento y fallo de los recursos de apelación contra las resoluciones de los Jueces de menores a las Audiencias Provinciales¹⁴⁹.

1.3.2. ¿Es aceptable que los titulares de los órganos de segunda instancia y de casación no deban tener especialización?

Los motivos que finalmente inclinaron al legislador a favor de la distribución competencial expuesta son insondables¹⁵⁰. Pero lo cierto es que la especialización del órgano de apelación es una necesidad incuestionable¹⁵¹, que hubiera debido satisfacerse en la L.O. 9/2000, mediante la oportuna modificación del artículo 330 de la LOPJ¹⁵².

El recurso de apelación previsto en el artículo 41.1 de la LORPM, es un medio de impugnación calificable de ordinario¹⁵³. Ello significa que el recurso

¹⁴⁸ Sí, en cambio, de la LORPM: el artículo 6 de la L.O. 9/2000, rubricado «Atribuciones de las Audiencias Provinciales», contempla una modificación del artículo 41, apartados 1 y 3 de la LORPM. La única reforma que en realidad se introduce, es la sustitución de los términos «Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia», por «Audiencias Provinciales». Dicha alteración, como puede apreciarse, es superflua a la luz de lo establecido en la Disposición adicional segunda anteriormente citada.

¹⁴⁹ Merece destacarse que en idéntica fecha (22 de diciembre) fue aprobada la L.O. 7/2000, de modificación del CP y de la LORPM en materia de terrorismo, que contenía, a su vez, la creación del Juzgado Central de Menores y la atribución de competencias en materia de derecho penal de menores a la Audiencia Nacional.

¹⁵⁰ A título de mera hipótesis, podría pensarse en motivos de índole económica, dado el coste que podría suponer la creación de nuevas Salas de Menores en los Tribunales Superiores de Justicia. Lo cierto es que de la Exposición de Motivos de la L.O. 9/2000 la atribución a las Audiencias Provinciales tan sólo se menciona como una más de las medidas a adoptar con carácter urgente para la agilización de la Administración de Justicia.

¹⁵¹ Sin afán de exhaustividad, *Vid.* PÉREZ MARTELL, R. «El recurso de apelación regulado en el art. 41 de la LORPM: problemas prácticos» en «Aranzadi TSJyAP», 15-2001;

¹⁵² Cabe señalar que el artículo Segundo de la L.O. 9/2000 adiciona un nuevo apartado 4 al artículo 330, si bien referido a la «optimización de las tareas jurisdiccionales en los Tribunales Superiores de Justicia». El artículo 330 LOPJ, por su parte, regula la provisión de plazas en los Tribunales Superiores de Justicia y en las Audiencias. Contempla la reserva de plazas, en el ámbito social y contencioso-administrativo, para Magistrados especialistas.

¹⁵³ A tenor de lo establecido en la Disposición final primera de la LORPM, el recurso de apelación se regirá por lo dispuesto en el artículo 795 de la LECrim para el recurso de apelación en el procedimiento abreviado.

permite, en realidad, un segundo enjuiciamiento de la cuestión litigiosa por parte del órgano superior¹⁵⁴.

De ahí que la imprevisión del legislador en este sentido pueda considerarse inaceptable y que, en consecuencia, no sea aventurado proponer de *lege ferenda* una reforma de naturaleza orgánica que satisfaga, cuando menos, una de las dos siguientes condiciones: a) que en las respectivas Audiencias se creen secciones de menores integradas por magistrados especialistas; b) que en cada Audiencia corresponda el conocimiento y fallo de los recursos en materia de menores a una misma sección de la que forme parte, como mínimo, un Magistrado especialista en menores¹⁵⁵.

Lo contrario supone un flagrante incumplimiento de lo establecido en el artículo 40.3 de la CDN, a la par que el riesgo de que las resoluciones judiciales relativas a los menores infractores tengan un fundamento distinto en función de si se adoptan en primera instancia (por un sujeto especializado) o en segunda instancia (por un órgano carente de especialización).

Si se pretende que el interés del menor sea el principal elemento a tomar en consideración a lo largo de todo el proceso, no se puede pretender que la fase de recursos se desarrolle ante un órgano al que no se exigen conocimientos relativos a tal extremo. El argumento esgrimido en su día por el Consejo General del Poder Judicial, al que antes se aludía, no puede sostenerse a la luz del interés del menor. O por mejor expresarlo, aunque es cierto que la disparidad jurisprudencial no es aceptable en aras a la necesaria seguridad jurídica, sí que podría llegar a serlo ante la preeminencia del interés del menor.

¹⁵⁴ Vid. CALDERÓN CUADRADO, M^a P. *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*. Comares, Granada, 1996; GÓMEZ COLOMER, J.L. "Trazos de la mal llamada segunda instancia penal" en «Poder Judicial», núm. 49, págs. 429 ss.

¹⁵⁵ En su trabajo relativo a los derechos procesales de los menores en el ámbito del proceso civil GUZMÁN FLUJÁ y CASTILLEJOS MANZANARES abogan por la especialización de los órganos a quienes corresponda el conocimiento de asuntos relacionados con menores y con el derecho de familia. Cfr. GUZMÁN FLUJÁ, V.C. y CASTILLEJOS MANZANARES, R. *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000. Págs. 35 y 36. Dichos autores reflexionan, asimismo, sobre la

Por lo que se refiere al novedoso recurso de casación para unificación de doctrina, previsto en el artículo 42 de la LORPM, la cuestión discurre por otros cauces.

El órgano competente para el conocimiento y la resolución de dicho recurso es la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuya composición, a pesar de lo previsto en la Disposición final segunda de la LORPM, no se ha visto modificada por la L.O. 9/2000. El ámbito del recurso se limita a aquellas sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales en las que se haya impuesto a un mayor de dieciséis años alguna de las medidas previstas en las reglas 4ª y 5ª del artículo 9 de la LORPM. El único motivo en el que el recurso puede fundarse consiste en la contradicción de la sentencia impugnada con otras sentencias dictadas en apelación o con sentencias del propio Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar a pronunciamientos distintos.

El recurso de casación para unificación de doctrina plantea algunos problemas especialmente significativos, que sin embargo no han despertado, por el momento, un interés excesivo por parte de la doctrina¹⁵⁶. En lo concerniente al objeto del presente trabajo, hay que destacar que el motivo del recurso es la contradicción jurisprudencial —entre sentencias dictadas por las Audiencias o con las sentencias dictadas por la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo—, relativa a «hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos».

posibilidad de que todos los asuntos relativos a menores (tanto de naturaleza civil como penal) puedan ser resueltos por un solo órgano judicial especializado. (págs.33 a 35).

¹⁵⁶ Apuntan algunos de los problemas SENÉS MOTILLA, C. “Consideraciones sobre el nuevo proceso penal de menores (L.O. 5/2000), Diputación de Málaga, 2001; ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R. *Derecho penal de menores*. Bosch, Barcelona, 2001. Págs. 369 a 376.

De las críticas formuladas al respecto, hasta el momento, las más aceradas provienen de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, quien en su informe preceptivo al Anteproyecto de Ley Orgánica propugnó abiertamente la supresión del recurso de casación, principalmente por considerarlo «difícilmente coherente con la materia de menores, que por definición es flexible y está necesitada de respuestas individualizadas».

Antes de entrar a valorar si la no adecuación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se compadece o no con las exigencias del interés del menor, es preciso señalar la rareza que supone que en dos menores puedan concurrir «circunstancias sustancialmente iguales»¹⁵⁷. Téngase en cuenta, además, que deberán coincidir, asimismo, los hechos en los que se funde la condena.

Admitida, sin embargo, tal posibilidad, cabe plantear la necesidad de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se dote de una Sección de Menores compuesta por magistrados especialistas en la materia. Esta consideración se fundamenta en la necesaria valoración, para la resolución del recurso, del interés del menor (de los menores en idénticas circunstancias).

A la anterior justificación debe añadirse, además, un dato de singular importancia: a partir de la L.O. 9/2000 se atribuye la competencia para el recurso de apelación a las Audiencias, lo que significa que se pasa de diecisiete posibles fuentes de jurisprudencia contradictoria a un número mucho más considerable, de modo que la entidad cuantitativa del recurso, aún siendo limitadas las resoluciones susceptibles del mismo, puede llegar a colapsar el órgano de casación.

Finalmente, no puede perderse de vista que, dado que la preparación del recurso puede suspender la ejecución de la sentencia impugnada [artículo 861.bis.a) LECrim], sería cuando menos deseable que tales recursos gocen de una tramitación preferente¹⁵⁸.

En suma: la especialización del órgano de casación es una necesidad incontestable tanto a la luz del interés del menor, cuanto a la vista de un alud de recursos —necesitados de resoluciones prontas— que parece inevitable. El recurso de casación está destinado a determinar, en última instancia, el

¹⁵⁷ En este sentido DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal del menor*. Ediciones Revista General de Derecho, Madrid, 2000. Págs. 228 y 229.

¹⁵⁸ La tramitación preferente del recurso de casación fue propuesta en su momento por el Diputado del Grupo Parlamentario Mixto, Sr. VÁZQUEZ VÁZQUEZ, aunque, como es obvio, la enmienda no prosperó. [*Vid.* «BOCG. Congreso de los Diputados», núm. 144-10. Pág.202]

contenido del interés de los menores y para tal cometido, como ya se ha expuesto, es imprescindible una formación especializada.

De modo que la solución más plausible pasa por la creación de una Sección de menores en la Sala segunda del Tribunal Supremo, para lo que es precisa la pertinente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En su defecto, sería admisible, aunque también precisaría de una reforma legislativa, la integración, en dicha Sala Segunda, de magistrados especialistas en menores, en los términos ya expuestos al referirnos a las Audiencias.

2. LOS FISCALES.

2.1. El Fiscal en el proceso de menores: de la ausencia a la omnipresencia.

Si hubiera que señalar cuál es la característica del proceso de menores que mejor permite distinguirlo de los procesos penales de adultos esta sería, sin lugar a dudas, la preeminencia que en dicho proceso se otorga al Ministerio Fiscal¹⁵⁹.

Efectivamente, el Ministerio Fiscal asume, por una parte, la dirección de la fase de investigación; por otra parte, ejerce la acusación en régimen de monopolio, y, finalmente, es el encargado de velar por los derechos que asisten al menor. A todo ello debe añadirse, además, la posibilidad de actuar, en determinados supuestos, aplicando el principio de oportunidad.

En el seno del propio proceso de menores, no obstante, la presencia del Ministerio Fiscal es relativamente novedosa: data, concretamente, de la L.O. 4/1992, en la que se contempla por primera vez en el ordenamiento jurídico español la figura del Fiscal instructor.

¹⁵⁹ Según PÉREZ MARTELL «la LORPM ha convertido al Ministerio Fiscal *en pieza esencial* para hacer buena parte de sus innovadoras previsiones convirtiéndose en uno de los ejes de la Ley.» (PÉREZ MARTELL, R. *El proceso del Menor*. Cit. Pág. 186).

Es preciso reseñar, siquiera brevemente, la paulatina modificación de la que ha sido objeto la Fiscalía y que la ha llevado, como indica la rúbrica del presente apartado, desde la ausencia hasta la omnipresencia en el proceso penal de menores.

Para no remontar la explicación más allá de lo necesario, baste con señalar que la LTTM no contemplaba la presencia del Fiscal en los procesos de menores, principalmente por que se consideraba que en dichos procesos no debía concurrir el Ministerio Público por cuanto se trataba de un «organismo típicamente represivo (...) mientras que los Tribunales de Menores están inspirados en fines estrictos de educación y tutela. Su sentido es tan opuesto que no cabe coordinación alguna entre ambas instituciones»¹⁶⁰.

La que se ha denominado «metamorfosis» del Ministerio Fiscal¹⁶¹ —su tránsito desde la total ausencia hasta la presencia básica¹⁶²— se inicia con la STC 36/1991, de 14 de febrero, que como es sabido, declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LTTM por considerarlos incompatibles con las garantías de un proceso penal.

Fundamentalmente, la STC 36/1991, declaró incompatible con la Constitución la existencia de un proceso de corte inquisitivo en el que el órgano judicial no debía ajustarse a las normas imperantes en otros procedimientos. El vacío normativo originado por la citada Sentencia determinó la necesidad de adoptar medidas que permitieran paliar sus efectos en tanto no se aprobara la necesaria Ley.

Inmediatamente después de la publicación de la resolución del Tribunal Constitucional, la Fiscalía General del Estado remitió un Oficio a todas las Fiscalías en el que se comunicaba que dicho órgano estaba elaborando una

¹⁶⁰ Cfr. CUELLO CALÓN, *Criminalidad...*Cit. Pág. 128.

¹⁶¹ Cfr. DOLZ LAGO, M.J. "El Fiscal ante la reforma de menores: radiografía de una metamorfosis paradójica" en «La Ley», 1992-2

¹⁶² *Íbidem*.

Circular que abordase la problemática de la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de reforma de menores¹⁶³.

La referida Circular nunca llegó a elaborarse, lo cual determinó a algunas fiscalías a participar activamente ante la jurisdicción de menores ejerciendo las acciones pertinentes en interés de los menores. Al socaire de estas iniciativas, casi un año después de la declaración de inconstitucionalidad de la LTTM, la Fiscalía General del Estado dictó la Instrucción 2/1992, de 13 de febrero, sobre la intervención de los fiscales ante la jurisdicción de menores. En dicha Instrucción, sintéticamente, se contemplaba la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos seguidos contra menores de edad 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. Para ello, los Fiscales debían intervenir en los procesos de menores e instar la adopción de las resoluciones judiciales más acordes con los intereses del menor y la defensa de la legalidad. 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.

Merece señalarse que cuando se dictó la Instrucción referida, el Gobierno ya había remitido a las Cortes el Proyecto de Ley de Reforma urgente de la LTTM, en el que se contemplaba la asignación al Ministerio Fiscal de funciones de investigación y delimitación de los hechos y conductas, pese a lo cual, la FGE 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».

¹⁶³ *Íbidem.*

La 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, otorgó dicha legitimación, atribuyendo al Ministerio Fiscal «la dirección de la investigación y la iniciativa procesal de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador».

Las facultades del Ministerio Fiscal en el proceso de la L.O. 4/1992 son, en lo fundamental, idénticas a las que se contemplan en la LORPM, razón por la cual nos remitimos a los apartados que se ocuparán de las funciones del Ministerio Fiscal, tanto en el siguiente epígrafe como especialmente en posteriores apartados del trabajo.

Interesa, sin embargo, incidir en dos cuestiones: por una parte, la tendencia de política legislativa de la que la L.O. 4/1992 puede considerarse una muestra, y por otra parte, las funciones que, en relación con los menores, ha venido desarrollando el Ministerio Fiscal desde la aprobación de su Estatuto Orgánico¹⁶⁴. Una y otra, aunque seguramente no son por sí mismas determinantes de la situación actual del Ministerio Fiscal en el proceso de menores, pueden apuntar algunas de las razones que, en su día, abonaron esta decidida apuesta a favor del Fiscal instructor.

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 7/1988¹⁶⁵, 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 Fiscal.

Como es de sobra conocido, la Ley Orgánica del procedimiento abreviado tiene su origen en la STC de 12 de junio de 1988, en la que se

¹⁶⁴ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal [B.O.E. núm. 11, de 13 de enero de 1982]

¹⁶⁵ Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal [B.O.E. núm. 313, de 30 de diciembre de 1988]

declaró inconstitucional el procedimiento de la Ley 10/1980 por ser contrario al derecho fundamental al juez imparcial.

La implantación del «Fiscal instructor» podía ser la solución a los problemas de constitucionalidad que suscitaba la figura del «Juez prevenido», esto es, aquél que había realizado determinadas diligencias de investigación que podían poner en tela de juicio su imparcialidad. Cuando el Ministerio de Justicia planteó, en un anteproyecto de Ley, la atribución de la fase de investigación al Fiscal, halló una vehemente contestación por parte de algunas asociaciones de jueces y de fiscales y hubo de constatar la precariedad de la plantilla de fiscales como un grave impedimento para la instauración, en la LECrim, de la figura del Fiscal «director de la investigación»¹⁶⁶.

Un segundo anteproyecto —a partir del que finalmente se bastió la L.O. 7/1988— contemplaba un criterio «flexible», que debía permitir la cohabitación entre una instrucción dirigida por el Ministerio Fiscal y otra dirigida por el juez de Instrucción. El sistema, calificado irónicamente de «doble ventanilla», fue finalmente sustituido por el vigente, en el que la investigación del Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el número 3º del artículo 785 bis, debe cesar tan pronto se tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos¹⁶⁷.

Desde entonces, no es aventurado afirmar que la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal, o lo que no es sino la otra cara de una misma moneda: la desaparición de la figura del Juez Instructor, ha mantenido en pugna a la doctrina procesal¹⁶⁸. Hoy por hoy, en el proceso penal de adultos,

¹⁶⁶ Cfr. GIMENO SENDRA, V. (con ALMAGRO NOSETE, J.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V.), *El nuevo Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989. Págs. 94 a 98.

¹⁶⁷ Esta puntualización obedece a la modificación del artículo 785 bis de la LECrim, conocida como «enmienda Bandrés».

¹⁶⁸ Sin afán de exhaustividad, pueden citarse los siguientes trabajos: GIMENO SENDRA, V.; ALMAGRO NOSETE, J.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V. *El nuevo Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989. MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia 1997. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales, Fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. PPU, Barcelona, 1988. ARMENTA DEU, T. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. PPU, Barcelona, 1989. GÓMEZ COLOMER, J.L. "¿Hacia el futuro proceso

sigue sin ser un tema definitivamente resuelto. Buena muestra de ello es el «Pacto de Estado para la Administración de Justicia», cuya ambigüedad cuando se refiere a la cuestión que nos ocupa es suficientemente ilustrativa¹⁶⁹.

Si se intenta trasladar la cuestión al proceso de menores, cabe colegir que, como se ha afirmado en no pocas ocasiones, la singular relevancia del Ministerio Fiscal puede entenderse como una suerte de «ensayo» o «avanzadilla» de lo que, para algunos, habría de ser la fase de instrucción en los procesos penales de adultos¹⁷⁰.

Por lo que al desarrollo de la función protectora se refiere, es preciso acudir a las disposiciones de la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM)¹⁷¹. Dicha Ley desarrolla, fundamentalmente, las previsiones de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por España

penal español?" en «Boletín de información del Ministerio de Justicia», núm. 1543. El mismo: "El nuevo proceso penal abreviado" en «Poder Judicial», núm. 26. MORENO CATENA, V. "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal" en «Poder Judicial», Núm. Especial II.

¹⁶⁹ El apartado 17 del "Pacto de Estado para la Administración de Justicia", firmado en Madrid el 28 de mayo de 2000, reza lo siguiente:

«**Ley de Enjuiciamiento Criminal.**- Se elaborará una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que recoja la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que culmine el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales. La nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal abordará: (...)La tramitación de esta reforma de conjunto afrontará y resolverá para el futuro el debate sobre la investigación previa al proceso penal de los procedimientos por el Fiscal o por el Juez, que asegurará que la misma se realice en un plazo proporcionado y razonable, y todas las consecuencias y responsabilidades derivadas de la observancia del mismo, como el esfuerzo de medios personales y materiales necesarios para modificar, en su caso, con garantías el sistema actual, o el nuevo papel diferenciado del Juez como Juez de garantías, que ha de adoptar las medidas limitativas de derechos fundamentales.»

¹⁷⁰ SAINZ RUIZ, J.A. "Principio acusatorio en la fase de investigación: ¿Hacia un Fiscal instructor?" en «Revista General de Derecho», núm. 667; 2000. BERMÚDEZ REQUENA, J.M. "El Ministerio Fiscal en el nuevo modelo de instrucción" en «Actualidad Penal», 1997-2. DOLZ LAGO, M.J. "Justicia de menores: aspectos de un procedimiento en crisis ante la crisis de los procedimientos penales" en «Actualidad Penal», 1996-II.

¹⁷¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. [B.O.E. núm. 15, de 17 de enero de 1996].

Una acerada crítica, desde la perspectiva del derecho civil, en GULLÓN BALLESTEROS, A. "Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor" en «La Ley», 1-1996.

en 1989¹⁷². La figura del Ministerio Fiscal aparece reforzada en todo el texto, ampliando los cauces de actuación de dicha institución¹⁷³.

En esta línea, y sin afán de exhaustividad, merece resaltarse que se faculta al Ministerio Fiscal para que promueva las acciones oportunas para la protección de los derechos de los menores reconocidos en el Título Primero de la norma. Asimismo, en relación con las situaciones de desprotección social, el Ministerio Fiscal asume funciones de vigilancia, tanto en lo relativo a los centros de acogida de menores, cuanto en lo atinente a las instituciones contempladas en el Código Civil¹⁷⁴.

Las situaciones de riesgo o desamparo que eventualmente sufra un menor de edad deberán ser puestas en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que éste adopte o interese la adopción de las medidas necesarias para paliar tales situaciones.

Finalmente es preciso mencionar que el artículo 749 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, establece, en el marco del Título dedicado a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en qué condiciones debe intervenir el Ministerio Fiscal en la tramitación de dichos procesos.

¹⁷² GULLÓN BALLESTEROS (*Vid.* Cita anterior), considera que el título primero de la Ley «utiliza la forma de manifestación de un legislador constituyente: generalizaciones, ambigüedades por doquier, lenguaje abstracto e intemporal», llegando a afirmar que «En realidad, parece como si el que redactó la Ley 1/1996 se hubiese sentido como Dios al crear el mundo: nada existía, excepto El, antes.».

¹⁷³ Cfr. Exposición de motivos de la LOPJM.

¹⁷⁴ *Vid.* Los siguientes preceptos del Código Civil: 228, 230, 232, 263, 273 (tutela); 299 bis (representación y defensa de quien debe ser sometido a tutela); 172 a 174 (guarda y acogimiento de menores); y 175 a 180 (adopción).

2.2. Principales funciones del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores.

Las funciones del Ministerio Fiscal en el proceso de menores, que se enumeran en los artículos 6 y 23.1 de la LORPM, pueden sintetizarse en tres: protección de los derechos de los menores, instrucción del procedimiento y ejercicio de la acusación.

La protección de los derechos de los menores es una actividad enmarcada en la función de protección de los menores que se encomienda al Ministerio Fiscal en el artículo 3.7 de su Estatuto Orgánico¹⁷⁵.

En el marco de un proceso penal, sin embargo, en el que el garante máximo de los derechos y las libertades del menor es un órgano judicial, llama la atención que se encomiende al Ministerio Fiscal dicho cometido, y todavía más cuando se trata de ejercerlo de forma simultánea a las funciones de investigación y de ejercicio de la acción penal.

La función de investigación, que encuentra plasmación material en lo que la LORPM denomina «expediente», consiste fundamentalmente en la averiguación de los hechos presuntamente delictivos y de la participación del menor en los mismos. Para ello, el Ministerio Fiscal puede ordenar a la policía judicial o practicar por sí las diligencias que estime necesarias, con la excepción de aquéllas que supongan restricción de derechos fundamentales, que deberán ser acordadas por el Juez de Menores previa solicitud del propio Fiscal. Asimismo, durante la fase de investigación, el Fiscal de Menores deberá recabar un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor así como sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna medida. Dicho informe deberá ser elaborado por el

¹⁷⁵ El apartado 7 del artículo 3 del EOMF (en el que se enumeran las funciones del Ministerio Fiscal) reza:

«Asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos».

denominado «equipo técnico» o por entidades que trabajen en el ámbito de la educación y conozcan la situación del menor.

La investigación de los hechos y de las circunstancias del menor tiene como fin primordial la elaboración de un escrito de alegaciones, en el que se plasma la función acusadora. En dicho escrito deberá proponerse la medida o medidas adecuadas a los hechos y a las circunstancias expresadas en el informe sobre el menor.

Esta doble faceta ha determinado que la posición del Ministerio Fiscal en el proceso de menores se haya llegado a tachar de «esquizofrénica»¹⁷⁶. Con todo, es preciso constatar que, hasta cierto punto, ninguna de las funciones aludidas es extraña al Ministerio Fiscal¹⁷⁷.

En íntima relación con la función de ejercicio de la acción penal, aunque con manifestaciones en el ejercicio de la función investigadora, merece destacarse la introducción del denominado «principio de oportunidad», que se cifra, sucintamente, en la posibilidad de no ejercer la acción penal (solicitando el sobreseimiento de las actuaciones) e incluso de no incoar el expediente de investigación, en determinados supuestos. Estas posibilidades, que en su momento serán objeto de análisis, enlazan asimismo con la faceta protectora del Ministerio Fiscal en la LORPM por cuanto todas las decisiones que adopte —incluidas las que suponen la renuncia al ejercicio de la acción penal— deben primar el interés del menor¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Cfr. DELGADO NEVARES, L. “La fiscalía en la L.O. 5/2000. Algunas cuestiones en la instrucción del procedimiento de menores” en *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*. Arateko, Vitoria/Gasteiz, 200. Pág. 84.

¹⁷⁷ La facultad de ejercicio de la acción penal se deriva de lo establecido en el apartado 4 del artículo 3 del EOMF. La posibilidad de practicar diligencias de investigación, reconocida en el apartado 5 del mismo artículo, se desarrolla en los preceptos de la LECrim dedicados al Procedimiento abreviado, y singularmente en los artículos 781 y 785bis de dicha norma. En lo tocante a la función de protección, véase el apartado anterior.

¹⁷⁸ *Vid.* Capítulo Tercero, págs. 237 ss; Capítulo Cuarto, Págs. 350 ss.

Esta compleja amalgama de funciones, y de manera especial la relevancia de las mismas, sitúan al Ministerio Fiscal como el principal protagonista en lo que a la determinación del interés del menor se refiere.

A continuación, se analizará hasta qué punto la anterior constatación se ha tenido en cuenta en el momento de pertrechar la especialización de los fiscales.

2.3. Las Secciones de Menores de las Fiscalías y la especialización de los Fiscales.

Dos son las materias que deben abordarse en el presente apartado: de un lado, la especialización desde el prisma organizativo, que se ha materializado con la creación de Secciones de Menores en las distintas Fiscalías; de otro lado, los requisitos de formación exigibles para la adscripción de miembros del Ministerio Fiscal a dichas Secciones.

La creación de Secciones de Menores está contemplada en el apartado segundo de la Disposición Final cuarta de la LORPM, según la cual, dichas Secciones deberán crearse en todas las Fiscalías. Dicha previsión se desarrolla en el artículo 18.1 del EOMF, según la redacción dada por la Ley 12/2000, de 28 de diciembre¹⁷⁹. A tenor del precepto citado, se crean Secciones de Menores en la Fiscalía de la Audiencia Nacional, en las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y en las Fiscalías de las Audiencias Provinciales.

Las Secciones de Menores se integrarán por fiscales pertenecientes a las respectivas plantillas, en un número no inferior a dos, pero que deberá determinarse en función de las necesidades de cada Sección. Uno de los

¹⁷⁹ 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).

Fiscales adscritos podrá ser nombrado Coordinador de la Sección, con la responsabilidad de coordinar las actividades propias del servicio¹⁸⁰.

Merece destacarse que las Secciones de Menores, aunque previstas tan sólo a los efectos de la aplicación de la LORPM, pueden compartir actividades de reforma y tareas de protección¹⁸¹.

La adscripción de fiscales a las Secciones de Menores se realizará en los términos del artículo 18.1 del EOMF¹⁸², es decir, tendrán preferencia aquéllos fiscales que puedan considerarse especializados en la materia. La especialización puede haberse obtenido bien a partir de anteriores funciones desempeñadas, bien gracias a cursos impartidos o superados, o por cualquier circunstancia análoga a las anteriores.

En cualquier caso, si las necesidades del servicio así lo aconsejan, los fiscales adscritos a las Secciones de Menores, podrán actuar también en otros ámbitos o materias.

Al hilo de lo expuesto son precisas dos consideraciones. En primer lugar, constatar que la especialización de los fiscales de menores se erige tan sólo en un criterio de preferencia, suficiente pero no necesario, en las Secciones de Menores. En segundo lugar, que la formación especializada, a diferencia de lo expuesto en relación con los Jueces de Menores, carece de regulación positiva¹⁸³.

¹⁸⁰ Cfr. 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” (en adelante Instrucción 2/2000).

¹⁸¹ *Íbidem*.

¹⁸² Dicho precepto fue reformado 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.

¹⁸³ El Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, imparte periódicamente, entre muchos otros, cursos de formación especializada dirigidos a Fiscales de Menores. A título de muestra merece citarse el número I-2001 de la revista «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», en el que se recogen las ponencias de algunas de las jornadas celebradas en dicho Centro a lo largo del año 2001.

Así las cosas, es deseable que la condición de Fiscal coordinador de las respectivas Secciones de Menores recaiga en un miembro de la Carrera Fiscal que ostente la categoría de especialista¹⁸⁴.

Finalmente, es preciso apuntar que los fiscales adscritos a las Secciones de Menores deberán ser titulares, pudiéndose adscribir fiscales sustitutos a las mismas tan sólo cuando el número de éstos últimos sea muy alto, y con la autorización de la Inspección Fiscal. En ningún caso el número de fiscales sustitutos podrá ser superior a la mitad de los que efectivamente integren la Sección de Menores¹⁸⁵.

¹⁸⁴ POLO RODRÍGUEZ estima necesario que la figura del Fiscal coordinador tenga el debido reconocimiento, que debería plasmarse en su situación estatutaria y retributiva. Cfr. POLO RODRÍGUEZ, J.J. "Coordinación y actuación de las secciones de menores en las Fiscalías" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2001. Pág. 64.

¹⁸⁵ Cfr. Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2000, de 27 de diciembre. Respecto a esta cuestión, POLO RODRÍGUEZ se manifiesta de acuerdo con lo establecido en la referida Instrucción 2/2000, si bien puntualiza que entendería injustificado un tratamiento distinto respecto a otras parcelas en las que sí intervienen fiscales sustitutos. *Vid.* POLO RODRÍGUEZ, J.J. "Coordinación y actuación de las secciones de menores..." Cit. Pág. 64.

3. LOS SECRETARIOS JUDICIALES.

3.1. Planteamiento: el Secretario Judicial en el proceso de menores.

Como es sabido, los orígenes de la institución que actualmente se conoce como «Secretario Judicial» 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 discusión¹⁸⁶.

Desde sus orígenes, la función principal del Secretario Judicial ha sido la dación de la fe pública, si bien paulatinamente se le han atribuido otras funciones radicalmente distintas, aunque no por ello menos relevantes, en el marco de la Administración de Justicia. En la actualidad, dichas funciones pueden agruparse en tres categorías: a) el ejercicio de la fe pública; b) la ordenación e impulso del procedimiento y c) la dirección de la oficina judicial.

Las funciones atribuidas al Secretario Judicial no tienen naturaleza jurisdiccional, lo que no impide, sin embargo, para que algunos lo consideren como un miembro integrante del poder judicial, por su calidad de colaborador esencial y necesario de Jueces y Magistrados¹⁸⁷.

Lo cierto es que tanto las atribuciones del Secretario Judicial, cuanto sus encuadre y regulación orgánicos son objeto de una polémica que no tiene visos de concluir a corto plazo¹⁸⁸. Dicha polémica se ha avivado considerablemente

¹⁸⁶ Cfr. A.A.V.V. "Declaración conjunta de las asociaciones de Secretarios Judiciales" en «Poder Judicial», NÚM. 52. Pág. 502.

¹⁸⁷ Cfr. ROBLEDO VILAR, A. "Justicia y Secretario Judicial: notas para una definición orgánica" en «La Ley», 1994-1, pág. 1025. En contra, PEDRAZ PENALVA, E. "La nueva Secretaría Judicial" en «Poder Judicial», núm. 26, pág. 92.

¹⁸⁸ Lo que GÓMEZ ARROYO califica de «frustración y descontento, sin olvidar el desconcierto, en el que vive sumido el Cuerpo de Secretarios Judiciales», encontró su punto álgido con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). En apretadísima síntesis, las esperanzas que los Secretarios Judiciales tenían depositadas en la LEC, singularmente en cuanto a la asunción de determinadas funciones «procesales y resolutorias», se vieron finalmente frustradas. En este sentido, *Vid.* UNIÓN PROGRESISTA DE FISCALES. "Conclusiones sobre las Jornadas acerca de la Figura del Secretario Judicial", Valencia, 2001 en www.inicia.es/de/upsjvalencia (01/10/2002); <http://sapiens.ya.com/upsj> (01/10/2002). Cfr. GÓMEZ ARROYO, J.L. "Consideraciones sobre el Secretario Judicial en la Sección de Menores de la Fiscalía" en «La Ley», núm. 5270, 2001.

con ocasión de la LORPM y, especialmente, de la L.O. 9/2000, de modificación de la LOPJ, que reintroduce la figura del Secretario Judicial en la Fiscalía, más concretamente en las Secciones de Menores¹⁸⁹.

En el presente apartado, obviamente, no se pretende terciar en la polémica, pero sí en cambio abordar algunas de las cuestiones apuntadas, en la medida en que guardan relación con el objetivo general del capítulo dónde se encuadra.

Si las reformas operadas por la legislación de menores en relación con la Secretaría encuentran justificación, en última instancia, en el interés de los menores, se justifica una aproximación a la presencia del Secretario Judicial, no tanto en Juzgados de Menores —en los que el régimen de atribuciones de los secretarios judiciales ha sufrido escasas modificaciones—, cuanto sí en las Secciones de Menores de la fiscalía —ámbito en el que realmente se produce una alteración significativa—¹⁹⁰.

A este fin, en primer lugar es preciso aclarar que la función del Secretario Judicial, ya esté adscrito a un Juzgado de Menores, ya a una Sección de Menores de la fiscalía, no requiere de formación especializada. Ello es así por cuanto ni la fe pública ni las atribuciones en relación con el impulso y la ordenación del proceso ni, en fin, la dirección de la oficina judicial, inciden en modo alguno en la determinación del interés del menor, que es a la postre el criterio que determina —en diferente medida— la necesaria

¹⁸⁹ La introducción del Secretario Judicial en las Secciones de Menores de la Fiscalía es fruto de la aceptación de la enmienda presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Popular, que se justificó en los siguientes términos:

«La atribución al Ministerio Fiscal de funciones instructoras (artículos 6, 18, 19 y 23) por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, exige la asistencia del Secretario Judicial en los términos semejantes a los órganos judiciales que actualmente tiene asumida la instrucción»

Cfr. «BOCG. Congreso de los Diputados», VII Legislatura, Núm. 3-4, de 29 de septiembre de 2000, Págs. 28 y 29.

¹⁹⁰ Es evidente que las normas a las que se alude no fundamentan la adscripción de Secretarios Judiciales en las Secciones de Menores de las Fiscalías en el interés del menor, o por lo menos, no de forma directa. Pero es asimismo cierto que, amén de las razones puramente organizativas —y en este concreto aspecto, principalmente las derivadas de la necesidad de un Jefe de Personal— existen razones de orden estrictamente procesal —que orbitan, precisamente en la esfera de la fe pública— en las que subyace, necesariamente, el interés de los menores.

especialización de los demás sujetos intervinientes en el proceso. La especialización de los Secretarios Judiciales, por lo demás, no está prevista ni en la LOPJ ni en el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, como mérito o como requisito para la provisión de destinos en determinados órganos judiciales. No obstante, si bien el interés de los menores no hace precisa la formación especializada de los Secretarios Judiciales, nada impide considerar que la adscripción de dichos funcionarios a las Secciones de Menores enraíza precisamente en el interés de los menores.

Sentado lo anterior, parece adecuado ceñir el análisis a las funciones de los Secretarios Judiciales adscritos a las Secciones de Menores de la Fiscalía.

3.2. Las funciones que la LORPM atribuye al Secretario Judicial del las Secciones de Menores de las Fiscalías.

Como ya se ha apuntado, el legislador ha modificado radicalmente la institución del Secretario Judicial desde el punto de vista orgánico, contemplando la adscripción de Secretarios Judiciales en las Secciones de Menores de las Fiscalías. Dichas Secciones dispondrán de su propia Secretaría Judicial o, en su defecto, contarán con la asistencia de los Secretarios de los Juzgados de Menores respectivos (Art. 476.5 LOPJ)¹⁹¹.

La adscripción de secretarios judiciales a las Fiscalías viene en cierta forma a restaurar la situación anterior a la LOPJ, aunque ceñida, por el momento, solamente a las mencionadas Secciones de Menores. Esta fórmula satisface las pretensiones de la Fiscalía¹⁹² a la par que enciende las reticencias de algunos miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales¹⁹³.

¹⁹¹ Según la Fiscalía General del Estado, se trata de «una especie intermedia de sustitución, con una peculiar asistencia conjunta del Secretario al Juzgado y a la Fiscalía». (Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre)

¹⁹² Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996. Págs. 109 a 111.

¹⁹³ Es un exponente claro de esta postura GÓMEZ ARROYO, quien sostiene que «la decisión de ubicar a este funcionario (el Secretario Judicial) en la Sección de Menores de las Fiscalías resulta innecesaria, superflua, interesada, mutiladora, incongruente y plagada de incertidumbre e inseguridad jurídica». Cfr. GÓMEZ ARROYO, J.L. "Consideraciones sobre el Secretario Judicial..." Cit.

La presencia del Secretario Judicial en la Fiscalía, en términos generales, se justifica principalmente por dos razones: en primer lugar por la necesidad de un órgano que ejerza la jefatura del personal auxiliar, a salvo de las facultades que correspondan a los Fiscales Jefes; en segundo lugar, para poder dotar de fe pública judicial a las actuaciones instructoras del Ministerio Fiscal¹⁹⁴.

Sobre la primera, baste tan sólo apuntar que la necesidad de que la jefatura del personal auxiliar se lleve a cabo por un Secretario Judicial se fundamenta en un doble entendimiento: no es aconsejable introducir en dicho puesto a personas ajenas a la Administración de Justicia, ni tampoco es aconsejable romper la tradicional similitud con los órganos judiciales¹⁹⁵.

En cuanto a la necesidad de que las actuaciones investigadoras del Ministerio Fiscal cuenten con la veracidad que confiere la fe pública judicial, la cuestión debe abordarse bajo un doble prisma: a) en primer lugar, es indiscutible que las actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal durante la fase de investigación no tienen el carácter de actuaciones judiciales. De ahí que quepa dudar de la necesidad de que dichas actuaciones deban estar avaladas por la fe pública judicial que otorga el Secretario; b) por otra parte, no puede perderse de vista que todas las diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Fiscal o bajo su dirección, gozan de la presunción legal de veracidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹⁹⁶, lo que puede determinar que la fe pública se convierta en un atributo superfluo¹⁹⁷.

En lo tocante al valor de las actuaciones realizadas por el Ministerio Fiscal en calidad de director de la fase de investigación, y más concretamente en relación con la necesidad de que las mismas estén amparadas por la fe

¹⁹⁴ Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO *Libro Blanco*.... Cit. Págs. 109 a 111.

¹⁹⁵ Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO *Libro Blanco*....Cit. Pág. 111.

¹⁹⁶ El artículo 5 *i.f* del EOMF, reza:
«Todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad»

¹⁹⁷ V. GÓMEZ ARROYO, J.L. "Consideraciones sobre el Secretario Judicial..." Cit.

pública, es posible sostener que, dada la naturaleza administrativa de las actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal, no es preciso que las mismas estén amparadas por la fe pública judicial¹⁹⁸.

Este argumento, sin embargo, se debilita considerablemente a partir de la reforma del artículo 473.1 de la LOPJ operada por la L.O. 9/2000. En dicho precepto se atribuye a los secretarios judiciales el ejercicio de la fe pública, desapareciendo del precepto el término «judicial». De esta forma, puede llegarse a entender que el Secretario Judicial es depositario de dos géneros distintos de fe pública: la judicial y la extrajudicial, con lo que asume funciones hasta el momento absolutamente ajenas a la institución.

En cuanto a la presunción de veracidad de las diligencias realizadas por el Ministerio Fiscal o bajo su dirección, no falta quien entiende que la misma no alcanza a los actos de investigación que tengan lugar en el proceso de menores, lo que justificaría la necesidad del Secretario de Menores¹⁹⁹. En otras palabras: la presunción de veracidad, contemplada en el artículo 5 del EOMF, abarca exclusivamente los actos y diligencias expresados en dicho precepto²⁰⁰; las facultades de investigación en el ámbito de la LORPM, por su parte, recogidas en el artículo 3.5 de dicho Estatuto, no están amparadas por la presunción de veracidad.

Respecto a esta cuestión, la Fiscalía General del Estado se ha pronunciado de forma significativamente explícita, en el sentido de que la presencia del Fiscal de menores en la práctica de las diligencias de

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ V. BENEDI ANDRÉS, C. "Ministerio Fiscal y Secretario Judicial en la instrucción de las causas contra menores" en «Boletín de la Unión Progresista de Secretarios Judiciales», Núm. 6, 2001 Pág. 17.

²⁰⁰ Artículo 5:

«El Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante.

Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva».

investigación hace innecesaria la presencia de cualquier otro funcionario a efectos de validez. Con todo, la Fiscalía General del Estado admite que en la práctica de determinadas diligencias, tales como inspección ocular o diligencias de reconocimiento, «la presencia del Secretario puede adquirir otra dimensión», aunque sin aclarar cuál es el alcance de la misma.

A nuestro juicio, la presencia del Secretario Judicial en las Secciones de Menores obedece principalmente a la tarea de dirección del personal.

Queda por abordar, finalmente, la cuestión relativa a la posibilidad de sustitución del Secretario Judicial, cuyo régimen legal se encuentra, como es sabido en el artículo 483 de la LOPJ.

En opinión de la Fiscalía General del Estado, la posibilidad, ya comentada, de que en ausencia de Secretario en las Fiscalías de Menores sus funciones sean asumidas por el Secretario del Juzgado de Menores respectivo, no debe interpretarse como un obstáculo para que, en caso de que sea preciso, se habilite un Oficial de la Fiscalía²⁰¹.

4. LOS ABOGADOS.

4.1. Dimensión de la defensa técnica a la luz del interés del menor. Planteamiento.

Los requisitos de la especialización de los abogados que intervengan en el proceso de la LORPM pueden calificarse de relativos, en el sentido de que tan sólo se exigirá acreditar cierta formación especializada a aquellos letrados que presten servicios en el turno de menores de su respectivo Colegio. Ningún requisito específico se exige, por el contrario, a los letrados que sean

²⁰¹ En los términos previstos en el artículo 9 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales. [R.D. 429/1988, de 29 de abril (B.O.E. núm. 110, de 7 de mayo de 1988)]

designados libremente por el menor o sus representantes legales en los términos que se expondrán²⁰².

La figura del abogado defensor, o por mejor expresarlo la garantía de la defensa técnica en el proceso penal de menores, denota que dicho proceso se concibe como un proceso de naturaleza penal en el que deben respetarse los derechos y las garantías inherentes a los procesos de dicha naturaleza.

Se ha explicado anteriormente que la especialización de los sujetos es una de las exigencias derivadas de la primacía del interés del menor; es preciso, en este sentido, que quienes a la postre determinan el concreto contenido de dicho interés, posean conocimientos adecuados sobre las características y necesidades propias de la menor edad. A este fin responden los requisitos de especialización —más o menos estrictos en atención a las funciones que respectivamente ejercen en el proceso— que se exigen a los órganos judiciales, a los miembros del Ministerio Fiscal o a los Secretarios Judiciales.

En el caso de los letrados, en cambio, los requisitos de especialización son o bien mínimos o bien inexistentes, lo que lleva a cuestionarse acerca de las razones que pueden sustentar tan radical diferencia de trato.

La defensa técnica en el proceso de menores es consubstancial a la judicialización del mismo; dicho de otra forma, la necesidad del abogado tan sólo se reconoce en la medida en que, paralelamente, se reconoce naturaleza penal al derecho de menores y, consiguientemente, se afirma la necesidad de que sus normas sean acordes con los derechos y garantías establecidos. Mientras el derecho penal de menores se concibe como un sistema tuitivo o

²⁰² Debe señalarse, sin embargo, que aún a pesar de que el artículo 22.2 de la LORPM parece distinguir claramente entre el abogado designado por el menor y sus representantes legales, y el abogado designado de oficio **de entre los integrantes del turno de especialistas en menores del respectivo Colegio de Abogados**, no hay unanimidad en considerar que el abogado de libre designación no tiene que ser, preceptivamente, especialista en menores.

protector, por el contrario, se considera que la figura del abogado no sólo no es necesaria sino que puede resultar perturbadora²⁰³.

De lo apuntado puede inferirse una justificación a la diferencia de trato que se observa entre los requisitos de especialización exigidos al abogado y los de los demás operadores jurídicos intervinientes en el proceso de menores. El núcleo de la cuestión estriba, a nuestro juicio, en la concepción de la defensa técnica adoptada en la LORPM, que no presenta diferencias radicales con la vigente en los procesos penales de adultos.

Si esta afirmación se corrobora, es posible interrogarse acerca de la plausibilidad de tal opción legislativa en un concreto sentido: su utilidad como equilibrador de la tensión que atenaza permanentemente el derecho penal de menores entre tendencias judicializadoras y tendencias desjudicializadoras.

Para ello es preciso, con carácter previo, analizar por una parte, los mecanismos que se establecen en la LORPM para la designación del letrado defensor, y por otra parte, los concretos requisitos de especialización a los que se ha aludido.

4.2. La designación de abogado²⁰⁴.

La designación de abogado procede, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 LORPM, desde el momento en que se incoe expediente contra un determinado menor. Efectivamente, la designación de abogado es uno de los derechos que asisten al menor «desde el mismo momento de la incoación del expediente».

La incoación del expediente deberá ser notificada al menor por el Secretario del Juzgado de Menores, quién, simultáneamente, deberá requerir al menor o a sus representantes legales para que designen abogado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que en caso de no hacerlo, el letrado será

²⁰³ Cfr. CUELLO CALÓN, E. *Criminalidad infantil y juvenil*. Cit. Págs. 129 a 132.

designado de oficio entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente colegio de abogados²⁰⁵.

El **momento** de la designación de letrado coincide con la incoación del expediente, si bien, como se ha puesto de manifiesto, se concede un plazo de tres días para la designación efectiva, desde el momento en que el Secretario del Juzgado de Menores requiera al menor y a sus representantes legales para que designen abogado (artículo 22.2 LORPM).

Cuestión distinta es la relativa a **quién debe designar el abogado**, puesto que, como se desprende del precepto citado, el requerimiento a tal fin se dirige conjuntamente al menor y a sus representantes legales. La designación de abogado de confianza puede resultar, a la postre, fuente de problemas singularmente cuando entre el menor y sus representantes legales exista, por cualquier motivo, un conflicto de intereses o, simplemente, de voluntades.

Para resolver estas situaciones deberá atenderse a criterios de naturaleza diversa, entre los que, por supuesto, deberá primar el interés del menor. La casuística, en este sentido, se intuye especialmente rica, por lo que resulta difícil plantear soluciones concretas. Aún así, cabe sentar algunos criterios que, con carácter genérico, deberán atenderse en caso de que la designación del letrado conlleve un conflicto entre el menor y sus representantes legales.

En primer lugar, la designación de oficio corresponde al Juez de Menores, quién deberá por ello, examinar cuál es la verdadera naturaleza del

²⁰⁴ A título de aclaración previa, es preciso señalar que la referencia al abogado lo es exclusivamente al que ejerce como defensor del menor en el proceso penal. No se abordará, por lo tanto, la figura del abogado que presta asistencia al menor detenido.

²⁰⁵ En cuanto a la postulación, es decir a la necesidad de representación por parte de procurador, la LORPM no contiene ninguna disposición al respecto, lo que nos inclina a considerar que la representación por procurador es exigible. En el mismo sentido, LÓPEZ LÓPEZ, A.M. *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*. Comares, Granada, 2002. Pág. 95; quien considera que la presencia del procurador no será exigible hasta que se acuerde la «apertura del juicio oral». Entretanto, siempre según LÓPEZ LÓPEZ, el letrado del menor podría asumir su representación.

conflicto —si se trata de un verdadero conflicto de intereses o si, por el contrario, es sólo un conflicto de voluntades—. A este efecto, el Juez de Menores debería oír tanto al menor como a sus representantes legales.

Deberá tenerse en cuenta asimismo el derecho del menor a ser oído, reconocido no sólo en el propio artículo 22 de la LORPM, sino también en la LOPJM²⁰⁶ y en las normas internacionales²⁰⁷.

Por otra parte, no debe olvidarse que el menor no goza de capacidad de obrar plena, motivo por el cual precisa, para la comparecencia en juicio, de representación, lo que para algún autor, determina inexcusablemente que la designación de letrado corresponde tan sólo a los padres, tutores o representantes legales del menor²⁰⁸.

No obstante, a nuestro juicio, en el caso de menores que hayan cumplido los dieciséis años, será preciso averiguar su eventual emancipación o la concesión del beneficio de la mayor edad, en los términos establecidos en el Código Civil²⁰⁹, en cuyo caso la decisión del menor acerca del letrado que deba defenderle deberá primar frente a la de sus representantes legales.

²⁰⁶ V. Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

²⁰⁷ V. Artículo 12 de la CDN; y en el mismo sentido, artículo 15 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

²⁰⁸ Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, A.M. *La instrucción del Ministerio Fiscal...*Cit. Pág. 16.

²⁰⁹ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 323 CC:

«La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

El menor emancipado podrá, por sí solo, comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad»

En relación con el beneficio de la mayor edad, el artículo 321 CC dispone:

«También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare».

4.3. La “especialización” del abogado: ¿una solución a la supuesta tensión entre «judicialización» y «desjudicialización» del derecho de menores?

En consonancia con la especialización de que se dota a los órganos públicos intervinientes en el proceso, la LORPM contempla en su Disposición final cuarta la especialización de los abogados que intervengan ante la jurisdicción de menores.

La formación que deberán recibir estos letrados deberá ser, según el citado precepto, «homologada», sin que se precise cuál debe ser el procedimiento ni los criterios que permitan tal homologación. Las disposiciones necesarias para los cursos de formación se impartan los distintos Colegios deberán ser adoptadas por el Consejo General de la Abogacía.

Aunque de lo dispuesto en la disposición final aludida parece desprenderse que la formación especializada será requisito necesario para el ejercicio ante los órganos de la jurisdicción de menores, lo cierto es que la especialización tan sólo se exige, por el momento, a los abogados que integren el turno de oficio²¹⁰. Los abogados designados libremente por el menor o por sus representantes legales, en cambio, no deben acreditar su especialización²¹¹.

Con anterioridad a la LORPM, algunos Colegios de Abogados ya contaban con turnos de letrados especialistas en menores. La generalización de dichos turnos, empero, arranca precisamente de lo dispuesto en la citada Disposición final, y se materializa en la Circular 56/2000, de 10 de Abril, que el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) remitió a todos los Colegios de Abogados, a fin de que informaran sobre la necesidad de realización de los cursos de especialización así como de su homologación.

²¹⁰ Este extremo se infiere de lo dispuesto en el artículo 22.2 de la LORPM, que alude a los integrantes del turno de especialistas de los respectivos Colegios de Abogados para el caso de que el Letrado del Menor deba ser designado de oficio.

²¹¹ Debe advertirse, sin embargo, de que ello contradice el tenor literal de la Disposición final cuarta, apartado tercero de la LORPM.

Finalmente, el CGAE aprobó, en septiembre de 2000, que a efectos de su homologación, los cursos a impartir por los Colegios de Abogados debían tener una duración mínima de 12 horas y versar sobre contenidos de naturaleza netamente jurídica, específicamente centrada en el derecho penal y procesal penal de menores²¹².

La formación especializada de los abogados es, a la vista de lo expuesto, o bien innecesaria o bien exclusivamente de contenido jurídico. Se prescinde, en cualquier caso, de elementos formativos que abarquen materias no jurídicas, al contrario de lo expuesto en relación con la formación de Magistrados y Fiscales de Menores.

¿Estamos ante una incuria del Legislador, o por el contrario, ante una calculada ponderación de los intereses en presencia?

Como ya hemos adelantado, consideramos preferible acoger la segunda de las opciones y entender que la configuración de la defensa técnica se erige en punto fundamental para la distensión entre las tendencias «judicializadoras» y «desjudicializadoras», manifestadas en la LORPM.

La ausencia de diferencias significativas entre la defensa técnica del proceso de menores y la propia del proceso de adultos (que aunque debería constatarse a partir de su estudio detallado, se intuye suficientemente a partir de los aspectos que se han analizado²¹³), denota una apuesta a favor de las tendencias judicializadoras, es decir, a favor de un modelo de justicia juvenil

²¹² Según MARTÍNEZ SÁNCHEZ, el contenido era el siguiente:

1. Introducción
2. Responsabilidad penal y minoría de edad
3. Antecedentes y evolución histórica de la legislación de menores
4. Referencia al derecho comparado en materia de menores
5. Naturaleza jurídica de la legislación de menores
6. Principios informadores de la ley de menores
7. Las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de delitos por menores: las medidas
8. El proceso de menores [comprensivo, a su vez de cinco apartados: a) Determinación de la competencia; b) Partes procesales; c) Fases procesales; d) De la responsabilidad civil; y e) Derecho transitorio]

Vid. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "El Juez de Menores..." Cit. Págs. 104 y 105.

²¹³ Algunos caracteres de dicha defensa técnica en la fase de investigación se expondrán en el Capítulo Tercero.

basado en la responsabilidad del infractor. Por el contrario, una especialización basada en conocimientos extrajurídicos favorece, en el mejor de los supuestos, un modelo educativo o correccional.

El letrado no especializado, en el marco de la LORPM, se contrapone al acusador y al juzgador especializados, actuando como contrapeso frente a la tendencia a la «huida» del proceso hacia fórmulas alternativas. En términos coloquiales, puede afirmarse que el abogado va a velar por el interés «personal» **del** menor a quien defiende, frente al Juez de Menores y especialmente al Fiscal, cuyo cometido se cifra en determinar el interés «social» **en el** menor²¹⁴.

5. EL PERSONAL ESPECIALISTA: EL EQUIPO TÉCNICO Y OTRAS INSTITUCIONES AFINES.

Además de la especialización del personal jurídico llamado a intervenir en el proceso de menores, la LORPM contempla la presencia de personal que puede denominarse «especialista». Se trata de facultativos de diversas ramas de las ciencias sociales a quienes se encomienda la aportación de conocimientos no jurídicos que permitan a los sujetos «especializados» a los que anteriormente nos hemos referido, conocer y comprender la situación personal, familiar, educativa y social del menor a fin de adecuar sus actuaciones al interés que se deriva de dicha situación.

De forma novedosa, la LORPM atribuye la misión antes referida no sólo a los denominados «equipos técnicos» sino también a entidades —públicas o privadas— que trabajen en el ámbito de la educación y conozcan la situación de un determinado menor. A esta misión se le añade la posibilidad de instar

²¹⁴ A nuestro juicio, esta «doble aproximación» a la realidad del menor, no tiene porque resultar perjudicial para su interés. No puede ignorarse, sin embargo, que no todos los menores infractores van a poder disponer de un Letrado de confianza, con lo cual, también en este concreto aspecto, pueden generarse situaciones de desigualdad por razones de carácter socioeconómico.

fórmulas evitadoras de la sentencia (la conciliación y la reparación), si bien tan sólo el equipo técnico está facultado para ello.

Ello permite, a nuestro juicio, plantear el análisis de dicho personal especialista desde un doble ángulo. Por una parte, es preciso un somero estudio acerca de la organización y la composición del equipo técnico y de las entidades a las que se refiere el artículo 27.6 LORPM. Por otra parte, es posible distinguir, ya en el plano funcional, entre las atribuciones relativas a la información sobre las circunstancias de los menores —que competen tanto a los equipos técnicos cuanto a las entidades afines—, y aquellas que permiten ensayar fórmulas evitadoras de la sentencia —restringidas tan sólo a los equipos técnicos—.

5.1. El equipo técnico y otras instituciones afines: aspectos orgánicos.

5.1.1. Los equipos técnicos.

Si, a partir del texto de la LORPM, se pretendiese ofrecer una definición del equipo técnico, tan sólo sería posible adelantar que dicho equipo es quien, bajo la dependencia funcional del Fiscal de menores, debe elaborar un informe sobre las circunstancias del menor.

Los equipos técnicos son herederos de los antiguos «técnicos especializados»²¹⁵, que contemplaba el artículo 73 del Reglamento de la LTTM de 1948, a quienes se atribuía la función de informar acerca de la constitución psicofisiológica del menor²¹⁶. La L.O. 4/1992, utilizó por primera vez el concepto «equipo técnico», y previó la integración de los «delegados profesionales técnicos» que prestaban servicios en los Tribunales Tutelares de Menores o Juzgados de Menores en las Administraciones Públicas

²¹⁵ Cfr. CARTAGENA PASTOR, F. "Las directrices de la Instrucción 2/2000 de la Fiscalía General del Estado" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2001, pág. 47.

²¹⁶ Decreto de 11 de Junio de 1948, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores [B.O.E. núm. 201, de 19 de junio de 1948].

correspondientes o, tratándose de funcionarios de carrera, en las plantillas de personal laboral de los equipos técnicos de los Juzgados de Menores²¹⁷.

La composición de los equipos técnicos no es una cuestión sencilla, principalmente porqué tanto este aspecto como todos los que se podrían calificar de orgánicos, pertenecen al ámbito competencial bien del Ministerio de Justicia, bien de las distintas Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias sobre el personal al servicio de la Administración de Justicia²¹⁸. Ello es así dado que el personal del equipo técnico forma parte del personal al servicio de la Administración de Justicia que contempla el artículo 454 de la LOPJ, y en consecuencia se halla en el elenco de competencias transferibles a las Comunidades Autónomas.

En aquellas Comunidades Autónomas que no tienen asumidas competencias en la materia, los equipos técnicos están integrados por un Titulado Superior Sanitario y Asistencial, un Titulado medio Sanitario y Asistencial y un Titulado medio docente y cultural; denominaciones que

²¹⁷ Cfr. Disposición adicional 5ª de la L.O. 4/1992.

²¹⁸ Actualmente tienen asumidas competencias en materia de personal al servicio de la administración de Justicia las siguientes Comunidades Autónomas: Andalucía [Real Decreto 141/1997, de 31 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de provisión de medios personales al servicio de la Administración de Justicia. B.O.E. (13-3-97)]; Canarias [Real Decreto 2463/1996, de 2 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de provisión de medios personales al servicio de la Administración de Justicia. (B.O.E. 20-12-96)]; Catalunya [Real Decreto 1905/1994, de 23 de septiembre, sobre traspaso de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de personal laboral al servicio de la Administración de Justicia. (B.O.E. 12-10-94)]; Galicia [Real Decreto 94/1996, de 26 de enero, sobre traspaso complementario al aprobado por el Real Decreto 2166/1994, de 4 de noviembre, en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia, a la Comunidad Autónoma de Galicia. (B.O.E. 28-2-96)]; País Vasco Real Decreto 514/1996, de 15 de marzo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de medios personales al servicio de la Administración de Justicia. (B.O.E. 12-4-96); y Comunidad Valenciana [Real Decreto 1950/1996, de 23 de agosto, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Valenciana en materia de medios personales al servicio de la Administración de Justicia. (B.O.E. 511-96). Real Decreto 491/1997, de 14 de abril, sobre ampliación de los medios personales adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Valenciana en materia de medios personales al servicio de la Administración de Justicia por el Real Decreto 1950/1996, de 23 de agosto. (B.O.E. 29-4-97)]

corresponden a las categorías antes señaladas de psicólogo, asistente social y educador, respectivamente²¹⁹.

Orgánicamente, los equipos técnicos dependen del Ministerio de Justicia, o de las respectivas Comunidades Autónomas. En el ejercicio de sus funciones dependen tanto de las Secciones de Menores de las Fiscalías como de los Juzgados de Menores, a los que pueden estar adscritos según se desprende del artículo 22.f) de la LORPM. La dependencia funcional respecto a los Fiscales de Menores se limita a la fase de instrucción del expediente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27.1. Respecto a los Juzgados de Menores, al margen de su adscripción, el equipo técnico depende funcionalmente de los mismos a lo largo de todo el proceso con excepción de la fase de ejecución de la medida.

5.1.2. Otras entidades que pueden realizar o actualizar el informe.

Como ya se ha apuntado más arriba, la LORPM contempla la posibilidad de que el informe relativo a las circunstancias del menor sea emitido —o en su caso actualizado— por entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado. Dichas entidades, asimismo, pueden complementar el informe elaborado por el correspondiente equipo técnico.

A expensas de lo que eventualmente pueda derivarse del desarrollo reglamentario de la LORPM²²⁰, las entidades a las que nos referimos podrán ser cualesquiera que cumplan con los requisitos anteriormente expuestos.

²¹⁹ Vid. Acuerdo de 6 de julio de 2000, de la Comisión General de Clasificación profesional [B.O.E. de 19/09/2000]. Merece la pena apuntar que la Disposición final tercera de la LORPM, apartado 5, que prescribía la necesidad de que el Ministerio de Justicia adoptase las disposiciones oportunas para la creación de Cuerpos de Psicólogos y Educadores y Trabajadores Sociales Forenses, fue suprimido por la Disposición adicional cuarta de la L.O. 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia.

²²⁰ Se alude al desarrollo reglamentario de la LORPM en el apartado 24 de su Exposición de Motivos. En el articulado de la norma, existen referencias al desarrollo reglamentario exclusivamente en el Título VII, dedicado a la Ejecución de las Medidas.

La Ley abre así las puertas a la intervención de entidades públicas y privadas para que éstas puedan complementar e incluso llegar a suplir el informe del equipo técnico.

De todas formas es preciso tener en cuenta que la intervención de entidades públicas o privadas distintas del equipo técnico se viene concibiendo más como un complemento del informe elaborado por el correspondiente equipo técnico que como un eventual sustituto del mismo²²¹. Merece señalarse, asimismo, la posibilidad de que el informe sea elaborado por la entidad pública encargada de la ejecución, en aquellos casos en los que el menor se encuentre cumpliendo alguna medida²²². En tales casos, no es aventurado pensar que dicha entidad puede carecer de la imparcialidad necesaria, especialmente en lo concerniente a la valoración de la medida a imponer.

Sí que resulta deseable, en cambio, que el informe sea elaborado por la entidad correspondiente cuando el menor esté sometido a medidas de protección por parte de una entidad pública, puesto que dicha entidad tiene un conocimiento exhaustivo del menor desde la óptica meramente protectora.

En cualquier caso, las entidades públicas o privadas a las que se refiere el artículo 27.5, no pueden identificarse con el equipo técnico, si bien para la elaboración del informe dependerán funcionalmente del Ministerio Fiscal en caso de que sea éste quien solicite su actuación.

Finalmente, debe apuntarse que nada impide que el letrado del menor solicite un informe a una entidad educativa, pública o privada, que pueda aportar conocimientos relativos al menor, a los efectos de su contraposición con el informe elaborado por el equipo técnico u otra entidad afín a requerimiento del Ministerio Fiscal.

²²¹ En este sentido: Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, y LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho Penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Pág. 298;

²²² Aunque no se menciona expresamente esta posibilidad, puede inferirse a partir de la conjugación de los artículos 27.6 y 49 de la LORPM.

5.2. El equipo técnico y otras entidades afines: funciones.

5.2.1. El informe acerca del menor: contenido y naturaleza²²³.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27. 1 LORPM, el informe emitido por el equipo técnico o la entidad pública o privada deberá 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».

El contenido del informe, como puede apreciarse, no está perfilado en la Ley, ni en su vertiente positiva (qué debe abarcar), ni en su vertiente negativa (sobre qué no debe ni puede versar). El trabajo desarrollado por los profesionales de los equipos técnicos a lo largo de la vigencia de la L.O. 4/1992, sin embargo, permite apuntar algunas de las principales líneas comunes de dicho informe.

En primer término es preciso apuntar que el contenido del informe puede variar en función de cuáles sean los aspectos del mismo en los que el Ministerio Fiscal, o el propio equipo técnico, entiendan que sea preciso una mayor profundización. Sería el caso, por ejemplo, de un menor que presenta síntomas de algún trastorno mental. En tal supuesto, el informe debería incidir especialmente en los aspectos psicológicos del menor.

Normalmente, el informe se limita a exponer cual es la situación del menor, sin abordar aspectos que competen a otros actores del procedimiento judicial (juez de menores o Fiscal de menores). Para la elaboración del informe se mantienen espacios de entrevista con el menor y sus padres. En primer lugar se entrevistan separadamente al menor y a sus padres y a continuación se mantiene una entrevista conjunta. A partir de la información obtenida en estas actuaciones, y eventualmente, de otras informaciones recabadas entre agentes sociales que hagan o hayan hecho algún tipo de intervención con el

²²³ Los aspectos relativos al contenido del informe del equipo técnico se han extraído del trabajo: A.A. V.V. *El modelo de justicia juvenil en Cataluña*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000. El modelo que se expone, en consecuencia, es el que, hoy por hoy, resulta de aplicación en la Comunidad Autónoma de Catalunya.

menor o con la familia, se elabora un informe escrito, en el que se señalan, entre otros aspectos, los factores de riesgo o necesidades que se hayan podido detectar²²⁴. El informe no puede ser una simple transmisión de la información obtenida, pero tampoco debe caer en interpretaciones demasiado atrevidas de aquello que sean meras hipótesis, o en sobreinterpretaciones que intenten llenar vacíos de información²²⁵.

En cuanto a la naturaleza jurídica del informe, la discusión se centra en si el informe tiene o no naturaleza pericial. Así, mientras que para algunos no puede considerarse un medio de prueba de carácter pericial por cuanto no puede ser acordado de oficio ni instado por las partes, sino que tiene carácter obligatorio²²⁶; para otros, puede considerarse una prueba pericial calificada²²⁷.

A nuestro juicio ambas posturas contienen elementos que deben ser acogidos. Efectivamente, si la naturaleza de la prueba pericial viene determinada por tratarse de medios o fuentes que podrán ser aportadas por el juzgador o por las partes²²⁸, no puede incluirse el informe del equipo técnico en dicha categoría, en la medida en que su introducción en el proceso de menores se produce *ope legis*²²⁹. Pero por otra parte, si se pretende averiguar no la calificación jurídica sino la naturaleza del informe del equipo técnico desde el prisma de su finalidad, debe aceptarse que dicho informe comparte la

²²⁴ Sobre el contenido del informe, véase también RECHEA ALBEROLA, C; FERNANDEZ MOLINA, E. "Las ciencias psicosociales y el menor" en MARTÍN LÓPEZ, M.T. (Coordinadora) *La responsabilidad Penal de los menores*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2001. Págs. 120 ss.

²²⁵ Cfr. A.A.V.V. *El Modelo de justicia juvenil en Catalunya*. Cit. Págs. 38 a 40.

²²⁶ En este sentido SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. de A. *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores*. Marcial Pons, Madrid, 1999. Pág. 180.

²²⁷ *Vid.* Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

²²⁸ Según TOMÉ GARCÍA, «La prueba es la actividad procesal de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de éste último sobre la verdad o la certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla fundamentalmente en el juicio oral.». TOMÉ GARCÍA, J.A. (Con DE LA OLIVA SANTOS; ARAGONESES MARTÍNEZ; HINOJOSA SEGOVIA y MUERZA ESPARZA) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 485.

²²⁹ En cambio, desde esta perspectiva, no habría obstáculo para entender que el eventual informe sobre el menor aportado por su defensa sí que es una prueba pericial.

naturaleza de una pericia por cuanto permite aportar al proceso los conocimientos de un grupo de expertos²³⁰.

De ahí que sea posible sostener que el informe del equipo técnico no es una prueba por cuanto su introducción en el proceso se produce por imperativo de la LORPM, pero que en lo tocante a su contenido y finalidad comparte los rasgos de una pericia²³¹.

5.2.2. La eventual propuesta de fórmulas evitadoras de la sentencia como función privativa del equipo técnico

Como ya se ha apuntado, tan sólo al equipo técnico le está permitido proponer, como alternativa al informe, el ensayo de las dos fórmulas evitadoras de la sentencia previstas en la LORPM: la conciliación y la reparación.

Ambos mecanismos constituyen el objeto del capítulo cuarto del presente trabajo, por lo que el presente apartado debe limitarse a una somera exposición que, en consonancia con el objeto del capítulo del que forma parte permita comprender el alcance de las funciones encomendadas al que venimos denominando «personal especialista».

El equipo técnico debe valorar la posibilidad de que el menor sometido a expediente se concilie con la víctima o inicie una actividad reparadora del daño ocasionado con la infracción que se le imputa. Para ello, en primer lugar, es

²³⁰ El *Diccionario de La Lengua Española* define «perito» en los siguientes términos «persona que, poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o ciencia». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima primera edición, Madrid, 1992. La doctrina procesal no se aparta significativamente de la definición citada para referirse al concepto «perito».

²³¹ Para PANTOJA GARCÍA, el informe del equipo técnico «es un requisito del procedimiento, sin el cual no se puede seguir adelante su tramitación, y si bien no puede afirmarse que sea determinante de la postulación del Fiscal o de la resolución del Juez (...) debemos concluir que no se puede resolver, ni por el Fiscal concluyendo el procedimiento sin medida, ni por el Juez con imposición de una medida, sin atender al informe técnico, y siendo muy dudoso, a mi juicio, que pueda resolverse contradiciendo el mismo». PANTOJA GARCÍA, F. "Algunas notas a la actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores, respecto a los equipos técnicos y a las medidas a postular ante los juzgados en interés del menor" en *Justicia con menores y jóvenes*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Madrid, 1995.

preciso que la infracción penal sea un delito menos grave o una falta. En otro caso, la LORPM prohíbe tajantemente que el Fiscal solicite el sobreseimiento de las actuaciones al Juez de menores.

Para evaluar la posibilidad de instar la reparación o la conciliación, el equipo técnico deberá entrevistar al menor y a sus representantes legales, a fin de sopesar la viabilidad de dichos mecanismos. En cualquier caso es preciso resaltar que tanto la conciliación como la reparación dependen de la voluntad tanto del menor como de la víctima o el perjudicado; si bien tanto la iniciativa como la necesaria mediación entre estos y el consiguiente informe al Ministerio Fiscal sobre los resultados conseguidos, corresponden al equipo técnico.

Finalmente, merece destacarse que en el informe del equipo técnico — con exclusión de otros informes emitidos por entidades afines— es posible proponer al Fiscal la no continuación de la tramitación del expediente, en interés del menor, cuando se considere que a partir de los trámites practicados, ya le ha sido expresado suficientemente el reproche que merece su conducta o bien porque se considere inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. Esta propuesta es posible solamente en los casos de delitos menos graves o de faltas. Ante este informe se faculta al Ministerio Fiscal para solicitar el sobreseimiento del expediente.

Dos observaciones son precisas por el momento. En primer lugar, debe resaltarse el papel fundamental del equipo técnico en la determinación del interés del menor, criterio primordial al que debe ajustarse la propuesta en todo caso. En segundo lugar, con relación al primero de los supuestos —suficiente expresión del reproche que merece la conducta del menor—, hay que señalar (sin perjuicio de ahondar en su momento en la cuestión) que el precepto transcrito parece insinuar la posibilidad de una admisión de hechos por parte del menor ante el equipo técnico, lo cual situaría a este último en una posición difícilmente cohonestable con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

II. EL SINGULAR TRATAMIENTO DE LAS PARTES ACUSADORAS NO OFICIALES: EXIGENCIAS DERIVADAS DEL INTERÉS DEL MENOR Y OPCIONES DE LEGALIDAD ORDINARIA.

Al inicio del presente capítulo se apuntaban como principales adecuaciones derivadas de la primacía del interés de los menores las relativas a los sujetos. Hasta este punto, se ha analizado la respuesta que el ordenamiento jurídico español ofrece a las disposiciones internacionales que propugnan un modelo de justicia juvenil altamente especializado, tanto en lo relativo a las normas, cuanto en lo tocante a la formación de los operadores jurídicos implicados.

Queda por analizar el tratamiento dispensado a otra categoría de sujetos, a quienes el ordenamiento jurídico reconoce determinadas facultades en los procesos penales seguidos contra adultos. Se trata de las denominadas «partes acusadoras no oficiales», es decir, aquellas distintas del Ministerio Fiscal.

En el proceso diseñado por la LORPM, con carácter general, se prohíbe la intervención de dichos sujetos porque se considera incompatible con el interés de los menores. No obstante, como habrá ocasión de analizar, se permite al perjudicado una limitada intervención en determinados supuestos. Por otra parte, curiosamente, se ofrecen a dicho perjudicado amplias posibilidades de participación en mecanismos reparadores que tienden a evitar el proceso.

Todo lo expuesto se presenta en la LORPM como una exigencia derivada del interés de los menores.

En los apartados siguientes se analizarán separadamente las cuestiones apuntadas. En primer lugar, la exclusión radical y tajante de la acción popular, desde una doble perspectiva: la ya señalada del interés de los menores y, por otra parte, la de la configuración constitucional de dicha institución procesal. En segundo lugar, las limitaciones establecidas para el ejercicio de la acción

particular. En este caso, la aproximación se realizará por una doble vía: de un lado, el encaje constitucional de la prohibición genérica del ejercicio de la acción penal por quien resulta ofendido o perjudicado por el delito. De otro lado, se analizarán los supuestos en los que se permite al perjudicado la personación en el proceso de menores y las facultades que, en tales supuestos, se le otorgan.

Los mecanismos que la LORPM pone a disposición de las víctimas para ensayar fórmulas alternativas al proceso no serán objeto de atención en el presente capítulo. Dichas fórmulas constituyen el objeto del cuarto capítulo del presente trabajo, por cuanto, en nuestra opinión, no están concebidas tanto como fórmulas que permiten la participación de la víctima en el proceso, cuanto como mecanismos que permiten o persiguen la aceleración del mismo²³².

1. LA PROHIBICIÓN DE EJERCITAR LA ACCIÓN POPULAR.

La acción popular consiste en el ejercicio de la acción penal derivada del delito por cualquier ciudadano distinto del perjudicado u ofendido por aquél²³³. El Ordenamiento Jurídico Español reconoce la acción popular en el artículo 125 de la Constitución, como una forma de participación de los ciudadanos en la administración de justicia.

El ejercicio de la acción popular es un derecho de configuración legal, de modo que su configuración en un determinado proceso no es sino una opción de política legislativa. Dicho de otra forma, corresponde al legislador establecer en qué procesos se reconocerá la acción popular y en qué otros procesos ésta no podrá ejercerse.

²³² En contra, GIMENO SENDRA, para quién la LORPM diseña un «proceso concebido para obtener la **rehabilitación del menor y solucionar el conflicto intersubjetivo** entre el agresor y la víctima» [GIMENO SENDRA, V. "El proceso penal de menores" en «La Ley», VI-2001 (el subrayado es del autor)]

²³³ Vid. MUERZA ESPARZA, J. (con DE LA OLIVA SANTOS; ARAGONESES MARTÍNEZ; HINOJOSA SEGOVIA y TOMÉ GARCÍA) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 142.

Actualmente la acción popular está contemplada en los procesos penales regulados en la LECrim y en algunos ámbitos del derecho administrativo²³⁴. No se admite, por el contrario, el ejercicio de la acción popular ni en el proceso laboral ni en el proceso civil.

En el proceso penal de menores, por disposición expresa del artículo 25 de la LORPM, el ejercicio de la acción popular está prohibido.

El motivo que se esgrime es, fundamentalmente, la coincidencia del interés de la sociedad y del Estado con el interés del menor. Siendo la acción popular un derecho de configuración legal, esta opción resulta incontestable o, en cualquier caso, objetable tan sólo en su calidad de opción de política legislativa.

Sin embargo, sí es posible, a nuestro juicio, cuestionar los motivos en los que se justifica tal opción; o lo que es lo mismo, preguntarse hasta qué punto el interés del menor determina necesariamente la exclusión de la acción popular del proceso penal de menores.

Para ello es preciso recordar brevemente cuál es la verdadera naturaleza de la acción popular. En este sentido debe señalarse que la acción popular constituye, en definitiva, el ejercicio de una función pública, por la que se ejercita un interés público, esto es, un interés que pertenece a todos los miembros de la sociedad. En este punto, como es sabido, se distingue la acción popular de la acción particular, puesto que a través de ésta última, el perjudicado u ofendido por el delito, ejercita un interés privado en la persecución de un delito público²³⁵.

Por lo expuesto, resulta difícil imputar al acusador popular el afán vindicativo que suele presumirse del acusador particular. Mientras que éste

²³⁴ De forma general, la acción popular se admite en el artículo 19.1.h) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Asimismo, la acción popular ha sido tradicional en tres sectores del Derecho Administrativo: urbanismo, costas y patrimonio histórico.

²³⁵ En este sentido OROMÍ VALL-LLOVERA, S. *La acción popular (en prensa)*

persigue el enjuiciamiento de una infracción penal que le ha resultado gravosa o perjudicial, a aquél tan sólo le interesa la realización del derecho objetivo.

Es indudable, en cambio, la función de control que dicho acusador popular ejerce sobre el órgano público de acusación, en este caso, el Ministerio Fiscal²³⁶.

Llegados a este punto, es preciso retomar el concepto de interés del menor, y singularmente, lo explicado en relación con su determinación. Se sostenía anteriormente, que, a la postre, el interés del menor no es sino un concepto relativo, que se perfila *ad casum* mediante la concreción de las necesidades individuales que, para su pleno desarrollo personal, presenta un menor.

En este contexto, la exclusión de la acción popular, significa que en la concreta fijación del interés del menor —en la delimitación de un interés público— no pueden participar los ciudadanos. Es más, cuando el interés del menor deba ser concretado en la postulación de una medida sancionadora, sólo el Ministerio Fiscal podrá ejercer la acción.

No hace falta insistir en que ésta es una opción para la que el legislador está habilitado, puesto que la acción popular se configura como un derecho constitucional de configuración legal. Lo que no aparece tan diáfano es que el interés del menor **exija** la exclusión de la acción popular. Más bien al contrario, nada impide estimar que la concurrencia del actor popular puede enriquecer el debate en torno a la determinación del interés del menor y, en definitiva, a un mayor control de la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso de menores.

En conclusión, la prohibición del ejercicio de la acción popular en el proceso de menores constituye una opción de política legislativa válida que, sin embargo, no puede ser justificada al amparo del superior interés del menor, por cuanto éste no resulta necesariamente incompatible con el ejercicio de la

acción penal por quien no ha resultado ni ofendido ni perjudicado por el delito y por cuanto, en definitiva, es dudoso que pueda considerarse un posible conflicto de intereses.

2. EL ACUSADOR PARTICULAR: LA SINGULAR POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES.

El papel que en el proceso de menores deba proporcionarse a la víctima, a la luz de lo que se ha venido sosteniendo, adquiere un cariz distinto.

Si se admite que, necesariamente, la participación de la víctima en el proceso penal obedece a un afán vengativo, debe colegirse que su presencia es incompatible con el interés del menor. Ahora bien, aún aceptando la anterior premisa, no puede perderse de vista que el ejercicio de acciones por quienes resultan perjudicados u ofendidos por el delito entronca directamente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución. El tratamiento que se dispense al perjudicado por el delito en el proceso de menores, en consecuencia, debe ser analizado teniendo en cuenta ambas cuestiones.

En la LORPM, las facultades que se otorgan al perjudicado u ofendido son distintas en función de la naturaleza del delito de qué se trate. Así, cuando se trata de delitos graves, cometidos por mayores de dieciséis años, se permite a la víctima un cierto grado de participación en el proceso. Cuando, por el contrario, se trata de faltas o delitos menos graves, cometidos sin violencia, intimidación, ni grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas, se sitúa a la víctima en la tesitura de ensayar novedosas fórmulas autocompositivas que permiten eludir la sentencia penal.

Esta posición contingente de la víctima precisa, como es fácilmente apreciable, un análisis separado bajo el enfoque unitario del interés del menor.

²³⁶ En este sentido, por todos, *Vid.* ARMENTA DEU, T. *Criminalidad de bagatela...*Cit. Págs. 234 a 239.

Antes de abordarlo, aún son precisas dos consideraciones: en primer lugar, los mecanismos tendentes a la evitación de la sentencia son, como se ha señalado anteriormente, objeto de estudio pormenorizado en el capítulo cuarto del presente trabajo. En segundo lugar, los aspectos relativos al ejercicio de la acción civil se excluyen del presente trabajo. Aún cuando es innegable que el ejercicio de la acción civil es la principal facultad de la que goza la víctima en el proceso penal de menores, y teniendo asimismo muy presente que el tratamiento que la LORPM dedica al procedimiento para ventilar la responsabilidad civil suscita los interrogantes suficientes para ello, su acometimiento parece inadecuado por cuanto desborda excesivamente el objeto del presente trabajo²³⁷.

2.1. La prohibición del ejercicio de la acción particular a la luz del interés del menor.

La prohibición del ejercicio de la acusación particular en el proceso de menores debe ser objeto de un análisis individualizado, por cuanto el ejercicio de la acción penal por quien ha resultado perjudicado u ofendido por el delito se considera una manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24.1 de la Constitución.

²³⁷ Sin afán de exhaustividad, sobre la regulación de la responsabilidad civil en la LORPM pueden consultarse: BARREDA HERNÁNDEZ, A. "La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil" en *La responsabilidad penal de los menores. Aspectos sustantivos y procesales*. CGPJ, Madrid, 2001; el mismo: "Estudio sobre la controvertida inclusión de la acción civil en el nuevo proceso penal de menores" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2001; DE LA ROSA CORTINA, J.M. "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000; el mismo, "Notas sobre Responsabilidad Civil en Derecho Penal de Menores" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2001; LORCA MARTÍNEZ, J. "El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal del menor" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000; MARTÍ SÁNCHEZ, N. "Protección de la víctima y responsabilidad civil en la «ley penal de los menores»" en «Actualidad Penal» núm. 4, 2001; OLAVARRÍA IGLESIA, M.T. "La responsabilidad civil en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, L.O. 5/2000, de 12 de enero" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000; la misma, "El procedimiento de Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000; TESÓN MARTÍN, F. "La responsabilidad civil en la nueva ley penal de menores" en «La Ley», núm. 5418; TORO PEÑA, J.A. "Capítulo IX. La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000 (Título Octavo, artículos 61, 62, 63 y 64)" en *Justicia de menores: una justicia mayor*. CGPJ. Madrid, 2000.

La acción penal, constreñida, como es sabido, al *ius ut procedatur* o derecho al proceso, adquiere, en el caso del perjudicado u ofendido, la categoría de derecho fundamental, compitiendo al legislador la concreción de las condiciones y los presupuestos para su ejercicio.

Desde este punto de vista, lo dispuesto en el artículo 25 de la LORPM podría ser tachado de inconstitucional, por cuanto prohíbe de forma terminante el ejercicio de dicho *ius ut procedatur*.

Ahora bien, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no es un derecho de carácter absoluto en el sentido de que no pueda ser limitado e incluso restringido. Al contrario, según el Tribunal Constitucional, «el derecho a la tutela judicial efectiva puede restringirse en la medida que la restricción actúa en servicio de la efectividad o promoción de otros bienes o derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente protegidas»²³⁸.

Es preciso, por consiguiente, averiguar hasta qué punto el «superior interés del menor» puede considerarse un bien constitucionalmente protegido, ante el cual deba ceder este aspecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. A nuestro juicio, a pesar de que dicho interés superior no esté contemplado expresamente en la Norma Fundamental, la respuesta puede ser afirmativa. Principalmente en atención a dos razones: en primer lugar, el interés de los menores aparece consagrado en convenios internacionales suscritos por el Estado Español, y por lo tanto se erige en un criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas consagrados en los artículos 14 a 29 de la Constitución²³⁹. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el interés de los menores puede devenir preferente ante un conflicto entre dichos derechos y libertades.

Por lo anterior, es aceptable —y aún plausible— que el ejercicio de la acción penal se reserve a órganos públicos, con exclusión del perjudicado u

²³⁸ STC. 3/1983 (Pleno), de 25 enero. [B.O.E. 17.02.1983] Ponente: ESCUDERO DEL CORRAL. Voto Particular del Magistrado AROZAMENA SIERRA.

ofendido. Ahora bien, correlativamente, es preciso que a éste último se le conceda, para la efectiva tutela de su interés legítimo, la posibilidad de ejercer la acción civil derivada de la infracción penal. El derecho a la tutela judicial efectiva puede limitarse o restringirse siempre que no se suprima o imposibilite en un determinado ámbito.

Desde nuestro punto de vista, en conclusión, la LORPM satisface un doble requerimiento: el derivado del interés del menor y el derivado del interés legítimo de quien resulta perjudicado por una infracción penal. El primero, mediante la atribución exclusiva de la acción penal a un órgano público y la consiguiente proscripción de la acción particular —de la que se presume, más o menos fundadamente, un mero afán vindicativo—. El segundo, preservando la posibilidad de instar la tutela jurisdiccional si bien constreñida al ámbito civil.

Con todo, como ya se ha indicado, además de las posibilidades aludidas de ejercer la acción civil y de participación activa en la reparación y la conciliación, la LORPM ofrece al perjudicado, en determinados supuestos, la posibilidad de personarse en el procedimiento penal.

2.2. La personación del perjudicado en el proceso penal de menores.

El artículo 25 de la LORPM, intitulado «Participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular», contempla una fórmula inédita de participación en el proceso penal, de difícil encaje en las instituciones propias del derecho procesal, a través de la que se permite que, en determinados supuestos, el perjudicado pueda personarse en el proceso penal con un elenco de facultades de calificación compleja.

Antes de abordar el examen de las cuestiones que se suscitan al hilo de esta novedosa figura, merece señalarse que la intervención del perjudicado en el proceso de menores no estaba prevista en el Proyecto de Ley Orgánica que

²³⁹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución. En el mismo sentido, STC 36/1991, de 14 de febrero.

en su día el Gobierno remitió a las Cortes Generales²⁴⁰. En dicho texto, el artículo 25 se limitaba a su actual párrafo primero, es decir, prohibía el ejercicio de acciones por los particulares con la excepción de lo previsto en relación con el ejercicio de la acción civil.

Sin embargo, pareció oportuno permitir la participación de los perjudicados también en el proceso penal, aunque limitándola tanto en lo relativo a los supuestos cuanto en lo tocante a su contenido²⁴¹. Merece señalarse que ya en el trámite parlamentario, la modificación del artículo 25 no fue bien recibida ni por los Diputados y Senadores ni por los expertos comparecientes ante las respectivas Comisiones de las Cámaras²⁴².

No es descabellado sostener que, a la postre, la redacción definitiva del precepto no satisface por completo absolutamente a nadie. Mientras que para algunos se trata simplemente de la incorporación al proceso del aspecto vindicativo²⁴³, para otros supone la introducción en el proceso de menores de una suerte de «sainete» que no redundará ni en beneficio del sistema ni aún de la propia víctima²⁴⁴.

Antes de abordar el análisis de lo dispuesto en el artículo 25 de la LORPM en relación con la intervención del perjudicado, son precisas dos consideraciones.

²⁴⁰ Vid. «BOCG. Congreso de los Diputados» Serie A, núm. 144-1, de 3 de noviembre de 1988.

²⁴¹ La redacción definitiva es fruto de una enmienda transaccional del Grupo Parlamentario Popular a la enmienda propuesta en el Senado por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió. Vid. «BOCG. Senado. Serie II» VI Legislatura. Núm. 165 (b); «Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia» VI Legislatura. Núm. 541; «Diario de Sesiones del Senado. Pleno» VI Legislatura. Núm. 156; «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente», VI Legislatura, núm. 283, año 1999.

²⁴² Al respecto pueden consultarse: «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente», VI Legislatura, núm. 283, año 1999, págs. 15270 a 15277; «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior», VI Legislatura, núm. 644, año 1999, págs. 18759 a 18791.

²⁴³ RÍOS MARTÍN, J.C y SEGOVIA BERNABÉ, J.L. "La Ley de responsabilidad penal de los menores. Cambio de paradigma: del niño en *peligro* al niño *peligroso*" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000. Pág. 557.

²⁴⁴ Cfr. BARREDA HERNÁNDEZ, A. "La víctima en el proceso penal de menores...". Cit. Pág. 524.

En primer lugar, debe apuntarse que el perjudicado no puede considerarse, en puridad, como parte en el proceso. Como se ha apuntado, no se permite al perjudicado, bajo ningún concepto, solicitar la imposición de medidas o manifestarse en relación con la procedencia de las mismas. Se niega al perjudicado el ejercicio de la acción penal derivada del delito, y por ello no puede, necesariamente, considerarse su intervención como la propia de una parte²⁴⁵.

En segundo lugar, es preciso, a los efectos de encuadrar la cuestión que nos ocupa, delimitar el concepto de perjudicado, puesto que sólo a éste se le concede la posibilidad de personarse en el proceso.

Como es sabido, la LECrim utiliza los términos «perjudicado»²⁴⁶, «ofendido»²⁴⁷ y «dañado»²⁴⁸, para referirse a las personas que sufren los efectos de las infracciones penales. El Código Penal, por su parte, se refiere tanto al «perjudicado»²⁴⁹ como a la «víctima»²⁵⁰, utilizando también con frecuencia el concepto «ofendido»²⁵¹, para referirse al sujeto pasivo de la infracción penal²⁵². Finalmente, la LORPM tan sólo utiliza los términos «víctima» y «perjudicado».

²⁴⁵ La doctrina coincide en que el concepto de «parte» en el proceso penal sólo es viable en un sentido estrictamente «procesal», es decir, al margen de cuál sea la posición de los sujetos en la relación jurídico material y limitado sólo a «quien promueve la actuación del órgano jurisdiccional aportando, por medio de sus alegaciones y pruebas, el material para la resolución de contenido determinado que postula» [MONTERO AROCA, J. (con ORTELLS RAMOS; GÓMEZ COLOMER; MONTÓN REDONDO) *Derecho jurisdiccional. III Proceso Penal*. Bosch, Barcelona, 1993. Pág. 53. En idéntico sentido, ARMENTA DEU, T. (con ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.) *Lliçons de Dret Processal*, EDIUOC, Barcelona, 1999. Pág. 77; MORENO CATENA, V (con GIMENO SENDRA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.) *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996. Pág. 159; MUERZA ESPARZA, J. (con DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; TOMÉ GARCÍA, J.A.) *Derecho Procesal Penal*. CEURA, Madrid, 1999. Pág. 135.

²⁴⁶ A título de ejemplo *Vid.* artículos 110 y 112 LECrim.

²⁴⁷ *Íbidem* artículos 104, 106, 108 y 109 LECrim.

²⁴⁸ *Íbidem* artículo 112 LECrim.

²⁴⁹ *Ibidem* artículo 109.2 CP.

²⁵⁰ *Ibidem* artículo 114 CP.

²⁵¹ *Íbidem* artículos 155; 191.2.

²⁵² En ocasiones, el Código Penal utiliza asimismo, el término «agraviado» (por ejemplo en los artículos 191 o 287).

La doctrina penal sostiene que con el término «perjudicado» se describe a aquél o aquellos que han sufrido los efectos del delito, con independencia de que sean o no los sujetos pasivos de la acción u omisión penal²⁵³. Se puede considerar perjudicado, en este sentido, a quién debe restituirse o indemnizarse por haber sufrido sustracción o pérdida, daño o perjuicio. El término «víctima», en cambio, se reserva para el sujeto pasivo de la acción u omisión típicas²⁵⁴.

Trasladando lo anterior a los términos de la LORPM, puede considerarse facultado para personarse en el procedimiento penal a todo aquél que haya sufrido sustracción, pérdida, daño o perjuicio como consecuencia de la infracción penal presuntamente cometida por un menor de edad²⁵⁵. Es preciso advertir, sin embargo, que en puridad, tan sólo debería admitirse la participación del ofendido (la víctima en términos de la LORPM)²⁵⁶.

2.2.1. Supuestos en los que procede.

La personación del perjudicado se somete a la concurrencia de una doble condición: a) que los hechos se atribuyan a personas que hayan

²⁵³ Vid. MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. PPU, Barcelona, 1996 (4ª Edición). Pág. 198. Señala el autor que el concepto «perjudicado» posee trascendencia a efectos de responsabilidad civil.

²⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, distinguen entre sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido por éste) y sujeto pasivo de la acción (o víctima). Señalan asimismo, que el perjudicado no tiene necesariamente que coincidir ni con el sujeto pasivo del delito ni con el sujeto pasivo de la acción (V. BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal II*, Trotta, Madrid, 1999. Pág. 50).

²⁵⁵ Según MUERZA ESPARZA, la acusación particular corresponde a quien resulte **ofendido** por el delito [Cfr. MUERZA ESPARZA, J (Con DE LA OLIVA SANTOS; ARAGONESES MARTÍNEZ; HINOJOSA SEGOVIA y TOMÉ GARCÍA) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág.146], ARMENTA DEU, advierte que, en ocasiones es posible distinguir entre **ofendido** y **perjudicado** (caso del delito de homicidio) [Cfr. ARMENTA DEU, T. (con ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.) *Lliçons de Dret Processal*. Cit.]

²⁵⁶ Cfr. MONTERO AROCA, J. (con ORTELLS RAMOS; GÓMEZ COLOMER; MONTÓN REDONDO), *Derecho Jurisdiccional III...* Cit. Pág. 65. Señala este autor que los tribunales no se han percatado de la distinción entre ofendido y perjudicado y admiten regularmente como acusador al perjudicado, cuando en realidad éste debería ejercer la acción popular.

cumplido los dieciséis años en el momento de su comisión; y b) que dichos hechos se hayan cometido con violencia, intimidación o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas.

En primer lugar, es inevitable señalar que la limitar la personación del perjudicado, por razón de la edad del presunto delincuente y de la naturaleza del delito imputado conduce a la existencia de dos categorías de perjudicados: la de aquellos que podrán personarse en el procedimiento penal y la de aquellos otros que sólo podrán ejercer la acción civil correspondiente²⁵⁷.

El establecimiento de dos tramos de edad —de los catorce hasta los dieciséis y de los diecisiete hasta los dieciocho años— obedece a las «diferencias características que presentan uno y otro grupo, y que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado»²⁵⁸. Amén de la diferencia que nos ocupa, es preciso señalar que la LORPM contempla para cada tramo una intensidad y duración diferente de las medidas que pueden imponerse²⁵⁹.

En relación con la posibilidad de personación por parte del perjudicado, no falta quién cuestiona la validez del criterio de la edad, sosteniendo que la presencia del perjudicado en el proceso no tiene porque resultar al menor más perjudicial que la presencia del Ministerio Fiscal²⁶⁰. Sin duda, la distinción de dos tramos de edad —a los efectos que sea— supone el establecimiento de

²⁵⁷ El ejemplo que señala BARREDA HERNÁNDEZ es suficientemente claro: «piénsese en la perplejidad a la que llega un triste viudo o padre si, por ejemplo, fuese cometido el homicidio de su mujer o hijo por tres individuos, los cuales fuesen: dos menores, uno de 14 y otro de 17 años, además de otro de 19 años, resultando, no ya que en la jurisdicción de adultos podría ejercer la acción particular, sino que en la propia de menores sería parte coadyuvante sólo respecto a uno, el de 17 años, donde podría y sólo para con él, tener vista de lo actuado, pedir prueba...siendo que para ambos es común el proceso en la fase de instrucción y de audiencia.». Cfr. BARREDA HERNÁNDEZ, A. “La víctima en el proceso penal de menores...” Cit. págs. 524-525.

²⁵⁸ Cfr. Apartado 10 de la Exposición de Motivos de la LORPM

²⁵⁹ Vid. Artículo 9 y Disposición adicional cuarta de la LORPM. En apretada síntesis, ambos preceptos establecen, en función de la edad del menor, criterios de duración de las medidas a imponer que pueden llegar a suponer diferencias de 3 hasta 6 años entre los menores y los mayores de dieciséis años.

²⁶⁰ Vid. IBARRA, E. “Los derechos de las víctimas y la ley del menor” en «El Mundo», 26 de febrero de 2001.

una discriminación, que sin embargo, no tiene porque desembocar en una quiebra del principio de igualdad si es posible demostrar que, efectivamente, en dichos tramos de edad existen diferencias psicológicas, morfológicas y sociales con la entidad suficiente²⁶¹.

En cuanto a la distinción a partir de la concurrencia, en los hechos de que se trate, de violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o la integridad física, desde el prisma del derecho fundamental a la igualdad, caben las consideraciones apuntadas anteriormente; es decir, tan sólo podría tacharse de inconstitucional si se considerase que el criterio que fundamenta la discriminación carece de entidad suficiente para ello. En este sentido, merece la pena apuntar que la violencia, la intimidación o el grave riesgo para la vida o la integridad física, constituyen, para los mayores de dieciséis años, criterios de agravación de la medida que deba imponerse²⁶².

2.2.2. Procedimiento para la personación del perjudicado en el proceso.

El perjudicado puede personarse en el proceso tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia (art. 25 § II LORPM).

En la fase instructora, el perjudicado deberá solicitar su personación al Fiscal, quien resolverá sobre dicha petición mediante un Decreto motivado. Tan sólo podrá rechazarse la personación del perjudicado en caso de que no se den los supuestos que habilitan su personación, en los términos analizados en el apartado anterior. Si el decreto del Fiscal deniega la personación, el perjudicado podrá reiterar su petición ante el Juez de Menores en el plazo de

²⁶¹ BARREDA HERNÁNDEZ considera que «esta distinción carece de sentido práctico, toda vez que, aún pensando que la eventual confrontación con la víctima es menos impactante con estas edades (16 a 18), en el careo o prueba testifical el efecto puede ser el mismo con los menores de esa edad». Cfr. BARREDA HERNÁNDEZ, A. “La víctima en el proceso de menores...” Cit. Pág. 524.

²⁶² Vid. *Supra*. Notas 258 y 259.

cinco días desde la notificación del acuerdo denegatorio²⁶³. Aunque la LORPM no establece nada al respecto, el Juez de Menores deberá resolver la petición del perjudicado mediante auto motivado, que será recurrible en reforma en los términos del artículo 41.2²⁶⁴.

Si la personación se pretende en la fase de audiencia, deberá instarse ante el Juez de Menores, quién resolverá mediante auto motivado. La denegación por parte del Juez de Menores tan sólo procederá en caso de que no se cumplan los requisitos relativos a la naturaleza de los hechos o a la edad del menor o menores²⁶⁵.

En ningún caso la solicitud de personación supondrá la suspensión del procedimiento ni la retroacción de las actuaciones²⁶⁶. De ahí que sea preciso que las peticiones de personación del perjudicado, ya se formulen ante el Juez de Menores, ya ante el Fiscal, sean resueltas con la mayor brevedad.

La LORPM no contempla la necesidad de postulación del perjudicado, lo que para alguno no es sino una forma de marcar distancias con la figura del

²⁶³ La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO entiende que la posibilidad de reiterar la petición de personación ante el Juez de Menores significa que la decisión del Fiscal está sometida a «control judicial directo». (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2000) A nuestro juicio, el núcleo de la cuestión no es tanto el control que pueda ejercer el juez de menores sobre la decisión del Fiscal sino, fundamentalmente, el momento procesal en el que aquél debe pronunciarse acerca de la calificación jurídica de los hechos.

Por su parte, ORNOSA FERNÁNDEZ estima que la posibilidad de reiterar la petición de personación ante el Juez de Menores es una especie de recurso frente al Decreto del Fiscal de Menores. (ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 280).

²⁶⁴ En este sentido PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C. “Análisis del procedimiento. La fase de conocimiento del Juez. La preparación del juicio y las diligencias del Juez. Naturaleza Jurídica de las mismas. La fase decisoria. La sentencia. El sistema de recursos” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000, pág. 249. En cambio, LASTRA DE INÉS, deja abierta la posibilidad de que la resolución del Juez de Menores revista la forma de providencia, en cuyo caso, contra el auto que denegase el recurso de reforma contra la misma, cabría interponer recurso de apelación. Cfr. LASTRA DE INÉS, A. “La fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000, pág. 238.

²⁶⁵ Abundando en lo que se apuntaba en la nota 263, una vez que, por parte del Ministerio Fiscal ya se ha procedido a la calificación de los hechos en el escrito de alegaciones, el Juez de Menores está en condiciones de resolver acerca de la personación del perjudicado sin que ello pueda suponer, en modo alguno, una merma de su imparcialidad. No puede sostenerse lo mismo, en cambio, en la fase de instrucción del expediente, por cuanto no existe, en puridad, una calificación jurídica de los hechos que se imputen al menor, de modo que recaer en el Juez de Menores la tarea de pronunciarse sobre dicha calificación, en detrimento de su necesaria imparcialidad.

acusador particular de los procesos de adultos²⁶⁷. La cuestión, empero, no resulta pacífica: existe acuerdo en la necesidad de que el perjudicado esté asistido por abogado, aunque las razones que se esgrimen en este sentido son de índole diversa²⁶⁸. No puede afirmarse lo mismo con respecto a representación por medio de procurador: mientras que para algunos es imprescindible que el perjudicado se persone en la causa representado por procurador²⁶⁹, para otros dicha figura aparece proscrita, con carácter general, del procedimiento de menores, con lo cual, exigir al perjudicado que acuda al proceso representado por procurador supone una infracción al principio de igualdad entre las partes²⁷⁰.

Lo cierto es que la LORPM tan sólo excluye expresamente la representación por medio de procurador en los trámites de la pieza separada de responsabilidad civil (artículo 64, regla 11), pero no en la pieza principal de responsabilidad penal.

A vista de lo anterior, y teniendo en cuenta el régimen de supletoriedad establecido en la Disposición final primera de la LORPM, cabe entender que el régimen aplicable en materia de postulación será el previsto en los artículos 788 y concordantes de la LECrim, respecto al menor. En lo relativo al perjudicado, será de aplicación el régimen general de postulación procesal, de modo que deberá personarse asistido de abogado y representado por procurador²⁷¹.

²⁶⁶ Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2000.

²⁶⁷ Vid. BARREDA HERNÁNDEZ, A. "La víctima en el proceso de menores..." Cit. Pág. 525.

²⁶⁸ Así, mientras que para la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO se trata de la aplicación del régimen general de postulación de la LECrim, para la mayoría de los autores que se han pronunciado acerca del particular, se trata de garantizar la defensa efectiva de los intereses del perjudicado. [Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2000; por todos, ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 280. No obstante, matiza la autora, puede haber casos en los que la necesidad de la defensa técnica pueda ser valorada].

²⁶⁹ Fiscalía General del Estado, Circular 1/2000, citada.

²⁷⁰ ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 280.

²⁷¹ En contra MARTÍ SÁNCHEZ, N. "Protección de la víctima y responsabilidad civil en la «ley penal de los menores»".Cit. Para este autor, la LECrim no contiene ningún precepto aplicable con carácter supletorio. Además, el artículo 35.1 menciona entre los asistentes a la

Lo anterior no obsta, por supuesto, a que deba reconocerse al perjudicado, si procede, el beneficio de la justicia gratuita, en los términos previstos en su ley reguladora²⁷². Asimismo cabe apuntar que cualquier solicitud de personación que carezca de la debida postulación, adolece de un defecto subsanable, por lo que deberá ofrecerse al perjudicado la posibilidad de presentar su solicitud con la postulación pertinente.

Finalmente, es preciso señalar que compete al Ministerio Fiscal notificar al perjudicado la incoación del procedimiento, en aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 22.3 LORPM, a los efectos de que éste, si lo estima oportuno, pueda personarse en el procedimiento²⁷³.

2.2.3. Facultades que asisten al perjudicado personado.

A) En la fase de instrucción.

En la fase de instrucción, el perjudicado personado ostenta las siguientes facultades: a) tener vista de todo lo actuado; b) ser notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden; c) proponer la práctica de diligencias de investigación 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; y d) valorar las diligencias practicadas durante la fase de instrucción y proponer la práctica de pruebas en la fase de audiencia.

audiencia al «perjudicado» pero no a su letrado, de modo que el perjudicado puede personarse y actuar sin estar representado por procurador ni defendido por letrado, lo cual no es óbice para que, si lo desea, el perjudicado pueda servirse de letrado tanto en la fase de instrucción como en la fase de audiencia.

²⁷² Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (B.O.E. núm. 11, de 12 de enero). Véase también el R.D. 2103/1996, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita. (B.O.E. núm. 231, de 24 de septiembre). A tenor de lo dispuesto en el artículo 6.3 de la LAJG, el derecho a la asistencia jurídica gratuita procede en aquellos procesos en los que la defensa y representación sean legalmente preceptivas o, cuando no siéndolo, sean expresamente requeridas por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes.

²⁷³ Aunque el artículo 22.3 contempla la notificación al perjudicado a los solos efectos de la responsabilidad civil, nada parece impedir que en el mismo trámite, si se trata de uno de los supuestos contemplados en el artículo 25, se notifique al perjudicado la posibilidad de personarse en el proceso penal. En este sentido LASTRA DE INÉS, A. “La fase de investigación...”. Cit. Pág. 237.

a) Tener vista de todo lo actuado.

Las dudas que se plantean al hilo de esta facultad son fundamentalmente dos: por una parte, su compatibilidad con la posibilidad, regulada en el artículo 24 LORPM, de declarar el secreto del expediente. Por otra parte, si el informe del equipo técnico debe entenderse o no incluido en la expresión «todo lo actuado».

Según dispone el artículo 24, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, y mediante auto motivado, el Juez de Menores podrá decretar el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un periodo limitado de ésta.

No sería aventurado pensar que el precepto citado está expresamente concebido para impedir que el perjudicado pueda intervenir en determinadas actuaciones de la fase de investigación. Sin embargo, curiosamente, el artículo 24 es uno de los pocos preceptos de la LORPM que permaneció inalterado respecto a su redacción originaria a lo largo del trámite parlamentario, de modo que no cabe sostener que el legislador estableciera en su momento ninguna conexión entre ambos preceptos. Ahora bien, ello no impide que los efectos de la declaración del secreto del expediente incidan de lleno en las facultades y derechos reconocidos al perjudicado personado en la causa.

Para cohonestar los derechos del perjudicado y la declaración del secreto del expediente, será preciso, por una parte, que el Juez de Menores oiga al perjudicado personado antes de dictar el correspondiente auto. Una vez acordado el secreto del expediente, el perjudicado no podrá interponer recurso alguno, por carecer de la condición de parte, tal y como se analizará más adelante. Por otra parte, entendemos que debe reconocerse al perjudicado la posibilidad de que conozca el expediente antes de evacuar el trámite de alegaciones, en términos parecidos a lo previsto en el artículo 24 *i.f.* en relación con el abogado del menor.

La segunda cuestión que se plantea es la relativa a la posibilidad de que el perjudicado tenga acceso al informe elaborado por el equipo técnico —o por otra entidad competente— relativo a las circunstancias del menor.

Para dilucidar esta cuestión es preciso recordar que las actuaciones que se permiten al perjudicado deben circunscribirse en todo caso a la determinación de los hechos, no pudiendo extenderse, en ningún caso, a las circunstancias del menor encausado. Ello justifica, en principio, que se impida al perjudicado tener conocimiento del informe elaborado por el equipo técnico.

El asunto se torna más complejo, empero, si se tiene en cuenta que la LORPM contempla la posibilidad de que el informe proponga la no continuación del expediente (artículo 27.4 en relación con el artículo 19.1²⁷⁴). En tal caso, no parece tan tajantemente claro que el perjudicado no deba conocer el informe del equipo técnico, máxime cuando es pieza clave de una eventual conciliación o reparación.

A la postre, con todo, la posibilidad de que el perjudicado tenga vista de todo lo actuado en la fase de investigación —instrumento esencial para el consiguiente ejercicio de la facultad de instar la práctica de diligencias— se desdibuja por completo dada la ausencia de mecanismos que permitan controlar la actuación del Ministerio Fiscal en este sentido. Únicamente se contempla que al finalizar la instrucción del expediente, el Fiscal deberá dar traslado al perjudicado de las diligencias practicadas, con la finalidad de que éste las valore y solicite la práctica de pruebas en la fase de audiencia²⁷⁵. En este momento procesal, si se ha declarado el secreto del expediente, deberá ser alzado y el perjudicado deberá tener conocimiento de la totalidad de las actuaciones practicadas, con exclusión del informe del equipo técnico, que como se ha dicho, tan sólo debería entregarse al perjudicado en caso de que contenga una propuesta de no continuación del expediente.

b) Ser notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.

²⁷⁴ Téngase en cuenta que para proponer la no continuación del procedimiento deberá tratarse de un delito menos grave o una falta, y que el Fiscal deberá valorar, especialmente, la no concurrencia de violencia o intimidación de carácter **grave** (Art. 19.1). Aunque los supuestos en los que concurran todas las circunstancias expresadas —relativas al delito, a la personación del perjudicado y a la propuesta del equipo técnico— son escasos, no son imposibles.

²⁷⁵ La falta de rigor del artículo 25 es clamorosa: se usan de forma totalmente indistinta los términos «diligencia» y «prueba», un total de tres veces.

Se trata de una facultad íntimamente ligada a la anterior, cuya comprensión y alcance no resultan precisamente fáciles de colegir.

Una interpretación posible pasa por entender que la facultad anteriormente analizada —tener vista de lo actuado— se cifra tan sólo en el traslado de las actuaciones, que deberá realizar el Fiscal al término de la instrucción. Consiguientemente, la posibilidad de ser notificado de todas las diligencias que se soliciten y acuerden, debería hacerse efectiva en ese momento. Aceptar esta lectura, empero, supondría limitar desmesuradamente las atribuciones del perjudicado.

A nuestro juicio, el precepto debe interpretarse en el sentido siguiente: deberá notificarse al perjudicado toda solicitud de diligencias efectuada por el letrado del menor, con independencia de que el Fiscal decida acordarla o denegarla. Es más, el Fiscal debería dar traslado al perjudicado de la solicitud y oírle antes de adoptar cualquier decisión al respecto.

En cambio, las diligencias acordadas de oficio por el Ministerio Fiscal deben notificarse al perjudicado en el momento en que se acuerden. De otra forma, sería imposible que el perjudicado pudiera efectivamente participar en la práctica de dichas diligencias, tal y como se contempla en el párrafo V del artículo 25.

c) Proponer la práctica de pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión.

Aunque la LORPM se refiere equivocadamente a «pruebas», es indudable que se permite al perjudicado proponer al Ministerio Fiscal la práctica de diligencias de investigación, siempre que éstas no versen sobre la situación personal del menor. El Ministerio Fiscal, sin embargo, podrá denegar la práctica de las diligencias propuestas, sin que quepa recurso frente a esta decisión. En tal supuesto, el perjudicado personado tan sólo podrá reiterar la solicitud ante el Juez de Menores en la fase de audiencia.

Con respecto a la diligencia de careo, el §V del artículo 25 establece que ésta sólo podrá denegarse cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o de la participación del menor en los mismos²⁷⁶.

Finalmente, nada obsta a que el perjudicado proponga la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, en cuyo caso el Fiscal, si las estima convenientes, deberá proceder de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.3 de la LORPM²⁷⁷.

d) Valorar las diligencias practicadas durante la fase de instrucción y proponer la práctica de pruebas en la fase de audiencia.

Con carácter previo a la remisión del escrito de alegaciones al Juzgado de Menores, el Ministerio Fiscal deberá dar traslado del mismo al perjudicado, para que en un plazo de cinco días valore el conjunto de las actuaciones practicadas y en su caso, proponga aquellas pruebas que deberían realizarse en la fase de audiencia.

En este punto, la Fiscalía General del Estado entiende que «las atribuciones del perjudicado respecto al escrito de alegaciones del Fiscal no abarcan la delimitación del objeto del proceso, en la medida en que no está autorizado para la descripción de los hechos que han de definir los términos del debate». De ahí que, siempre a tenor de dicha interpretación, el escrito del perjudicado deba limitar su contenido a una valoración probatoria y a una

²⁷⁶ En contra ORNOSA FERNÁNDEZ, para quién la prueba de careo tan sólo podrá realizarse cuando resulte fundamental para el esclarecimiento de los hechos o la participación del menor. Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 280. En el mismo sentido LÓPEZ LÓPEZ, A.M. *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de Menores*. Cit. Pág. 272.

²⁷⁷ La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO se muestra contraria a dicha posibilidad, entendiendo que «si no está prevista la audiencia al perjudicado antes de adoptar cualquiera de estas decisiones (la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO se refiere, además de a la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, a la solicitud de secreto del expediente y a la solicitud de medidas cautelares), tampoco se le puede considerar legalmente autorizado a solicitar por sí la adopción de las mismas. (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2000). La interpretación de la Fiscalía sólo es aceptable, a nuestro juicio, si se entiende referida a la posibilidad de que el perjudicado inste su solicitud ante el Juez de Menores. Prohibir al perjudicado solicitar **al Fiscal de menores** que inste la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales —e incluso la adopción de medidas cautelares— convierte al

propuesta de aquellas diligencias que, a su juicio, debieran realizarse en la fase de audiencia.

A este fin, el Fiscal debe dar traslado al perjudicado de todas las actuaciones practicadas y, por supuesto, de su propio escrito de alegaciones.

Esta lectura resuelve algunas cuestiones que genera la falta de precisión del §7 del artículo 25; sin embargo quedan otras no menos enjundiosas, sin resolver.

En primer lugar, ¿cabe la posibilidad de que el Fiscal, a la vista del escrito de valoración presentado por el perjudicado, modifique su escrito de alegaciones? A nuestro juicio, esta es la finalidad primordial del precepto, lo que convierte éste concreto trámite en el momento más decisivo de la actuación del perjudicado, en la medida en que puede incidir en la decisión del Fiscal acerca de la calificación de los hechos.

En segundo lugar, ¿cómo debe reflejarse el escrito del perjudicado en el procedimiento? O lo que es lo mismo, ¿el escrito del perjudicado debe remitirse al juzgado de menores como un elemento procesal más? En este aspecto, la Fiscalía General del Estado, considera que el escrito del perjudicado, junto a los escritos de alegaciones del Fiscal y de la defensa, «conforman con carácter provisorio los términos del debate y definen los elementos a ser tenidos en cuenta por el Juez de Menores para decidir acerca del desenlace de la fase intermedia».

Y, al hilo de lo anterior, ¿Ostenta el Fiscal alguna facultad decisoria en relación con el contenido del escrito presentado por el perjudicado? En otras palabras ¿el Fiscal ejerce alguna suerte de control sobre el contenido de dicho escrito? Más arriba se respondía, en parte, a los interrogantes planteados, afirmando que, a la vista del contenido del escrito del perjudicado, el Fiscal podía modificar su propio escrito de alegaciones. Queda por dilucidar, sin embargo, el tratamiento que deba recibir dicho escrito cuando la proposición de

perjudicado personado en una suerte de espectador “privilegiado” sin posibilidades reales de incidencia en el proceso.

prueba que en el mismo se contenga adolezca de impertinencia. Según la Fiscalía General del Estado, la declaración de pertinencia o impertinencia compete al Juez de Menores, y en ningún caso al Fiscal. A nuestro juicio, esta interpretación debe comprender no sólo la eventual proposición de pruebas sino, asimismo, cualquier manifestación o valoración, vertida en el escrito de alegaciones del perjudicado, que escape del contenido previsto por la norma. Así, por ejemplo, cualquier manifestación acerca de la procedencia o improcedencia de las medidas propuestas por el Fiscal en su escrito de alegaciones, deberá tenerse por no puesta, pero no cabrá la devolución del escrito al perjudicado para que proceda a su subsanación.

B) En la denominada «fase de audiencia».

Bajo la denominación «fase de audiencia», la LORPM regula tanto lo que propiamente es el acto del juicio oral, como lo que en los procesos penales de adultos recibe comúnmente la denominación de «fase intermedia» o «periodo intermedio»²⁷⁸. De los artículos que se comprenden en el Título IV (31 a 37), tan sólo los tres últimos se dedican al «acto de la audiencia». Los restantes preceptos se ocupan de las actuaciones relativas al examen de la fase de instrucción, a la formulación de la acusación y al control de ésta²⁷⁹.

En la fase intermedia, el perjudicado resta absolutamente a merced de la decisión que adopte el Fiscal con respecto a la postulación de medidas. Si el menor presta su conformidad con los hechos y con la medida solicitada por el Fiscal²⁸⁰, o el Fiscal solicita el sobreseimiento de las actuaciones²⁸¹, se adopta

²⁷⁸ Según ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, la fase intermedia es «aquella fase de los procesos penales por delito en la que, tras el examen de los resultados de la instrucción y, eventualmente decretado por el órgano judicial —de oficio o a instancia de las partes— un complemento sobre la misma, se decide sobre la denegación o el reconocimiento de la acción penal mediante un examen de sus presupuestos materiales, ordenando en consecuencia la apertura del juicio o el sobreseimiento pedido por las partes». Cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. *El periodo intermedio del proceso penal*. McGraw-Hill, Madrid, 1997. Pág. 68.

²⁷⁹ En el mismo sentido CALATAYUD PÉREZ, E. «L.O. 5/2000 Fase intermedia. Conclusión de la instrucción. Celebración de la audiencia y sentencia» en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 2001. Pág. 328.

²⁸⁰ Artículo 32 LORPM. Sobre este supuesto de conformidad, *vid. infra* capítulo cuarto, págs. 399 y ss. Con todo, a los efectos del presente apartado, es preciso advertir que el trámite

una resolución judicial que pone fin al procedimiento —de sobreseimiento o de condena en los términos expresados en dicha conformidad—, con lo que las facultades del perjudicado se agotan en dicho trámite²⁸².

En la fase de audiencia, el perjudicado puede solicitar su personación si no lo ha hecho durante la fase de instrucción. En tal caso, el Juez de Menores deberá resolver acerca de dicha solicitud. Aunque la LORPM no lo contempla, entendemos que el Juez de Menores deberá trasladar al Fiscal la solicitud del perjudicado a fin de que informe acerca de su procedencia.

Por otra parte, a pesar de que la Ley no disponga nada al respecto, cabe entender que el auto de señalamiento de la audiencia debe ser notificado a quien aparezca en la causa como perjudicado, a los efectos de que pueda personarse en la misma, aun sin haber formulado escrito de alegaciones.

En el acto de la audiencia, aceptada la personación, o estando ya personado en el proceso, el perjudicado ostenta dos facultades: a) proponer la práctica de nuevas pruebas; y b) manifestarse acerca del resultado de las pruebas en relación con los hechos y con la participación del menor en los mismos. En ningún caso podrá realizar manifestación alguna sobre la procedencia de las medidas propuestas.

de conformidad previsto en el artículo 32 —que como se ha señalado tan sólo puede abarcar medidas que no consistan en el internamiento del menor— difícilmente podrá plantearse en los supuestos que habilitan la personación del perjudicado (*verbigratia* aquellos en los que concurra violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas), por cuanto en muchos de estos casos, a tenor de la Disposición adicional cuarta de la LORPM (introducida por la L.O. 7/2000), la medida a imponer deberá ser de internamiento, con lo cual la conformidad por los trámites del artículo 32 devendrá imposible.

²⁸¹ *Vid.* Nota anterior. El Fiscal tan sólo podrá solicitar el sobreseimiento de la causa cuando, por parte del equipo técnico se haya intentado la reparación o la conciliación (art. 19), o cuando, también a través de dicho equipo técnico, se haya propuesto al Fiscal la no continuación del expediente (art. 27). En todos los supuestos anteriores, es preciso que se trate de una falta o de un delito menos grave en cuya comisión no haya concurrido violencia o intimidación, con lo cual resulta difícil prever que la personación del perjudicado haya sido aceptada.

²⁸² CALATAYUD PÉREZ entiende que el perjudicado no debe ser citado a la comparecencia en la que se debe ratificar la conformidad prestada por el menor y su letrado en el escrito de alegaciones. Según dicho autor, «dado que en la sentencia de conformidad se produce un reconocimiento de los hechos, y no se discuten éstos, y que lo importante es fijar la medida, el perjudicado no puede entrar en esta comparecencia, y si se le da presencia, en modo alguno puede intervenir». Cfr. CALATAYUD PÉREZ, E. “L.O. 5/2000 Fase intermedia...” Cit. Pág. 330;

a) Proposición de pruebas.

Esta facultad se extiende tanto a las diligencias solicitadas en la fase de instrucción y denegadas por el Ministerio Fiscal, como a aquellas pruebas que, a la vista de lo actuado, el perjudicado estime necesarias para la acreditación de los hechos o de la participación del menor en los mismos.

Téngase en cuenta que la proposición —y en su caso admisión— de pruebas está prevista en dos momentos distintos dentro de la fase de audiencia: en el auto de apertura de la audiencia (artículo 34) y en el propio acto de la audiencia (artículo 37).

En el auto de apertura de la audiencia, que deberá dictarse dentro de los cinco días siguientes a la presentación del escrito de alegaciones del letrado del menor, el Juez de Menores deberá pronunciarse acerca de la pertinencia de las pruebas propuestas.

Durante la celebración de la audiencia, se permite a las partes la proposición de nuevas pruebas, que deberán practicarse en el mismo acto. A pesar de que el artículo 37.2 se refiere tan sólo a la prueba ofrecida por **las partes**, y aún teniendo en cuenta que el artículo 25. VIII reza textualmente «el Juez de menores invitará al perjudicado personado en la causa a que manifieste lo que tenga por conveniente **sobre la práctica de nuevas pruebas**», debe entenderse que se faculta al perjudicado para la proposición de nuevas pruebas al inicio de la fase de audiencia. Y ello, principalmente, a tenor de lo dispuesto en el párrafo VI del artículo 25, que permite al perjudicado reiterar la solicitud de aquellas pruebas denegadas por el Ministerio Fiscal durante la instrucción, tanto en el escrito de alegaciones como **en la fase de audiencia**.

b) Valoración del resultado de las pruebas practicadas.

El letrado del perjudicado deberá exponer, en virtud de esta facultad, sus conclusiones acerca del resultado de las pruebas practicadas, ciñéndose a lo relativo a la perpetración de los hechos y a la participación del menor en los mismos.

La intervención del letrado del perjudicado en el trámite de conclusiones sobre las pruebas practicadas tendrá lugar después de la del Ministerio Fiscal y antes de la del Letrado del Menor²⁸³.

C) En fase de recursos.

Contra la sentencia dictada por el Juez de menores, el perjudicado podrá interponer recurso de apelación (art. 25 *i.f.*).

En primer lugar es preciso constatar que se trata de una facultad insólita por cuanto, como se explicará a continuación, el perjudicado no goza de la calidad de parte en el proceso.

Ahora bien, el recurso de apelación a que se refiere el párrafo citado es un recurso de naturaleza extraordinaria puesto que únicamente puede interponerse por alguno de los motivos que se recogen en el precepto: a) incompetencia del juzgado; b) inadecuación del procedimiento; c) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que haya producido indefensión al perjudicado; y d) la falta de algún elemento de prueba esencial para la calificación de los hechos. En este último supuesto se faculta al perjudicado para solicitar su práctica.

La incompetencia del Juzgado de Menores y la inadecuación del procedimiento son dos motivos del recurso susceptibles de ser estudiados de forma conjunta, por cuanto el segundo lleva implícito necesariamente el primero, aunque no a la inversa.

Efectivamente, la inadecuación del procedimiento tan sólo será alegable en virtud de un único motivo: una apreciación errónea de la edad del imputado²⁸⁴. Este supuesto lleva aparejada la incompetencia del Juez de

²⁸³ Vid. CARRERA DOMÉNECH, J. "El acto de audiencia y la sentencia penal en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero: estudio de los artículos 35 a 40" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2001. Pág. 367. En cambio, ORNOSA FERNÁNDEZ entiende que la intervención del perjudicado procede después de las del Fiscal y el Letrado del menor. Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho penal de menores*. Cit. Pág. 281.

²⁸⁴ Tan sólo procederá cuando el menor, en el momento de la comisión de los hechos ya hubiera cumplido los dieciocho años. Téngase en cuenta, no obstante, que la edad del

Menores, que tendría que haberse inhibido en el trámite previsto en el artículo 33 LORPM.

La incompetencia del Juzgado de Menores, amén del supuesto anterior, puede derivar de una incorrecta aplicación de los criterios de competencia territorial previstos en los artículos 2.3 y 20.3 de la LORPM²⁸⁵.

En caso de admitirse alguno de los motivos analizados, la Audiencia Provincial deberá declarar la nulidad de lo actuado y remitir las actuaciones al órgano competente para un nuevo enjuiciamiento.

La principal cuestión que se suscita al hilo de los motivos expuestos hasta el momento, estriba en si se contempla, en la fase de audiencia o incluso en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, que el perjudicado pueda alegar los defectos aludidos. La respuesta no es fácil, principalmente porque la LORPM no contempla esta posibilidad de forma expresa, y porque además, difícilmente puede entenderse que, al inicio de la audiencia, tal y como se contempla en el artículo 37.1 (en lo que se ha denominado «debate preliminar») quepa formular dicha alegación²⁸⁶. Con todo, y especialmente en aras a la economía procesal, debería permitirse la intervención del perjudicado al inicio de la audiencia, precisamente a fin de que exponga lo que tenga por conveniente acerca de estos concretos aspectos.

En lo que se refiere al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, con el resultado de indefensión para el perjudicado, es preciso remitirse

menor debería haberse comprobado anteriormente, bien por el Fiscal, bien por el Juez de Menores, puesto que precisamente la edad del menor es uno de los criterios en base a los cuales debe o no permitirse la participación del perjudicado.

²⁸⁵ Con carácter general, la competencia territorial se atribuye al Juzgado de Menores del lugar de la comisión del delito (artículo 2.3.). En caso de que se atribuyan a un mismo menor distintos delitos cometidos en diferentes territorios, el órgano judicial competente (y también las entidades competentes para la ejecución) se determinarán teniendo en cuenta el lugar del domicilio del menor y subsidiariamente los criterios expresados en el artículo 18 de la LECrim (art. 20.3).

²⁸⁶ Cfr. CARRERA DOMÉNECH. J. "El acto de audiencia..." Cit. Págs. 360 a 364. Considera este autor que en este «debate preliminar» no cabe plantear más cuestiones que las expresamente señaladas en el artículo 37.1 de la LORPM.

a lo dispuesto en los artículos 795 ss. de la LECrim, reguladores del recurso de apelación en el ámbito del procedimiento abreviado²⁸⁷.

El último motivo en el que puede fundarse el recurso de apelación es la falta de apreciación de algún elemento de prueba esencial para la calificación de los hechos. Se trata de un error *in iudicando* que puede derivarse bien de la no admisión o no práctica de alguna de las pruebas propuestas (de ahí que la LORPM contemple la posibilidad de se solicite su práctica), bien de que dichas pruebas, aún practicadas, no hayan sido recogidas en la sentencia.

Este constituye, sin duda, el supuesto más complejo, por cuanto la LORPM no contempla cuál debe ser el contenido de la sentencia de apelación. Parece obvio que, de estimar el recurso, el tribunal *ad quem* debe dictar una nueva sentencia en la que se tenga en cuenta dicho elemento. Sin embargo, debe recordarse que al perjudicado le está absolutamente vedada cualquier petición de condena, con lo cual, no pudiendo incidir en la calificación de los hechos, y menos en el contenido o la duración de la medida impuesta, el resultado del recurso fundado en este motivo carece de virtualidad.

La resolución del recurso de apelación es competencia de las Audiencias provinciales o de la Audiencia Nacional, en función de si el órgano que dictó la sentencia es un Juzgado de Menores o el Juzgado Central de Menores. Finalmente, contra la sentencia dictada en apelación no se contempla la posibilidad de ulteriores recursos.

2.2.4. Aproximación a la naturaleza jurídica de la intervención del perjudicado en el proceso. La dificultad de acomodarla a las categorías ordinarias.

²⁸⁷ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 796.2 LECrim, «Cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el Tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en el que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos los actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.»

La naturaleza jurídica de la intervención del perjudicado en el proceso de menores es uno de los temas a los que la doctrina ha prestado más atención. Desde antes de la entrada en vigor de la LORPM, se ha buceado en los conceptos clásicos del derecho procesal en busca de aquél en el que pudieran encajarse las atribuciones reconocidas al perjudicado en el proceso de menores.

Hoy por hoy, existe un cierto acuerdo en atribuir al perjudicado el calificativo de «coadyuvante»²⁸⁸ o, en algunos casos, de «coadyuvante sin acción»²⁸⁹, en lo que seguramente constituye una reminiscencia de la figura del «acusador adhesivo» o «nebenklage» del proceso penal Alemán²⁹⁰.

Ni el esfuerzo por ubicar el perjudicado en alguna de las categorías del derecho procesal, ni la «importación» de figuras procesales —ya sea desde ordenamientos jurídicos próximos, ya desde el derecho procesal civil—, desde nuestro punto de vista, han aportado hasta la fecha resultados que puedan calificarse de satisfactorios.

Para intentar averiguar cuál puede ser la calificación jurídica que deba otorgarse a la figura del perjudicado, en primer lugar es preciso dejar sentado que dicho perjudicado no es una parte en el proceso de menores ni, por supuesto, desde un punto de vista material, ni tampoco desde el punto de vista formal²⁹¹.

²⁸⁸ LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 294. También se refiere al perjudicado personado como «coadyuvante de la acusación pública» la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre.

²⁸⁹ 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». VI-2000. Págs. 149 a 205. BARREDA HERNÁNDEZ, A. “La víctima en el proceso penal de menores...”. Cit. Pág. 522.

²⁹⁰ La figura del «acusador adhesivo», o «adhesión como acusador privado» está regulada en los § 395 a 402 de la StPO. Vid. ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal* [trad. de CÓRDOBA, G. y PASTOR, D. Revisada por MAIER, J.B.], Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

²⁹¹ En este sentido CARRERA DOMÉNECH, J. “El acto de audiencia...”. Cit. Pág. 351. Sostiene, en cambio, que la participación del perjudicado lo convierte en parte procesal de forma que se constituye en una verdadera «acusación particular», MARTÍN SÁNCHEZ, A. “Capítulo IV. Instrucción del procedimiento: reglas generales (Título tercero, artículos 16,17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27)” en *Justicia de menores: una justicia mayor*. CGPJ, Madrid, 2000. Pág.120.

No puede ser una parte en sentido material por cuanto el proceso regulado en la LORPM es un proceso de naturaleza penal, al que, consiguientemente, no le resulta trasladable el concepto de parte propio de los procesos civiles. El perjudicado, en el proceso de menores, no pretende una tutela jurisdiccional concreta ni está afectado de forma directa por el pronunciamiento jurisdiccional²⁹².

En lo que se refiere al sentido formal, no es sostenible que el perjudicado, como ya ha habido ocasión de establecer, ejerza acción alguna; es más, la propia Ley le impide pronunciarse acerca de las medidas solicitadas por quién sí que es parte acusadora, esto es, el Fiscal de Menores. No es parte, en definitiva, por cuanto a pesar de que actúa en el proceso, no lo hace pidiendo una resolución del órgano judicial sobre el asunto²⁹³.

Queda, sin embargo, por dilucidar hasta qué punto las facultades relativas al recurso de apelación al que nos hemos referido anteriormente, pueden cohonestarse con la carencia de la condición de parte que sostenemos con respecto al perjudicado.

En este sentido debe recordarse que el perjudicado tan sólo puede presentar recurso de apelación por alguno de los motivos expresados en el artículo 25 de la LORPM. En los dos primeros supuestos (incompetencia del juzgador e inadecuación del procedimiento), resulta comprensible que, aún no ostentando la condición de parte, se faculte a quien ha podido intervenir limitadamente en el proceso para poner de relieve óbices procesales de *ius cogens*. En cambio, en lo que se refiere al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que haya producido indefensión, o a la no apreciación de una prueba determinante de la calificación de los hechos, la facultad de recurrir entraña algunos problemas que deben abordarse separadamente. En cuanto a

²⁹² Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A. (Con Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. CEURA, Madrid, 2000. Pág. 110.

²⁹³ Cfr. MONTERO AROCA, J. (con ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO) *Derecho jurisdiccional*. Cit. Pág. 52 y 53. MUERZA ESPARZA, J. (con DE LA OLIVA SANTOS; ARAGONESES MARTÍNEZ; HINOJOSA SEGOVIA y TOMÉ GARCÍA), *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 135.

la indefensión, si bien es cierto que tan sólo puede sufrirla quién es parte en un proceso o quién reuniendo las condiciones y los presupuestos para constituirse en parte ve denegada su pretensión, no es menos cierto que, por muy limitadas que sean, al perjudicado se le reconocen determinadas facultades, para cuyo ejercicio son precisas resoluciones judiciales que pueden ocasionar indefensión. Finalmente, en lo tocante a la no apreciación de una prueba que pueda resultar determinante para la calificación de los hechos, esta previsión resulta totalmente vacua en aquellos supuestos en los que a excepción del perjudicado, ninguna de las partes presente recurso de apelación. Ello es así porque como ya se ha apuntado, aún en el caso de que el órgano *ad quem* practique y aprecie dicha prueba, la resolución en ningún caso puede modificar la sentencia dictada por el juez de menores dado que al perjudicado no se le permite en ningún caso formular solicitud en relación con la medida.

A la luz de lo expuesto no parece descabellado pensar que el legislador quizá pretendía permitir la personación del perjudicado en el recurso de apelación con un haz de facultades, si no idénticas, sí parecidas a las que se le otorgan en las fases de instrucción y de audiencia. Para ello, hubiera bastado con establecer dicha posibilidad expresamente, sin expresión concreta de los motivos de apelación.

En suma, lo que también se ha denominado «pseudoacción» es, ciertamente, tan sólo un espejismo²⁹⁴, que difícilmente llegue a satisfacer a nadie. Desde el punto de vista de quien pueda —concurriendo los requisitos que se han explicado— personarse en el proceso, es obvio que las facultades que se le otorgan son significativamente limitadas²⁹⁵. Para quienes, por el contrario, entienden que la presencia del perjudicado no puede resultar sino

²⁹⁴ BARREDA HERNÁNDEZ, A. “La víctima en el proceso penal de menores...” Cit. Pág. 526.

²⁹⁵ En este sentido son bastante elocuentes algunas noticias como las aparecidas en el diario «El País», el día 27 de febrero de 2001, según la cual el Defensor del Pueblo andaluz adquirió, con diversos familiares de víctimas de delitos violentos cometidos por menores, el compromiso de trasladar al Defensor del Pueblo español el deseo de los afectados de que se presente un recurso de inconstitucionalidad al nuevo texto legal. El diario «La Vanguardia» informaba el día 24 de enero del mismo año de las declaraciones de diversos afectados en el mismo sentido.

perturbadora, se trata de la incorporación al proceso de un aspecto meramente vindicativo que nada aporta a la búsqueda de la verdad de lo ocurrido²⁹⁶.

Finalmente, desde el punto de vista de la teoría jurídico-procesal es obvio que el legislador no se atuvo a ninguna de las categorías procesales existentes²⁹⁷. El artículo 25 es fruto, como se indicaba más arriba, de una enmienda presentada en el tramo final de la tramitación parlamentaria de la LORPM, y por ello seguramente es un mero reflejo de la coyuntura política existente en ese momento, en el que el consenso fue tan preciso como, en ocasiones, perturbador²⁹⁸.

²⁹⁶ Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L. “La ley de responsabilidad penal de los menores...”. Cit. Pág. 557.

²⁹⁷ Ciertamente una definición ilustrativa —si bien absolutamente falta de rigor jurídico— es la que esgrimió en su día un perjudicado personado cuando, en la fase de audiencia, se le ilustró sobre las facultades de las que disponía: «Me ofrece algo así como un brindis al sol. ¿Quizás?»

Los hechos tuvieron lugar en febrero de 2001, en el transcurso del acto de audiencia celebrado en Zaragoza relativo a un expediente seguido por seis presuntos delitos consumados de violación, entre otros delitos. La expresión la profirió la madre de una chica violada. Cfr. BARREDA HERNÁNDEZ, A. “La Víctima en el proceso de menores...”. Cit. Pág. 526.

²⁹⁸ Los documentos que recogen la tramitación parlamentaria de la LORPM son ilustrativos de lo que se expresa en el texto: la mayoría cualificada requerida para la aprobación de una Ley Orgánica, con la que a la sazón no contaba el Grupo Parlamentario Popular, le impelió a aceptar un número considerable de las enmiendas presentadas por los demás grupos con representación parlamentaria, lo que, a nuestro juicio, restó coherencia —y en ocasiones rigor jurídico— al proyecto presentado por el Gobierno.

Esta situación impregnó otras normas aprobadas en las mismas fechas, como la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil o la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Tanto la LORPM como la denominada comúnmente «Ley de extranjería» fueron modificadas con anterioridad a su entrada en vigor. [La L.O. 4/2000 fue reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre (B.O.E. de 23/12/2000) A las reformas operadas en la LORPM ya ha habido ocasión de referirse anteriormente].

CAPÍTULO TERCERO

LA FASE DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO DE MENORES A LA LUZ DE SU ATRIBUCIÓN AL MINISTERIO FISCAL. ANÁLISIS DE UNA OPCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL DESDE EL PRISMA DEL INTERÉS DE LOS MENORES.

CAPÍTULO TERCERO.
LA FASE DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO DE MENORES A LA
LUZ DE SU ATRIBUCIÓN AL MINISTERIO FISCAL. ANÁLISIS DE UNA
OPCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL DESDE EL PRISMA DEL INTERÉS
DE LOS MENORES.

Como se ha venido apuntando, una de las principales innovaciones del proceso de menores con respecto a los procesos penales de adultos consiste en atribuir la dirección de la fase de investigación al Ministerio Fiscal. Este no es, en puridad, un hito atribuible a la LORPM, por cuanto, como es sabido, la figura del «Fiscal instructor» aparece por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en la L.O. 4/1992.

La atribución al Fiscal de la fase de investigación constituye una opción de política legislativa que no viene determinada, a nuestro juicio, por ninguna de las especialidades del derecho penal de menores. Más bien al contrario, se admite comúnmente que la configuración del proceso de menores puede ser en realidad un «ensayo» de fórmulas aplicables a corto o medio plazo en el proceso penal de adultos.

En el presente capítulo se analizará dicha opción con un objetivo concreto: descartada su necesidad desde el punto de vista del interés de los menores, es preciso averiguar su validez desde la óptica estrictamente procesal.

No se pretende, en consecuencia, terciar en la polémica doctrinal sobre el papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal, o al menos no desde el prisma de su configuración orgánica. Lo que se persigue en este capítulo es una finalidad más modesta: poner de relieve las ventajas y los inconvenientes de la configuración de la fase de instrucción en el proceso de menores. No puede esconderse, sin embargo, que con este análisis sí que se aspira a aportar elementos valiosos para un eventual debate sobre la configuración de los procesos penales de adultos.

Para ello, se ha estimado oportuno no ceñir el estudio únicamente a la fase de instrucción propiamente dicha sino extenderlo, por una parte, a la fase intermedia, y por otra parte, a las medidas cautelares.

En el primer supuesto, se trata de poder ofrecer un balance que englobe, además de la función propiamente instructora, su conjugación con la faceta acusadora y, especialmente con el papel que se reserva al Juez de Menores como órgano de control de la investigación y de la acusación formulada.

En segundo término, las medidas cautelares se incluyen en el capítulo —conformando una sección específica del mismo—, no tanto por la relevancia que puedan tener desde el punto de vista de las funciones del Ministerio Fiscal sino, más bien, por su indesligabilidad de la fase instructora y, asimismo, porque presentan algunos aspectos problemáticos que, a nuestro juicio, merecen ser analizados en esta sede.

Sección Primera: Fase de instrucción y fase intermedia.

I. ALCANCE, NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO.

La fase en la que se procede a la investigación de los hechos presuntamente delictivos recibe en la LORPM el nombre de «instrucción del expediente». La finalidad primordialmente investigadora de dicha fase, podría justificar un intento de paralelismo o comparación entre ésta y la fase de investigación en los procesos penales ordinarios. En este sentido, por ejemplo, sería posible equiparar la fase de instrucción del expediente a la fase de sumario del proceso ordinario por delitos graves y a la fase de diligencias previas del procedimiento abreviado.

Sin embargo, como es sabido, incluso en los procesos ordinarios a los que se ha aludido, el concepto genérico «instrucción» o «fase de instrucción», con el que se denomina a las actuaciones comprendidas entre el conocimiento de la *notitia criminis* y la formulación de la correspondiente acusación, no es pacífico en la doctrina.

Las definiciones propuestas para la fase de investigación pueden agruparse en tres grandes bloques: en primer lugar, aquellas que, atendiendo a sus fines, la consideran una fase de preparación del juicio oral²⁹⁹. En segundo lugar, y ciñéndose concretamente a la articulación de dicha fase en el procedimiento abreviado, hay quien entiende que dicha fase debe responder a la preparación de la acusación³⁰⁰. Finalmente, en una definición no tanto ecléctica, cuanto sí descriptiva, se sostiene que la fase de investigación no es tal, sino que debe hablarse más genéricamente de una fase preliminar —previa a la fase de juicio— en la que tienen cabida actuaciones de signo diverso, tales como «tomar en consideración y, en su caso, comprobar cualquier hecho que

²⁹⁹ Esta concepción es la que se ajusta al tenor literal del artículo 299 de la LECrim, que dispone que «Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio» Añadiendo, además que «dicha fase opera también como un tamiz que impide la celebración de juicios improcedentes», ARAGONESES MARTÍNEZ, S y TOMÉ GARCÍA, J. A. (Con DE LA OLIVA SANTOS, A; HINOJOSA SEGOVIA, R.; y MUERZA ESPARZA, J.) *Derecho Procesal Penal*. CEURA. Madrid, 1999 Pág. 307.

³⁰⁰ Esta postura, sin embargo, se insiere necesariamente en el marco de un proceso penal configurado a semejanza del proceso de menores, es decir, en el que la investigación

revista caracteres de delito; resolver sobre la admisibilidad del juicio oral; y función preparatoria del juicio oral»³⁰¹.

La que en la terminología de la LORPM se denomina «fase de instrucción del expediente» sólo encaja, a nuestro juicio, en los términos de la tercera de las definiciones citadas, principalmente en atención a tres razones: a) la función a la que sirve dicha fase; b) su naturaleza jurídica; y c) la heterogeneidad de las actuaciones que pueden o deben practicarse en el transcurso de la misma.

En cada uno de los aspectos señalados, la fase de instrucción del expediente presenta aspectos distintos de la fase que, bajo distintas denominaciones, antecede al enjuiciamiento en los procesos regulados en la LECrim. De ahí que para poder ofrecer una definición exhaustiva y rigurosa del concepto «fase de instrucción», resulte conveniente su estudio particularizado.

Pero antes de abordar los aspectos anteriores —y de justificar, correlativamente, la adopción de la postura que sustentamos con relación a la fase de instrucción del expediente—, es preciso determinar el alcance de dicha fase, o lo que es lo mismo, determinar cuáles son los límites en los que la misma debe considerarse encuadrada.

En este sentido se formula una propuesta sobre cuáles pueden considerarse los momentos inicial y final de la instrucción del expediente, a la que sigue una breve reflexión acerca de los efectos que pueden derivarse de la ausencia de límites a la duración de dicha fase.

esté atribuida al Ministerio Fiscal. Con todo, en este sentido, es destacable la Circular 1/1989 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 8 de marzo, apartado IV.B.

³⁰¹ ORTELLS RAMOS, M. (Con MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; y MONTÓN REDONDO, A.) *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Bosch, Barcelona, 1994. Págs 123 y 124.

1. ALCANCE DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE.

1.1. Momentos inicial y final.

Para determinar, en general, en qué momentos debe situarse el inicio y el fin de la fase de investigación de un proceso penal es preciso acudir nuevamente a la doctrina procesal, de donde se infieren, a su vez, discrepancias substanciales, ceñidas esta vez principalmente a la determinación de cuál es el momento inicial de la fase que antecede al juicio oral.

En este sentido no puede perderse de vista que, en la mayoría de las ocasiones, la discusión tiene su origen en la concepción que se sostenga acerca de la naturaleza jurídica de dicha fase, y enlaza desde este punto con la consideración que deba otorgarse a los actos de investigación realizados bien por el Ministerio Fiscal, bien por la policía judicial con carácter previo a la apertura de una investigación dirigida por el órgano judicial competente.

Es obvio que este problema no es trasplantable al proceso de menores, por cuanto la investigación está claramente atribuida al Ministerio Fiscal. Ello no impide, sin embargo, que la principal problemática siga centrada en idéntico punto, es decir, en la fijación del momento inicial de la fase de instrucción del expediente, dado que, como se analizará más adelante, una defectuosa dicción de la LORPM ha abierto las puertas a la elucubración sobre la existencia de posibles actuaciones anteriores a la fase que denominamos de instrucción del expediente.

Sin ignorar que la LORPM, tal y como se desprende de su artículo 16.3, parece situar el inicio de la fase en el momento en que el Fiscal comunique al Juez la incoación del expediente, es posible fijar el inicio de la fase de investigación en un momento anterior. Dicho momento sería aquel en el que el Fiscal de Menores, ante la recepción de la *notitia criminis* por alguna de las vías que prevé la norma, adopta cualquier decisión distinta de su archivo por entender que los hechos no son constitutivos de infracción penal.

Este criterio permite, como habrá ocasión de demostrar, no sólo un examen global de las actuaciones que corresponden a la fase de instrucción, permitiendo a la vez un mejor enfoque sobre su naturaleza jurídica —lo que ya de por sí, podría corroborar su acierto—, sino correlativamente, una panorámica completa que permita analizar algunas cuestiones relativas a las garantías procesales³⁰².

En lo que respecta al momento final de la fase de instrucción del expediente, la cuestión se torna más pacífica, fundamentalmente por la claridad con la que es resuelta en el artículo 30 de la LORPM. En dicho precepto se dispone que la fase de instrucción finaliza mediante una resolución del Fiscal de Menores que deberá ser notificada al letrado del menor y remitida al Juzgado de Menores junto con el expediente, las piezas de convicción y demás efectos que puedan existir, y el oportuno escrito de alegaciones.

Puede concluirse, en definitiva, que la fase de instrucción del expediente comprende todas aquellas actuaciones que se desarrollen en el tiempo que medie entre la recepción de la *notitia criminis* por parte del Fiscal de Menores (excepto si éste decide el archivo de la denuncia por considerarla vacía de contenido penal) y la resolución del mismo por la que se declare conclusa dicha fase.

1.2. Consideraciones sobre la duración de la fase de instrucción del expediente.

La LORPM no contiene ninguna previsión explícita acerca de la duración que pueda o deba tener la fase de investigación. Si bien es innegable que la fijación de límites temporales se cohonesta más bien poco con b que, a la

³⁰² DOLZ LAGO, contrariamente, sostiene que cabe distinguir entre lo que es propiamente la fase de expediente y una fase previa. [DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000.]. De forma más tajante, LÓPEZ LÓPEZ entiende que el «proceso» empieza en el momento en que se presenta el escrito de alegaciones, es decir, cuando se formula acusación. Todas las actuaciones anteriores, a juicio de dicho autor, no son procesales y por lo tanto no están sometidas al régimen de garantías del proceso penal. LÓPEZ LÓPEZ, A.M. "Instrucción del procedimiento de menores. Diligencias previas y preliminares" en <http://fiscalia.org>. (1/10/2002)

postre, la realidad se empeña en demostrar, es asimismo cierto que la especial condición de los sujetos a quienes la norma se dirige, y la finalidad reeducativa de la misma, no se compadecen con tramitaciones significativamente dilatadas en el tiempo.

No cabe duda de que cuando más se tarde en dar respuesta a la infracción cometida por el menor, el efecto que dicha respuesta produce en aquél es inferior. Inferior es también el entendimiento de que la sanción corresponde a una determinada acción, lejana ya en el tiempo. La celeridad de la respuesta es pues un factor determinante para su efectividad.

A pesar de que no se establezcan, como se ha dicho, límites temporales a la duración de la instrucción del expediente, sí que se aprecian algunas previsiones que tienden a la aceleración temporal —o por lo menos a evitar demoras excesivas— de la tramitación. Estas previsiones, que atañen concretamente a la actuación del equipo técnico, consisten por una parte, en la fijación de plazos para la elaboración del informe sobre el menor, y por otra parte, en la posibilidad que precisamente en dicho informe se ponga de manifiesto al Fiscal la inconveniencia de continuar la tramitación, entre otras causas, por el tiempo transcurrido.

En lo que se refiere al plazo para la elaboración y entrega del informe acerca de la situación del menor, el artículo 27 LORPM establece que el mismo deberá ser entregado al Fiscal en el plazo máximo de diez días, ampliable hasta un mes en aquellos casos que revistan especial complejidad³⁰³. Nada se establece, sin embargo, acerca del momento en que el Fiscal debe requerir la elaboración de dicho informe. Sobre este concreto aspecto se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado, indicando, de manera atinada, que el

³⁰³ ORNOSA FERNÁNDEZ aventura el riesgo de incumplimiento de los plazos señalados para la entrega de los correspondientes informes, basándose en la experiencia acumulada durante la vigencia de la L.O. 4/1992. Según dicha autora, en las ciudades dónde había un importante volumen de trabajo, el plazo nunca se cumplió y llegó a convertirse en varios meses. Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. *Derecho Penal de Menores*, Bosch, Barcelona, 2001. Pág 291

requerimiento del informe —o eventualmente, de la actualización de informes anteriores— debe ser coetáneo con la incoación del expediente³⁰⁴.

El segundo de los supuestos mencionados se regula en el artículo 27.4 LORPM. Consiste en que el equipo técnico ponga de manifiesto en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación por ser ésta inadecuada para el interés del menor dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos, merece una atención diferente. Ante esta tesitura, si se trata de un delito menos grave o una falta, el Fiscal puede remitir el expediente al Juez de Menores con propuesta de sobreseimiento.

La variedad y la complejidad de las cuestiones que se suscitan a raíz de la previsión a que se alude, se perciben inmediatamente. Puesto que en realidad lo que se contempla es un supuesto de terminación anticipada del procedimiento, algunas de estas cuestiones se abordarán en los apartados correspondientes del presente trabajo³⁰⁵. Por el momento, centrándonos en la cuestión temporal, baste con poner de manifiesto la nota de pesimismo legislativo que se intuye con esta regulación: lo que debería ser impedido a toda costa —una dilación excesiva, suficiente para convertir la medida en una respuesta inútil o incluso contraproducente—, se asume como un riesgo de alta probabilidad³⁰⁶.

2. HETEROGENEIDAD DE LAS ACTUACIONES PRACTICABLES EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE.

Una vez determinados los momentos inicial y final de la fase de instrucción, es posible referirse a la heterogeneidad de las actuaciones susceptibles de ser practicadas en la misma.

³⁰⁴ Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2000.

³⁰⁵ *Vid. Infra*. Capítulo cuarto, Págs. 345 ss.

³⁰⁶ Merece resaltarse, asimismo, el sospechoso silencio que guarda la doctrina en relación con esta fórmula.

Las actuaciones que pueden desarrollarse a lo largo de la fase de instrucción del expediente pueden clasificarse, genéricamente, con arreglo a distintos criterios.

Es posible, en primer lugar, distinguir entre actuaciones de carácter contingente y actuaciones necesarias, en función de si su realización está prevista con uno u otro carácter por la LORPM. A título de ejemplo, sería una actuación necesaria la elaboración o actualización de un informe por parte del equipo técnico. Sería, en cambio, contingente, la adopción de medidas cautelares.

En atención al órgano que debe realizar u ordenar las actuaciones, podrían distinguirse entre actuaciones del Ministerio Fiscal —de naturaleza, por lo tanto, administrativa— y actuaciones de Juez de Menores —de naturaleza, en este caso, jurisdiccional—. Entre las primeras, la práctica de cualquier diligencia de investigación no limitativa ni restrictiva de derechos fundamentales. Entre las segundas, la práctica de diligencias que supongan limitación o restricción de derechos fundamentales, cuya realización está vedada al Ministerio Fiscal.

Cabe distinguir, por otra parte, entre actuaciones estrictamente investigadoras —y aún dentro de éstas entre las que afectan a derechos fundamentales y las que no— y actuaciones de naturaleza cautelar.

Finalmente, pueden asimismo realizarse en esta fase actuaciones tendentes a la preparación de la fase de juicio —entre las que deberían contarse tanto las actuaciones investigadoras como las medidas cautelares— y actuaciones tendentes precisamente a la evitación del juicio —entre las que destacarían los mecanismos de reparación y conciliación—.

Esta enumeración, en absoluto exhaustiva, sirve para poner de manifiesto las dificultades que se ciernen sobre cualquier intento de definir unívocamente la fase de instrucción del expediente, por lo menos a partir de la consideración de la naturaleza de las actuaciones practicables en la misma. Es obvio que no pueden considerarse homogéneas actuaciones necesariamente jurisdiccionales y actuaciones de naturaleza administrativa, ni tampoco

actuaciones dirigidas a la averiguación de unos hechos y actuaciones que pretenden acopiar datos referidos exclusivamente a su presunto autor, por ejemplo.

Lo anterior no impide, sin embargo, admitir la existencia de algunas notas comunes indesligables de la fase de instrucción del expediente. Entre las mismas destaca la dirección de dicha fase al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que algunas actuaciones le estén expresamente vedadas —singularmente aquellas que, por afectar a derechos fundamentales, deberán ser autorizadas por el Juez de Menores—. Por otra parte, debe destacarse la presencia, a lo largo de toda la fase de instrucción, de una particular manifestación del interés del menor cifrada en el agotamiento de todas los mecanismos que permitan — aunque con algunas limitaciones— el abandono del proceso a favor de fórmulas extraprocesales de resolución de conflictos.

3. FUNCIÓN DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE.

Si se tienen en cuenta los dos aspectos ahora señalados se colige que la función de la fase de instrucción del expediente no es singular. Más bien al contrario, dicha fase se establece con un conjunto de funciones que pueden llegar a ser incompatibles entre sí, excepto si se toma en consideración el interés del menor en su vertiente más amplia, es decir, aquella que no se agota en una simple consideración del proceso como una experiencia negativa para el menor.

Desde esta perspectiva es posible preguntarse cuáles son las funciones de la fase de instrucción del expediente.

En términos generales, la fase de instrucción sirve a dos funciones si no contrapuestas, por lo menos incompatibles entre sí: se trata por una parte de la

preparación del escrito de acusación y por otra parte del eventual ensayo de fórmulas tendentes precisamente a la evitación del mismo³⁰⁷.

No puede afirmarse, por el contrario, que la fase de instrucción del expediente persiga la preparación del acto de audiencia (equivalente al juicio oral de los procesos de adultos). En primer lugar, como ya se ha señalado, porque precisamente la evitación de dicho acto es una de las finalidades de la fase de investigación. En segundo lugar, especialmente porque las facultades de las que goza el Fiscal en dicha fase le permiten excluir radicalmente cualquier diligencia que tienda a demostrar la inocencia del imputado. Como se explicará a lo largo de los epígrafes siguientes, la defensa del menor, en la fase de instrucción del expediente, puede encontrarse totalmente a merced del Fiscal de Menores, quien sólo está obligado a recibir la declaración del menor pero no a practicar otras diligencias propuestas por su letrado.

Finalmente, parece oportuno apuntar que, desde nuestro punto de vista, los fines de la fase de instrucción del expediente no pueden confundirse con el objeto de la actuación instructora del Ministerio Fiscal descrito en el artículo 23 de la LORPM. En primer lugar, porque como se desprende de la literalidad del precepto, se regula en el mismo exclusivamente el objeto de la actuación instructora del Fiscal de menores. No se incluyen, por tanto, ni la actuación de los demás sujetos intervinientes en la misma, ni otras funciones que, en dicha fase, competen al Fiscal de menores. En segundo lugar, porque, como más adelante se explicará con mayor detalle, una lectura detenida del artículo 23 permite apreciar que, en puridad, lo que allí se regula son los términos en los que el Fiscal deberá ejercer la acción penal³⁰⁸.

³⁰⁷ En palabras de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: «El objeto de la instrucción del proceso de reforma de menores debe circunscribirse a la práctica de aquellas diligencias que el Fiscal estime absolutamente imprescindibles para una formulación bien fundada del escrito de alegaciones o para obtener un criterio razonable de terminación anticipada del proceso y derivación del asunto hacia soluciones extraprocerales». (Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2000.)

³⁰⁸ *Vid. Infra*. Págs. 254 ss.

4. NATURALEZA JURÍDICA.

En general, la cuestión relativa a la fase que antecede al enjuiciamiento en los procesos penales es objeto de polémica entre la doctrina procesal, aunque, como se ha afirmado, las reformas legislativas del proceso penal han expandido la cuestión desde el ámbito académico hasta el ámbito constitucional³⁰⁹.

Las principales posturas pueden clasificarse como sigue: en primer lugar, se sostiene que se trata de una fase de naturaleza eminentemente administrativa, en la que, no existiendo propiamente pretensión penal no puede hablarse propiamente de proceso³¹⁰. En segundo lugar se encuentran quienes sostienen la naturaleza jurisdiccional de dicha fase, principalmente en atención a que la investigación se dirige a la obtención de una resolución judicial (sobre la apertura del juicio oral o sobre la adopción de medidas cautelares), por lo que todas las diligencias que hayan de fundamentar dicha decisión deberán ser practicadas por un órgano jurisdiccional³¹¹. En tercer lugar se sitúa una postura intermedia, que sostiene que la fase de investigación participa de ambas notas: naturaleza administrativa, en tanto que las actuaciones estrictamente investigadoras revisten este carácter, y naturaleza jurisdiccional, por cuanto es incontestable que a lo largo de dicha fase existen actuaciones necesariamente reservadas a órganos de dicha naturaleza³¹².

El proceso diseñado por la LORPM, a nuestro juicio, sólo encaja en la tercera de las posturas expuestas. Como ya se ha explicado, la principal nota

³⁰⁹ Cfr. ORTELLS RAMOS, M. (Con MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; MONTÓN REDONDO) *Derecho Jurisdiccional III*. Cit. Pág. 127.

³¹⁰ Se citan entre estos autores a SERRA DOMÍNGUEZ, M. "El Ministerio Fiscal (Estudio en homenaje al Profesor Prieto-Castro)" en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 3-4, 1979; y RODRÍGUEZ RAMOS, L. "¿El Juez de Instrucción es inconstitucional?" en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm 261. Concretamente en el proceso de menores, LÓPEZ LÓPEZ, A.M. "La instrucción del procedimiento de menores. Diligencias previas y preliminares". Cit; el mismo *La instrucción del Ministerio Fiscal*. Comares, Granada, 2002.

³¹¹ Esta es la postura sostenida, entre otros, por DE LA OLIVA SANTOS (con ARAGONESES MARTÍNEZ; TOMÉ GARCÍA; HINOJOSA SEGOVIA; y MUERZA ESPARZA.) *Derecho Procesal Penal*. Cit. MONTERO AROCA, J. (Con ORTELLS RAMOS; GÓMEZ COLOMER; MONTÓN REDONDO) *Derecho Jurisdiccional III*. Cit.

de la fase de instrucción del expediente es la complejidad y la heterogeneidad tanto de las actuaciones en ella practicables, cuanto de los fines que con la misma se persiguen.

5. PROPUESTA DE DEFINICIÓN DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE.

En las líneas anteriores se ha ido trazando el camino que debe llevar a la formulación de una postura personal sobre el concepto «fase de instrucción del expediente».

Así, en primer lugar, se han delimitado los momentos inicial y final de dicha fase, con el fin, principalmente, de poner de manifiesto la heterogeneidad de las actuaciones que en la misma se practican. Se han señalado, asimismo, los fines que se persiguen en dicha fase y, finalmente, se ha descartado la validez de las principales teorías sobre la naturaleza jurídica de la fase preliminar de los procesos penales de adultos en el proceso de la LORPM.

Hechas estas operaciones, estamos en disposición de ofrecer una definición de lo que deba considerarse «fase de instrucción del expediente».

La fase de instrucción del expediente es aquella fase del proceso penal de menores que engloba las actuaciones comprendidas entre la recepción de la *notitia criminis* por parte del Fiscal de Menores y la resolución de dicho Fiscal por la que se pone fin a la misma. Esta fase persigue comprobar la necesidad y la pertinencia de la acusación, por lo que puede arrojar dos clases de resultados, incompatibles entre sí: a) la constatación de la necesidad y pertinencia de la acusación; o b) la posibilidad de terminar el procedimiento por aplicación de fórmulas tendentes a la evitación del mismo.

³¹² Destaca entre dichos autores PASTOR LÓPEZ, M. *El proceso de persecución*. Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones; Valencia, 1979.

Aunque la preparación del juicio no constituye una finalidad principal de la fase de instrucción del expediente, en la misma es posible la práctica de actuaciones que tienden a facilitar la celebración del juicio oral, tales como la adopción de medidas cautelares.

Finalmente, la naturaleza jurídica de la fase de instrucción del expediente, es compleja, puesto que algunas de las actuaciones son de naturaleza administrativa y otras de naturaleza jurisdiccional. Ello no impide, sin embargo, considerar que dicha fase tiene carácter procesal³¹³.

A nuestro juicio, la posición del Juez de Menores a lo largo de la fase de instrucción y durante las demás fases del proceso de la LORPM, permite hablar de «proceso», por lo menos desde el momento en que la incoación del expediente es comunicada por el Fiscal al Juez de Menores. Aunque en el proceso penal de menores el órgano judicial pierde las facultades de impulso, mantiene funciones claramente jurisdiccionales que en la fase de instrucción del expediente se plasman, precisamente, en la salvaguarda de los derechos y las garantías que asisten al imputado.

³¹³ Niega esta posibilidad LÓPEZ LÓPEZ (“instrucción del procedimiento de menores. Diligencias previas y preliminares”. cit.), en unos términos que merece la pena reproducir:

«Las dificultades y controversias jurídicas actualmente abiertas entre los distintos profesionales del derecho concluirán cuando todos asumamos definitivamente que el Expediente de reforma —con sus diligencias preliminares—, tramitado e instruido por el Ministerio Fiscal provoca la incoación de un proceso judicial de menores, pero no es proceso penal. El proceso penal de menores no se inicia hasta que el Juez de Menores recibe el expediente, con el escrito de alegaciones del Fiscal, porque tanto las Diligencias preliminares, como el Expediente mismo, son diligencias administrativas, destinadas a incorporarse a un proceso penal ulterior, pero no son proceso, ni participan de la naturaleza de éste. (...) Esta naturaleza extraprocesal y administrativa de los actos del Ministerio Fiscal es la que permite y justifica las fuertes restricciones al derecho de defensa que sufre el investigado durante la instrucción del Expediente de menores, y que trasladadas al marco de un proceso penal se tornarían absolutamente intolerables».

No podemos compartir los argumentos transcritos, porque como afirma el propio autor más adelante «habría que denunciar la palmaria inconstitucionalidad de la LORPM». Lo que sí podría considerarse abiertamente inconstitucional —además de contrario a los principios que parecen inspirar la legislación de menores— es pretender instaurar una fase claramente inquisitiva en el proceso.

II. FASE INICIAL: MODALIDADES DE INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE.

1. INTRODUCCIÓN. LA NECESARIA RECONSIDERACIÓN DE LOS MECANISMOS QUE PERMITEN EL CONOCIMIENTO DE LA *NOTITIA CRIMINIS*.

Cualquier proceso penal se inicia en el momento en el que el órgano competente lo ordena mediante una resolución en tal sentido³¹⁴. Dicha resolución presupone que, con carácter previo, dicho órgano ha tenido conocimiento de los hechos en los que se funda la apertura del proceso. En la LECrim, los mecanismos que permiten poner los hechos presuntamente constitutivos de delito en conocimiento del órgano competente son los siguientes: a) denuncia; b) querrela; y c) de oficio.

En la LORPM, los mecanismos que permiten el conocimiento de la *notitia criminis* difieren sustancialmente de los previstos en la LECrim, principalmente en orden a dos razones: en primer lugar, el órgano instructor es el Ministerio Fiscal y no un órgano judicial; en segundo lugar, la propia norma establece mecanismos hasta el momento desconocidos en el proceso de adultos.

En lo tocante a la querrela, —«el acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional competente, por la que el sujeto de la misma, además de poner en conocimiento de aquél la *notitia criminis*, ejercita la acción penal»³¹⁵— en el proceso de menores, en virtud de

³¹⁴ Cfr. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (Con DE LA OLIVA SANTOS; HINOJOSA SEGOVIA; TOMÉ GARCÍA y MUERZA ESPARZA) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 312. GIMENO SENDRA, en cambio, sostiene que «la iniciación del proceso penal se produce mediante la puesta en conocimiento ante el órgano jurisdiccional de una *notitia criminis* o sospecha de la comisión de una acción que revista los caracteres de delito. Mediante la transmisión, pues, de la sospecha de la perpetración de un delito 'perseguido de oficio' surge la obligación del Juez, sea o no competente, de practicar las primeras diligencias, dando cuenta de dicha incoación al Ministerio Fiscal y, en su caso, al Presidente de la Audiencia». Cfr. GIMENO SENDRA, V. (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.) *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid. 1996. Pág. 279.

³¹⁵ Cfr. HERCE QUEMADA, V. (con GÓMEZ ORBANEJA, E.) *Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1984 (Décima Edición). Pág. 151. En términos parecidos MONTÓN REDONDO, A. (con MONTERO AROCA y otros). *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*. Cit. Pág 162; ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (con DE LA OLIVA; HINOJOSA; TOMÉ; MUERZA), *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 319; GIMENO

la prohibición del ejercicio de acciones por particulares, la querrela deviene un mecanismo absolutamente inadecuado³¹⁶. Ni aún en los supuestos en los que se permite al perjudicado intervenir en el proceso, la querrela es el cauce adecuado para dicha intervención. Como ya se ha explicado, basta con un escrito en el que se solicita la personación —no la adquisición de la condición de parte—, que además, en función del momento procesal en que se pretenda la personación, deberá dirigirse o bien al Fiscal o bien al Juez de Menores³¹⁷.

Por lo que respecta a la mal llamada «incoación de oficio», esto es, al procedimiento que debe seguirse en caso de que un órgano judicial tenga conocimiento directo de unos hechos presuntamente delictivos, es obvio que, tratándose de un mecanismo previsto para los procesos en los que el órgano instructor es judicial, no cabe en el proceso de menores. Ahora bien, como más adelante se pondrá de manifiesto, las particularidades de dicho proceso, especialmente en lo tocante a la fase de instrucción, sí que permiten concebir una verdadera «incoación de oficio», por parte del Fiscal de Menores.

La denuncia, esto es «aquel acto consistente en una declaración de ciencia de una persona determinada, en virtud de la cual se proporciona al órgano oficial correspondiente el conocimiento de un hecho que reviste caracteres de delito», resulta válida en el proceso de menores, si bien por las especiales características de la fase de instrucción presenta algunas notas que merecen abordarse con mayor detenimiento.

Finalmente, se incluye también en el presente apartado el estudio de la detención, en tanto que mecanismo que permite poner la *notitia criminis* en conocimiento del instructor. Las razones que abonan esta singular determinación se expondrán en los epígrafes correspondientes.

SENDRA, V. (con MORENO CATENA Y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996 pág. 288. ARMENTA DEU, T. (con ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.) *Lliçons de Dret Processal Penal*. EDIUOC, Barcelona, 1999, pág. 152.

³¹⁶ Acerca del mecanismo para poner los delitos privados en conocimiento del Fiscal. *Vid. Infra*. Pág. 183 ss.

³¹⁷ *Vid. Supra*. Capítulo Segundo, págs. 137 ss.

2. LA DENUNCIA.

2.1. Aspectos generales.

Se entiende por denuncia aquella manifestación de conocimiento que se realiza ante una autoridad o un agente de la misma. El contenido de dicha declaración versa sobre unos hechos que revisten la apariencia de infracción penal³¹⁸.

Como ya se ha dicho, la denuncia constituye uno de los mal llamados «mecanismos de iniciación» del procedimiento penal de adultos. Su régimen jurídico se contempla con profusión en la LECrim, concretamente en sus artículos 259 a 269.

En las líneas que siguen se abordarán tan sólo aquellos aspectos de la denuncia cuya regulación en la LORPM resulta novedosa o simplemente distinta de la contenida en la LECrim. De ahí que aspectos sobradamente explicados por la doctrina procesal, singularmente en lo relativo a los sujetos y a las formalidades de la denuncia, sólo se analizarán en la medida en que la LORPM incorpore alguna modificación con respecto al régimen general³¹⁹.

Se incluye también en el presente apartado una breve mención a los delitos privados, esto es, aquellos que para su persecución y enjuiciamiento, precisan de la interposición de una querrela por parte del ofendido. Se entiende que el tratamiento de dichas infracciones penales en la LORPM —en la que, ya se ha dicho, no cabe la figura de la querrela— debe ser analizado en esta sede por cuanto la única solución viable pasa por un mecanismo no idéntico, pero sí semejante a la denuncia tal y como se ha definido.

³¹⁸ Cfr. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (Con DE LA OLIVA, HINOJOSA, MUERZA y TOMÉ) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 329.; HERCE QUEMADA, V. (con GÓMEZ ORBANEJA, E.) *Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1984. Pág. 150.

³¹⁹ Todos los manuales de la asignatura «Derecho Procesal Penal» contienen explicaciones sobre la denuncia. Estudia la denuncia con carácter monográfico TORRES ROSELL, N. *La denuncia en el proceso penal*; Montecorvo. Madrid, 1991.

2.2. Especialidades en relación con el órgano ante el que debe presentarse la denuncia.

Por su carácter de mecanismo de transmisión de percepciones o conocimientos la LECrim prevé que la denuncia —cuyo destinatario final es, necesariamente, un órgano judicial— pueda presentarse además de ante el Juez o Magistrado competente para su conocimiento, ante el Fiscal o ante la policía judicial³²⁰.

El régimen previsto en la LORPM podría parecer distinto del anterior a partir de una primera aproximación a lo dispuesto en su artículo 16.2³²¹. Dicho precepto parece indicar que las denuncias que versen sobre hechos con apariencia delictiva presuntamente cometidos por menores de edad tan sólo podrán ser presentadas ante el Ministerio Fiscal. De aceptarse esta posibilidad, estaríamos ante una sustancial modificación con respecto al régimen de la denuncia previsto en la LECrim, con un objetivo de difícil esclarecimiento.

Sin embargo, nada impide interpretar el precepto como un mandamiento dirigido tan sólo a las autoridades o funcionarios que o bien reciban la denuncia, o bien tengan conocimiento directo de los hechos³²². Dichos órganos, cuando les sea presentada una denuncia en la que aparezca implicado un menor, deberán ponerla en conocimiento del Ministerio Fiscal, dada su condición de instructor, a fin de que decida, en los términos que más adelante se expondrán, sobre su admisión o su archivo.

³²⁰ Cfr. Artículos 259; 262; 264 y 268 de la LECrim.

³²¹ El artículo 16.2 de la LORPM reza:

«Quienes tuvieren conocimiento de algún hecho de los indicados en el apartado anterior (el cual, a su vez, se remite al artículo 1), deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (...)».

³²² Quizás la redacción del artículo 16 es fruto del contraste con la regla primera del artículo 15 de la L.O. 4/1992: “Los que por razón de sus cargos tuvieren noticia de algún hecho que pudiera estar comprendido en el número 1º del artículo 9º, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (...)”. En cualquier caso, lo más adecuado hubiera sido un término medio entre las dos redacciones.

Por el contrario, si son particulares quienes tengan conocimiento de los hechos podrán interponer la denuncia ante cualquiera de los órganos que se enumeran en la LECrim.

En aquellos casos en los que el receptor de la denuncia sea un órgano judicial, deberá ordenar su traslado al Ministerio Fiscal si de la misma se desprende la participación únicamente de uno o más menores³²³. Si, contrariamente, en los hechos denunciados aparecen tanto menores como jóvenes o adultos, deberá remitir al Ministerio Fiscal el correspondiente testimonio de particulares³²⁴.

Cuando la denuncia se presente ante funcionarios de policía, resulta claro el deber de éstos de ponerla en conocimiento del Ministerio Fiscal. Es dudosa, sin embargo, la posibilidad de que la propia policía judicial no admita la denuncia, ya sea porque los hechos no son constitutivos de infracción penal, ya porque la denuncia es manifiestamente falsa³²⁵. A nuestro juicio, con independencia de cuál sea el órgano instructor, la policía está obligada, igual que en los procesos de adultos, a comunicar a aquél la presentación de cualquier denuncia.

³²³ La presentación de una denuncia en la que aparezcan implicados menores ante un órgano judicial no puede deberse únicamente a un error, como entiende ORNOSA FERNÁNDEZ, excepto si se interpreta que el artículo 16.2 modifica el régimen de la denuncia previsto en la LECrim en el caso de menores. Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 228.

³²⁴ Sobre el testimonio de particulares *vid. Infra*. Págs.194 ss.

³²⁵ Sobre este extremo *vid.* TORRES ROSELL, N. *La denuncia en el proceso penal*; Cit. Págs. 127 ss. TORRES ROSELL parte del análisis del proceso cuya instrucción se atribuye a un órgano judicial, y por ello entiende que la denuncia presentada ante el Fiscal o ante la policía judicial tiene naturaleza administrativa y no procesal. De ahí que tanto el Fiscal como la policía judicial, aún cuando consideren que la denuncia es manifiestamente falsa o que los hechos denunciados no tienen apariencia delictiva, deban comunicar el contenido de la denuncia y las actuaciones practicadas para su comprobación al órgano judicial competente.

2.3. La denuncia en los supuestos en los que constituye presupuesto de perseguibilidad.

La existencia de delitos para cuya persecución se exige el cumplimiento previo de presupuestos o condiciones de perseguibilidad³²⁶, o por expresarlo en otros términos, el establecimiento de delitos públicos, semipúblicos y privados, constituye una materia reservada al legislador penal, si bien sus efectos se producen en el seno del proceso. Efectivamente, para determinar cuáles son los delitos que precisan de la presentación de denuncia o de querrela para su persecución, debe atenderse a las disposiciones no sólo de la LECrim sino, especialmente, del Código Penal³²⁷.

De la lectura de los artículos 101, 104 y 105 de la LECrim se desprende que el régimen procesal de los delitos semipúblicos y de los delitos privados es absolutamente vicario de las disposiciones del Código Penal, a cuyos preceptos se reserva el concreto establecimiento de presupuestos o requisitos de procedibilidad, los cuales, a su vez, se encuentran regulados en la norma procesal.

En la LORPM, como ya se ha explicado, el régimen aplicable a la denuncia presenta escasas diferencias con el régimen general de la LECrim, cuya aplicación, como se sabe, es subsidiaria. Seguramente ello contribuye a explicar la absoluta falta de previsión en lo relativo a la persecución de delitos semipúblicos y, especialmente, de delitos privados, teniendo en cuenta que dicho régimen debe cohonestarse por una parte con la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal, y por otra parte con la prohibición del ejercicio de acciones por los particulares.

Las cuestiones que se suscitan al hilo de lo expuesto pueden agruparse en dos géneros: en primer lugar las que se giran entorno a los delitos semipúblicos, esto es, aquellos para los que es precisa la denuncia del ofendido. En segundo lugar, con igual o mayor calado a pesar de su menor

³²⁶ Vid. TORRES ROSELL, N. *La denuncia en el proceso penal*. Cit. Págs. 360 a 371.

entidad cuantitativa, los problemas que se generan en relación con los delitos privados, es decir aquellos en los que el ejercicio de la acción penal está reservado exclusivamente a los ofendidos.

2.3.1. Delitos semipúblicos.

Es sabido que la regulación de los llamados «delitos semipúblicos» condiciona la oficialidad del ejercicio de la acción penal a una determinada declaración de voluntad emitida por una persona legitimada al efecto, obtenida la cual —salvado, en consecuencia, el óbice procesal—, el proceso continúa con independencia de las posteriores actuaciones de dicha persona³²⁸.

En el seno de la LORPM no hay dificultad para mantener la necesidad de denuncia para la persecución de todos aquellos delitos en los que esté prevista como requisito o condición de procedibilidad. Esta situación no es en absoluto incompatible con la estricta prohibición del ejercicio de acciones por particulares, puesto que la presentación de una denuncia, como es sabido, no supone dicho ejercicio³²⁹.

No debe olvidarse, sin embargo, que ello comporta el riesgo de que determinados delitos queden en la más absoluta de las impunidades. Y aunque es obvio que cuando el legislador establece condiciones o requisitos de perseguibilidad lo hace previendo el riesgo que conllevan, es más dudoso que este eventual efecto pueda ser deseable en el marco del derecho penal de menores. Es más, sorprende constatar que mientras por una parte se impide tajantemente la participación del perjudicado en el proceso de menores por su posible efecto perturbador —y en aras, por supuesto, del interés del menor—,

³²⁷ Cfr. Artículos 100 a 117 LECrim y 191; 201.1; 215.1; 228; 267; 287; 162.2; 620.2,II; 621.6; 624.

³²⁸ En este sentido MONTÓN REDONDO, A. (con MONTERO; ORTELLS y GÓMEZ COLOMER) *Derecho Jurisdiccional (III Proceso Penal)*. Cit. Pág. 149. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (Con DE LA OLIVA, HINOJOSA, MUERZA y TOMÉ) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Págs. 324 a 326.

³²⁹ Se manifiesta a favor de la necesidad de la denuncia MARTÍN OSTOS, J. "El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio" en «La Ley», 1994-I, Págs. 1147 y 1148.

por otra parte, se deja en manos de dicho perjudicado una decisión tan trascendental como es la apertura o no del proceso.

Cuestión distinta es la relativa a aquellos supuestos en los que, para la persecución de los delitos semipúblicos, en determinados casos se legitima al Ministerio Fiscal para presentar denuncia o querrela, bien porque el agraviado por el delito precisa representación o complemento de capacidad, bien, simplemente, porque el Código Penal le autoriza a actuar en tal sentido «ponderando los intereses en presencia»³³⁰.

En estos casos, según indica la Fiscalía General del Estado, deberá ser el Fiscal de Menores quién decidirá sobre la incoación del expediente, en un Decreto motivado, *que expresará las razones que le mueven a ordenar la prosecución del procedimiento*³³¹.

No debe descartarse, no obstante, que sea igualmente motivado el decreto si determina el archivo de las actuaciones. Entendemos, asimismo, que tal decisión deberá ser comunicada a los representantes legales del ofendido por el delito, a fin de que puedan, si lo estiman necesario, presentar la oportuna denuncia, ante la cual, el Fiscal de Menores no deberá actuar ya en función de los intereses en presencia sino tan sólo de acuerdo con los criterios establecidos por la LORPM³³².

Finalmente, en aquellos supuestos de delitos semipúblicos para cuya persecución es precisa la presentación de querrela por el Ministerio Fiscal³³³,

³³⁰ Vid. Arts. 162; 191; 201; 215.1; 228; 267; 287; 296; 620; 621; 624 y 639 C.P.

³³¹ Cfr. Apartado VI.2.A de la Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, relativa a los criterios de aplicación de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores

³³² La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO señala la obligación de notificar el decreto de archivo al agraviado o a su representante legal, en los casos en los que la denuncia verse sobre un delito semipúblico y haya sido presentada por cualquier persona distinta del agraviado o de su representante legal. Con la notificación, deberá informarse al agraviado o a su representante legal de la posibilidad de *activar el proceso* formulando la oportuna denuncia (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/200).

³³³ Los delitos en los que el Ministerio Fiscal debe actuar presentando querrela son los previstos en el artículo 191 CP: Agresiones, acoso o abusos sexuales, excepto si la víctima es menor de edad, incapaz o persona desvalida, pues en estos supuestos bastará la denuncia.

debe tenerse presente que, dada la prohibición de ejercicio de acciones por particulares, la LORPM no contiene ninguna referencia a la institución de la querrela. Así las cosas, sólo cabe considerar que en estos casos deberá procederse de forma idéntica a la de los delitos en los que el Ministerio Fiscal esté autorizado para la presentación de la preceptiva denuncia, en los términos anteriormente señalados³³⁴.

2.3.2. Delitos Privados.

Se afirmaba más arriba que los delitos privados tienen, en la actualidad una importancia cuantitativa más bien reducida. Efectivamente, el Código Penal vigente sólo contempla como delitos privados las injurias y las calumnias vertidas contra particulares, estableciendo que para su enjuiciamiento será precisa la querrela de la persona ofendida o de su representante legal³³⁵.

La problemática que presentan los delitos privados en la LORPM es, como se decía, marcadamente compleja, dado que ante la comisión de los mismos por un menor, aparecen diametralmente enfrentados por una parte la prohibición del ejercicio de acciones por particulares, y por otra parte la necesidad de persecución de dichos delitos³³⁶.

Percatada de esta cuestión, la Fiscalía General del Estado propone una solución plausible, que, sin embargo, se fundamenta en argumentos defendibles sólo en parte.

³³⁴ Vid. MARCOS AYJON, M. "Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995" en «Tribunales de Justicia», 6/1997. El autor se interroga sobre cuál puede ser la razón por la que el Código Penal en determinados casos faculta al Ministerio Fiscal para la presentación de denuncia y en otros casos le obliga a actuar mediante la presentación de querrela. Concluye expresando las dificultades para comprender la necesidad de dos mecanismos distintos que abocan a idénticas consecuencias prácticas.

³³⁵ Cfr. Artículo 215 CP.

³³⁶ En este punto, ORNOSA FERNÁNDEZ entiende que la imposibilidad de perseguir los delitos privados cometidos por menores, «además de no ser precisamente educativo, genera una evidente indefensión». Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 227.

La solución propuesta por la Fiscalía consiste en modular la exigencia de querrela, convirtiéndola en una manifestación del ofendido al Ministerio Fiscal de su «explícito interés en la persecución del delito». Para esta manifestación, en palabras de la Circular 1/2000, no se precisará Abogado ni Procurador, aunque, se insiste, «la comunicación con el Fiscal no podrá consistir en una mera narración de los hechos sino que deberá contener inequívocamente una expresa declaración de voluntad de persecución del delito»³³⁷.

Los razonamientos mediante los que se llega a la anterior solución, sin embargo, no son aceptables en su totalidad.

Es cierto, en primer lugar, que corresponde al Fiscal el ejercicio de la acción penal por injurias o por calumnias cuando estos delitos sean cometidos por menores. Es asimismo cierto que el ofendido conserva su poder de disposición sobre la acción penal, puesto que no se podrá perseguir el delito si no es a su instancia y que, por otra parte, conserva la potestad de otorgar el perdón en cualquier momento del proceso —lo que conlleva, como es sabido, la extinción de la responsabilidad penal—.

Pero la Fiscalía General del Estado, a nuestro parecer, incurre en un error cuando sostiene que las previsiones de los artículos 105 y 275 de la LECrim quedan exceptuadas en virtud del artículo 1.1 de la LORPM y especialmente cuando, a partir de dicho entendimiento, afirma que «se ha producido un cambio trascendental en su régimen de legitimación activa (se refiere a los delitos privados), desvinculándolo de las condiciones generales de procedibilidad».

Desde nuestro punto de vista, no existe una desvinculación radical sino una simple —aunque necesaria— adaptación de dichas condiciones a la especial configuración del ejercicio de la acción penal contemplada en el proceso de menores. En definitiva, puede considerarse a lo sumo que, en el proceso de menores, el ofendido pierde únicamente las facultades de impulso

³³⁷ Para constatar esta voluntad persecutoria, aunque nada diga al respecto la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, deberá quedar constancia escrita de la manifestación.

procesal, pero que sin embargo conserva la disposición —y de ahí que no pueda compartirse la existencia del «cambio trascendental»— tanto sobre el inicio del proceso como de su finalización a través de la figura del perdón³³⁸.

2.4. Efectos de la presentación de la denuncia: admisión o archivo. Las llamadas “diligencias preliminares”.

A grandes rasgos, la dinámica de la denuncia en el régimen de la LECrim puede resumirse como sigue: ante la presentación de una denuncia por cualquiera de las personas que están obligadas a ello, el receptor (autoridad o agente de la misma) tiene el deber de realizar aquellas actuaciones necesarias para la comprobación de la verosimilitud de los hechos y de su contenido delictivo. El resultado de esta actividad determinará el futuro de la denuncia, que podrá o bien ser archivada o bien constituir el fundamento de la resolución por la que se acuerde la apertura del proceso penal adecuado.

Este devenir tiene lugar en el marco genérico de un proceso cuya fase de investigación dirige un órgano judicial. Por este motivo, las actuaciones que puedan practicarse con anterioridad a la apertura formal de un proceso, cobran singular relevancia teniendo en cuenta que pueden ser practicadas por órganos de naturaleza no jurisdiccional (*verbigratia* el Ministerio Fiscal y la policía judicial), a quienes, una vez abierto el proceso les estará vedada la iniciativa para la práctica de cualquier diligencia³³⁹. En cualquier caso, como es sabido, el Ministerio Fiscal podrá instar las diligencias que estime necesarias, mientras que la policía judicial deberá actuar siempre bajo las órdenes del instructor. Las

³³⁸ Entendemos, por otra parte, que la figura del perdón del ofendido no es, en estos términos, equiparable a la conciliación regulada en el artículo 19 de la LORPM. Aunque, como se señalará más adelante, ambas figuras guardan estrecha relación, consideramos que en los casos de calumnias o injurias contra particulares, es plenamente vigente, dentro del régimen de la LORPM la figura del perdón del ofendido tal y como aparece regulada en el artículo 130.4 CP. Interpretar, por el contrario, que el perdón debe prestarse por los cauces de la conciliación, equivaldría a entender que el régimen procesal de los delitos privados ha sufrido una mutación sustancial, lo que a nuestro parecer llevaría a considerar, a la postre, que en realidad los delitos privados se han proscrito del derecho penal de menores.

³³⁹ En este sentido es significativamente explícito el apartado 3 del artículo 785 bis de la LECrim, en relación con el proceso abreviado cuando establece: «Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos».

diligencias que se practican con carácter previo a la apertura del proceso se denominan, en el marco de la LECrim, «diligencias preliminares».

Volviendo al ámbito del proceso de menores, lo explicado hasta el momento presenta una relevante particularidad: la instrucción no está, como es sabido, a cargo de un órgano judicial sino que se atribuye al Ministerio Fiscal. Por su calidad de instructor, en consecuencia, corresponderá al Fiscal, entre otras, una decisión que en la LECrim le está vedada: la que concierne a la apertura de la instrucción del expediente —a estos efectos, equiparable a la decisión sobre la apertura del proceso—³⁴⁰. Ello conlleva, a su vez, una importante mutación en la dinámica de la denuncia, agravada, además, por la necesidad, ya señalada, de que la misma se presente ante el Fiscal de Menores.

Resulta, sin embargo, que esta mutación no ha sido apreciada en la totalidad de sus términos ni por la doctrina ni por la Fiscalía General del Estado. Los riesgos que pueden derivarse de un entendimiento desenfocado justifican, a nuestro entender, una reflexión detenida.

Esquemáticamente, el análisis de las actuaciones en relación con las denuncias presentadas se desarrollará de la siguiente forma: a) en primer lugar se analizarán los supuestos en los que la denuncia puede ser inadmitida sin más trámites, junto con los efectos que genera tal decisión; b) a continuación se estudiará la admisión de la denuncia con especial hincapié en la práctica de diligencias preliminares en dicha fase; y c) finalmente se incidirá en los efectos derivados del archivo definitivo de la denuncia³⁴¹.

³⁴⁰ A nuestro juicio, como se ha explicado anteriormente, en aras a la salvaguarda de las garantías procesales que asisten al menor, la incoación del expediente equivale a la apertura de un verdadero proceso, en el que, como se podrá de manifiesto en los apartados sucesivos, el Juez de Menores se erige en garante último de los derechos y las garantías del menor.

³⁴¹ Puesto que el efecto principal de la admisión de la denuncia es la incoación del expediente, su análisis se pospone al epígrafe dedicado a esta concreta materia (págs.244 ss.).

2.4.1. Inadmisión a trámite de la denuncia.

Se entiende por inadmisión a trámite de la denuncia aquella resolución por la que se rechaza de plano cualquier trámite en relación con la misma. Como es sabido, el artículo 269 de la LECrim contempla dicha posibilidad en dos supuestos: a) cuando los hechos denunciados no revistan caracteres de delito; b) cuando la denuncia sea manifiestamente falsa. Por su parte, el artículo 16.2 de la LORPM establece que las denuncias en las que aparezcan implicados menores podrán ser archivadas o bien cuando los hechos no revistan caracteres de delito o cuando no tengan autor conocido.

Parece, en consecuencia, que la LORPM ha venido a establecer, para el archivo de las denuncias, un régimen jurídico parcialmente distinto al establecido en relación con los adultos, de modo que si bien las denuncias manifiestamente falsas no podrán ser archivadas de plano, sí en cambio podrán serlo aquellas que versen sobre hechos cuyo autor resulte desconocido.

Como puede apreciarse sin dificultad, estas singularidades no resultan justificables al amparo de ninguna especificidad derivada de las exigencias del interés del menor, ni, en general, de las particularidades propias del derecho penal de menores.

De ahí que la Fiscalía General del Estado haya propuesto una interpretación integradora de los preceptos citados, de tal manera que el régimen de la inadmisión de las denuncias a trámite, en caso de que en las mismas aparezcan implicados menores de edad, debe entenderse como sigue.

Serán rechazables de plano, mediante un decreto de archivo, las denuncias que versen sobre hechos manifiestamente falsos. Idéntica suerte deberán correr aquellas denuncias que versen sobre hechos carentes de tipicidad penal. Finalmente, deberán rechazarse también aquellas denuncias sobre las que existan indicios racionales de no haberse perpetrado el hecho denunciado.

En los demás casos, procederá, en los términos que a continuación se explican, la admisión de la denuncia a trámite y la práctica, en su caso, de diligencias preliminares, con el alcance que asimismo se analizará seguidamente.

2.4.2. Admisión a trámite de la denuncia: práctica de diligencias preliminares.

Si la denuncia recibida no es susceptible de inadmisión por algunos de los supuestos señalados anteriormente, procederá su admisión a trámite. A dicha admisión podrá seguir, eventualmente, la práctica de las diligencias que el Fiscal de Menores considere pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión. En función del resultado de dichas diligencias, el Fiscal decretará bien la incoación del expediente —dando cuenta de la misma al Juez de Menores—, bien el archivo de las actuaciones.

Aún sin mención expresa en el articulado, se ha aceptado, en un primer momento por la Fiscalía General del Estado y, paulatinamente por la doctrina, la existencia de una fase denominada de “diligencias preliminares”. Esta fase se concibe como un mecanismo que permite descartar la incoación del expediente cuando no concurren los presupuestos necesarios, o más allá de lo anterior, con la finalidad de una «defensa activa del interés del menor que corre el riesgo de sufrir una imputación infundada si se opta por una incoación automática del expediente»³⁴².

Se apuntaba más arriba que la interpretación, tanto de la Fiscalía General del Estado como de un importante sector doctrinal, relativa a las diligencias preliminares podía conllevar algunos riesgos de difícil sostén. Puede avanzarse en este punto que estos riesgos se contraen, principalmente, a la indefensión a la que puede verse sometido un menor, quien por el mero hecho de aparecer mencionado en una denuncia, puede ser sometido a determinadas

³⁴² Cfr. Circular 1/2000, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, relativa a los criterios de aplicación de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

comprobaciones sin que se le garantice un derecho fundamental tan esencial como lo es el de defensa³⁴³.

Para poder apreciar la magnitud del problema que se apunta es preciso, previamente, un análisis de las diligencias preliminares. Dicho análisis, como es obvio, no parte de las disposiciones de la LORPM (dónde, como ya se ha dicho, las diligencias preliminares ni tan sólo aparecen mencionadas), sino, fundamentalmente, de las directrices de la Fiscalía General del Estado expresadas en la Circular 1/2000 a la que se han hecho ya algunas alusiones³⁴⁴.

Las diligencias preliminares, de acuerdo con las directrices de la Fiscalía General del Estado, «se justifican tan sólo en la medida en que exista una necesidad clara de despejar las dudas iniciales que la denuncia haya podido suscitar», y en consecuencia procederán tan sólo ante «la existencia de dudas razonables en torno a la verosimilitud de la imputación y a la identidad y edad de los partícipes». Se incoarán ante la concurrencia de cualquier denuncia y finalizarán con un decreto motivado, que resolverá en alguno de los dos sentidos siguientes: a) el archivo de las diligencias; o b) la incoación del expediente. El concreto contenido, tanto de las diligencias como del decreto del Fiscal de Menores, deberá establecerse *ad casum*, según lo que resulte de la aplicación del elenco de premisas que se establecen en la Circular 1/2000.

³⁴³ Recuérdese que en este punto, LÓPEZ LÓPEZ entiende que ello es posible y no contradictorio con las disposiciones constitucionales, por cuanto la investigación preliminar no puede considerarse una fase procesal sino meramente administrativa. *Vid.* LÓPEZ LÓPEZ, A.M. "Instrucción del expediente de menores: la declaración del imputado". En <http://www.fiscalia.org>.(1/10/2002).

No está de más insistir en que el argumento de este autor es falaz: no puede justificarse una sustracción tan palmaria de derechos por la vía de atribuir naturaleza administrativa a unas actuaciones que inciden precisamente en la esfera de los derechos fundamentales. En otras palabras, la constitucionalidad de la LORPM no puede salvarse por la vía de advertir de la inconstitucionalidad que conllevaría una interpretación más acorde con la Norma Fundamental. Con todo, merece señalarse que en el trabajo citado, LÓPEZ LÓPEZ, afirma que la notificación al menor del decreto de incoación del expediente equivale a la «notificación del **procedimiento penal abierto en su contra**». (El subrayado es nuestro).

³⁴⁴ Se refieren también a las diligencias preliminares, entre otros, LÓPEZ LÓPEZ (*Vid.* nota anterior) y DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal del menor...*Cit. Págs. 105 ss.

En términos generales procederá la apertura de diligencias preliminares ante cualquier tipo de denuncia, con dos géneros de excepciones: a) los atestados policiales, y los oficios remisorios procedentes de autoridades o funcionarios que en el desempeño de sus responsabilidades detecten hechos presuntamente delictivos cometidos por menores; y b) las denuncias anónimas.

Se considera que tanto los atestados policiales como los mencionados oficios, suelen acompañarse de soportes que fundamentan la imputación del menor en los hechos. En estos supuestos, se aboga por la transformación inmediata de las diligencias preliminares en expediente.

En lo que a las denuncias anónimas se refiere, la Fiscalía General del Estado considera «que el medio más saludable de prevención» ante «el empleo y la proliferación de esta insidiosa modalidad de delación» es la negativa a incoar el expediente y el archivo de las diligencias preliminares. Curiosamente, empero, y para casos excepcionales —cuando la denuncia contenga en su texto datos particulares de fácil comprobación acerca de hechos de cierta relevancia—, se entiende motivada la apertura de una investigación preliminar³⁴⁵.

Las denuncias formuladas por particulares, merecen en cambio, a juicio de la Fiscalía General del Estado, una más cuidadosa selección y valoración por el Fiscal. En este sentido, cuando el Fiscal de menores reciba una denuncia, deberá incoar diligencias preliminares con la única excepción de que los hechos sobre los que aquélla verse sean manifiestamente falsos³⁴⁶.

³⁴⁵ Textualmente: «En este supuesto la tramitación de las Diligencias Preliminares despliega su genuina potencialidad tuitiva de los derechos del menor convertida en filtro que depura los datos de hecho sobre los que el Fiscal sustenta su decisión de la apertura del Expediente de reforma». La expresión “investigación preliminar” es asimismo la que utiliza la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO en el párrafo.

³⁴⁶ Aunque la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO contemple en distintos pasajes que también en estos supuestos procede, «la incoación y el archivo de las Diligencias Preliminares», creemos entendible que cuando se afirma que el Fiscal deberá abstenerse de toda comprobación (por aplicación subsidiaria del art. 269 LECrim), lo que realmente se está proponiendo es la inadmisión de la denuncia y no su archivo.

El contenido de las diligencias (y el del correspondiente decreto motivado) variará en función del motivo que haya propiciado su incoación, pero teniendo presente que, siempre según la Fiscalía General del Estado, la actividad preliminar sólo se justifica en la medida en que exista una necesidad clara de despejar las dudas iniciales que pueda suscitar la denuncia. Dichas dudas se contraen a los siguientes tres extremos: la verosimilitud de la imputación, la identidad de los partícipes o su edad.

Si las dudas se plantean en torno a la edad del sujeto denunciado, las diligencias se encaminarán precisamente a su determinación. En caso de resultar imposible, deberá resolverse a favor del menor, con una doble proyección: si la duda es acerca de la edad mínima (es decir sobre si el menor ha cumplido o no los catorce años), deberá resolverse con un decreto de archivo y remisión de lo actuado a la correspondiente entidad de protección; si, por el contrario, la duda se cierne sobre la edad máxima, deberá entenderse aplicable el procedimiento de menores con preferencia al régimen penal y procesal previsto para los adultos³⁴⁷.

Cuando, en cambio, se desconozca la identidad de los partícipes, la Fiscalía General del Estado entiende procedente la remisión de la denuncia y de los particulares incorporados con la misma al Juez de Instrucción. Al no poder constatar la autoría de los hechos denunciados, se entiende que «el Juez de Instrucción ejerce una *vis atractiva* que obliga a la remisión de los antecedentes a su sede».

La remisión al órgano judicial competente es, sin duda, una solución acertada, aunque ni la única posible ni, por supuesto, la que cabía esperar de la Fiscalía General del Estado. Sorprendentemente, se desatienden las facultades investigadoras del Ministerio Fiscal ante los delitos que deban enjuiciarse por los trámites del procedimiento abreviado: en estos casos, a tenor del artículo 785 LECrim, hasta tanto el Fiscal no tenga noticia de la existencia de un procedimiento judicial que verse sobre los mismos hechos,

³⁴⁷ ¿Puede el Fiscal, por sí, ordenar la comprobación de la edad del denunciado?

puede llevar a cabo u ordenar a la policia judicial la práctica de diligencias de investigación siempre que no afecten a derechos fundamentales.

En cambio, esta posibilidad sí que se tiene en cuenta en caso de que el Fiscal de menores tenga dudas fundadas acerca de la verosimilitud de los hechos denunciados. En tal caso, la Fiscalía General del Estado entiende que la diligencia más lógica es la citación del denunciante ante el Fiscal, para que proceda a la ratificación de su contenido y a la ampliación o aclaración de cuantos extremos puedan resultar oscuros o de dudosa comprensión.

Si después de practicada esta u otras diligencias que se estimen necesarias no se alcanza un convencimiento «mínimo y elemental» de la verosimilitud de la imputación, el Fiscal deberá dictar un decreto de archivo provisional de las diligencias preliminares, que permitirá su posterior reapertura en caso de localizarse «nuevos datos o fuentes de conocimiento»³⁴⁸.

2.4.3. Archivo de la denuncia.

A tenor de lo expuesto hasta este punto, el archivo de una denuncia procederá siempre que, admitida a trámite y practicadas, eventualmente, las oportunas diligencias preliminares, no sea procedente la apertura del expediente por alguno de los tres motivos siguientes: a) que la LORPM no resulte de aplicación a los denunciados; b) que los hechos denunciados resulten ser falsos; o c) que los hechos denunciados no revistan caracteres de infracción penal³⁴⁹. La decisión de archivo deberá adoptar la forma de Decreto, contra el que no cabe recurso alguno.

No procede el archivo de la denuncia, en cambio, cuando se desconozca la autoría de los hechos que en la misma se contengan. En tal caso, caben dos posibilidades: la remisión de la denuncia al Juez de Instrucción o la práctica de

³⁴⁸ Sobre la diferencia entre el archivo de la denuncia y el sobreseimiento provisional, *vid. Infra*. Págs. 276 ss.

³⁴⁹ Siempre que dicha circunstancia no se haya podido apreciar antes de practicar las diligencias preliminares oportunas, pues de lo contrario procedería la inadmisión a trámite de la denuncia tal y como se ha explicado *Supra*. Pág. 187 ss.

diligencias de investigación al amparo de lo dispuesto en el artículo 785 LECrim. No debe descartarse, asimismo, que si se acredita fehacientemente la participación de menores, aunque los mismos no hayan podido ser identificados, el Fiscal proceda a dictar un decreto de archivo provisional de las diligencias preliminares, tal y como se ha explicado en el apartado anterior.

El archivo de la denuncia deberá ser comunicado al denunciante «por cualquier medio de comunicación que permita acreditar la recepción de la cédula». La Fiscalía General del Estado precisa que asimismo deberá comunicarse a los denunciados que contra el decreto de archivo no cabe recurso y que no es posible reiterar la denuncia ante el Juez de Instrucción, por carecer éste de competencia objetiva en la materia.

No cabe descartar, empero, que el denunciante pueda, si lo considera oportuno, reiterar la denuncia ante el superior jerárquico del Fiscal³⁵⁰. Amén de ser ésta una solución que se coherente más bien poco con el principio de unidad y dependencia jerárquica, debe advertirse que sólo será útil para poner de manifiesto a dicho superior una eventual desidia del Fiscal actuante en la práctica de las diligencias preliminares o una valoración de los hechos o de la edad del menor manifiestamente errónea. En otro caso, el superior jerárquico no podrá sino reiterar la decisión de archivo.

³⁵⁰ En este sentido MARTÍN-CARO SÁNCHEZ, J.A. "El Fiscal y la instrucción en el proceso de menores" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», 6-1998. En cambio, para CRESPO BARQUERO, no resulta demasiado coherente someter la decisión de un Fiscal a un superior respecto del que, se supone, actúa con sujeción a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. (CRESPO BARQUERO, P. "Las garantías en la instrucción por el Fiscal" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», 6-1998).

3. LA RECEPCIÓN DE TESTIMONIO DE PARTICULARES.

3.1. El testimonio de particulares. Generalidades.

El testimonio de particulares es el mecanismo a través del cual el órgano judicial que instruye un proceso penal debe poner de manifiesto al Fiscal de Menores la implicación, en los hechos presuntamente delictivos, de uno o más menores a quienes la LORPM puede resultar aplicable.

Según el artículo 16.5 LORPM «el Juez de Instrucción, tan pronto como haya comprobado la edad de los imputados, deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenar, seguidamente, la remisión de los particulares precisos al Ministerio Fiscal a los efectos prevenidos en el apartado 2 del mismo artículo 16».

Esta previsión cubre, sin duda, un destacable vacío normativo, puesto que ni la L.O. 4/1992 ni su antecedente, la LTTM de 1948, contenían en sus disposiciones ninguna previsión para los delitos o faltas cometidos conjuntamente por menores y mayores de edad. Aceptada su oportunidad, sin embargo, debe señalarse que la regulación resulta, cuanto menos, insuficiente.

En primer lugar, los dos supuestos en los que procede la remisión del testimonio de particulares resultan diametralmente opuestos en lo que a sus efectos se refiere: como se analizará a continuación, mientras que si los implicados son menores de dieciocho años los efectos del testimonio equivaldrán a los de una denuncia —y por lo tanto el Fiscal de Menores gozará de ciertos márgenes de discrecionalidad para decidir sobre la incoación del expediente—, si se trata de jóvenes —mayores de dieciocho años y menores de veintiuno— a quienes pueda resultar de aplicación la LORPM, el Fiscal de Menores deberá, inexcusablemente, incoar el expediente.

En segundo lugar, la regulación resulta insuficiente por cuanto no existe ninguna previsión legislativa que permita cohonstar el necesario éxito de la actividad investigadora con los derechos y garantías que asisten a los imputados —ya sean mayores o menores de edad—. Singularmente, en el

caso de los menores de edad, se hecha en falta cierta articulación entre lo dispuesto en el artículo 16.5 y el régimen de la prescripción.

Finalmente, huelga decir que, aunque la LORPM nada prevea al respecto, cuando el Fiscal reciba una denuncia en la que aparezcan implicados mayores y menores de edad deberá remitir las actuaciones al Juez de Instrucción competente.

3.2. Supuestos en los que el testimonio de particulares opera como mecanismo para el conocimiento de la *notitia criminis*.

Aunque, como se ha señalado, el artículo 16.5 LORPM contempla la remisión de testimonio de particulares en dos supuestos, sólo en uno de ellos, concretamente cuando el mismo verse sobre menores de dieciocho años, puede considerarse, a nuestro parecer, como un auténtico mecanismo que permite al Fiscal de Menores tener conocimiento de la *notitia criminis*.

Si, en cambio, se trata de jóvenes —mayores de dieciocho años menores de veintiuno—, no existe propiamente una transmisión de la *notitia criminis* sino más exactamente un deber de incoación del expediente por parte del Fiscal de Menores, correlativo a una comprobación previa no sólo de los hechos sino también, como se verá más adelante, de las circunstancias del menor³⁵¹. Esta nota es suficiente, a nuestro juicio, para considerar que cuando el testimonio remitido por el Juez de Instrucción lo sea acerca de uno o varios jóvenes, el único régimen aplicable será el del artículo 4 de la LORPM y en ningún caso el apartado 2 del artículo 16 al que, genéricamente, remite su apartado 5.

Ceñido el análisis a los supuestos en los que aparezcan implicados menores de edad, deben analizarse las principales cuestiones que se plantean al hilo del citado artículo 16.5, que pueden agruparse en dos: la necesaria

³⁵¹ Vid. *Infra*. Págs. 216 ss.

comprobación de la edad por parte del Juez instructor, y la adopción de las medidas necesarias para el aseguramiento de la actividad investigadora.

La comprobación de la edad de los imputados, cuando se presentan dudas acerca de la misma, es una de las denominadas “diligencias de comprobación del delincuente”. Concretamente, el artículo 375 LECrim contempla las medidas que podrán adoptarse a fin de comprobar la edad del imputado, que se contraen, básicamente, a la averiguación a través de la inscripción del nacimiento y al examen físico que deberán llevar a cabo, bien el forense, bien el o los facultativos nombrados por el Juez.

¿Cuándo deberán los jueces de instrucción comprobar la edad de los imputados? Como criterio general, puede entenderse que dicha comprobación deberá efectuarse siempre que, ante la recepción de una *notitia criminis* por parte de un órgano judicial, éste tenga dudas sobre la edad de quien aparezca como imputado. No procede, en consecuencia, la comprobación de la edad cuando, por ejemplo, de la denuncia o de la querrela recibidas se desprenda con claridad que quien aparece implicado es menor. En este caso el Juez de Instrucción debe remitir las actuaciones, sin más trámite, al Fiscal de Menores. Sólo si se existen dudas razonables acerca de la edad, de forma que correlativamente surja la cuestión acerca de cuál es el órgano judicial que ostenta la competencia para el enjuiciamiento de los hechos, deberá comprobarse la edad del imputado.

Una vez que se acredite la participación conjunta de menores y mayores en hechos presuntamente delictivos, cabe plantearse cuáles son las «medidas necesarias para el aseguramiento de la actividad investigadora» que puede o debe adoptar el Juez de Instrucción. Esta es, sin duda, la cuestión que mayores problemas suscitará, no sólo por la indefinición sobre su contenido y amplitud sino, especialmente, en relación con la necesaria salvaguarda de las garantías que asisten a cualquier imputado.

3.3. La investigación de infracciones penales cometidas conjuntamente por menores y mayores de edad: principales problemas que se suscitan.

La participación conjunta de menores y mayores de edad en la comisión de infracciones penales es una posibilidad real que posiblemente se vea acrecentada con ocasión del incremento de los límites de edad para la aplicación del derecho penal de menores.

Es obvio, por otra parte, que Ordenamiento Jurídico se debate en la incómoda tensión que supone por una parte la necesaria persecución de los delitos que generan una mayor respuesta ciudadana, y por otra parte, la aplicación de los principios generales que deben inspirar la legislación penal de menores.

En este marco se sitúa la cuestión que planteamos: cómo debe hacerse frente a un fenómeno —que a estos efectos denominaremos codelincuencia— que va a devenir el instrumento de medición del sistema penal en su globalidad, sin menoscabo de las garantías ni de los derechos que la Constitución reconoce y ampara.

Por el momento, esta cuestión no ha sido abordada con la profundidad ni con la profusión que merece. Seguramente, a partir de la aplicación práctica de la LORPM se irán solventando las eventuales dudas y se propiciará un mayor debate sobre las mismas. En las líneas que siguen se apuntan algunos de los principales problemas que, a nuestro juicio, suscita la codelincuencia.

Como ya se ha señalado, en primer lugar debe determinarse qué se entiende por «actuaciones que permitan asegurar el éxito de la actividad investigadora». Más en concreto, se debería atender a la posibilidad de que, precisamente, tales actuaciones se practiquen en el seno del proceso de menores: sería el caso, por ejemplo, de la necesidad de adoptar la medida cautelar de internamiento si concurren los requisitos para ello. En tales casos es claro que la remisión del testimonio de particulares deberá ser la primera de las actuaciones a realizar por el Juez de Instrucción. Fuera de estos supuestos, ¿es posible que el Juez instructor, en aras al aseguramiento de la actividad

investigadora, demore la remisión del testimonio de particulares durante un tiempo? La respuesta no parece poder ser afirmativa, o por lo menos no de una forma tajante: no cabe demorar la información al Fiscal aunque nada parece impedir que en la misma se expliciten los motivos que aconsejen posponer las actuaciones relativas al menor o a los menores hasta que el éxito de la investigación judicial pueda asegurarse.

Ahora bien, en tal supuesto ¿cómo deben computarse los plazos de prescripción? Dado que el régimen de la prescripción, en el caso de menores, sólo ha sufrido variación en lo relativo a los plazos, deberá entenderse todo lo relativo al cómputo de su transcurso, sigue el régimen general del Código Penal, de cuyo artículo 132 se desprende que la prescripción se inicia el día en que se comete el hecho punible y se interrumpe a partir del día en que el procedimiento se siga contra el culpable³⁵².

³⁵² El artículo 10 de la LORPM establece:

«Los delitos cometidos por los menores prescriben:

1º. A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años.

2º. A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave.

3º. Al año, cuando se trate de un delito menos grave.

4º. A los tres meses, cuando se trate de una falta.».

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que de acuerdo con la Disposición Adicional cuarta de la LORPM (introducida por la L.O. 7/200, de 22 de diciembre), los delitos relacionados con el terrorismo (artículos 571 a 580 CP), los homicidios y los asesinatos (artículos 138 y 139 CP), las agresiones sexuales (artículos 179 y 180 CP) y, en general, todos los delitos sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años, se someterán a los plazos de prescripción previstos en el Código Penal.

Sobre este particular, la Circular 2/2001 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO «Incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la Jurisdicción de Menores, manifiesta:

«La prolongación de los plazos de prescripción puede conducir a resultados prácticos contraproducentes e inconciliables con la finalidad formativa que inspira a la jurisdicción de menores, pues períodos como el de 20 años que fija el 131.1 CP para la prescripción de delitos que tengan señalada pena de prisión igual o superior a los quince años, motivarán la incoación del expediente de reforma respecto de personas adultas que manifiestamente habrán rebasado la edad en que es razonable aplicar una intervención de naturaleza educativa.

Los expedientes de reforma intempestivos pueden acabar pervirtiendo la función propia del proceso de menores, que corre el riesgo de servir de cauce para la imposición de genuinas penas, pues incoados contra sujetos adultos en razón de hechos acaecidos varios años antes conducirán muchos de ellos en fase ejecutiva por aplicación del artículo 15 LORPM a una conversión de las medidas de internamiento en auténticas penas de prisión de ejecución penitenciaria».

¿Es posible entender, en consecuencia, que la mera comprobación de la edad por parte del Juez de Instrucción es suficiente para interrumpir la prescripción? O, por el contrario, tratándose efectivamente de un menor de edad ¿la prescripción sólo se interrumpirá desde el momento en que el Fiscal decreta la incoación del expediente?

A nuestro juicio la segunda solución es la que mejor se acomoda no tanto al interés del menor cuanto a las garantías básicas del proceso. Téngase en cuenta, especialmente, que aún a pesar de que el Juez de Instrucción ordene la comprobación de la edad, no es descartable de plano que el Fiscal de Menores opte finalmente por desistir de la incoación del expediente, con lo cual, difícilmente puede sostenerse que haya habido ningún «procedimiento dirigido contra el culpable».

Por otra parte, como ya se ha apuntado más arriba y en clara sintonía con los problemas apuntados hasta el momento, deben tenerse en cuenta las dificultades que la regulación del testimonio de particulares presenta en relación con los derechos y garantías que asisten al menor imputado. El principal escollo surge, precisamente, por la ausencia de una verdadera imputación en momentos tempranos de la investigación. En este sentido, tanto el Fiscal de Menores como, especialmente, el Juez instructor deberán ponderar cuidadosamente, caso por caso, la proporcionalidad de las medidas de aseguramiento de la investigación —y la correlativa posposición de la incoación del procedimiento de la LORPM—, con la gravedad de los hechos que motivan aquélla.

Finalmente, merece apuntarse la cuestión relativa al valor probatorio que puedan tener las actuaciones practicadas en el proceso seguido contra los adultos en el proceso seguido contra los menores. Si, como parece razonable, las diligencias practicadas bajo la dirección del órgano judicial se añaden al expediente, deberán, en el proceso de menores, poder ser sometidas a la necesaria contradicción por parte del menor y de su defensa.

Y al hilo de esta última cuestión, aún es posible apuntar la necesidad de articular aquellos mecanismos que permitan evitar, en la medida de lo posible,

la duplicidad de actuaciones investigadoras, lo cual iría en detrimento no sólo de las necesarias celeridad y economía procesales sino, en ocasiones, del interés del menor³⁵³.

Estos son, en síntesis, algunos de los problemas que puede plantear la codelincuencia. Como hemos dicho, es altamente probable que la práctica genere nuevas cuestiones en torno a este aspecto, y asimismo, que algunas de las apuntadas en estas líneas encuentren soluciones satisfactorias. Por el momento es inevitable reiterar lo sorprendente que resulta la falta de atención de la doctrina hacia un tema que se proyecta no sólo sobre el derecho de menores sino que trasciende hasta el derecho penal y procesal de adultos.

4. LA INCOACIÓN DE OFICIO DEL EXPEDIENTE.

Es sabido que el artículo 308 de la LECrim contempla lo que algunos denominan «iniciación de oficio», es decir, las actuaciones que deberá llevar a cabo el órgano judicial que tenga conocimiento directo de unos hechos presuntamente delictivos, bien por ser éstos notorios, bien por haberse producido en la esfera de un proceso³⁵⁴.

Los principales problemas que presenta la iniciación de oficio guardan relación por una parte con la imposibilidad de que un órgano judicial ejercite la acción penal³⁵⁵, y por otra parte con la imparcialidad de dicho órgano,

³⁵³ Si, como sostienen algunos, el sometimiento del menor a un proceso penal es, en si mismo, perjudicial para el menor, qué duda cabe que someterle doblemente a determinadas diligencias es doblemente perjudicial.

³⁵⁴ GIMENO SENDRA, V. (con CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA) *Derecho procesal penal*. Cit. Pág. 302.

³⁵⁵ De ahí que para HERCE QUEMADA, sea posible distinguir entre iniciación de oficio e iniciación a instancia de parte desde la perspectiva de los delitos públicos y de los delitos privados. En el caso de los delitos semipúblicos, dicho autor entiende que la denuncia es condición de procedibilidad. HERCE QUEMADA (con GÓMEZ ORBANEJA) *Derecho procesal penal*. Cit. Pág. 149.

especialmente en aquellos supuestos en los que éste sea sujeto pasivo del delito³⁵⁶.

En el proceso de menores la incoación de oficio se enmarca en un panorama radicalmente distinto, principalmente porque la decisión acerca de la incoación del expediente corresponde, en su calidad de instructor del mismo, al Ministerio Fiscal.

La imparcialidad del Fiscal, cuestión sobre la que más adelante habrá ocasión de reflexionar con mayor detenimiento, no presenta las mismas exigencias o facetas que la imparcialidad judicial, consagrada ésta como derecho fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución. Merece la pena a estos efectos traer a colación la clásica distinción entre desinterés objetivo y desinterés subjetivo a la que se acude para poner de manifiesto los caracteres que distinguen a la Jurisdicción y a la Administración. Sucintamente, se sostiene que mientras que los órganos de la jurisdicción actúan con desinterés objetivo y subjetivo, los órganos de la Administración actúan con desinterés subjetivo pero con interés objetivo. Así, mientras que la actuación de los Jueces y Magistrados está presidida por la nota de independencia, la de los miembros del Ministerio Fiscal lo está por la defensa de la legalidad y del interés público³⁵⁷. Quiere decirse con ello que la incoación de oficio por parte del Ministerio Fiscal no colisiona ni puede colisionar con la imparcialidad, o cuanto menos, con la medida de la imparcialidad que se exige a éste órgano, necesariamente distinta de la imparcialidad judicial³⁵⁸.

Sentado lo anterior, nada impide que el Fiscal de Menores que con motivo del desarrollo de sus funciones tenga noticia directa de unos hechos

³⁵⁶ GIMENO SENDRA aboga por una solución distinta en función de cual sea la fuente de conocimiento del órgano judicial: si dicho órgano es sujeto pasivo del delito, bajo ningún concepto puede ser instructor de la causa, puesto que ello constituye causa de recusación prevista en el artículo 219.6º de la LOPJ. Cuando no sea ofendido por el delito, deberá levantar testimonio de particulares y remitirlo al Juzgado de Guardia, a fin de que sea otro juzgado el que disponga la apertura de la fase instructora. GIMENO SENDRA, V. (con CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA) *Derecho procesal penal*. Cit. Pág. 303.

³⁵⁷ En este sentido, por todos, MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

³⁵⁸ *Íbidem*.

que considere revisten los caracteres de delito, proceda a incoar el oportuno expediente³⁵⁹.

La incoación de oficio deberá cursarse de forma idéntica a cualquier otro de los mecanismos analizados hasta el momento, es decir, se deberá dictar un decreto motivado, en el que se expondrán los hechos que determinan la decisión, así como la forma en que el Fiscal de menores ha tenido noticia de los mismos. Eventualmente, el decreto podrá contener una citación al menor e incluso ordenar, si se estima preciso, su detención.

Muy probablemente, los supuestos en los que el Fiscal de menores tendrá conocimiento directo del Opresunto delito serán aquellos que se den con ocasión de un proceso en curso. No cabe excluir, sin embargo, supuestos de notoriedad, en los que sin mediar ni denuncia de particulares, ni atestado policial, el Fiscal decida ordenar la investigación de unos hechos presuntamente delictivos de los que puede haber tenido noticia por los medios de comunicación.

Finalmente, parece no sólo aconsejable sino conveniente, que si el Fiscal es sujeto pasivo de un delito ponga los hechos en conocimiento de su superior jerárquico a fin de que éste designe un Fiscal distinto como instructor de la causa.

³⁵⁹ DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal del menor...*Cit. Pág. 107, entiende que la iniciación de oficio debe entenderse posible por aplicación supletoria del artículo 785 bis de la LECrim.

5. LA APLICACIÓN DE LA LORPM A JÓVENES: UN SUPUESTO DE INCOACIÓ PRECEPTIVA DEL EXPEDIENTE.

5.1. Consideraciones generales. Concepto de «joven» en la LORPM. La suspensión temporal de la aplicación de la LORPM a los jóvenes.

El artículo 4 de la LORPM contempla el régimen de los denominados «jóvenes». Se da así cumplimiento a la previsión del artículo 69 del Código Penal vigente³⁶⁰, según el cual

«Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que está disponga».

En apretadísima síntesis, el artículo 4 permite que, en determinados supuestos y con determinadas condiciones, el Juez de Instrucción que esté conociendo de un delito o una falta cometida por persona mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, después de oír al Ministerio Fiscal, al letrado del imputado y al equipo técnico, decida mediante auto, atendiendo a las circunstancias personales y al grado de madurez, la aplicación a dicho imputado de la LORPM. Desde el momento en que dicho auto (que puede ser recurrido en apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente³⁶¹) adquiere firmeza, el Fiscal de Menores debe dar trámite al procedimiento de la LORPM.

La posibilidad de aplicar a determinados jóvenes el régimen de sanciones previsto para los menores, aún siendo, como se verá a continuación, singularmente restrictiva, denota la voluntad legislativa de ofrecer una solución

³⁶⁰ Cfr. Exposición de Motivos de la LORPM.

³⁶¹ Modificación operada por el artículo sexto y la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La redacción originaria de la LORPM atribuía la competencia funcional para el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Menores a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia.

semejante a las de otros ordenamientos jurídicos para los que en ocasiones se denominan «jóvenes adultos»³⁶².

Debe advertirse, sin embargo, que la aplicación del artículo 4 de la LORPM está suspendida por un plazo de dos años desde su entrada en vigor. Tal suspensión se dispuso mediante la Disposición transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, de Medidas Urgentes para la agilización de la Administración de Justicia.

El futuro del precepto, una vez que transcurran los dos años mencionados, puede calificarse de incierto. Efectivamente, si bien la suspensión puede obedecer —como han apuntado algunos— al influjo de algunas Comunidades Autónomas que se veían incapaces de asumir los costes derivados de la aplicación de la LORPM a los jóvenes³⁶³, un breve repaso a la gestación y los avatares parlamentarios del precepto permitirá atisbar qué motivos de otra índole pueden perfilarse asimismo como causantes de esta situación.

Otros factores, fundamentalmente de carácter jurídico, que sin duda deberán ser tenidos en cuenta en el momento de decidir acerca de la definitiva entrada en vigor del artículo 4 actualmente suspendido, se analizarán más profusamente en los siguientes apartados.

El Proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno remitió a las Cortes Generales contemplaba en su artículo 4 el régimen de los mayores de dieciocho años. Según dicho texto, la LORPM podía resultar de aplicación a los jóvenes³⁶⁴ si así lo acordaba el Juez de Instrucción competente mediante auto, oídos el Ministerio Fiscal, el Letrado del imputado y el equipo técnico,

³⁶² ORNOSA FERNÁNDEZ, entiende que el ejemplo seguido es el de la Ley alemana de Tribunales para la Juventud. Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R. *Derecho Penal de Menores*, Cit. Pág. 159.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ Merece señalarse que el artículo 4, tal y como aparecía redactado en el proyecto se refería a los «jóvenes», si bien el artículo 1 tan sólo contenía mención expresa del término «menores» con el cual se refería, genéricamente a aquellas personas de entre trece y dieciocho años.

atendiendo a la naturaleza y gravedad del hecho, a las circunstancias personales del autor y a su grado de madurez. En ningún caso podría aplicarse la LORPM en caso de delitos cometidos con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de aquéllas.

Los informes preceptivos que tanto el Consejo General del Poder Judicial como la Fiscalía General del Estado emitieron con relación al Anteproyecto, coincidían en poner de manifiesto la existencia de importantes obstáculos para una correcta aplicación del precepto.

Resumidamente, el Consejo General del Poder Judicial señalaba que el recurso a criterios generales «puede permitir un excesivo margen de apreciación y conducir a diferencias de criterio y desigualdades en la aplicación de la Ley» por ello sugería «que esta posibilidad sólo sea aplicable a los delitos menos graves, estableciendo de manera concreta y determinada las condiciones para su aplicación»³⁶⁵.

La Fiscalía General del Estado, por su parte, encabezaba las consideraciones sobre el precepto con una fórmula ciertamente ilustrativa: «Desarrollo del art. 69 del Código Penal: La dudosa idoneidad de la jurisdicción de menores para el tratamiento del ilícito cometido por el mayor de 18 años y menor de 21». Las objeciones, sin embargo, presentaban una orientación sensiblemente distinta a la del Consejo General del Poder Judicial; los problemas que, desde el punto de vista de la Fiscalía General del Estado podían resultar más acuciantes se concentraban, básicamente en la atribución de la decisión al Juez de Instrucción. No obstante, es destacable la coincidencia en lo relativo a la vaguedad de los criterios en función de los cuáles debía ponderarse la aplicación de la LORPM a los jóvenes. Para la Fiscalía General del Estado «los criterios establecidos están muy desdibujados (...) dado el amplio margen de discrecionalidad de que goza el Juez de

³⁶⁵ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "Informe al proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 12 de noviembre de 1997" en *Responsabilidad Penal de los Menores (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, Congreso de los Diputados, Secretaría General, Madrid. Núm. 147.

Instrucción puede convertirse este mecanismo en algo que se realiza de forma automática, sin valoración ponderada de las circunstancias de cada caso»³⁶⁶. El Consejo General del Poder Judicial, por su parte, sostuvo que «el Anteproyecto se basa en la fijación de unos criterios generales (...) el recurso a criterios de este tipo puede permitir un excesivo margen de apreciación y conducir a diferencias de criterio y desigualdades en la aplicación de la Ley»³⁶⁷.

En el Congreso de los Diputados se suprimió el tercer apartado del precepto (en el que se excluía la aplicación de la LORPM de determinados delitos cometidos con violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas), y se modificó el primero, de forma que los supuestos anteriores pasaban de ser excluyentes a ser informadores de la decisión del Juez de Instrucción.

Finalmente, en el Senado se volvió a modificar el artículo 4, a partir de la aceptación de una enmienda que le dio su redacción actual. Es de resaltar que dicha enmienda se justificó por el Senado en aras «tanto a asegurar el respeto al principio de la seguridad jurídica, en la línea del Informe del Consejo General del Poder Judicial de 12 de noviembre de 1997, que exige la máxima objetividad en la determinación de las condiciones para aplicar la Ley a los jóvenes de 18 a 21 años, como racionalizar el impacto que pueden representar la aplicación de estas medidas en el sistema de justicia juvenil»³⁶⁸.

La suspensión del artículo 4, establecida, como ya se ha señalado, en la disposición transitoria única de la L.O. 9/2000, es fruto de una enmienda presentada en el Senado justificada, precisamente por la «necesidad de establecer mecanismos de financiación que permitan a las Comunidades

³⁶⁶ Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, "Informe al proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 2 de octubre de 1997" en *Responsabilidad Penal de los Menores*. Cit. Pág. 246.

³⁶⁷ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "Informe al proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 12 de noviembre de 1997". Cit. Págs 178 y 179.

³⁶⁸ Cfr. BOCG (Congreso), VI Legislatura, Núm 144-17, 22 de diciembre de 1999, pág. 335.

autónomas la aplicación de la Ley, en sus respectivos territorios, con las suficientes garantías»³⁶⁹.

Los problemas de financiación, sin embargo, no son los únicos que hubiesen podido aducirse en pos de la suspensión de la aplicación de la LORPM a los jóvenes. La redacción del precepto, cuya génesis se ha expuesto de forma sucinta, había sido —antes de su suspensión— acreedora de críticas fundadas en lo tocante a su encaje constitucional.

Antes de analizar dichas críticas, son adecuadas unas breves consideraciones acerca del procedimiento previsto para la aplicación de la LORPM a jóvenes.

5. 2. Cuestiones acerca del procedimiento.

La aplicación de la LORPM a jóvenes depende de una decisión judicial, que podrá adoptarse frente a determinados supuestos en atención a diversos parámetros. En primera instancia, dicha decisión deberá ser tomada, mediante auto, por el Juez de Instrucción que esté conociendo de la causa en la que el joven aparezca como imputado. Contra dicho auto cabrá recurso de apelación que se resolverá por la Sección de Menores de la correspondiente Audiencia Provincial.

Las cuestiones que se abordarán a continuación responden al esquema anterior: en primer lugar, se estudiarán los supuestos en los que es posible plantear la aplicación de la LORPM a jóvenes; seguidamente se analizarán los parámetros que deberán regir la decisión judicial. Finalmente, se explicará el procedimiento por el que debe discurrir la adopción del auto por el que se acuerde la aplicación de la LORPM a un joven, con singular atención a los recursos que cabe interponer contra el mismo.

Parece oportuna, además, una especial referencia a los efectos que produce la aplicación de la LORPM a los jóvenes, centrada en su alcance,

³⁶⁹ Cfr. BOCG (Senado) VII Legislatura, Núm 7 (c), 4 de diciembre de 2000.

singularmente en relación con las posibilidades de terminación anticipada del procedimiento.

5.2.1. Supuestos y requisitos para la aplicación de la LORPM a los jóvenes.

Bajo la denominación genérica de «condiciones», el artículo 4 establece los supuestos y los requisitos bajo los cuales el Juez de Instrucción puede dictar auto remitiendo las actuaciones a la jurisdicción de menores, así como las circunstancias a las que deberá atender para adoptar tal decisión.

Cabrá pues dicha decisión en caso de faltas —sin excepción³⁷⁰— y delitos menos graves en los que no concurra ni violencia ni intimidación ni grave peligro para la vida o para la integridad física de las personas³⁷¹.

Amén de las dificultades que presenta el esclarecimiento de conceptos propios del Derecho Penal y de las consideraciones que pueda merecer dispensar idéntico tratamiento a delitos dolosos e imprudentes, no pueden perderse de vista los efectos que se derivan de la calificación jurídica de los hechos.

Esta calificación resultará singularmente relevante en las alegaciones tanto del Fiscal como del letrado del joven ya se formulen estas ante el Juez de Instrucción ya ante la Audiencia Provincial. Posteriormente, cuando dicho auto —firme ya— apruebe la aplicación al proceso de menores cabe plantearse hasta qué punto dicha calificación deberá vincular al Fiscal, en el momento en que deba presentar su escrito de alegaciones,.

³⁷⁰ La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO señala respecto a las faltas que aunque su comisión mediante violencia o intimidación no permite excluir la aplicación de la LORPM, sí que deber ser un «elemento esencial en la valoración que haya de efectuar el Fiscal al emitir su informe».

³⁷¹ En este sentido, DOLZ LAGO quien sostiene que «(...) la exclusión de delitos menos graves violentos no parece ser extensiva a las faltas en las que se dé violencia o intimidación en las personas o grave peligro para su vida o integridad física, por lo que cabrá la inhibición a favor de la jurisdicción de menores por la comisión de cualquier falta». Cfr. DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal del menor...* Cit. pág.47.

Los requisitos para la aplicación de la LORPM a jóvenes se centran en lo que podríamos denominar su «historial delictivo»: se exige que el joven no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años, sin que se tengan en cuenta, a tal efecto, las condenas por delitos o faltas imprudentes ni, por supuesto, los antecedentes penales que hayan sido o deban ser cancelados. No deberán tenerse en cuenta, por lo tanto, las condenas que hayan podido ser impuestas al joven durante su minoría de edad.

5.2.2. Parámetros de la decisión del Juez de Instrucción.

Examinada la concurrencia de los presupuestos y las condiciones que se han explicado, la decisión del Juez de Instrucción debe atender a los parámetros descritos en la regla 2ª del artículo 4.2: «Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe».

Las cuestiones esenciales que se desprenden de la regla citada son tres: en primer lugar, las referidas al informe del equipo técnico, en segundo lugar la determinación de las circunstancias personales relevantes y, finalmente, el grado de madurez del joven.

El informe del equipo técnico resulta preceptivo en todos los casos en los que se incoe un expediente contra un menor³⁷². Dicho informe versará 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 LORPM³⁷³. La emisión del informe se realizará siempre a requerimiento del Ministerio Fiscal.

³⁷² El informe del equipo técnico está previsto y regulado en el artículo 27 de la LORPM.

³⁷³ Cfr. Artículo 27.1 LORPM.

En el caso de los jóvenes, parece que la finalidad del informe no coincide en todos sus extremos, con lo cual, es posible que su contenido se contraiga a los aspectos mencionados en el artículo 4, esto es, a las circunstancias personales y el grado de madurez del joven, sin incidir en su situación educativa ni familiar³⁷⁴. Cabe entender, asimismo, que los plazos previstos para la entrega de dicho informe serán los previstos en el artículo 27 de la LORPM, esto es, diez días prorrogables hasta un mes en los casos de gran complejidad, desde el momento en que dicho informe se solicite³⁷⁵.

Finalmente, a diferencia de lo previsto para los menores, no será posible, en principio, la concurrencia de otros informes emitidos por entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y que conozcan la situación del imputado³⁷⁶.

La segunda cuestión la constituye la determinación de las circunstancias personales del joven. Porque si bien su fijación deberá corresponder a los profesionales que emitan el informe, la indeterminación acerca de cuáles deben ser relevantes en la decisión del Juez de Instrucción constituye un serio riesgo para la seguridad jurídica y para la igualdad ante la aplicación de la Ley³⁷⁷.

Con riesgos similares, la apreciación del grado de madurez del joven conforma el tercer parámetro a tener en cuenta en la decisión del Juez de

³⁷⁴ La situación educativa del joven no puede ser un elemento determinante por cuanto ya ha rebasado con creces la edad hasta la que la enseñanza es obligatoria. En cuanto a la situación familiar, tampoco puede considerarse relevante por cuanto difícilmente pueda darse el supuesto de un joven imputado con la patria potestad prorrogada.

³⁷⁵ Nada especifica la LORPM sobre la forma que deberá revestir dicha solicitud ni sobre el órgano competente para formularla. Aún a pesar de la dependencia funcional del equipo técnico respecto al Fiscal de Menores, creemos que la solicitud de informe provendrá del Juez de Instrucción —adoptando la forma de mandamiento— evitándose así dilaciones en el procedimiento.

³⁷⁶ Si bien nada debería impedir que el letrado del joven aporte un informe, de características similares al emitido por el equipo técnico, junto con sus alegaciones.

³⁷⁷ Tanto el Consejo General del Poder Judicial como la Fiscalía General del Estado, en sus respectivos informes sobre el Anteproyecto, manifestaron reticencias en relación con este aspecto, en el que, consideraban, se dota al Juez de Instrucción de un excesivo margen de apreciación. *Vid.* Informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores (Madrid, 12 de noviembre de 1997), pág. 32; Informe de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores (Madrid, 2 de octubre de 1997), Págs. 31 y 32.

Instrucción. Aunque no quepa hablar con rotundidad de un retorno a la aplicación del criterio del discernimiento³⁷⁸, seguramente el legislador, como mínimo, tenía que haber sopesado la posible aplicación de la LORPM a todos los jóvenes³⁷⁹, de tal forma que no quedase espacio para las dudas de constitucionalidad³⁸⁰.

5.2.3. Procedimiento para la adopción del auto.

Si se atiende al artículo 4 de la LORPM, el auto del Juez de Instrucción se adopta *oídos* el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico.

Debido a su asombrosa parquedad, la literalidad del precepto sólo plantearía, en principio, dudas con relación a la forma en que deberá oírse a los sujetos en él mencionados. Ahora bien, en este concreto aspecto es cierto que

³⁷⁸ Históricamente se han alternado dos sistemas distintos para la aplicación del sistema penal a los considerados «inimputables»: los criterios llamados «biológico puro» y el de «discernimiento». En apretadísima síntesis, el criterio biológico es aquel por el cual se fija una edad a partir de la cual se entiende que el sujeto es imputable. Este es el criterio adoptado por el legislador español en la LORPM. El criterio «psicológico» o del «discernimiento», valora la capacidad de cada sujeto para ser considerado imputable –en función del propio concepto jurídico-penal de la imputabilidad-. Las ventajas que se predicán de cada sistema integran paralelamente los inconvenientes del contrario; así, cuando quienes se inclinan por la aplicación del discernimiento destacan sus virtudes en orden a la concreta determinación *-per casum-* de las capacidades de comprensión del sujeto frente a los errores que pueden derivar de la generalización mediante criterios objetivos, los partidarios del sistema biológico argumentan precisamente contra las desigualdades que el sistema puede generar.

Sobre los criterios referidos, entre muchos otros, *Vid.* CANTARERO BANDRÉS, R. *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*; Montecorvo, Madrid, 1988; RÍOS MARTÍN, J.C. *El menor infractor ante la ley penal*; Comares, Granada, 1993; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*; Comares, Granada, 1998; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a.I. "La minoría de edad penal" en «Cuadernos de política criminal», núm. 20, 1983.

³⁷⁹ Cfr. Informe de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, ót. pág. 32. En el mismo sentido, se pronunciaba el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, en su informe sobre «Justicia Juvenil», de fecha 16 de abril de 1999.

³⁸⁰ *Vid.* En este sentido GIBBERT JORDÁ, T. "La posición de las otras partes en el proceso" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», 7-1997, pág. 408.

las leyes procesales, e incluso la propia LORPM, ofrecen una gama de posibles modelos lo suficientemente amplia como para llenar esta laguna³⁸¹.

Sin embargo, las dudas de mayor calado las generan no tanto las afirmaciones del precepto como sus silencios, empezando por el que se refiere a las posibles partes acusadoras personadas en el proceso penal, distintas del Ministerio Fiscal, que no serán oídas antes de la adopción de una decisión que puede suponer el archivo definitivo de dicho proceso y por lo tanto su exclusión radical del mismo³⁸². En este caso, es posible que el legislador haya incurrido en un exceso de celo, a la hora de impedir la actuación de los perjudicados, que induce a cuestionarse la constitucionalidad del precepto³⁸³.

Nada se puede deducir tampoco acerca de a quién se faculta para solicitar la adopción de dicho auto. Excluidas *prima facie* las partes acusadoras distintas del Ministerio Fiscal, queda por dilucidar si es posible que la iniciativa provenga del propio Juez de Instrucción o si ésta queda restringida al Fiscal y al letrado del joven. Nada impide considerar que cualquiera de los señalados puede, a partir del momento en que se produzca la imputación, instar —o si se trata del Juez de Instrucción incoar de oficio— el procedimiento.

Queda también por resolver, finalmente, la cuestión relativa al plazo en el que deban llevarse a cabo las actuaciones reseñadas, aspecto sobre el cual, excepción hecha del informe que debe elaborar el equipo técnico, la LORPM no contiene previsión alguna.

³⁸¹ Vid. Art. 504 bis 2 LECrim (Audiencia para la adopción de la prisión provisional); Art. 25 L.O. 5/1995, de 22 de Mayo, del Tribunal del Jurado (Audiencia para concretar la imputación) o art. 28 LORPM (Audiencia para la adopción de medidas cautelares).

³⁸² Los supuestos en los que se haya personado acusación particular, e incluso, popular, no serán infrecuentes. Es más, en determinadas faltas (concretamente en aquellas para la persecución de las cuales se precisa denuncia del perjudicado), hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 639 CP, el perdón del ofendido extingue la acción penal o la condena.

³⁸³ En lo que atañe a los derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 CE, y especialmente al derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión. Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. "Artículo 24. Garantías procesales" en *Comentarios a la Constitución*

5.2.4. Recursos contra el auto del Juez de Instrucción.

Contra el auto del Juez de Instrucción, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 4, cabe recurso de apelación —sin necesidad de previa reforma— en el plazo de tres días. Si bien de la literalidad del precepto se desprende que dicho recurso sólo procederá contra los autos que acuerden la aplicación de la LORPM, no debiera haber obstáculo para recurrir los autos que la denieguen.

La tramitación del recurso de apelación se ajustará al régimen general de la LECrim, artículos 219 a 232, siendo el órgano competente para su conocimiento y resolución la Sección de Menores de la Audiencia Provincial correspondiente³⁸⁴.

Las cuestiones que se suscitan al hilo de esta previsión son las siguientes: a) la remisión al régimen general del recurso de apelación y no al régimen previsto en el procedimiento abreviado; b) la posibilidad de presentar recurso de reforma; c) los efectos que produce la admisión del recurso y d) la posibilidad de recurrir en casación la sentencia que resuelva el recurso de apelación.

A) Régimen aplicable con carácter supletorio.

La disposición final primera de la LORPM dispone el carácter supletorio, en el ámbito del procedimiento, de la LECrim, y en particular, de lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado. Sin duda, la remisión del artículo 4. 3 al régimen general de la LECrim constituye una excepción a dicha regla, aunque, como se pondrá de manifiesto, algunas particularidades de la tramitación del recurso determinan que su

Española de 1978 (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.) Tomo III; EDERSA, Madrid, 1996; CHAMORRO BERNAL, F. *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, Págs. 126 ss.

³⁸⁴ Aunque el artículo 4 menciona la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, recuérdese que en aplicación de la Disposición adicional segunda de la L.O. 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del poder judicial, «Todas las referencias a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia contenidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, deben entenderse realizadas a las Audiencias Provinciales».

régimen se aproxime más al previsto para el procedimiento abreviado que al del proceso ordinario.

El principal efecto de la remisión al régimen general de la apelación consiste en la celebración preceptiva de vista oral, que en el caso del procedimiento abreviado se reserva tan sólo para aquellos supuestos en los que ha habido proposición de prueba.

B) Posibilidad de interponer recurso de reforma.

En lo que respecta al recurso de reforma, el artículo 4.3 establece literalmente que «el recurso de apelación cabrá en el plazo de tres días (...) sin previo recurso de reforma».

El recurso de reforma, por su calidad de recurso no devolutivo, permite someter una resolución judicial al mismo órgano que la dictó, a fin de que éste reconsidere su contenido. Aunque se ha insistido reiteradamente en la inutilidad de dicho recurso por cuanto las más de las veces se resuelve confirmando la resolución recurrida, ahora se clama a su favor con el argumento de que puede resultar de gran utilidad en aquellos casos en los que resulte patente el error cometido en la resolución recurrible.

Por este motivo, la Fiscalía General del Estado interpreta el artículo 4.3 de la LORPM en el sentido de que el recurso de reforma no será preceptivo, pero tampoco estará prohibida su interposición, de manera que será posible interponer recurso de reforma, si bien de manera conjunta con el de apelación a fin de evitar problemas de inadmisión.

C) Admisión de la apelación en uno o en ambos efectos.

La regla general establecida en el artículo 219 de la LECrim, según la cual la apelación sólo se admitirá en dos efectos —devolutivo y suspensivo— cuando así se disponga expresamente, resulta de aplicación cuando menos compleja a lo dispuesto en el artículo 4.3 de la LORPM, en el que no se alude al efecto suspensivo de la interposición del recurso de apelación.

A pesar del silencio de la LORPM al respecto, puede entenderse que si el auto acuerda la aplicación de la LORPM procede la suspensión de su aplicación, especialmente si se tiene en cuenta que el propio artículo 4.3 señala que sólo una vez que el auto haya adquirido firmeza procederá la remisión de las actuaciones al Fiscal para la tramitación del procedimiento de menores³⁸⁵. Por el contrario, si el auto deniega la aplicación de la LORPM la interposición del recurso de apelación no podrá tener efectos suspensivos por idéntica razón que en el supuesto anterior.

D) Recurso de casación para la unificación de doctrina.

Sin que sea posible entrar en sus pormenores, es preciso señalar la posibilidad, prevista en el artículo 42, de interponer recurso de casación frente a determinadas sentencias dictadas por los jueces de menores. De dicho recurso —que sólo podrá interponerse en unificación de doctrina— conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

De acuerdo con el apartado 8 del mencionado precepto, se extiende la posibilidad de recurrir en casación, en unidad de doctrina, contra los autos definitivos dictados por las Audiencias Provinciales al amparo del artículo 4.3. Sin embargo, a diferencia de lo previsto para el recurso de casación contra sentencias (en el que pueden interponer el recurso tanto el letrado del menor como el Ministerio Fiscal), se legitima tan sólo a este último para recurrir en casación los autos dictados por las respectivas Audiencias.

La tramitación del recurso es la siguiente: a) preparación, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto por parte de la Audiencia Provincial, por medio de escrito dirigido a la misma. El escrito deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con designación de los autos aludidos y aportación de los

³⁸⁵ En este sentido *Vid.* Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

informes emitidos sobre el menor³⁸⁶; b) La Sección de Menores de la Audiencia Provincial, una vez acreditados los requisitos mencionados, requerirá testimonio de los autos citados a los Tribunales que los hubieran dictado y en un plazo de diez días remitirá la documentación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ante la cual emplazará al Ministerio Fiscal; c) si se ha incumplido de modo manifiesto e insubsanable alguno de los requisitos establecidos para el recurso, o cuando la pretensión carezca de contenido casacional, el Ponente dará cuenta de la causa de inadmisión a la Sala y ésta, oído el Ministerio Fiscal, dictará, en el plazo de tres días, auto contra el que no cabrá recurso; d) caso de no apreciarse causa de inadmisión, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, constituida de forma ordinaria, convocará una vista oral en la que oirá las alegaciones que se formulen³⁸⁷ y dictará sentencia de casación del modo y con los efectos señalados en la LECrim³⁸⁸.

5.2.5. Efectos de la notificación del auto al Fiscal de Menores.

Del auto del Juez de Instrucción por el que se declare aplicable a un joven el procedimiento de la LORPM, una vez firme, deberá darse traslado al Fiscal de Menores para la tramitación del procedimiento.

³⁸⁶ El artículo 42.4 menciona, como requisito para la interposición del recurso, la aportación de los informes en los que se funde el interés del menor valorado en la sentencia. Estimamos necesaria la aportación de los informes porque con total seguridad, en la mayoría de los casos van a ser el elemento determinante de la resolución impugnada.

³⁸⁷ Para el recurso de casación frente a sentencias se contempla la posibilidad de que la Sala Segunda del TS solicite informe a la entidad pública de protección o de reforma del territorio donde ejerza su jurisdicción el Juzgado que dictó la resolución impugnada, y, en su caso, a aquella a la que corresponda la ejecución de la misma. Este extremo no parece trasladable al recurso de casación contra autos dictados en aplicación del artículo 4 de la LORPM porque difícilmente las entidades de protección o de reforma de menores puedan emitir un informe sobre un joven. Obsérvese, además, que si bien en la preparación del recurso se solicita el informe del equipo técnico, en este punto el informe deberán emitirlo otros profesionales.

³⁸⁸ Aunque la función unificadora de doctrina no es una de las asignadas al recurso de casación de la LECrim, entiende ORNOSA FERNÁNDEZ que los efectos de la sentencia dictada en casación serán los previstos en el artículo 900 de la LECrim, esto es: anulación de la sentencia casada. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 375.

El principal efecto del auto del Juez de Instrucción consiste pues en una suerte de imperativo dirigido al Ministerio Fiscal en virtud del cuál deberá éste incoar el oportuno expediente. Pero no puede perderse de vista que la aplicación *in totum* del procedimiento de menores incluye, necesariamente, la eventual terminación anticipada del mismo o, incluso, su no incoación³⁸⁹. La cuestión se ciñe, en consecuencia, a determinar la aplicabilidad de los supuestos de desistimiento en la incoación y de aquellos en los que el Ministerio Fiscal puede solicitar el sobreseimiento en el entendimiento de que no se trata, en lo que a este concreto aspecto concierne, de dos cuestiones idénticas y que, por tanto, deben analizarse separadamente.

La posibilidad de no incoar el expediente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de la LORPM procede en los mismos supuestos para los que se prevé la remisión de los jóvenes al procedimiento de menores. No se precisa, para desistir de la incoación, nada más que una genérica ausencia de conductas delictivas anteriores por parte del menor, y acarrea, como consecuencia necesaria, el traslado de las actuaciones a la correspondiente entidad pública de protección de menores. Esta sintética aproximación permite atisbar las dificultades para su aplicación a jóvenes, en atención, principalmente, a dos razones: en primer lugar, la que ofrece la propia literalidad del artículo 4 *in fine*, cuando impone la tramitación, no sólo del expediente, sino del **procedimiento**; por otra parte, sin descartar la validez de una interpretación de signo contrario, puede entenderse que lo que en realidad pretende el Legislador no consiste tanto en la aplicación del procedimiento como la de las medidas previstas³⁹⁰.

Las posibilidades en orden al sobreseimiento del expediente deben ser, en cambio, objeto de otro tipo de consideraciones. Los artículos 19 y 27 de la LORPM contemplan la posibilidad, por las razones que seguidamente se expondrán, de que el Ministerio Fiscal dé por concluido el expediente y solicite

³⁸⁹ Acerca del desistimiento en la incoación del expediente, *vid. infra* pág. 237.

³⁹⁰ En la conciencia de que se trata de un argumento de signo débil atendida la literalidad de los preceptos aplicables (arts. 4 LORPM y 69 CP), creemos, no obstante, que debe prevalecer el carácter «instrumental» del procedimiento.

el sobreseimiento de las actuaciones al Juez de Menores. Dicha actuación puede encontrar fundamento bien en la existencia de conciliación o de reparación, bien en la propuesta del equipo técnico si éste considera la conveniencia, en interés del menor, de no continuar la tramitación, ya sea por haberse expresado suficientemente el reproche, ya por considerarse inadecuada cualquier intervención dado el tiempo transcurrido.

Sin entrar, por el momento, en un análisis detenido de los preceptos citados, parece plausible entender que su eventual aplicación a jóvenes no contradice ni el espíritu ni la letra del artículo 4. Ello es así porque en todos los casos se presupone tanto una mínima actividad instructora (y, en consecuencia, la incoación del expediente), como la existencia del informe del equipo técnico (e incluso, en los supuestos de conciliación y de reparación, su mediación) y además, porque la finalización anticipada del procedimiento procede, precisamente, al entenderse cumplida la finalidad del mismo.

5.3. Algunas cuestiones acerca de la constitucionalidad del artículo 4 de la LORPM.

El que la legislación de menores se aplique a los jóvenes de hasta una determinada edad se considera una opción político-criminal y, en consecuencia, discutible solamente desde tal perspectiva³⁹¹.

Ahora bien, el desarrollo de las previsiones del artículo 69 del Código Penal que se contienen en el artículo 4 de la LORPM se presenta más bien poco pacífico, no sólo por las lagunas que se detectan en la regulación de aspectos del procedimiento sino, especialmente, por las dudas que se generan en torno a su encaje constitucional.

En este sentido, se han apuntado posibles incompatibilidades con los siguientes principios y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución

³⁹¹ Cfr. LANDROVE DÍAZ, G. "Marco operativo de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores" en «La Ley», núm. 5084, junio de 2000, pág. 6.

Española: a) seguridad jurídica, b) igualdad y c) juez predeterminado por la Ley³⁹². A todas estas cuestiones, cuya envergadura las hace acreedoras de una consideración particularizada, debe añadirse por último la ya señalada falta de audiencia a las partes acusadoras, distintas del Ministerio Fiscal, eventualmente personadas en el proceso penal iniciado conforme a la LECrim.

5.3.1. Seguridad jurídica y aplicación de la LORPM a los jóvenes.

Como ya se ha apuntado anteriormente, la seguridad jurídica, entendida, en palabras del TC como «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho»³⁹³, podría verse socavada por la vaguedad e indeterminación de los criterios establecidos en el artículo 4 de la LORPM.

Es cierto es que los criterios establecidos por el legislador no permiten prever *ex ante* cual va a ser la decisión de cada juez instructor, y en consecuencia, anticipar razonablemente cual va a ser el derecho aplicable.

No parece tan radicalmente claro, sin embargo, que dichos criterios «puedan generar confusión o dudas que generen en sus destinatarios una incertidumbre radicalmente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos», tal y como exige la jurisprudencia constitucional.

Por una parte, los supuestos en los que se permite al Juez de Instrucción decidir sobre el derecho penal aplicable —o bien el de adultos o bien el de menores— quedan, salvo las necesarias precisiones acerca de algunos conceptos de naturaleza penal, suficientemente descritos. En segundo lugar, las que hemos denominado condiciones para dicha aplicación —el «historial delictivo» del joven— presenta la suficiente claridad. Queda, en fin, por determinar, la apreciación del grado de madurez de cada joven, lo que no

³⁹² En este apartado seguiremos el esquema expositivo de GÓMEZ RECIO, F. “La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años” en «Actualidad Jurídica Aranzadi» núm 437/2000.

puede ser obstáculo para la seguridad jurídica si, como es el caso, se valora bajo criterios extrajurídicos aportados por el equipo técnico.

5.3.2. Posible vulneración del principio de igualdad.

El camino a través del que se llega a afirmar que la aplicación del artículo 4 de la LORPM puede vulnerar el principio de igualdad presenta debe examinarse con cierta profusión.

La premisa de partida la constituye una afirmación incontestable: la aplicación del artículo 4 de la LORPM ocasionará una palmaria diferencia de trato entre aquellos jóvenes a quienes se aplique la legislación de menores y aquellos a quienes se aplique el Código Penal.

La anterior premisa, en sí misma, no sustenta vulneración ninguna del artículo 14 de la Constitución, habida cuenta de la doctrina constitucional según la cual «el principio de igualdad no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso».

De ahí que, al amparo de tal entendimiento, pueda entenderse que cuando el artículo 4 establece determinados supuestos o condiciones que deben concurrir para su aplicación, no vulnera el mencionado principio. Tal sería el caso, por ejemplo, de los delitos graves o de todos los cometidos con violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas. La diferencia de trato, en dichos casos, se ampara en el diferente reproche social —y sancionador— que reciben estas infracciones.

No puede predicarse lo mismo, según se afirma, del criterio relativo a las circunstancias concretas de cada joven. En la aplicación de este criterio, se sostiene, es dónde pueden aparecer las situaciones claramente discriminatorias que supondrán la posibilidad de extraer del derecho penal tan sólo a aquellos jóvenes que no entran dentro de la categoría de

³⁹³ Cfr. STC 36/1991, de 14 de febrero. (cit).

«delincuentes», en detrimento de aquellos otros que, por distintos motivos, no pueden considerarse plenamente socializados.

Estas consideraciones precisan, sin duda, de una profunda reflexión. Ahora bien, quizás no precisamente de una reflexión que se agote en los conceptos y los razonamientos jurídicos sino que, más allá de estos, se adentre en consideraciones políticas. Dicho de otra forma, seguramente se tenga razón al afirmar que, con toda seguridad, los jóvenes más «problemáticos» desde el punto de vista social, difícilmente podrán acogerse a las disposiciones de la LORPM, que se aplicará preferentemente a quienes muestren cierta disposición para su resocialización a través de vías con un alto componente educativo.

Pero esta afirmación no puede ignorar algunas puntualizaciones: en primer lugar, no puede olvidarse que, en cualquier caso, y a falta de jurisprudencia al respecto, tan sólo se está barajando una hipótesis, que la realidad bien podría encargarse de desmentir. Por otra parte, no se tiene en cuenta —o por mejor expresarlo, no se pondera adecuadamente— el valor que debe tener, en la decisión que adopte el órgano judicial, el criterio de la madurez del joven, el cual, a nuestro entender, debe erigirse en el principal fundamento sobre el que descansa aquella decisión, por encima, e incluso al margen, de otras circunstancias que puedan concurrir en el joven.

5.3.3. Derecho al Juez predeterminado por la ley.

La indeterminación del órgano al que, en fin, se va a someter la decisión acerca de la responsabilidad del joven podría suponer una infracción del derecho al Juez predeterminado por la ley.

Es cierto que en el caso de jóvenes cuyas presuntas infracciones penales sean susceptibles de ser enjuiciadas por la LORPM o por el Código Penal y la LECrim, el órgano judicial no está, en puridad, determinado por la ley. Más bien al contrario, corresponde a uno de los dos posibles órganos competentes la decisión al respecto.

Debe indagarse, en consecuencia, hasta qué punto esta novedosa configuración de la determinación competencial se ajusta a las exigencias del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley.

La doctrina del TC ha descrito el contenido primordial del derecho en los siguientes términos: «La predeterminación legal del juez significa que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso»³⁹⁴.

Si bien, como es sabido, las exigencias del derecho fundamental no se agotan en la anterior, ésta constituye, al efecto que ahora se persigue, la premisa fundamental a partir de la que el contenido del artículo 4 de la LORPM debe ser analizado.

Disecionando los elementos que constituyen el núcleo fundamental, se coligen los siguientes: a) determinación legal de los criterios, b) generalidad, c) anterioridad y d) validez de los criterios para la determinación del órgano competente.

La determinación legal de los criterios persigue evitar que un órgano judicial pueda ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos. En este sentido, puede afirmarse que la LORPM cumple con la exigencia de que la norma sea una Ley en sentido estricto, y que, además, atribuye la decisión a un órgano judicial y no a un órgano gubernativo.

La generalidad, garante de la inexistencia de jueces *ad hoc* no ha sido objeto de crítica, como no podía ser de otra forma. Los juzgados de menores, con ser órganos especializados, no pueden calificarse ni de «especiales» ni, por supuesto, de órganos *ad hoc*.

³⁹⁴ STC (Sala Segunda) 101/1984, de 8 de noviembre (BOE 28/11/1984). Ponente: TOMÁS Y VALIENTE F.J. 4.

El último de los elementos, la validez de los criterios, podría resultar, a simple vista, el más complejo y contener, en consecuencia, el nudo gordiano de la cuestión. Se persigue, a partir de la fijación de criterios generales, que la determinación sea posible sin que tenga que acudir a decisiones meramente discrecionales. Y en este sentido, no parece haber lugar a ninguna tacha de inconstitucionalidad en lo dispuesto en el artículo 4: en determinados supuestos tasados y luego de la apreciación de criterios legalmente establecidos — fundamentalmente el grado de madurez del imputado—, procede una decisión judicial (susceptible de recurso) que no persigue primordialmente la fijación de la competencia sino esencialmente la determinación del derecho objetivo aplicable.

Por otra parte, en relación con el derecho al juez predeterminado por la ley, se ha apuntado una posible infracción que afectaría, en este caso, a las partes acusadoras, distintas del Ministerio Fiscal que se hubieran personado en una causa que posteriormente se remitiera a la jurisdicción de menores. Esta cuestión, a nuestro parecer, no encaja propiamente en los postulados del derecho al juez predeterminado por la ley sino que más bien radica en el núcleo del derecho, también fundamental, a la tutela judicial efectiva.

5.3.4. La eventual concurrencia de acusadores particulares: el respeto a su derecho a la tutela judicial efectiva.

El principal problema que puede suscitar la aplicación del artículo 4 de la LORPM, desde nuestro punto de vista, entronca con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que asiste a las partes acusadoras en el proceso penal.

La cuestión que se suscita, como puede fácilmente colegirse, es la siguiente: ¿qué facultades ostenta el acusador particular —en términos generales— ante el procedimiento regulado en el artículo 4 de la LORPM? Singularmente, habida cuenta de que, si la decisión del Juez de Instrucción consiste en la remisión del imputado al procedimiento de la LORPM, dicho

acusador deja de ostentar la condición de parte y, en consecuencia, se le impide la participación en el proceso.

El problema podría ser analizado partiendo de la distinción entre acusador particular *stricto sensu* —el perjudicado o el ofendido por la infracción penal— y acusador popular —cualquier ciudadano que haya interesado la actuación de la justicia—. Como es sabido, uno y otro están sometidos a regímenes de actuación distintos no sólo en el proceso penal de adultos sino, especialmente en el proceso de menores, en el que mientras que al primero se le permiten ciertas actuaciones procesales, al segundo le está absolutamente vedada cualquier participación.

Pero más allá de lo anterior, y con independencia del tratamiento que dispensa la LORPM a la acusación particular, la principal cuestión radica en el trato que dicha acusación recibe en el procedimiento ante el Juez de Instrucción, cuando éste se plantea la posibilidad de someter al joven imputado a la jurisdicción de menores. Efectivamente, el artículo 4 no menciona en ningún momento al acusador particular eventualmente personado. Ni para que sea oído junto a las demás partes ni para que, si lo estima conveniente, pueda recurrir en apelación el auto del Juez de Instrucción.

A nuestro entender, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de remitir las actuaciones a la jurisdicción de menores —lo que acarrea, como ya se ha señalado, la pérdida absoluta o cuasi-absoluta de facultades procesales— pero sí cuando se adopta una decisión *inaudita parte*.

La postergación de los acusadores personados no supone, por sí misma, una vulneración del *ius ut procedatur* en que se manifiesta el derecho a la tutela efectiva en el proceso penal, por cuanto la virtualidad de dicho derecho es vicaria tanto de la concurrencia de todos los requisitos exigidos para la continuación del proceso en curso, cuanto de la inexistencia de óbices procesales que impidan dicha continuación. En este sentido, puede considerarse que si se aprecian las condiciones y requisitos legalmente establecidos, la mutación del proceso no implica la negación del derecho a las partes acusadoras.

La posición en que se coloca al acusador particular, sin embargo, determina su clara indefensión por cuanto se le niega el elemental derecho a ser oído en una decisión que claramente afecta a sus intereses y expectativas procesales.

El legislador ha incurrido, seguramente por un exceso de celo en su pretensión de postergar la acusación particular del proceso de menores, en una palmaria confusión de los planos. Porque si bien puede entenderse, al socaire del interés del menor, la erradicación de acciones particulares en el proceso de la LORPM, no puede perderse de vista que el procedimiento del artículo 4, aunque regulado en dicha norma, se desarrolla en el marco de un proceso penal de adultos, de modo que su régimen —y en el mismo se incluye el relativo a las partes— no es todavía el derecho de menores sino el de la LECrim.

6. LA DETENCIÓN COMO MECANISMO DE INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE.

6.1. Consideraciones previas. El carácter cautelar o precautelar de la detención; naturaleza de la detención en el proceso de menores.

La detención consiste, como es sabido, en una privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, dirigida a ponerla a disposición de la autoridad competente a fin de que esta decida sobre su situación personal³⁹⁵.

La mayoría de la doctrina considera que la detención es una medida cautelar de naturaleza personal³⁹⁶, aunque no falta quien la excluye del catálogo de medidas cautelares y la califica como una medida precautelar³⁹⁷.

Para sostener que la detención no es equiparable a las medidas cautelares se acude no sólo a los caracteres externos de la misma (*verbigratia*, que puede ser adoptada por un órgano no jurisdiccional) sino, esencialmente, al hecho de que la detención no obedece a idéntica finalidad que el resto de medidas cautelares.

Así, mientras que en relación con las medidas cautelares es comúnmente aceptada la finalidad aseguradora tanto del proceso como de sus eventuales consecuencias, en lo concerniente a la detención se pone de

³⁹⁵ ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (Con DE LA OLIVA; HINOJOSA; MUERZA; TOMÉ) *Derecho procesal penal*. Cit. Pág. 414.

³⁹⁶ En este sentido ARMENTA DEU, T. (Con ORMAZÁBAL SÁNCHEZ) *Lliçons de Dret Processal*. Cit. Pág. 185; ARAGONESES MARTÍNEZ, S (Con DE LA OLIVA; HINOJOSA; MUERZA; TOMÉ) *Derecho procesal penal*. Cit. Pág. 414.412 ss. GIMENO SENDRA, V (Con MORENO CATENA Y CORTÉS DOMÍNGUEZ) *Derecho procesal penal*. Cit. Pág. 484. Con algunos matices ORTELLS RAMOS, M.(con MONTERO; GÓMEZ COLOMER; MONTÓN) *Derecho Jurisdiccional*. Cit. Pág. 553 (Quien entiende que la instrumentalidad de la detención es especial por cuanto se afirma no de la sentencia sino respecto a una eventual prisión provisional); HERCE QUEMADA, Ofrece una definición de la detención bastante explícita en este sentido. Cfr. HERCE QUEMADA, V. (Con GÓMEZ ORBANEJA. E.) *Derecho procesal penal*. Cit. Pág. 208.

³⁹⁷ Vid. BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal y sus limitaciones (Detenciones y retenciones en el Derecho Español)*. McGraw-Hill, Madrid, 1996.

manifiesto que su único fin consiste en asegurar la efectiva adopción de eventuales medidas, esta vez sí, cautelares³⁹⁸.

En el proceso de menores cabe considerar que la detención no sólo cumple finalidades precautelares sino que, principalmente, opera como un mecanismo apto para desencadenar en la incoación del expediente³⁹⁹.

El artículo 17 de la LORPM establece, en este sentido, que la detención de un menor deberá finalizar bien con su puesta en libertad, bien con su puesta a disposición del Ministerio Fiscal. En el segundo supuesto, de acuerdo con el apartado 5 del mencionado precepto, el Fiscal deberá adoptar alguna de las siguientes decisiones: a) la puesta en libertad del menor; b) el desistimiento de la incoación del expediente; o c) la incoación del expediente, en cuyo caso el menor deberá ser puesto a disposición del Juez de menores, ante el cual se instarán las oportunas medidas cautelares.

La finalidad esencial de la detención consiste pues en la puesta del menor a disposición del Ministerio Fiscal, a fin de que éste adopte la decisión que estime adecuada con relación a la incoación del expediente.

No se regulan de manera expresa las detenciones que puedan llevarse a cabo en fase de ejecución de sentencia o de medida cautelar privativa de libertad, como consecuencia del quebrantamiento de las mismas, por lo que su régimen legal deberá ajustarse a lo dispuesto en la LECrim, con los matices derivados del artículo 17 de la LORPM, especialmente en lo tocante a derechos que asisten al menor detenido.

6.2. Supuestos en los que procede la detención de los menores.

Para la fijación de los supuestos que permiten la detención de los menores debe partirse de dos consideraciones previas: en primer lugar, que la

³⁹⁸ Valga como ejemplo el artículo 504 bis 2 de la LECrim, que regula la audiencia preceptiva para decidir sobre la situación personal del detenido cuando éste es puesto a disposición judicial.

regulación aplicable (por falta de disposición expresa de la LORPM) será la contenida en los artículos 490, 492 y 495 de la LECrim; y en segundo lugar que, en consecuencia, deberán diferenciarse aquellos casos en los que la detención constituye una medida precautelar, de aquellos otros en los que se configura como una medida de ejecución⁴⁰⁰.

Para estos últimos, creemos que la regulación específica es la contenida en el artículo 50 de la LORPM, siendo de aplicación al menor detenido por quebrantamiento de la ejecución tan sólo las disposiciones relativas a la forma en la que la detención deba practicarse, y debiendo ser puesto el menor a disposición del Juez de Menores, único competente para las decisiones relativas a la ejecución de las medidas, de acuerdo con el artículo 44 de la misma norma.

La consecuencia de lo expuesto se resume en la posibilidad de detener a los menores, con carácter precautelar, en todos los supuestos en los que existan motivos racionalmente bastantes tanto para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito como para creer en la participación del menor en el mismo.

El Legislador, como ha quedado claro, no ha querido diferenciar a los menores de los adultos en cuanto a situaciones que pueden determinar la limitación de su libertad. Esta opción no puede reprocharse, indudablemente, a la vista de la Constitución y de los Tratados y Convenios aplicables en la materia, por cuanto no prevén la necesidad de restringir, por razón de la edad, los supuestos en los que procede la detención.

³⁹⁹ Hay que señalar asimismo que apoya esta consideración lo dispuesto en el artículo 28 de la LORPM, cuando no incluye la detención en el catálogo de posibles medidas cautelares.

⁴⁰⁰ ARAGONESES MARTÍNEZ, al analizar los supuestos, distingue hasta tres significados posibles de la detención: precautelar (cuando se practica antes de iniciado el proceso — artículos 490. 1º y 2º, y 492.4º—); cautelar (practicada durante la tramitación del proceso — artículos 490. 6º y 7º—) y como medida de ejecución (practicada una vez concluido el proceso — artículos 490. 3º, 4º, 5º y 7º—). *Vid.* ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (Con DE LA OLIVA; HINOJOSA; MUERZA; TOMÉ) *Derecho procesal penal*. Cit. Págs .416 y 417.

Ahora bien, no puede negarse que quizá hubiese sido deseable una mayor atención a aquellos instrumentos jurídicos internacionales que, aún sin ser directamente aplicables, sí deberían inspirar la acción de los poderes públicos⁴⁰¹.

6.3. Forma en que deberá llevarse a cabo la detención y plazos de la medida.

Si bien, como se ha puesto de manifiesto, los supuestos habilitantes para la detención de menores coinciden con los previstos para los adultos, el legislador ha contemplado singularidades atinentes a las especiales condiciones de los sujetos, tanto en lo relativo a la forma en la que la detención deberá llevarse a cabo, como en lo tocante a los plazos máximos que puede tener la privación de libertad.

Por lo que respecta a la forma en que deberá practicarse la detención, el apartado 1 del artículo 17 reproduce casi literalmente lo dispuesto para los adultos en el artículo 520.1 de la LECrim, cuando establece que «la detención de un menor deberá practicarse en la forma que menos perjudique a éste»⁴⁰². Ahora bien, si la práctica de la detención no presenta singularidad relevante, no puede decirse lo mismo con respecto al tratamiento que debe recibir el menor mientras dure la privación de libertad. En este sentido, el artículo 17.3 LORPM garantiza al menor tanto su ubicación en dependencias separadas de los adultos⁴⁰³, como la recepción de los cuidados, la protección y la asistencia social, psicológica, médica o física que requieran.

⁴⁰¹ En concreto nos estamos refiriendo al contenido del artículo 6 de la Recomendación 87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, que recomienda a los estados «evitar, en la medida de lo posible, la detención preventiva de los menores (...)». Sobre la consideración que debe otorgarse a la Recomendación del Consejo de Europa. *Vid.* STC 36/1991, de 14 de febrero, Cit. F.J. 5.

⁴⁰² El artículo 520.1 LECrim, por su parte, establece que «La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio».

⁴⁰³ En un sentido similar el artículo 521 LECrim. *Vid.* asimismo el artículo 10.2.b) PIDCyP.

La medida, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución, no podrá durar más que el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Como máximo, el plazo transcurrido entre la detención de un menor y su puesta a disposición del Ministerio Fiscal, podrá ser de veinticuatro horas. Se exceptúan los casos en los que el Juez de Menores acuerde la incomunicación del menor detenido, supuesto que se analizará más adelante.

La detención de un menor deberá ser notificada inmediatamente al Ministerio Fiscal (Art. 17.1 LORPM). Esta novedosa previsión, para alguno, obedece al hecho de que el Fiscal es el instructor de las diligencias de investigación que nazcan a raíz de la detención, y no a su carácter de defensor, en última instancia, del menor⁴⁰⁴.

Más allá de estas consideraciones, sin embargo, cabe entender que la notificación al Ministerio Fiscal va a permitir que éste pueda poner fin inmediato a cualquier detención que considere innecesaria, sin que la policía judicial agote el plazo de veinticuatro horas al que antes se aludía. Asimismo, permite al Fiscal pedir a la policía la inmediata puesta a disposición del menor, lo cual puede comportar, en cierto modo, un aumento del margen del que dispone para adoptar la decisión adecuada en relación con la incoación del expediente.

La notificación de la detención al Ministerio Fiscal, por otra parte, conlleva problemas en relación con el ejercicio del derecho de *habeas corpus* en los términos que se señalaran más adelante⁴⁰⁵.

6.4. Derechos que asisten al menor detenido.

La especial situación a la que se enfrenta cualquier persona privada temporalmente de su libertad determina que el ordenamiento jurídico le

⁴⁰⁴ DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal del menor...*Cit. Pág. 130. El autor llega a esta conclusión después de comparar el régimen de la LORPM con el de su antecedente, la L.O. 4/1992, en la que sólo se contemplaba la notificación de la detención al Fiscal en ausencia de los representantes legales.

⁴⁰⁵ *Vid. infra* pág. 234.

reconozca una serie de derechos; lo que algún autor considera una manifestación del derecho de defensa⁴⁰⁶.

En el proceso de adultos, los derechos que asisten a todo detenido se recogen, como es sabido, en el artículo 520 de la LECrim, el cual, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17.1 LORPM, será también de aplicación a los menores, con las matizaciones que a continuación se analizan.

El primero de los derechos del menor detenido es el de ser informado. Dicha información, que deberá ser proporcionada al menor en un lenguaje claro y comprensible, abarca tres aspectos: a) los hechos que se le imputan; b) las razones de su detención; y c) los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la LECrim, tal y como se exponen a continuación.

Los derechos recogidos en las letras a) y b) del artículo 520.2 (a guardar silencio, a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), desarrollan lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 17 de la Constitución⁴⁰⁷. Tratándose de un menor de edad, los derechos señalados adquieren una dimensión especial en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 17 LORPM:

«Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor —de hecho o de derecho—, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente»

No será posible, en consecuencia, tomar declaración a ningún menor detenido sin la presencia de sus representantes legales o, en su defecto, de un

⁴⁰⁶ Vid. GIMENO SENDRA, V. (Con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.) *Derecho Procesal Penal*, cit. pág. 499 ss. El citado autor considera además que los derechos reconocidos al detenido aparecen como contrapartida a las facultades de las que la policía se fue irrogando durante el devenir del siglo XX.

⁴⁰⁷ Una explicación pormenorizada del contenido y ámbito de aplicación de estos derechos en GOYENA HUERTA, J. "Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable" en «Actualidad Jurídica Aranzadi», (8/03/2001).

representante del Ministerio Fiscal distinto del instructor del eventual expediente.

La expresión «en su defecto», comprende tanto la mera ausencia de los representantes legales, cuanto los supuestos en los que su presencia se considere perturbadora para el menor.

El menor tiene reconocido también el derecho a la designación de abogado, recogido en el apartado *b)* del artículo 520.2 LECrim. La designación corresponderá al menor o a sus representantes legales, y en caso de que ninguno de ellos designe abogado los funcionarios bajo cuya custodia se halle el detenido deberán requerir al correspondiente Colegio de Abogados para que se persone un letrado integrante del turno de especialistas en menores.

El contenido de la asistencia letrada al detenido presenta una única diferencia con respecto al régimen previsto para los adultos: la posibilidad de que el menor detenido y su letrado mantengan una entrevista reservada antes de que el primero preste declaración. Esta posibilidad, objeto de controversia en los albores de la LORPM, se infiere de lo dispuesto en el artículo 22.1.b). Aunque dicho precepto contiene los derechos que asisten al menor desde el momento de la incoación del expediente, hay cierto acuerdo en entender que es posible una interpretación *in bonam parte*, de modo que la entrevista entre el menor detenido y su letrado pueda realizarse con carácter previo a la declaración ante los funcionarios de policía⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Ciertamente se trata de una interpretación *in bonam parte*, que a nuestro juicio fuerza considerablemente la letra de la Ley. El origen de la polémica estriba en el artículo 22 de la LORPM que recoge los derechos que asisten al menor desde el momento de la incoación del expediente. Dicho precepto no estaba contemplado en el proyecto que en su día el Gobierno remitió a las Cortes. Su introducción fue fruto de la aceptación de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Dicha enmienda contemplaba originariamente los derechos del menor **imputado**, de forma que la entrevista reservada entre el menor y su letrado era a todas luces posible durante la detención. Sin embargo, la redacción definitiva supuso el reconocimiento de una serie de derechos al menor **desde el momento de la incoación del expediente**, lo que necesariamente excluye la detención llevada a cabo de oficio por la policía.

Merece señalarse que incluso la Fiscalía mostró diferencias en relación con este precepto. En Cataluña, mientras que la Fiscalía de Girona se inclinó por una interpretación *restrictiva* la de Barcelona optó por la interpretación *in bonam partem* que finalmente parece haberse impuesto.

El menor **no** tiene derecho a que se comunique el hecho de la detención y el lugar de custodia a un familiar o a la persona que desee [Art. 520.2.c) LECrim]. Tratándose de un menor de edad, dicha comunicación deberá efectuarse **necesariamente** por parte de los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el menor (Art. 17.1 LORPM). La detención y el lugar de custodia deberán ser comunicados en todo caso a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal⁴⁰⁹. Si el menor fuese extranjero, deberá asimismo comunicarse a los representantes consulares de su país en dos supuestos: si el menor tiene su residencia habitual fuera de España o si así lo solicitan el propio menor o sus representantes legales.

El derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete cuando el menor sea extranjero o no hable o comprenda el castellano [art. 520.1.d) LECrim], no se modifica en ningún aspecto por la LORPM.

Sí en cambio el derecho a ser reconocido por un médico forense o por un facultativo dependiente de las administraciones públicas [art. 520.1.e) LECrim], que debe entenderse ampliado por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 17 LORPM:

«Mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad, y recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales»

Todos los servicios que se enumeran en el precepto transcrito deberán ser prestados de oficio, sin que sea preciso que el menor o sus representantes legales los soliciten.

⁴⁰⁹ *Vid.* Artículo 10 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) [Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas].

6.5. El procedimiento de *habeas corpus*: especialidades en el caso de los menores.

Como es sabido, se conoce como *habeas corpus* el proceso constitucional de amparo ordinario del derecho fundamental a la libertad⁴¹⁰.

De acuerdo con la Ley Orgánica que lo regula, la finalidad de dicho proceso no es otra que permitir que cualquier persona que haya sido detenida ilegalmente sea puesta a disposición inmediata de un órgano judicial⁴¹¹.

La LORPM dedica al proceso de *habeas corpus* el apartado 6 del artículo 17, dedicado a la detención de los menores, que se limita a establecer una única particularidad en relación con lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de dicho proceso, consistente en la necesidad de comunicar al Ministerio Fiscal toda solicitud de *habeas corpus* instada por un menor detenido.

En el mismo precepto se atribuye el conocimiento del proceso de *habeas corpus* al Juzgado de Instrucción competente de acuerdo con las reglas establecidas en la LOHC.

A este respecto merece señalarse que en fase de anteproyecto, la LORPM atribuía conocimiento del proceso de *habeas corpus* a los juzgados de menores. En sus respectivos informes, tanto el Consejo General del Poder Judicial como la Fiscalía General del Estado objetaron esta atribución con un mismo fundamento: la localización geográfica de los juzgados de menores (con sede en las capitales de provincia) podía dificultar la necesaria celeridad del proceso de *habeas corpus* e incluso, convertirlo en un mecanismo creador de dilaciones. Aunque ciertamente la rectificación que medió entre el anteproyecto y la redacción definitiva de la LORPM puede calificarse de afortunada⁴¹², no

⁴¹⁰ Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, R. (Con DE LA OLIVA; ARAGONESES; MUERZA; TOMÉ) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 715.

⁴¹¹ L.O. 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus* [B.O.E. núm. 126, de 26 de mayo de 1984] (en adelante LOHC).

⁴¹² Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. pág. 242. En contra DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal del menor*. Cit. Pág. 136.

puede afirmarse lo mismo de la redacción definitiva que, a la postre, no es más que una mera reproducción del artículo 2º de la LOHC⁴¹³

La única especialidad del procedimiento de *habeas corpus* en relación con los menores de edad es la contenida en el párrafo final del artículo 17:

«Cuando el procedimiento de *habeas corpus* sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la Ley Orgánica reguladora»

Como se apuntaba más arriba, esta previsión puede resultar problemática si se cohonesta con la obligación, establecida en el apartado primero del mismo artículo 17, de notificar al Fiscal toda detención de un menor⁴¹⁴.

La situación —con algunas variantes que no alteran el fondo de la cuestión— puede ser la siguiente: solicitud de *habeas corpus* presentada por un menor cuya detención ya ha sido comunicada al Fiscal, quien, por su parte, ha dispuesto la continuación de la medida⁴¹⁵.

¿Cómo debe actuar el Ministerio Fiscal en el procedimiento de *habeas corpus*? Nótese que nos referimos genéricamente al Ministerio Fiscal, precisamente para poner de manifiesto que tal situación resulta difícilmente compatible con el principio de unidad de actuación que establece su Estatuto Orgánico⁴¹⁶.

Ante esta compleja tesitura, la Fiscalía General del Estado propone que el representante del Ministerio Fiscal que intervenga en el proceso de *habeas*

⁴¹³ Es por ello que LANDROVE DÍAZ lo califica de «superfluo». LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho penal de menores*. Cit. pág. 284.

⁴¹⁴ *Vid. Supra*. Pág. 229.

⁴¹⁵ La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO centra su atención en aquellos supuestos en los que el menor inste el proceso de *habeas corpus* ante una detención ordenada por el Fiscal o cuando ya se encuentre a su disposición. Sin embargo, la necesaria notificación de la detención al Ministerio Fiscal en cualquier caso (artículo 17.1 LORPM), permite al Fiscal de menores decidir sobre la situación del detenido desde los momentos inmediatamente posteriores de la detención, con lo cual, en cierta forma, se erige en responsable último de la misma.

corpus sea distinto del Fiscal instructor, con lo que la cuestión se resuelve aunque sólo hasta cierto punto.

La problemática que se ha descrito, con todo, debe ponderarse adecuadamente: por una parte, se trata tan sólo de aquellos casos en los que sea el propio menor quien inste el proceso de *habeas corpus*, y por otra parte, como es sabido, la propia LOHC contempla la posibilidad de que el juez competente inadmita la solicitud *ad limine*, cuando ésta sea improcedente.

⁴¹⁶ Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Instrucción 2/2000.

III. FACULTADES DEL MINISTERIO FISCAL RELATIVAS A LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE: EL DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN.

En que a la incoación del expediente se refiere, toda vez que se han descartado los supuestos de inadmisión y de archivo contemplados en el artículo 16, el Ministerio Fiscal sólo tiene atribuidas verdaderas facultades decisorias en los supuestos contemplados en el artículo 18, intitulado *Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar*⁴¹⁷.

Se permite que el Fiscal desista de la incoación del expediente en aquellos supuestos de delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o de faltas, siempre que no conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. Si el Fiscal opta por el desistimiento, debe dar traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores a fin de que ésta adopte las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del menor. Finalmente, sea cuál sea la decisión del Fiscal, deberá tramitarse la pieza de responsabilidad civil correspondiente.

1. SUPUESTOS EN LOS QUE ES POSIBLE EL DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN.

La determinación de los supuestos en los que puede optarse por la no-incoación del expediente resulta compleja no tanto por la elección de los mismos (que, en general coincide con el espíritu de la Ley en lo que se refiere

⁴¹⁷ El título del precepto se correspondía con el contenido del mismo en el Proyecto de Ley Orgánica (*Vid.* «BOCG. Congreso de los Diputados», VI Legislatura, Serie A, Núm. 144-1, p. 10). En el informe de la ponencia se propuso una nueva redacción, con base en la enmienda presentada por el G.P. Catalán-CiU. La redacción definitiva acoge, además, una enmienda del G.P. Popular en el Senado destinada a la mejora técnica del precepto. *Vid.* «BOCG. Congreso de los Diputados», VI Legislatura, Serie A, Núm. 144-10, Págs. 242 y 243 —Enmiendas—; «BOCG. Congreso de los Diputados», VI Legislatura, Serie A, Núm. 144-12, Págs. 259 y 268 —Informe de la Ponencia—; «BOCG. Senado», VI Legislatura, Serie II, Núm. 165 (b), Págs. 49 y 50 —Enmiendas del Senado—; «BOCG. Senado», VI Legislatura, Serie II, Núm. 165 (d), p. 97 —Dictamen de la Comisión—.

a la consideración otorgada al empleo de violencia o intimidación⁴¹⁸) como por las dificultades que entraña su fijación jurídica.

Queda claro de antemano que todos los delitos para los que el Código Penal o las leyes penales especiales prevean penas menos graves y que, además, entre los presupuestos de la acción típica no prevean la violencia o la intimidación, así como todas las faltas (contengan o no en la descripción del tipo la violencia o la intimidación), son susceptibles de dar lugar al desistimiento⁴¹⁹.

Los verdaderos problemas estriban tanto en la determinación, sólo a partir de la admisión de una denuncia (y por tanto de la eventual práctica de diligencias dirigidas a la verificación de la misma), de la existencia de los referidos hechos, como en las consecuencias jurídicas de dicha determinación (incluso la consistente en el desistimiento, la cual no tiene porqué resultar necesariamente beneficiosa o menos aflictiva que la incoación del expediente⁴²⁰), en la que ni el menor ni sus representantes legales o técnicos habrán tenido participación alguna⁴²¹.

⁴¹⁸ Se atiende al uso de violencia o intimidación, por ejemplo, en el caso de los mayores de 18 años menores de 21 (artículo 4), o como regla para la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado (art. 9.2ª). Aunque debe destacarse que en los dos casos citados, se incluye asimismo el grave peligro o riesgo para la vida o la integridad física de las personas.

⁴¹⁹ V. DOLZ LAGO, M-J. *La nueva responsabilidad penal del menor...*, cit. Págs. 117 y 118. El autor entiende que los actos violentos o intimidatorios realizados por el menor no serán relevantes si no se recogen en la conducta típica.

⁴²⁰ Piénsese que el desistimiento supone el traslado a la entidad pública de protección y, en consecuencia (o, mejor, con todas las consecuencias), el tránsito desde la órbita judicial hacia la órbita administrativa.

⁴²¹ Excepto en aquellos casos en los que el menor haya sido detenido, tal y como se explica más adelante.

2. CONDICIONES PARA ACORDAR EL DESISTIMIENTO.

Para que el Fiscal pueda plantearse un eventual desistimiento de la incoación del expediente, la LORPM considera imprescindible que «no conste que el menor haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza».

Dicha condición puede entenderse como una previsión necesaria en el sentido de asegurar una respuesta a los menores que presenten una trayectoria infractora⁴²², aunque no falta quien la considera, una aplicación *ope legis* de la reincidencia⁴²³.

Desde nuestro punto de vista, no puede compartirse esta última afirmación puesto que ni la finalidad ni las consecuencias jurídicas de la reincidencia penal son extrapolables al proceso de menores⁴²⁴. Pero es asimismo cierto que los perfiles de la reincidencia, tal y como aparece formulada en el artículo 22.8 del CP⁴²⁵, ofrecen parámetros válidos para la interpretación de la fórmula utilizada en la LORPM, y, muy especialmente, en relación con la expresión “hechos de la misma naturaleza”.

⁴²² Así lo entiende PANTOJA GARCÍA, F. “El proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores. La posición del Ministerio Fiscal en el proceso” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», 1997, II. Pág..374.

⁴²³ Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L. “La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores (Cambio de paradigma: del *niño en peligro* al *niño peligroso*)” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000.

⁴²⁴ El fundamento de la reincidencia (se entiende que denota en el sujeto una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos) es cuestionado por la doctrina penal, que llega a plantearse su conveniencia constitucional [Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1996 (4ª Edición), Pág. 638. BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal (Vol II)*. Trotta. Madrid, 1999. Pág. 413]. La consecuencia jurídica de la apreciación de dicha circunstancia, por otra parte, consiste, como es sabido, en una agravación de la pena.

⁴²⁵ MIR PUIG considera que la reincidencia es una circunstancia agravante “subjetiva” que “revela en el sujeto una actitud más contraria a derecho”. Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1996 (4ª Edición). Pág. 638.

3. FACULTADES DEL FISCAL: UNA SINGULAR MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD⁴²⁶.

Si efectivamente se considera que concurren en un determinado supuesto las condiciones expresadas, el Ministerio Fiscal debe plantearse la incoación del expediente. Ello constituye la primera manifestación del principio de oportunidad en la LORPM, que este caso es pura o sin condición por cuanto, como veremos, aceptada la concurrencia de los supuestos y de los requisitos previstos, se autoriza al Fiscal para desistir sin que se establezca ningún criterio sobre la base del cual fundamentar su decisión.

Esta presencia del principio de oportunidad aunque ni es la única en la LORPM⁴²⁷ ni es nueva en la legislación de menores⁴²⁸, es realmente singular por cuanto solamente se establecen los supuestos en los que el Fiscal puede abstenerse de la incoación pero no se somete la decisión del Fiscal a ningún tipo de regla⁴²⁹. Es por ello por lo que puede llegarse a dudar de su compatibilidad con el principio de legalidad, incluso desde perspectivas que abogan por la compatibilidad de éste con la llamada “oportunidad reglada”⁴³⁰.

Esta peculiar manifestación del principio de oportunidad obedece, con casi total seguridad a las modificaciones de las que fue objeto el precepto a lo

⁴²⁶ Sobre el principio de oportunidad ARMENTA DEU, T. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. PPU. Barcelona, 1991.

⁴²⁷ Aunque, como se pondrá de manifiesto, en puridad, sólo hay otras dos manifestaciones de dicho principio, en el artículo 27 (apartados 2 y 4), que se analizarán en el Capítulo Cuarto del presente trabajo, págs. 354 ss.

⁴²⁸ Vid. Regla 6ª del artículo 15 de la LO 4/1992.

⁴²⁹ Vid. GONZÁLEZ CANO, Mª. I. “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores” en «Tribunales de Justicia», 2000/7; Pág. .831. Considera, en cambio, que se trata de «oportunidad reglada», DOLZ LAGO, M-J. *La nueva responsabilidad penal del menor...* Cit. Págs. 116 y ss.

⁴³⁰ FLORES PRADA, I. *El Ministerio Fiscal en España*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, Pág. 568, distingue, dentro del concepto de oportunidad reglada, entre la que denomina “simple o formal” y la que denomina “material”. Mientras que la segunda se caracteriza por la existencia de una regla que establece, además de un elenco de tipos o penas, un conjunto de presupuestos que el Fiscal deberá valorar y que además, permiten someter la decisión a control posterior de la autoridad judicial; la primera se limita a señalar determinados supuestos en los que el Fiscal puede abstenerse del deber de acusar. El autor, considera que «Aún siendo estos casos la excepción, no puede considerarse que este sistema resulte compatible con el principio de legalidad en la medida en que vacía la garantía de la *regla*».

largo de la correspondiente tramitación en las Cortes. Así, el Proyecto presentado por el Gobierno condicionaba el desistimiento de la incoación a la obtención de un compromiso de corrección del menor por parte de sus padres o representantes legales o los responsables de las correspondientes instituciones sociales. Durante la tramitación parlamentaria, se puso de manifiesto que dichas disposiciones podían dar lugar a discriminaciones inaceptables, puesto que el desistimiento se haría depender, en última instancia, de los recursos familiares del menor. De ahí que, sin modificar — como se ponía de manifiesto al inicio de este apartado— el título del precepto, su contenido sufriese una variación tan substancial.

4. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO

La decisión de no incoar el procedimiento conlleva la inmediata remisión de lo actuado a la entidad pública de protección de menores a fin de que ésta promueva las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del menor.

El traslado a la entidad de protección tiene sentido si el Ministerio Fiscal ha podido detectar o incluso intuir que el menor sufre alguna situación de riesgo o desamparo, por lo que será posible omitir dicho trámite si el Ministerio Fiscal considera que el menor puede ser corregido en el ámbito familiar o en el educativo, que son los mencionados en el título⁴³¹ del artículo 18⁴³².

Asimismo el artículo 18 contempla la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil, para lo cual, aunque la LORPM nada prevea⁴³³, el Fiscal debe remitir testimonio de todo lo actuado al Juez de Menores, el cual

⁴³¹ Denominado “epígrafe introductorio” en la Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

⁴³² Así lo manifiesta, entendemos que con mucho acierto, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO en el apartado VI.2.C de la Circular 1/2000, cit.

⁴³³ *Vid.* DOLZ LAGO, M-J. *La nueva responsabilidad penal del menor...* cit. pág. 120; GONZÁLEZ CANO, M^º.I. “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad...”, cit., pág. 832.

deberá, a su vez, abrir la pieza correspondiente notificando tal decisión al perjudicado, de acuerdo con el artículo 64.1ª de la LORPM⁴³⁴.

Hasta ahí los efectos que la LORPM contempla como inherentes al desistimiento de la incoación del expediente. Queda por dilucidar no obstante, la proyección que el desistimiento pueda tener en eventuales actuaciones con el menor, y especialmente, la posibilidad de que los hechos atribuidos al menor, de los que se haya desistido de la incoación, se tengan en cuenta si vuelve a plantearse la posibilidad de incoar un expediente contra el mismo.

Que el precepto se refiera a *hechos*, inclina a algunos a abogar por una interpretación extensiva, es decir, inclusiva tanto de aquellos que aparezcan como probados por sentencia anterior, como de aquellos que puedan constar en el expediente personal del menor que obre en la Fiscalía⁴³⁵.

Pero esta no parece que pueda ser una solución aceptable desde el punto de vista del necesario respeto a la presunción de inocencia que asiste al menor. Sería posible, de acuerdo con dicha interpretación, que la mera admisión a trámite de una denuncia tuviese idéntico valor que una sentencia judicial firme.

Por su parte, una interpretación restrictiva del precepto, que limite la apreciación de hechos anteriores de la misma naturaleza a aquellos sobre los que exista sentencia condenatoria, presenta un riesgo no menos desdeñable que se condensa en la absoluta anulación de la propia norma, por la vía de cercenar su finalidad⁴³⁶.

⁴³⁴ Acerca de este concreto particular, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO considera que deberá darse traslado al Juez de Menores tan sólo del Decreto de archivo de las actuaciones.

⁴³⁵ En este sentido se manifiesta la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en su circular 1/2000.

⁴³⁶ La raíz del problema no es otra, como ya se ha apuntado, que la reformulación casi obligada del precepto. De ahí surge, entre otras dificultades, la imposibilidad de optar por ninguna de las posibilidades apuntadas, puesto que una concepción amplia choca con la presunción de inocencia del menor, mientras que una interpretación restrictiva determina que los supuestos en los que sería aplicable se limiten a los comúnmente conocidos como “de laboratorio”.

Como puede apreciarse no se atisba una solución pacífica para esta cuestión. Ni tan sólo desde la perspectiva del interés del menor se vislumbra una respuesta unívoca, porque la indefinición del concepto permite abogar por cualquiera de las dos posturas expuestas.

La Fiscalía General del Estado no ha vacilado en entender que debe adoptarse la postura que hemos denominado «extensiva», con lo cual, en la práctica, dicha opción será la predominante. Los problemas que presenta esta interpretación, singularmente en relación con la presunción de inocencia merecerían, a nuestro juicio, un profundo análisis por parte del Tribunal Constitucional.

Finalmente, merece señalarse que no falta quién considera que el desistimiento de la incoación del expediente puede considerarse un mecanismo evitador de la sentencia, equivalente, en cierto modo a la conciliación y a la reparación⁴³⁷. A nuestro juicio, no cabe equiparar ambas categorías. En primer término porque el desistimiento no sólo evita la sentencia sino el propio procedimiento. En segundo término, porque mientras que la no incoación consiste en una decisión administrativa, el sobreseimiento, ya sea por conciliación o por reparación, desemboca en una resolución judicial que tiene los efectos de una sentencia absolutoria.

⁴³⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M^a. E. “Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor” en «Actualidad Penal», Núm. 25, 2002.

IV. LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE: DERECHOS DEL MENOR.

La decisión de incoar el expediente presupone, por una parte, que se ha descartado el desistimiento, y por otra, la apreciación, por parte del Fiscal, de indicios de criminalidad contra determinado menor. De una manera similar a la apertura de un sumario o de unas diligencias previas, la actuación del Estado se dirige contra persona determinada, y por ello, aunque la LORPM no lo diga expresamente⁴³⁸, el menor adquiere la condición de imputado⁴³⁹. No cabe interpretar en otro sentido el artículo 22, el cuál, bajo el rótulo «*De la incoación del expediente*», establece el elenco de derechos que asisten al menor «*desde el mismo momento de la incoación del expediente*».

Fundamentalmente, la incoación del expediente, amén de la apertura, por parte del Juzgado de Menores, de las diligencias de trámite correspondientes, supone que el menor adquiere el *status* de imputado. A partir de dicho momento, se reconocen al menor los derechos contemplados en la LECrim ante tal situación, además de otros, concebidos específicamente en atención a las características propias de la minoría de edad.

1. DERECHO A SER INFORMADO.

El derecho a la información, que asiste a todo imputado, presenta una doble vertiente en la legislación procesal; así, la información deberá referirse tanto al elenco de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce, como a la imputación misma. El segundo de los aspectos constituye un instrumento del derecho a la defensa⁴⁴⁰, mientras que el primero se erige como garantía

⁴³⁸ Es más, la LORPM parece eludir deliberadamente el término, y así, se refiere generalmente al «menor» y de manera esporádica al «menor expedientado» (art. 20.3)

⁴³⁹ MUÑOZ ROJAS, T. *El imputado en el proceso penal*. Pamplona, 1958, define el imputado como «el sujeto pasivo de la imputación», siendo la imputación «un juicio calificativo que realiza una persona respecto de otra, en virtud del cual la considera como sujeto agente de una acción u omisión punibles».

⁴⁴⁰ Cfr. DíEZ -PICAZO GIMÉNEZ, I. «Artículo 24. Garantías procesales» Cit.

imprescindible para el ejercicio de los derechos que el imputado tiene reconocidos.

La LORPM no sólo recoge el doble contenido del derecho a la información sino que, además, dedica sendos apartados del artículo 22 a cada una de las dos facetas: en primer lugar se consagra el derecho del menor a ser informado, por el Juez, el Ministerio Fiscal o agente de policía, de los derechos que le asisten; y más adelante se prescribe que el expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación⁴⁴¹.

Si bien la regulación del derecho a ser informado merece, en algunos aspectos, un juicio positivo, es preciso poner de manifiesto que, por lo menos en lo relativo al deber de comunicar dicha información, la norma adolece de cierta imprecisión. Ello se aprecia si se intenta conjugar el contenido de los apartados 1.a) y 2 del artículo 22, y deducir tanto la forma, como el momento, como, incluso los efectos, relativos a la incoación del expediente y, más concretamente, a la información sobre dicho evento.

La literalidad de los preceptos mencionados parece arrojar el siguiente panorama: compete al Juez, al Ministerio Fiscal o al agente de policía informar al menor de los derechos que le asisten. Por otra parte, el Secretario del Juzgado de Menores —una vez recibido, del Ministerio Fiscal, el correspondiente parte— debe notificar al menor la incoación del expediente.

Huelgan las explicaciones para demostrar que la situación descrita es insostenible, y que es precisa, en cambio, una cierta claridad en lo que a la delimitación de deberes se refiere. A tal fin, cabría entender que la incoación del expediente, como ya se ha apuntado, debe considerarse equivalente a la imputación y que, en consecuencia, y sin perjuicio de la necesaria notificación por parte del Secretario del Juzgado de Menores —al único efecto de la designación de abogado—, bien el propio Fiscal de menores, bien, si el menor se encuentra en dependencias policiales, el agente de policía, deberán

informarle de la incoación. Finalmente, cualquiera de los órganos referidos, tiene el deber de informar al menor, en cualquier estado del procedimiento, de los derechos que le asisten.

Esta propuesta permite, desde nuestro punto de vista, tanto explicar la referencia al Juez de Menores—que en otro caso resultaría un tanto extravagante en este ámbito concreto—, como la necesidad de que el Secretario notifique la incoación del expediente, que se justifica no sólo en atención a la designación de abogado sino, e incluso en mayor medida, en tanto que órgano competente para la práctica del acto de comunicación.

2. DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA. LA DESIGNACIÓN DE ABOGADO⁴⁴².

El derecho fundamental a la defensa, concretado en la asistencia técnica de un profesional del derecho, recibe, por fin, el tratamiento debido, especialmente en lo relativo al momento en el que deba procederse a la designación de abogado⁴⁴³, que deberá coincidir con el de la comunicación de la imputación al menor⁴⁴⁴.

La designación de abogado corresponde, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.2, al menor y a sus representantes legales. Si pasados tres días desde el requerimiento formulado por el Secretario del Juzgado de

⁴⁴¹ Añadiéndose a continuación que «A tal fin, el Secretario del Juzgado de Menores, una vez recibido del Ministerio Fiscal el parte de incoación del expediente, requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días (...)».

⁴⁴² Sobre la designación de abogado defensor, *Vid. Supra*, Capítulo Segundo, pág. 111.

⁴⁴³ Para comprender el alcance de la reforma operada por la LORPM en este aspecto estimamos necesaria una sucinta referencia al régimen de la designación de abogado en la L.O. 4/1992.

En dicha norma, sin perder de vista el avance que supuso en su momento —ni la Ley ni el Reglamento de 1948 contemplaban que le menor pudiera disponer de asistencia letrada—, la defensa técnica por abogado designado por el menor o sus representantes legales o de oficio, se contemplaba como preceptiva, por regla general, en la fase de audiencia, con dos excepciones: debía designarse abogado en caso de adoptarse la medida cautelar de internamiento en centro cerrado —desde el momento de la adopción—, y podía designarse abogado para la fase de comparecencia —caso de no hacerlo, durante dicha comparecencia, se informaba al menor del derecho a ser asistido por un abogado—.

⁴⁴⁴ Si el menor ha sido detenido, como ya se ha explicado, contará con abogado, aunque nada debe impedir que, igual que en el proceso penal de adultos, pueda designar otro letrado para que le asista a lo largo del procedimiento.

Menores no se ha procedido a la designación de letrado, éste le será nombrado de oficio al menor entre los integrantes del turno de especialistas del Colegio de Abogados correspondiente.

La designación de oficio deberá proceder, asimismo, en caso de que el menor y sus representantes legales manifiesten intereses o voluntades contrapuestas con relación a la designación de letrado. Ello no obstante, el Juez de Menores debería oír tanto al menor como a sus representantes legales con carácter previo a la designación de oficio, especialmente en dos supuestos: en primer lugar cuando se aprecie contraposición de intereses entre el menor y sus representantes legales; y en segundo lugar, y con carácter genérico, cuándo el menor sea mayor de dieciséis años⁴⁴⁵. Abona esta posibilidad la configuración del derecho del menor a ser oído establecida en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴⁴⁶.

3. DERECHO A INTERVENIR EN LAS DILIGENCIAS QUE SE PRACTIQUEN DURANTE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y EN EL PROCESO JUDICIAL, Y A PROPONER Y SOLICITAR, RESPECTIVAMENTE LA PRÁCTICA DE DILIGENCIAS.

El anterior epígrafe alberga, con terminología imprecisa, dos posibilidades distintas, que responden, a su vez, a dos derechos de contenido diverso. En primer lugar se consagra el derecho a la intervención del menor imputado en la fase de investigación y en segundo lugar el denominado 'derecho a la prueba'.

La intervención del imputado en la fase de investigación es una manifestación del principio de audiencia, mediante la cual, garantizando no sólo

⁴⁴⁵ Necesariamente si el menor está emancipado o goza del beneficio de la mayor edad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 314 a 324 del Código Civil.

⁴⁴⁶ En el mismo sentido, artículo 15 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

su presencia sino su efectiva participación en las diligencias que se practiquen, se pretende evitar la indefensión del menor⁴⁴⁷.

En lo que el precepto denomina «proceso judicial», esto es, durante la fase de audiencia, se contempla el derecho fundamental a la práctica de las pruebas pertinentes para la defensa.

4. DERECHO A LA ASISTENCIA AFECTIVA I PSICOLÓGICA EN CUALQUIER ESTADO Y GRADO DEL PROCEDIMIENTO, CON LA PRESENCIA DE LOS PADRES O DE OTRA PERSONA QUE INDIQUE EL MENOR, SI EL JUEZ DE MENORES AUTORIZA SU PRESENCIA.

En primer lugar es preciso clarificar cuál es el contenido de la asistencia que los padres u otra persona pueden dispensar al menor en cualquier grado del procedimiento. Aunque el precepto cita tanto la asistencia afectiva como la psicológica, estimamos razonable entender que en el caso de la segunda la norma no apunta a un servicio de naturaleza profesional sino que alude a aquella acepción de la psicología que la define como «todo lo que atañe al espíritu»⁴⁴⁸.

Abona esta consideración, principalmente, el reconocimiento expreso del derecho a la asistencia profesional por parte de los miembros del equipo técnico, tal y como se expondrá en el epígrafe siguiente.

Sentada la anterior premisa, el análisis del precepto permite cuestionarse si la autorización del Juez de Menores es precisa en cualquier caso o si se ciñe a aquellos supuestos en los que el menor solicite la asistencia afectiva o psicológica de otra persona. Cualquier respuesta que se ofrezca significa la asunción de determinados riesgos que o bien pueden ir en

⁴⁴⁷ Sobre la relación entre principio de audiencia e interdicción de la indefensión, DE LA OLIVA SANTOS, A. (Con ARAGONESES; HNOJOSA; MUERZA; TOMÉ); *Derecho Procesal Penal*. Cit. Págs. 29 a 32.

⁴⁴⁸ Cfr. Voces «Psicológico» y por remisión «Psicología» en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima primera edición. Madrid, 1992.

detrimento del menor o bien de la propia investigación. A grandes rasgos, interpretar que el Juez de Menores debe autorizar cualquier contacto entre el menor y sus representantes legales —debe entenderse, claro está, siempre que el menor esté o bien detenido o bien sometido a una medida cautelar de internamiento o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo— implica aceptar que entre el requerimiento del menor y la autorización por parte del Juez de Menores existirá un lapso temporal más o menos extenso en función de si se considera necesario o no que el Fiscal de menores emita un informe al respecto. La solución contraria —entender que la autorización del Juez de Menores sólo es precisa cuando el menor solicite la asistencia de otras personas— equivale a ignorar no sólo que es posible que entre el menor y sus progenitores pueden existir graves conflictos, sino también el derecho del menor a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Ante los problemas que suscita la interpretación del contenido de este concreto derecho entendemos que es precisa una aclaración relativa al ámbito del mismo. El derecho a la asistencia afectiva y psicológica, desde nuestro punto de vista, está concebido exclusivamente para aquellos supuestos en los que el menor imputado esté detenido o sometido a una medida cautelar que suponga su internamiento o el apartamiento de su entorno familiar. En otro caso, pretender regular la prestación de asistencia afectiva por parte de los progenitores o de otras personas cercanas al menor equivale a la pretensión de «poner puertas al campo», es decir, resulta cuando menos inútil.

Delimitado así el ámbito de aplicación del derecho, y aún a sabiendas de que la interpretación que sostenemos parece contradecir la literalidad del precepto, estimamos que la autorización puede ser meramente tácita, y que sólo en caso de que por parte del Fiscal o del propio Juez de Menores se entienda que la presencia de los padres del menor o de otra persona que éste indique puede resultar perturbadora bien al interés del menor, bien al de la causa, podrá denegarse motivadamente.

Con total seguridad, en la práctica, las situaciones de conflicto de intereses serán detectadas tempranamente, bien por el Fiscal de Menores, bien por el propio órgano judicial, lo que deberá permitir una adecuada articulación,

en cada caso concreto, de este derecho sin duda esencial para el menor sometido a expediente.

5. DERECHO A LA ASISTENCIA DE LOS SERVICIOS DEL EQUIPO TÉCNICO ADSCRITO AL JUZGADO DE MENORES.

Las funciones del equipo técnico no se agotan con la emisión del informe preceptivo acerca de las circunstancias del menor y con la proposición de fórmulas alternativas a la sentencia, sino que abarcan la asistencia al menor a lo largo de todo el procedimiento y singularmente en la fase de investigación, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 22.

Debe entenderse que en este punto la LORPM asigna al equipo técnico una función de corte netamente protector. O por expresarlo en otras palabras, se trata de dotar al menor de la asistencia profesional —psicológica, asistencial o educativa— que pueda requerir a lo largo de la fase de instrucción, esté o no sometido a detención o a otra medida cautelar.

Obsérvese que la LORPM elude concretar cuál deberá ser el contenido de la asistencia que pueda requerirse del equipo técnico. Esta falta de previsión, con todo, resulta elogiable por cuanto lo contrario, esto es, una enumeración de los servicios de carácter asistencial a prestar por el equipo técnico, podría desembocar en una situación en nada favorecedora para el interés de los menores.

La formulación genérica que utiliza la LORPM en este aspecto, en consecuencia, ha de permitir que bien a solicitud del menor, de sus representantes legales o de su letrado, o a instancia del Fiscal de menores o del propio Juez, el menor imputado reciba del equipo técnico cualquier servicio profesional que esté a su alcance.

Las actuaciones que se lleven a cabo al socaire de este precepto, a nuestro juicio, deberán ser comunicadas en todo caso al Ministerio Fiscal y a

los representantes del menor, en caso de que el requerimiento no provenga de éstos.

V. LAS FACULTADES INVESTIGADORAS DEL MINISTERIO FISCAL.

Si el Fiscal no ha hecho uso de las facultades que le permiten bien archivar la denuncia, bien desistir de la incoación del expediente, o en otros supuestos, si el Fiscal debe incoar el expediente, comienza, en sentido estricto la fase de investigación.

La dirección de dicha fase corresponde personalmente al Fiscal, a quien se dota de las facultades necesarias para el ejercicio de tal función, con las necesarias salvedades derivadas de su configuración constitucional y estatutaria.

Durante la fase de investigación, como se verá, se permite al Fiscal, bajo ciertas premisas, el abandono de la acción, mediante la figura del sobreseimiento; asimismo, en el marco de dicha fase se regulan las medidas cautelares a adoptar. Como quiera que las dos materias poseen suficiente entidad, tanto por su contenido intrínseco como por el tratamiento que les dispensa la LORPM, su tratamiento se pospone, limitándose el presente apartado a las cuestiones relacionadas estrictamente con el contenido de la investigación.

1.OBJETO DE LA ACTUACIÓN INSTRUCTORA DEL MINISTERIO FISCAL.

1.1. Su regulación en la LORPM.

El objeto de la actuación del Fiscal a lo largo de la fase de instrucción recibe, en la LORPM un tratamiento calificable, como mínimo, de confuso y equívoco⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en su «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores», de 2 de octubre de 1997, se refiere expresamente a «la confusión entre el objeto y los fines de la actividad instructora» y entiende que «cuando se trata de deducir del articulado lo que funcionalmente se espera del Fiscal, nos topamos con distintos preceptos dispersos, de cuestionable ubicación sistemática, y que están reclamando una más cuidada formulación».

En primer lugar, porque son dos los preceptos –situados en los títulos I y III⁴⁵⁰— que se refieren a la misma; y en segundo lugar, porque, como se detallará a continuación, los objetivos a los que se somete el Fiscal resultan incluso incompatibles.

El artículo 6, establece que el Fiscal «dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la Policía Judicial practique las actuaciones necesarias para la averiguación de aquéllos y de la participación del menor en el mismo», todo ello para «la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como para la vigilancia de las actuaciones que deban practicarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento». Finalmente, el mismo precepto le encomienda el «impulso del procedimiento».

El artículo 23, por su parte, establece en su apartado primero que «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».

Ofrecer una cierta claridad en esta materia pasa, necesariamente, por resituar los preceptos de tal manera que, prescindiendo de sus respectivos títulos –“De la intervención del Ministerio Fiscal” y “Actuación instructora del Ministerio Fiscal”, respectivamente— así como de su ubicación sistemática, se aprecie con cierta nitidez el verdadero objeto de cada uno.

En tal sentido, debe entenderse que la verdadera actuación instructora del Fiscal se regula en el artículo 6⁴⁵¹, mientras que el artículo 23 (en su primer

⁴⁵⁰ Artículos 6 y 23, respectivamente. El Título I se dedica al «Ámbito de aplicación de la Ley» y el Título III a «La instrucción del procedimiento».

⁴⁵¹ PANTOJA GARCÍA, F. “El proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de menores”, cit. Pág.. 367, considera que el artículo 6 regula la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso, y afirma que «no se trata de una definición procesal, pues ésta aparecerá en el artículo 16, sino que se trata de algo más importante por afectar al ámbito que regula esta Ley».

número) de lo que en verdad se ocupa es de la función acusadora encomendada a dicha institución⁴⁵².

Queda así el análisis, a los efectos del presente epígrafe, constreñido al artículo 6 y a los apartados 2 y 3 del artículo 23.

1.2. La finalidad de la investigación del fiscal: averiguación de los hechos y de las circunstancias del delito y del delincuente.

Como es sabido, la principal finalidad de la instrucción penal consiste en la preparación de una ulterior fase en la que se procederá al enjuiciamiento. La formulación negativa de lo anterior se manifiesta en la función depuradora o filtradora de dicha fase, que permite descartar, en momentos tempranos del proceso, la necesidad de abrir la fase de juicio⁴⁵³.

A diferencia del proceso penal de adultos, la LORPM prevé que la instrucción llevada a cabo por el Fiscal sirva a la preparación no del juicio sino de la acusación⁴⁵⁴. Es inequívoca en este sentido la fórmula (...) *valorar la participación del menor para expresarle el reproche que merece su conducta* (...) del artículo 23.1. En primer lugar porque ese “reproche” no podrá ser expresado más que en la postulación de una medida –lo contrario supondría

⁴⁵² El CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, en su informe sobre el anteproyecto (cit. pág.43), es severo cuando afirma que «Expresar el reproche no puede ser objeto de la instrucción». A pesar de todo, dicha consideración no fue trasladada al texto definitivo, el cual, contrariamente, no sólo mantiene la expresión en sus términos sino que abunda en ella en el artículo 27.4 cuando contempla la posibilidad de que, a instancias del equipo técnico, el Fiscal solicite el sobreseimiento de las actuaciones «por haber sido expresado suficientemente el reproche a través de los trámites ya practicados».

⁴⁵³ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA. V. *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1984. Pág. 141 y 142; ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y TOMÉ GARCÍA, J.A.(Con DE LA OLIVA; HINOJOSA; MUERZA) *Derecho Procesal Penal*; Cit. Pág. 307.; ORTELLS RAMOS, M. (con MONTERO; GÓMEZ COLOMER; MONTÓN) *Derecho Jurisdiccional III*. Págs. 122 a 125; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V (con GIMENO SENDRA; MORENO CATENA). *Derecho Procesal Penal*; Cit. Págs. 251 a 253; ARMENTA DEU, T. (con ORMAZÁBAL SÁNCHEZ) *Lliçons de Dret Processal*. Cit. Pág. 146.

⁴⁵⁴ Resulta como mínimo curioso que la Fiscalía General del Estado ni tan sólo mencione esta mutación de la finalidad de la instrucción en el proceso de menores (Vid. Instrucción de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO núm. 1/1993, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio), mientras que, por el contrario, la considera indiscutible en el Procedimiento Abreviado introducido por la Ley 7/1988 de 28 de diciembre (Vid. Circular 1/1989, de 8 de marzo, sobre cuestiones relacionadas con el procedimiento abreviado introducido por la Ley 7/1988 de 28 de diciembre).

una total perversión del sistema⁴⁵⁵-, y en segundo lugar, aunque quizás huelgue ponerlo de manifiesto, porqué se atribuyen ambos cometidos al Ministerio Fiscal⁴⁵⁶.

En cuanto a la función 'depuradora' de la instrucción, esto es, la posibilidad de descarte del juicio posterior por resultar éste innecesario, arrastra también las consecuencias del cambio expresado⁴⁵⁷: así, por una parte, las posibilidades de sobreseimiento de la causa, no se contraen a los supuestos previstos en la LECrim⁴⁵⁸, y por otra parte, la decisión sobre el mismo, como se analizará más adelante, sólo en determinados supuestos corresponde exclusivamente al Juez de Menores⁴⁵⁹.

En lo que se refiere a aspectos que trascienden de la instrucción penal de la LECrim, el objeto de la investigación en la LORPM se proyecta en una doble haz: en primer lugar la investigación sirve de fundamento único a la ulterior acusación; por otro lado, la investigación va más allá de los hechos y de una relación sucinta de las circunstancias del autor⁴⁶⁰ ya que persigue la

⁴⁵⁵ Es inconcebible que el Ministerio Fiscal pueda expresar el reproche de cualquier forma distinta a la postulación de una medida; si lo expresa, por ejemplo, verbalmente en la fase de investigación, está asumiendo las funciones propias del Juez de Menores, a quién corresponde exclusivamente ejecutar la medida de amonestación. Tampoco creemos que el artículo 27.4 (propuesta del Equipo Técnico de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor por haber sido suficientemente expresado el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados) esté concebido en el sentido indicado.

⁴⁵⁶ Entre los muchos argumentos que se esgrimen a favor de una investigación dirigida por el Ministerio Fiscal se encuentra la necesaria relación entre investigación y ejercicio de la acusación entendiéndola primera como el medio necesario para el segundo (*Vid.*, por todos, FLORES PRADA, I. *El Ministerio Fiscal en España*. Qt. Págs. 522 a 534.). En contra de estas afirmaciones, por todos, DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia Penal*. PPU. Barcelona, 1988.

⁴⁵⁷ No podemos compartir, en este punto, la postura de DOLZ LAGO, M-J. *La nueva responsabilidad penal del menor*...Cit. Págs. 124, 146, y 160 ss. quién sitúa en el centro de la cuestión el principio de oportunidad, que incluso, según el autor, debe reconocerse, en determinado supuesto, al Juez de Menores (Págs.169 y 170)

⁴⁵⁸ Artículos 634 a 645 de la LECrim.

⁴⁵⁹ Por una parte, existe la posibilidad de que el Fiscal acuerde la suspensión temporal del procedimiento, si concurren los requisitos previstos en la LECrim para el sobreseimiento provisional. Por otra parte, similarmente a los procesos de adultos, si el Fiscal solicita el sobreseimiento de la causa el juez de menores se verá abocado a decretarlo, por no existir en el proceso de menores otras acusaciones distintas del Fiscal. Sobre estos aspectos, *Infra*. Págs.294 ss.

⁴⁶⁰ *Vid.* LECrim art. 299.

delimitación del un concepto tan huidizo como es el del “interés superior del menor” a partir de la averiguación de las circunstancias personales, sociales, familiares y educativas de aquél. La delimitación del interés del menor ha de fundamentar, como se analizará en su momento, la postulación de la medida más adecuada para ése menor.

1.3. Otras «finalidades»: las directrices que deben presidir la actuación instructora.

La defensa de los derechos del menor o la observancia de las garantías del procedimiento no pueden considerarse en si mismas como fines de la fase de instrucción, aún a pesar de que, por cómo se plasman en la LORPM, así pueda entenderse.

Si ello es así, cabe preguntarse por el plano en el que dicho mandato se proyecta sobre la actuación del Fiscal; es decir, sobre si dicha defensa supone la atribución de una facultad protectora del menor, y en tal caso, frente a qué actuaciones deberá aquella ejercitarse.

La respuesta debe ser, necesariamente, negativa; entendiéndose las disposiciones citadas como directrices para la actuación del Fiscal, que deberá en todo caso ajustar sus actuaciones (o velar para que las de la policía judicial se ajusten) a los derechos y garantías que asistan al menor en cada momento.

Efectivamente, las funciones relativas a la protección de los menores que se atribuyen al Fiscal⁴⁶¹ se proyectan fuera del ámbito penal⁴⁶² y resultan a todas luces incompatibles con la investigación so pena de abocar al Ministerio Fiscal a la persecución de objetivos irreconciliables, más siendo la LORPM una norma con proclamada vocación sancionadora⁴⁶³ y existiendo previsiones legales expresas orientadas a satisfacer necesidades de protección.

⁴⁶¹ Cfr. Art.3.7 EOMF.

⁴⁶² Vid. FLORES PRADA, I. *El Ministerio Fiscal en España*, cit. Págs. 478 y 479.

⁴⁶³ Cfr. Exposición de Motivos de la LORPM, apartado 7.

2. LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS POR PARTE DEL FISCAL: FACULTADES Y LÍMITES.

Las facultades instructoras del Ministerio Fiscal se materializan en la práctica de cualesquiera diligencias previstas en la LECrim, ya sea personalmente, ya ordenándola a la policía judicial, con la excepción de aquellas que, por ser restrictivas de derechos fundamentales, deberán, en su caso, ser autorizadas por el Juez de Menores. Finalmente, la dirección de la investigación supone, por otra parte, una singular posición del Fiscal con respecto al letrado defensor del menor y, en especial, con relación a las diligencias de investigación que éste proponga⁴⁶⁴.

2.1. Facultades del Ministerio Fiscal: diligencias de investigación no restrictivas de derechos fundamentales.

Como es sabido, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, concretamente su artículo 3.5, autoriza a los miembros de ésta institución a «la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos (...) pudiendo ordenar a la policía judicial aquellas diligencias que estime oportunas».

La LORPM no dedica ni un solo precepto a la enumeración de las diligencias de investigación que el Fiscal puede llevar a cabo por sí mismo u ordenar a la policía judicial. Tan sólo, como ya se ha apuntado y se desarrollará más adelante, se regulan algunos aspectos relativos a la práctica de diligencias de investigación que restrinjan o limiten derechos fundamentales.

El régimen de supletoriedad de la LECrim, tal y como aparece recogido en la disposición final primera de la LORPM, otorga preferencia a los preceptos que regulan el procedimiento abreviado. Teniendo en cuenta que los artículos 779 a 799 de la LECrim, en lo tocante a la investigación de los hechos, aportan fundamentalmente criterios generales tendentes a la celeridad de la

⁴⁶⁴ La omisión de la intervención del perjudicado en esta fase es deliberada: nos remitimos a un análisis más exhaustivo de la misma en el Capítulo Segundo, págs. 129 ss.

tramitación, y que, en consecuencia, debe acudirse a las disposiciones que regulan el sumario.

El análisis pormenorizado de todas y cada una de las diligencias de investigación no restrictivas de derechos fundamentales cuya practica puede ser ordenada por el Fiscal, a nuestro juicio, arrojaría escasas luces sobre el objetivo último que se persigue en el presente capítulo.

El punto de mayor interés consiste, con mucho, en dilucidar qué valor probatorio cabe atribuir a las mismas, y esta cuestión nos parece indiscutible: con excepción de aquellas diligencias que puedan dar lugar a pruebas preconstituidas, todas las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal u ordenadas por éste carecen de valor probatorio. Las eventuales pruebas preconstituidas, por su parte, deberán ser ratificadas en el acto de la audiencia.

Excepcionalmente nos parece oportuna una breve referencia a la diligencia conocida como «rueda de reconocimiento», que en el caso de menores de edad, presenta algunos problemas de difícil solución. Asimismo, parece indicada una breve alusión a la diligencia de declaración del imputado, por cuanto en la LORPM recibe un tratamiento específico.

2.1.1. La práctica de la rueda de reconocimiento en el proceso de menores.

La denominada «rueda de reconocimiento», es decir, la diligencia, contemplada en el artículo 369 de la LECrim mediante la cual las personas que han presenciado la comisión de un delito reconocen a su presunto autor de entre un grupo de personas de circunstancias exteriores semejantes, ha suscitado dudas de diverso orden en relación con su eventual práctica al amparo de la LORPM.

Por una parte, se ha cuestionado si dicha diligencia puede ser practicada por el Fiscal de menores o si, por el contrario, precisa de autorización judicial por tratarse de una actuación restrictiva de derechos fundamentales. Por otra parte, tampoco resulta clara la necesidad de que el Juez de Menores asista a la

práctica de dicha diligencia. Finalmente, como problema de orden práctico, existen reticencias fundadas respecto a la participación de menores en la práctica de las ruedas de reconocimiento.

En cuanto a si es precisa o no la autorización judicial para la práctica de la rueda de reconocimiento, el núcleo de la cuestión estriba en dilucidar si dicha diligencia entraña algún tipo de limitación o restricción de derecho fundamental. A este respecto merece señalarse que ni la doctrina ni la jurisprudencia consideran que se trate de una diligencia restrictiva ni imitativa de derechos fundamentales⁴⁶⁵.

Por lo que respecta a la presencia del juez de menores durante su práctica son precisas algunas aclaraciones previas. En primer lugar, la presencia del órgano judicial competente, prevista en el artículo 369 de la LECrim, es una cuestión que atañe exclusivamente a la validez probatoria de la que pretenda dotarse a dicha diligencia. En otras palabras, la presencia del Juez de Menores sería necesaria en la medida en que se pretendiera que el resultado de la diligencia tuviese algún valor en el acto del juicio. Por el contrario, si la rueda de reconocimiento se practica únicamente con fines investigadores, la presencia judicial deja de ser necesaria.

Cuestión distinta, y a su vez el principal problema que presenta la diligencia de reconocimiento en rueda, es en la necesidad de que en la misma participen, además del menor imputado, otros sujetos menores de edad.

La participación de menores de edad en la práctica de ruedas de reconocimiento, colisiona frontalmente con el derecho a la intimidad reconocido a los menores tanto en la legislación interna como en la internacional⁴⁶⁶. Por ello, cabe entender que la rueda de reconocimiento es una diligencia cuya

⁴⁶⁵ La principal cuestión que suscita la llamada «rueda de reconocimiento», especialmente en lo que a la jurisprudencia se refiere, gira en torno a su valor probatorio. Actualmente es pacífico que aún reconociéndosele validez probatoria —siempre, claro está, que se haya practicado con todos los requisitos previstos en la LECrim— deberá ser ratificada en el acto del juicio por quien reconoció al acusado en tal diligencia.

práctica debe ser evitada, en la medida de lo posible, en el proceso de menores⁴⁶⁷.

2.1.2. La declaración del imputado.

Los artículos 385 a 409 y 789.4 de la LECrim, regulan la declaración del imputado ante el órgano instructor. En el procedimiento abreviado la primera comparecencia ante el Juez de Instrucción obedece principalmente a la adquisición de la condición de imputado: el sujeto contra quien se dirige la investigación adquiere el *status* de imputado desde el momento en que el Juez de Instrucción le comunica y le informa de sus derechos.

Esta comparecencia, en la LORPM, no es precisa, por cuanto la imputación formal corresponde, como ya se ha indicado, al Secretario Judicial del Juzgado de Menores.

Huelga decir que la declaración del menor se prestará ante el Fiscal de Menores en quien recaiga la instrucción del expediente⁴⁶⁸.

La principal particularidad de la declaración del menor viene determinada por ser una diligencia que deberá practicarse tantas veces como sea solicitada por su letrado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26.2 de la LORPM.

⁴⁶⁶ Cfr. Artículos 4 y 11.2 d) de la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; Artículo 16 de la Convención de los Derechos de los Niños; Artículo 8 de las «Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Justicia de Menores».

⁴⁶⁷ A título informal, no falta quien propone que las ruedas de reconocimiento se practiquen con menores que se encuentren en fase de cumplimiento de medidas. A nuestro juicio no puede admitirse esta solución bajo ningún pretexto, máxime cuando, como se ha indicado en el texto, el valor de la rueda de reconocimiento practicada por el Fiscal no tiene valor probatorio.

⁴⁶⁸ No cabe, en contra de lo que parece sostener LÓPEZ LÓPEZ que el menor preste declaración ante el Juez de Menores durante la fase de instrucción del expediente, excepción hecha de las manifestaciones acerca de la designación de abogado defensor que puedan realizarse con ocasión de un conflicto entre el menor y sus representantes legales en los términos explicados en el Capítulo Segundo del presente trabajo. *Vid.* LÓPEZ LÓPEZ, A. M. "Instrucción del expediente de menores(...)" cit.

Aún a riesgo de no poder ser considerados por el autor citado como juristas «audaces» sino, más bien, de ser encasillados dentro del grupo de «juristas de pensamiento más conservador», estimamos que en el proceso de menores la imputación corresponde al Fiscal, si bien formalmente la realiza el Secretario del Juzgado de Menores.

Merece señalarse que, para algunos, la declaración del menor no sólo puede considerarse una diligencia superflua sino, además, perturbadora, tanto para el desarrollo del expediente cuanto para el propio menor⁴⁶⁹. Esta postura, que toma como punto de partida la nula virtualidad probatoria de la declaración del imputado, sostiene que «la declaración del menor sólo deberá ser recibida en el expediente en aquellos casos en que resulte absolutamente imprescindible para la comprobación del hecho que se le imputa y la responsabilidad en su comisión»⁴⁷⁰.

Es innegable, por otra parte, que si el menor no comparece ante el Fiscal cuando sea requerido por éste para prestar declaración, el Fiscal podrá dictar una orden de detención para que dicho menor sea puesto a su disposición⁴⁷¹.

2.2. Los límites a la actuación instructora del Ministerio Fiscal: diligencias restrictivas de derechos fundamentales. La necesaria autorización del Juez de Menores para su práctica. Incidencia en la imparcialidad del juez de menores.

El límite principal de las facultades investigadoras del Ministerio Fiscal lo constituye la práctica de diligencias que puedan limitar o restringir derechos fundamentales, en sintonía con las previsiones constitucionales⁴⁷², estatutarias⁴⁷³ y legales al respecto⁴⁷⁴, que reservan a la autoridad judicial las actuaciones que revistan tal naturaleza.

⁴⁶⁹ Para el desarrollo del expediente en la medida en que puede acarrear dilaciones que no se verán compensadas por el contenido de la declaración. Para el propio menor en la medida en que, en el mejor de los casos puede implicar desplazamientos largos hasta la Capital de la Provincia y en el peor órdenes de detención para que los menores comparezcan para declarar. Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. "Instrucción del expediente de menores(...)" cit.

⁴⁷⁰ *Íbidem*.

⁴⁷¹ En este sentido, Fiscalía General del Estado, Circular 1/2000 cit.

⁴⁷² Cfr. Art. 117.4 CE.

⁴⁷³ Cfr. Arts 3º.5 y 5º EOMF.

⁴⁷⁴ Cfr. Arts. 546 y 579 LECrim.

En el proceso contra menores, cualquier diligencia que pueda suponer restricción de derechos fundamentales deberá ser autorizada por el Juez de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, cuándo aquella sea precisa para el buen fin de las investigaciones⁴⁷⁵.

Antes de abordar el análisis particularizado de las distintas diligencias restrictivas o limitativas de derechos fundamentales son precisas algunas consideraciones.

En primer lugar, aún a pesar de la dicción literal del precepto, es claro que en su mayoría, las diligencias no deberán ser practicadas por el Juez de Menores sino tan sólo autorizadas, llevando a cabo su realización efectiva bien el Fiscal de menores, bien la policía judicial.

Por otra parte es preciso referirse a los criterios a los que deberá atender el Juez de Menores para valorar la procedencia de las diligencias solicitadas por el Fiscal. Ante el silencio de la LORPM al respecto, es preciso acudir a los parámetros a los que se someten tales decisiones en los procesos de adultos. En este sentido, la decisión del Juez de Menores deberá sujetarse al principio de proporcionalidad en su triple faceta: a) idoneidad, es decir, causalidad objetiva y subjetiva entre las medidas y las finalidades que se persiguen con las mismas; b) necesidad, llamada también «alternativa menos costosa»; y c) proporcionalidad en sentido estricto, o lo que es lo mismo, ponderación de los intereses en presencia, y más en concreto la relación entre el sacrificio que comporta la diligencia y los intereses estatales que se intentan salvaguardar mediante la misma⁴⁷⁶.

Al hilo de lo anterior, finalmente, es posible cuestionarse acerca de la incidencia de estas actuaciones en la imparcialidad del Juez de Menores. A

⁴⁷⁵ Únicamente el Fiscal está autorizado por el artículo 23.3 para solicitar la práctica de diligencias restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, pero ello no impide que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26.3, la solicitud provenga del letrado del menor. Es incluso concebible, al amparo de éste último precepto, que dichas diligencias se practiquen durante la fase intermedia a petición del letrado si durante la instrucción han sido denegadas por el Fiscal de Menores.

nuestro juicio, dicha imparcialidad no se verá comprometida siempre y cuando el órgano judicial limite su resolución motivada a las peticiones del Fiscal, ya sea para aceptarlas, ya para denegarlas⁴⁷⁷. Con todo, sólo a partir del examen particularizado de cada una de las diligencias es posible aventurar una respuesta.

2.2.1. Entrada y registro en lugar cerrado.

Los presupuestos, requisitos y condiciones que habilitan para la práctica de esta diligencia de investigación no presentan particularidades significativas respecto a lo previsto en los artículos 545 a 572 de la LECrim.

Sin embargo el valor probatorio que pueda otorgarse a la diligencia de registro en lugar cerrado constituye una cuestión que debe ser tratada con cierto detenimiento. Es sabido que, a pesar de que la dicción literal del artículo 574 LECrim, se reconoce valor de prueba preconstituida a la entrada y registro practicada por la policía judicial a presencia del Secretario Judicial, sin intervención del Juez Instructor. De ahí que nada deba impedir que la práctica de la diligencia por parte del Fiscal a presencia del Secretario, obtenga dicho valor en el proceso de menores⁴⁷⁸. En tal caso, sin embargo, será inexcusable la presencia del imputado y de su letrado, sin que la mera presencia de los representantes legales del menor subsane esta vulneración al derecho de defensa⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Cfr. ARMENTA DEU, T. (Con ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.) *Lliçons de Dret Processal Penal*. Cit. Pág. 168.

⁴⁷⁷ Especialmente compleja se presenta la valoración de la «necesidad», por cuanto supone, como se señala en el texto, la valoración de alternativas menos gravosas. Si el Juez de Menores considera que la medida solicitada por el Fiscal carece de dicha nota, a nuestro juicio, debe limitarse a ponerlo de manifiesto en el auto denegatorio, absteniéndose en todo caso de hacer ningún otro tipo de manifestación al respecto.

⁴⁷⁸ Si bien con un matiz: es preferible que el Secretario Judicial sea el adscrito al Juzgado de Menores, principalmente porqué el artículo 23.3 establece que la práctica de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales deberá documentarse, por el Juzgado de Menores, en pieza separada.

⁴⁷⁹ En sentido contrario *Vid.* la Sentencia de la AP de Cádiz (Sección 1ª), de 5 de junio de 2001. En dicha resolución se considera que la entrada y registro efectuado en el domicilio de una menor con la presencia de sus representantes legales constituye una infracción de la legalidad procesal, pero no una vulneración del derecho fundamental a la defensa.

2.2.2. Intervención de las comunicaciones personales.

Los requisitos establecidos para la práctica de la diligencia de intervención de las comunicaciones personales conllevan que esta sea, probablemente, la diligencia más problemática en la medida en que puede afectar directamente la imparcialidad del Juez de Menores⁴⁸⁰.

En materia de intervención de las comunicaciones personales, como es sabido, la LECrim, si bien contempla tanto la detención y examen de la correspondencia como las intervenciones telefónicas, regula tan sólo las dos primeras. En materia de intervenciones telefónicas, una copiosa jurisprudencia ha ido pergeñando el régimen aplicable.

En lo que ahora interesa, merece destacarse que, sea cual sea la naturaleza de la comunicación sobre la que se actúa para obtener información relevante para el proceso, corresponde al órgano judicial instructor su exámen y posterior selección. En otros términos, dado que el secreto de las comunicaciones constituye un derecho fundamental que sólo podrá ser limitado por orden judicial, su protección, que debe cifrarse en el descarte y la destrucción o retorno a su propietario de aquél material intervenido que resulte irrelevante a los efectos del proceso, corresponde a dicho órgano judicial.

Es obvio que el Fiscal no puede asumir esta función que abriga un considerable elemento de protección del derecho fundamental. Pero es asimismo innegable que el Juez de Menores puede ver claramente comprometida su imparcialidad si debe tener un contacto tan directo con el material de la investigación y erigirse en seleccionador de dicho material.

Es claro que podría objetarse que raramente habrá ocasión de solicitar y decretar este tipo de diligencias en un proceso de menores. Pero no es menos cierto que tal posibilidad no puede descartarse de plano.

⁴⁸⁰ Vid, APARICIO BLANCO, P. "Diligencias de instrucción restrictivas de Derechos Fundamentales, competencia del Juez de Menores en el ámbito de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores" en «Poder Judicial», núm 60.

Esta situación —con absoluta independencia de si, en la práctica, va a ser o no frecuente— permite cuestionar el modelo de instrucción diseñado por la LORPM, por cuanto se exige del Juez de Menores una tarea que compromete su imparcialidad. La solución no puede pasar en modo alguno por entender que, una vez ordenada la intervención de las comunicaciones, la información obtenida deberá ser remitida al Fiscal. Fundamentalmente porque el Fiscal, como ya hemos dicho, aún siendo garante de los derechos del menor, no puede ejercer una función que va más allá de la mera investigación y que, por ello, precisa de una decisión jurisdiccional.

2.2.3. Intervenciones corporales directas.

Las intervenciones corporales directas precisarán de la autorización del Juez de Menores, quien deberá oír, además, a los representantes legales del menor. En función de cuál sea la naturaleza de la intervención, y en aras precisamente al interés del menor, el juez de menores debería oír asimismo al representante del equipo técnico sobre los eventuales efectos que dicha práctica pueda ocasionar al menor y a su desarrollo psicológico. Es preferible asimismo que el menor esté acompañado por sus padres o representantes legales en el momento en que se lleve a cabo la diligencia, a no ser que el juez lo estime perturbador para el interés del menor, extremo que deberá constatar y justificar en el auto por el que acuerde la práctica de la diligencia.

2.2.4. Breve mención al informe del equipo técnico como diligencia de investigación que puede afectar a derechos fundamentales.

Ya ha habido ocasión de apuntar que la regulación del informe del equipo técnico suscita algunas dudas principalmente en lo tocante a su carácter de diligencia que puede afectar al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Ello se advierte si se tiene en cuenta que para la elaboración del informe, como ya se ha explicado, se recaba información no sólo del menor sino, especialmente de su entorno familiar.

Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que el informe, preceptivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la LORPM, se elabora tan sólo a partir de la existencia de indicios de la comisión de unos hechos que revisten caracteres de delito, lo cual puede justificar suficientemente la intromisión en el ámbito de la intimidad familiar del menor.

Sin embargo, hay algunas cuestiones puntuales en las que estimamos preciso incidir.

En primer lugar, se admite comúnmente que en caso de negativa del menor a comparecer ante el equipo técnico el Ministerio Fiscal podrá decretar su detención. Ello no puede impedir, sin embargo, que el menor se niegue a declarar ante el equipo técnico, en ejercicio de un derecho —el de no declarar contra sí mismo— que le asiste a lo largo del procedimiento.

En segundo lugar, por lo que respecta a los representantes legales del menor, nada impide aplicarles el régimen de citación y detención que se ha explicado. Es más complejo, en cambio, el tratamiento que deba dispensarse a una eventual negativa a declarar ante el equipo técnico. Cabría, en este sentido, aplicar el régimen legal de los testigos, en cuyo caso, los representantes legales del menor podrían ampararse en el derecho a no declarar contra el imputado reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución y regulado en el artículo 416 de la LECrim⁴⁸¹.

2.4. Dirección de la investigación y diligencias propuestas por el letrado del menor: ¿es el Fiscal una parte imparcial?

Entre las facultades propias de la dirección de una investigación penal figuran las relativas a la práctica de diligencias propuestas por las partes que intervienen en el proceso correspondiente, y más concretamente, las concernientes a la decisión sobre su necesidad.

⁴⁸¹ Aunque este derecho sólo ampara a los parientes del menor y no, genéricamente, a sus representantes legales.

Este tipo de decisiones, reservado en los procesos penales al Juez de Instrucción, en la LORPM, pasa a las manos del Ministerio Fiscal en tanto que órgano director de la investigación, de manera que el Letrado defensor del menor deberá solicitar la práctica de las diligencias que considere necesarias al Fiscal a fin de que éste decida, motivadamente, sobre su admisión o inadmisión. Constituye una excepción a éste régimen la declaración del menor, para la que se prevé que, mientras el expediente no haya sido elevado al Juez de Menores, sea recibida en el mismo tantas veces como la proponga el letrado del menor.

La admisión de las diligencias propuestas por el letrado deberá notificarse a éste y ponerse en conocimiento del Juez de Menores, y debe suponer, aunque la LORPM nada prevea, su inmediata práctica e incorporación al expediente.

En cambio, si la resolución del Fiscal supone la inadmisión de la diligencia, se permite que el letrado reproduzca su petición, en cualquier momento, ante el Juez de Menores, el cual, a su vez, podrá pronunciarse sobre su pertinencia en dos momentos: cuando acuerde la apertura de la audiencia (artículo 33), o en el transcurso de la misma (artículo 37).

No parece que nos encontremos, ni en uno ni en otro caso, ante una solución afortunada, puesto que amén de la palmaria confusión entre los actos de investigación y los de prueba⁴⁸², la postergación temporal de las diligencias

⁴⁸² El apartado e) del artículo 33 prevé como una posible decisión del Juez de Menores en el trámite de apertura de la audiencia:

«Practicar por sí las pruebas propuestas por el letrado del menor y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, conforme a lo previsto en el artículo 26.1 de la presente Ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y al letrado del menor, antes de iniciar las sesiones de la audiencia».

Además de la mencionada confusión entre actos de investigación y actos de prueba, salta a la vista un generoso elenco de cuestiones (*Verbigratia*, las facultades que se atribuyen al Juez de Menores; la implícita no participación de las partes en la práctica de las pruebas, entre otras), que serán objeto de análisis en su momento (*Vid. Infra* Págs.284 ss).

propuestas por la defensa puede ser fuente de conflictos no sólo con los intereses de ésta parte⁴⁸³ sino también con los del proceso mismo⁴⁸⁴.

La raíz del problema se encuentra, indudablemente, en la dificultad de compatibilizar la función de director de la investigación con la posición de parte en el proceso, ambas, como es sabido, atribuidas al Ministerio Fiscal, a quien se pretende, además, atribuir la difícil condición de “parte imparcial”.

Coincide la doctrina procesal en la explicación del fenómeno de las partes en el proceso penal a partir de una acepción formal o procesal de éstas, es decir, desde una perspectiva necesariamente distinta al concepto empleado en el proceso civil⁴⁸⁵. Coinciden asimismo muchos autores en la consideración del Ministerio Fiscal como una parte, calificándolo, incluso, de “parte imparcial por excelencia”, por, en apretada síntesis, considerar que su misión consiste en la defensa del interés público, sea cuál sea éste⁴⁸⁶.

Las posturas expuestas parten, en todo caso, de la actual configuración del proceso penal de adultos, es decir, de la existencia de un Juez Instructor y de un Fiscal, con mucho, “investigador”; es decir, de una verdadera posición de parte del Ministerio Fiscal, quién sólo goza de determinadas prerrogativas frente a la defensa en tanto que parte acusadora. No están concebidas, por tanto, teniendo en cuenta las especiales facultades que posee el Fiscal cuando pasa a ser, además, el director de la instrucción⁴⁸⁷.

⁴⁸³ No falta quién considera que este concreto aspecto puede ser más delicado de lo que, a primera vista, podría parecer, ya que los intereses de la defensa no tienen porqué coincidir con el tan traído «interés del menor». (Cfr. PANTOJA GARCÍA, F. “Particularidades en el caso de los menores de edad penal” en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial; CGPJ, Madrid, 1993, p. 258).

⁴⁸⁴ Por poner un ejemplo, las dilaciones en las que pudiera incurrirse caso de aceptarse automáticamente las diligencias propuestas por el letrado del menor no se evitan necesariamente posponiendo su práctica.

⁴⁸⁵ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E. (con HERCE QUEMADA, V.) *Derecho Procesal Penal*, cit. Págs. 63 a 68; ARMENTA DEU, T (Con ORMAZÁBAL). *Lliçons de Dret Processal Penal*, cit. p. 77; MORENO CATENA, V.(Con GIMENO SENDRA; CORTÉS DOMÍNGUEZ) *Derecho Procesal Penal*, cit. Págs. 158 a 161.

⁴⁸⁶ Vid. Por todos, FLORES PRADA, I. *El Ministerio Fiscal...*cit. Págs. 614 ss.

⁴⁸⁷ Así parece reconocerlo FLORES PRADA, I, *El Ministerio Fiscal...* Cit. p. 616.

En atención a lo expuesto, la respuesta a la cuestión con la que se encabeza el presente epígrafe, debe ser, necesariamente, negativa: el Fiscal no es, en la fase de investigación del proceso de menores, una parte imparcial⁴⁸⁸.

Las consecuencias de esta aseveración han sido ya expuestas: la defensa del menor, en la fase de instrucción del expediente, puede verse considerablemente afectada por esta tesitura, porque las diligencias que ésta proponga sólo se practicarán si el Fiscal las autoriza. Es cierto que dichas diligencias podrán, en un momento posterior, ser acordadas por el Juez de Menores, pero no es menos cierto que ello puede acarrear, cuanto menos, dilaciones de todo punto innecesarias.

La solución no pasa, a nuestro entender, por permitir que el Juez de Menores acuerde, a lo largo de la fase de investigación, la práctica de las diligencias propuestas por la defensa que hayan sido denegadas por el Fiscal. Esta fórmula, seguramente, supondría la existencia de una investigación paralela, que en ningún caso puede estimarse beneficiosa.

Sin embargo, es preciso que esta cuestión, junto a la necesidad de que las diligencias restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, sea objeto de una profunda reflexión, por parte de todos los operadores jurídicos implicados.

Ambas cuestiones, a nuestro juicio, se erigen en los principales óbices del modelo procesal encarnado en la LORPM. La atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal implica, necesariamente, la existencia del denominado «Juez de Garantías», cuya función se proyecta en las dos facetas que se vienen exponiendo: el control de las diligencias que afectan a derechos fundamentales y la garantía del derecho de defensa por la vía de revisar las decisiones del instructor respecto a las diligencias propuestas por la parte pasiva del proceso.

⁴⁸⁸ Sobre la «imparcialidad» del Ministerio Fiscal instructor *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales, fiscales “investigadores”...*(cit.). *Vid.* asimismo, ARMENTA DEU, T. “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal” en «Poder Judicial», núm. 58, 2000.

El legislador, seguramente apremiado por cuestiones coyunturales — fundamentalmente atañentes a la planta judicial— ha optado por atribuir la función de «juez de garantías» al mismo órgano encargado del enjuiciamiento.

Si se considera que la imparcialidad de dicho órgano no se ve en modo alguno afectada por la toma de las decisiones a las que aludíamos, ni de las relativas a las medidas cautelares, que se estudiarán a continuación, desde este punto de vista, la cuestión está libre de tachas.

Pero, como se ha puesto de manifiesto, además de las anteriores, otras cuestiones, no menos relevantes, resultan insalvables en el modelo adoptado por la LORPM. Nos referimos, principalmente, a las dilaciones que pueden generarse y a la situación de la parte imputada a lo largo de la fase de instrucción.

La cuestión, como se ha dicho, debe ser estudiada y ponderada con el mayor detenimiento, máxime si se pretende exportar el modelo procesal ensayado en la LORPM al proceso penal de adultos.

En tal supuesto, no parece descabellado pensar que el «Juez de garantías» será un órgano dedicado exclusivamente a estos menesteres. Siendo así, ¿atribuir la investigación al Ministerio Fiscal comporta algún beneficio desde el punto de vista de los recursos humanos necesarios?⁴⁸⁹

⁴⁸⁹ Uno de los principales argumentos que se esgrimen a favor de la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal radica en la posibilidad de acelerar el procedimiento. Para ello, se responde, es necesario un incremento considerable de la plantilla de dicho cuerpo, pues de lo contrario, es imposible asumir tal carga de trabajo. Por su parte, el «Juez de Garantías», tendría unas funciones en cierta medida limitadas, pero aún así, sería precisa una remodelación del organigrama (y eventualmente de la planta) judicial. Ante estas consideraciones únicamente se nos acude preguntarnos si, realmente, para este viaje, hacían falta tantas alforjas.

3. LA INVESTIGACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL MENOR: EL INFORME DEL EQUIPO TÉCNICO.

La investigación de los hechos presuntamente delictivos tiene que complementarse, inexcusablemente, con la de las circunstancias del menor a quién tales hechos se imputan, con la finalidad de ajustar la solicitud de medida o medidas (así como su eventual imposición) no sólo a la naturaleza del delito sino especialmente a las necesidades del presunto delincuente. A tal fin se dirige el informe que debe elaborar el llamado “equipo técnico”, y que, de acuerdo con el artículo 27, «deberá 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 en la presente Ley».

Dos son las cuestiones que deben abordarse en este punto: por una parte, si el informe del equipo técnico es el único instrumento del que puede o debe dotarse el Fiscal para la averiguación de las circunstancias del menor; y por otra parte, la vinculación del Fiscal al contenido del informe.

Como ya ha habido ocasión de señalar⁴⁹⁰, la emisión del informe acerca del menor no es una función privativa del equipo técnico. La LORPM contempla la posibilidad de que el informe sea complementado, o incluso elaborado por otras entidades, públicas o privadas, que ejerzan en el ámbito de la educación y conozcan la situación del menor expedientado. Aunque todo apunta a que el Fiscal acudirá al equipo técnico que de él dependa, nada debe impedir que, en aras a la comodidad del menor —y en última instancia, de su interés—, el Fiscal solicite la elaboración del informe a profesionales físicamente más próximos al menor.

En cuanto a la vinculación del Fiscal al informe del equipo técnico, son precisas algunas puntualizaciones previas. En primer lugar, es muy probable

⁴⁹⁰ Vid. *Supra*. Capítulo Segundo, págs. 119 ss.

que, no sólo el Fiscal sino también el Juez de Menores se «sientan» vinculados por el contenido del informe. Téngase en cuenta que en el mismo se vierten conocimientos no jurídicos que ni uno ni otro profesionales, en principio, dominan. Sin embargo, a nuestro juicio, esta constatación está implícitamente aceptada en la LORPM.

El nudo gordiano del asunto estriba, más concretamente, en si es verdaderamente necesario que el informe del equipo técnico se dirija principalmente al Fiscal de menores. Con ello se incide, como puede colegirse con facilidad, en el tema de la necesidad de que el Fiscal de menores dirija la investigación. Vayamos por partes.

En primer lugar, el artículo 27.5 de la LORPM dispone que en cuanto el informe del equipo técnico llegue a manos del Fiscal, éste deberá remitirlo inmediatamente al Juez de Menores y dar copia al letrado del menor. De ahí se deriva una primera constatación: el Juez de Menores dispone, de forma casi coetánea con el Fiscal, de una de las piezas clave del proceso.

En segundo lugar, el informe del equipo técnico, además de ilustrar sobre la adecuación de alguna o algunas medidas concretas, puede recomendar la finalización del proceso. En tal supuesto, la LORPM contempla dos posibilidades distintas: de un lado, si se ha producido conciliación o reparación, el Fiscal **debe** dar por finalizado el expediente y solicitar el sobreseimiento de la causa. De otro lado, si el equipo técnico entiende que se ha producido suficiente reproche, el Fiscal, previa comprobación de la concurrencia de determinados requisitos relativos a la naturaleza de los hechos, **podrá** solicitar el sobreseimiento. Se constata así la vinculación del Fiscal al informe siempre que se haya conseguido con éxito la conciliación o la reparación.

Finalmente, si se acuerda la celebración de la audiencia, el equipo técnico debe ser oído por el Juez de Menores en relación a la adecuación de la medida o medidas solicitadas. ¿Cómo debe actuar el órgano judicial ante una discrepancia entre el equipo técnico y el Fiscal de menores? Obviamente, en primer lugar deberá atender a las disposiciones de la LORPM y de manera

especial a aquellos artículos de la misma que establecen criterios de relación entre los hechos y las medidas a adoptar (artículo 9 y disposición adicional cuarta). En segundo término, el juez de menores se encuentra vinculado por lo que la LORPM denomina «principio acusatorio», es decir, tiene prohibida la imposición de una medida que «suponga mayor restricción de derechos ni por tiempo superior a la medida solicitada por el Fiscal» (artículo 8). Pero atendidas estas limitaciones, el Juez de Menores puede decidir libremente entre asumir la solicitud del Fiscal de menores o guiarse por la recomendación del equipo técnico. Es más, puede incluso hacer caso omiso a ambas.

Se constata así, finalmente, por una parte que la vinculación del Fiscal al informe del equipo técnico sólo está establecida por la LORPM en supuestos muy concretos. En lo demás, el Fiscal puede desvincularse del mismo en su escrito de alegaciones. Sin embargo, con independencia de la postura adoptada por el Fiscal, el Juez de Menores es quién, en definitiva, valora la adecuación de la medida, en atención, entre otros factores, al informe del equipo técnico.

En consecuencia: ¿Es absolutamente preciso que el Fiscal disponga del informe del equipo técnico? La respuesta varía en función de los supuestos. Sí en aquellos casos en los que la propuesta del equipo le vincula (conciliación y reparación). Sí, si el equipo propone la terminación del procedimiento por haberse expresado suficiente reproche, aunque en tal caso no le resulta vinculante. No, o por lo menos no es absolutamente preciso, cuando el Fiscal está en condiciones de efectuar una valoración jurídica de los hechos y de solicitar una medida acorde con la misma. En tales supuestos la discusión sobre la concreción de la medida se produce en el transcurso del acto de audiencia, y en ese momento el equipo técnico informa no sólo al Fiscal sino también al Juez de Menores y a su letrado. Es en ese momento, a nuestro juicio, cuando realmente se valoran las circunstancias del menor y cuando realmente se someten a contradicción.

De todo ello cabe concluir que, si bien el informe es una valiosa herramienta en manos del Fiscal, no despliega su verdadero potencial hasta que no puede ser sometido a contradicción en el acto de la audiencia.

VI. TERMINACIÓN DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN Y FASE INTERMEDIA.

La conclusión de la fase de instrucción está prevista en el Capítulo III del Título IV de la LORPM, intitulado «**De la conclusión de la instrucción**», cuyo artículo 30 se titula, a su vez, «**Remisión del expediente al Juez de Menores**».

La fase de investigación termina formalmente mediante una resolución del Fiscal de Menores en tal sentido, que debe ser notificada al letrado del menor y eventualmente al perjudicado personado en la causa.

Acordada la terminación, el Fiscal deberá remitir al juez de menores el expediente, junto con las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir, y un escrito de alegaciones en el que solicitará o bien la imposición de alguna medida o bien el sobreseimiento de las actuaciones.

Una vez el juzgado de menores ha recibido el escrito de alegaciones se abre la denominada «fase de audiencia» que comprende, además del acto de enjuiciamiento (o acto de audiencia), el equivalente a lo que en los procesos penales de adultos se denomina «fase intermedia»⁴⁹¹.

En las líneas que siguen se analizarán cada una de las actuaciones previstas para la finalización de la fase de investigación. Tan sólo en la medida en que puedan resultar relevantes al objeto del presente trabajo se mencionarán aspectos relativos al acto de audiencia y, eventualmente, a la sentencia. Como podrá advertirse tempranamente, sin embargo, la mayoría de las cuestiones que se abordan en el presente apartado se insieren claramente en lo que sería equivalente a la fase intermedia de los procesos de adultos.

Por otra parte, habrá ocasión de poner de manifiesto dos cuestiones a nuestro juicio altamente relevantes: en primer lugar, que en dicha fase se

contempla la posibilidad de que el Juez de Menores practique actuaciones de naturaleza investigadora; en segundo lugar, correlativamente, la proyección que ello tiene en la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal, por una parte, y su incidencia en la necesaria imparcialidad del Juez de menores.

Por todo ello, aunque en puridad el análisis debería agotarse en la resolución del Fiscal por la que se pone término al expediente, se abordará asimismo el contenido de dicha resolución y las consecuencias que de la misma pueden derivarse.

1. LA RESOLUCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO EL EXPEDIENTE.

Como ya se ha indicado, la fase de investigación del proceso de menores termina mediante una resolución del Fiscal de menores en la que acuerda la conclusión del expediente (artículo 30 LORPM).

Según la Fiscalía General del Estado, la resolución deberá adoptar la forma de decreto, aunque no se especifica si deberá ser o no motivado. En cualquier caso, como ya ha habido ocasión de señalar en relación con otras decisiones del Fiscal, el decreto no es susceptible de recurso por parte del letrado del menor, a quien, más allá de lo que pueda manifestar en su escrito de alegaciones, no cabe actuación alguna frente a la decisión del Fiscal.

Una cuestión interesante es la relativa a si el decreto de conclusión del expediente debe ser notificado al perjudicado que se haya personado en la causa.

A nuestro juicio, aunque la notificación del decreto de conclusión de la instrucción al perjudicado no es preceptiva, nada impide que se lleve a cabo, máxime teniendo en cuenta que, como se ha señalado anteriormente, el

⁴⁹¹ Sobre la fase intermedia en los procesos penales de la LECrim véase la monografía de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. *El periodo intermedio del proceso penal*. McGraw-Hill, Madrid,

perjudicado debe tener noticia de tal circunstancia porque, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25. VII, el Fiscal debe darle traslado de su escrito de alegaciones para que aquél «valore el conjunto de la prueba practicada y, en su caso, proponga aquellas que debieran realizarse en fase de audiencia (sic)»⁴⁹². En cualquier caso, es indudable que el perjudicado, igual que el letrado del menor, no puede emprender ninguna actuación contra la decisión del Fiscal de dar por concluso el expediente.

2. SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO.

Como se apuntaba más arriba, el Fiscal de Menores puede concluir la investigación solicitando el sobreseimiento de la causa al Juez de Menores. Dicha petición puede obedecer fundamentalmente a dos fundamentos de índole diversa: la inexigibilidad de responsabilidad penal o la inadecuación de la respuesta penal a las necesidades educativas y sociales del menor. El primero de ellos se corresponde con los motivos de sobreseimiento contemplados en la LECrim, mientras que el segundo atañe a los motivos recogidos en la LORPM.

2.1. Supuestos en los que procede la solicitud de sobreseimiento.

2.1.1. Por inexigibilidad de responsabilidad penal: los supuestos de sobreseimiento de la LECrim.

Como es sabido, la LECrim regula diversas modalidades o clases de sobreseimiento: así, se distingue por una parte, entre sobreseimiento parcial o total, en función de si se dicta a favor de uno o de la totalidad de los imputados, y por otra parte, entre sobreseimiento libre y sobreseimiento provisional, en función de si dicha decisión supone la terminación definitiva del proceso o solamente su paralización temporal.

1997.

⁴⁹² Vid. Supra, Capítulo Segundo, págs. 146 ss.

A los efectos que ahora interesan, en primer término, la distinción entre sobreseimiento total y parcial resulta irrelevante. El artículo 20.1 de la LORPM establece que deberá incoarse un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de delitos conexos. Ante la ausencia de previsión de la norma, hay que estar a lo previsto en la LECrim para los supuestos de pluralidad de imputados, de modo que en tal supuesto, cabe que el sobreseimiento se dicte sólo a favor de uno de los imputados⁴⁹³.

En segundo término, es preciso apuntar que la LORPM no alude expresamente al sobreseimiento provisional, si bien se admite comúnmente que cuando, en el artículo 30.4, autoriza al Fiscal a solicitar el sobreseimiento por **alguno de los motivos previstos en la LECrim**, comprende en los mismos la posibilidad de que el sobreseimiento solicitado sea provisional⁴⁹⁴.

A nuestro juicio, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 132 del Código Penal, la mera paralización temporal del procedimiento por cualquiera de las causas previstas en el artículo 641 de la LECrim, puede acordarse de oficio por el Ministerio Fiscal, sin que sea indispensable que éste solicite el sobreseimiento provisional al Juez de Menores⁴⁹⁵. Sí que sería necesaria la intervención judicial, en cambio, en aquellos supuestos en los que la paralización del procedimiento fuera instada por el letrado del menor y denegada por el Fiscal instructor.

Adviértase, por último, que ni el archivo de la denuncia (artículo 17) ni el desistimiento de la incoación del expediente (artículo 18) pueden equipararse al sobreseimiento. En primer lugar, porque no se trata ni en uno ni en otro caso de supuestos de terminación anticipada del proceso, sino de mecanismos que

⁴⁹³ Artículo 634 LECrim:

«El sobreseimiento puede ser libre o provisional, total o parcial.

Si fuere el sobreseimiento parcial, se mandará abrir el juicio respecto de los procesados a quienes no favorezca».

⁴⁹⁴ En este sentido, Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal del menor*. Cit. Pág. 161; CALATAYUD PÉREZ, E. "L.O. 5/2000. Fase intermedia....Cit. Pág. 326; ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 314.

⁴⁹⁵ *Vid. Supra*. Pág. 188 ss.

cercenan el propio inicio del proceso. En segundo lugar porque tratándose de decisiones que competen exclusivamente al Fiscal sus efectos son diametralmente distintos a los propios del sobreseimiento, singularmente en lo relativo a la cosa juzgada⁴⁹⁶.

A continuación se expondrán de manera sucinta los motivos de sobreseimiento libre previstos en la LECrim. Antes, sin embargo, es importante señalar que, ante la concurrencia de los mismos, el Ministerio Fiscal **debe** instar el sobreseimiento, sin que quepa margen alguno para la aplicación del principio de oportunidad, aún a pesar de que el tenor literal del artículo 30.4 parezca apuntar lo contrario⁴⁹⁷.

A) Inexistencia de indicios racionales de la comisión del delito.

La ausencia del elemento fáctico, es decir, la imposibilidad de contar con fundamentos razonables que acrediten la existencia del delito, determinaría, a la postre, una sentencia absolutoria, por lo que el legislador, atinadamente, posibilita la terminación anticipada del proceso.

La ausencia de indicios racionales de la existencia del delito no puede equivaler a la demostración plena de su inexistencia⁴⁹⁸

B) Que el hecho cometido no sea constitutivo de delito.

En tal caso se pone de manifiesto la ausencia del elemento jurídico, o por mejor expresarlo, de la tipicidad o de la antijuridicidad de los hechos⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ La posibilidad de que el Fiscal decrete la paralización de las actuaciones cuando concurra alguno de los supuestos que dan lugar al sobreseimiento provisional no se contradice, a nuestro juicio, con lo expresado en el texto, fundamentalmente porque el sobreseimiento provisional ni impide ni anticipa la terminación del proceso sino que, simplemente, supone la paralización de un proceso en curso sin impedir su reapertura en caso de que desaparezcan las causas en que se funda. Tal y como se señalaba en el texto, además, el sobreseimiento provisional tan sólo proyecta sus efectos en el cómputo de la prescripción.

⁴⁹⁷ Téngase en cuenta que el artículo 30.4 de la LORPM establece que el Fiscal **podrá** solicitar el sobreseimiento.

⁴⁹⁸ En palabras del Tribunal Constitucional «Una cosa es la falta de indicios racionales de haberse cometido el delito, a la que alude la LECrim, y otra muy distinta que se halle probada la inexistencia del delito imputado».[STC(Sala Primera) 34/1983 de 6 de Mayo. Ponente: DÍEZ DE VELASCO (B.O.E. de 20 de mayo de 1983) F.J. 2]

En los procesos penales de adultos este motivo de sobreseimiento resulta aplicable asimismo cuando los hechos no son constitutivos de delito sino de falta, si bien los efectos del sobreseimiento, en tal supuesto, se ciñen a un mero cambio de procedimiento, sin finalización del proceso.

Es obvio que en el proceso de menores este motivo de sobreseimiento deberá interpretarse de forma que, sin perder su naturaleza esencial mantenga su virtualidad. Así, el término «delito», deberá entenderse, en su aplicación en el proceso de menores, genéricamente como «infracción penal», de forma que la ausencia de tipicidad actúe como causa de sobreseimiento tanto frente a un delito cuanto frente a una falta.

En relación con la ausencia de antijuridicidad, como es sabido, ésta se produce cuando concurre alguna de las causas de justificación establecidas en el artículo 20 del Código Penal: a) legítima defensa; b) estado de necesidad; y c) cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. En relación con estos supuestos, baste con apuntar que será exigible su acreditación, sin que basten meros indicios de su concurrencia.

C) Que se acredite la concurrencia de alguna causa de exención de la responsabilidad criminal.

En el proceso de adultos, el sobreseimiento por exención de la responsabilidad criminal opera en dos grandes categorías de supuestos: por una parte, cuando resulte acreditada la no participación del imputado en los hechos, y por otra parte cuando se acredite la concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal previstas en el artículo 20 del Código Penal⁵⁰⁰.

Es obvio que en caso de poderse acreditar la no participación del imputado en los hechos, la celebración del juicio oral deviene un trámite

⁴⁹⁹ Cfr. TOMÉ GARCÍA, J.A. (Con DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, HINOJOSA SEGOVIA Y MUERZA ESPARZA) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 457.

⁵⁰⁰ *Íbidem*. Vid. además, STS (Sala Segunda) de 7 de junio de 1988. F.J. 3. (ponente: MONTERO FERNÁNDEZ-CID).

superfluo, y que lo único que resulta procedente es la terminación anticipada del proceso mediante una resolución judicial equivalente, en cuanto a los efectos, a una sentencia absolutoria.

Si lo que se acredita, en cambio, es la exención de la responsabilidad del imputado, la jurisprudencia ha venido considerando atinadamente que el auto de sobreseimiento libre no es el cauce adecuado para imponer, si procede, ningún tipo de medida de seguridad. Así las cosas, el auto de sobreseimiento libre, amén de cuando se acredite, como ya se ha señalado, la no participación en los hechos, sólo procederá ante la acreditación, durante la instrucción, de una situación de miedo insuperable en el momento de la comisión del delito, con la entidad suficiente para actuar como circunstancia eximente⁵⁰¹.

En el proceso de menores, además, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 de la LORPM⁵⁰². En dicho precepto, relativo a las medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad, se establece que, si durante la fase de instrucción se acredita que el menor se encuentra en una situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º o 3º del artículo 20 del Código Penal, además de poderse adoptar las medidas cautelares pertinentes, el Fiscal deberá concluir la instrucción y efectuar las alegaciones previstas en la ley y solicitar, en su caso, alguna de las medidas terapéuticas previstas en la misma.

Aunque no ha estado exento de crítica, es indudable que este precepto se cohonesto con la doctrina jurisprudencial relativa a esta materia. Sucintamente, la cuestión estriba en si es posible imponer medidas de corte terapéutico mediante un auto de sobreseimiento o si, por el contrario, para

⁵⁰¹ Aunque merece apuntarse que no se ha encontrado ninguna resolución judicial que acuerde el sobreseimiento libre al amparo de esta causa en un proceso penal al amparo de la LECrim.

⁵⁰² Sobre el artículo 29 *Vid. Infra*. Págs. 329 ss.

proceder de esta forma es imprescindible la celebración del juicio contradictorio⁵⁰³.

Mientras que, como decíamos, la jurisprudencia se mantiene firme en la necesidad de una sentencia, algún autor sostiene que, en el caso de los menores de edad, la continuación del proceso puede resultar lesiva para el interés del menor⁵⁰⁴.

2.1.2. Por inadecuación de la respuesta sancionadora-educativa: los supuestos de sobreseimiento específicos de la LORPM. Remisión.

El Ministerio Fiscal puede instar el sobreseimiento de la causa, además de por los motivos que se analizaban anteriormente, en los tres supuestos expresamente contemplados en la LORPM. Se trata de la conciliación (artículo 19), la reparación (artículo 19), y, estrictamente, la inadecuación de la respuesta penal (artículo 27.4).

Los supuestos citados constituyen, como se señalaba al inicio del presente trabajo, el objeto del Capítulo Cuarto del mismo, por cuanto estimamos se trata, en realidad, de mecanismos tendentes a la evitación de la sentencia.

⁵⁰³ Entre otras muchas, STS (Sala 2ª) de 16 de abril de 1979.

⁵⁰⁴ Amén del señalado en el texto se esgrimen argumentos de fondo. Singularmente, se aduce que la imposición de medidas de corte terapéutico, mediante sentencia, supone una clara interferencia del ámbito penal respecto al ámbito protector. Se afirma, en este sentido, que «lo que de verdad necesita el menor, es una medida protectora». Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^º.R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Págs. 309 a 312. A nuestro juicio, estos argumentos no pueden sostenerse, si bien cabe admitir un error del legislador concerniente a las medidas cautelares en los supuestos de exención de la responsabilidad. Sin perjuicio de insistir en ello más adelante, la LORPM incurre en una confusión palmaria entre los planos sancionador y protector cuando, para los casos de exención de responsabilidad contempla la imposición de medidas cautelares de corte protector (reguladas en la legislación civil y protectora) y no, de forma pareja a la regulación general de las medidas cautelares, la posibilidad de imponer alguna de las medidas terapéuticas previstas en la propia norma. No podemos compartir, en cambio, que el menor que ha cometido un delito —por muy inimputable que resulte— deba ser sustraído del ámbito de la LORPM, máxime cuando ésta contempla, semejantemente al Código Penal, un sistema vicarial de medidas sancionadoras y medidas terapéuticas. Lo contrario, a la postre, equivaldría a denegar a los menores inimputables las garantías propias del proceso.

Su configuración como motivos de sobreseimiento, constituye, a nuestro juicio, meramente un recurso técnico-procesal, mediante el cual se impide, a la postre, que el Juez de Menores resuelva sobre el fondo del asunto, incrementando de esta forma las facultades del Ministerio Fiscal y la aplicación del principio de oportunidad.

Por lo expuesto, el análisis de estos supuestos de sobreseimiento se remite al capítulo cuarto del presente trabajo, no sin apuntar antes que los aspectos relativos al sobreseimiento que se analizarán en los apartados siguientes les resultan, en principio, de aplicación.

3. SOLICITUD DE MEDIDAS.

Si el Fiscal entiende que no procede solicitar el sobreseimiento por ninguna de las causas explicadas anteriormente, deberá solicitar la imposición al menor de la medida o medidas que estime más adecuadas a los hechos y a las circunstancias del menor.

El Fiscal está sujeto al principio de legalidad, lo que en el proceso de menores se materializa en diversas consecuencias concretas.

En primer lugar, la solicitud de medidas sólo será posible si no se ha producido la reparación o la conciliación en los términos del artículo 19. En caso contrario, la LORPM dispone que el Fiscal inste el sobreseimiento.

Descartados estos supuestos, la norma contiene algunas disposiciones reguladoras, por una parte de la proporcionalidad entre el hecho y la sanción que le corresponde, y por otra parte, de lo que anteriormente hemos denominado «correlación entre hecho y sanción». En suma, el Fiscal estará limitado, en lo que a solicitud de medidas se refiere, por lo dispuesto en el artículo 9 y la disposición final cuarta de la LORPM. Igualmente, el Fiscal deberá atender a lo previsto en los artículos 11 y 12 de dicha norma, reguladores, respectivamente, del concurso de infracciones y de la infracción continuada o con pluralidad de víctimas.

4. FACULTADES DEL JUEZ DE MENORES ANTE EL ESCRITO DE ALEGACIONES.

Recibido el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, el Juez de Menores abrirá el trámite de audiencia (*sic*), para lo cual deberá dar traslado del mismo y del testimonio del expediente al letrado del menor, quien en un plazo de cinco días deberá formular a su vez escrito de alegaciones comprensivo de los mismos extremos que el escrito del Ministerio Fiscal y podrá proponer la prueba que estime conveniente (artículo 31 LORPM).

A continuación (artículo 32), la LORPM contempla la posibilidad de que el menor y su letrado presten conformidad con la petición del Fiscal (si éste solicita alguna de las medidas previstas en las letras e) a m) del artículo 7, en cuyo caso el Juez de Menores deberá dictar sentencia imponiendo la medida solicitada. En caso de que no se produzca dicha conformidad, el Juez de Menores puede adoptar cualquiera de las decisiones que se contemplan en el artículo 33 y que a continuación se analizan detenidamente⁵⁰⁵.

Es preciso advertir que, a nuestro juicio, la sistemática con la que la LORPM enumera las facultades del Juez de Menores en esta fase procesal no es la más indicada⁵⁰⁶. Por este motivo, entendemos más adecuado, por una

⁵⁰⁵ Sobre la conformidad del menor, *Vid.* Capítulo Cuarto, págs. 399 ss.

⁵⁰⁶ El artículo 33 enumera las facultades del Juez de menores como sigue:

- a) La celebración de la audiencia.
- b) El sobreseimiento, mediante auto motivado, de las actuaciones.
- c) El archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública de protección de menores correspondiente cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal
- d) La remisión de las actuaciones al Juez competente, cuando el Juez de Menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto
- e) Practicar por sí las pruebas propuestas por el letrado del menor y que hubieren sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente Ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y al letrado del menor antes de iniciar las sesiones de la audiencia.

Como puede apreciarse con facilidad, en realidad el legislador contempla sólo tres supuestos posibles: a) el sobreseimiento de las actuaciones; b) la apertura de la audiencia; y c) la remisión de las actuaciones al Juez competente. Las facultades en orden a la práctica de la prueba que se contemplan en la letra e), por su parte, como se analizará con mayor detalle en el texto, deberán desembocar, necesariamente, en una decisión de sobreseimiento o de

parte, agrupar algunos de dichas facultades, y por otra parte, alterar el orden en el que las mismas están dispuestas en el precepto.

4.1. La práctica de pruebas propuestas por el letrado del menor en la fase de instrucción y denegadas por el Fiscal. La denominada «instrucción judicial complementaria»: problemas derivados de la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal.

Como se ha explicado anteriormente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26, las diligencias propuestas por el letrado del menor durante la instrucción del expediente se practicarán tan sólo si así lo acuerda el Fiscal de Menores, con la única excepción de la declaración del menor, que deberá ser recibida en el expediente tantas veces como se solicite mientras el expediente no haya sido elevado al Juzgado de Menores.

Ante la negativa del Fiscal, se prevé que el letrado del menor pueda reproducir su petición ante el Juez de Menores **en cualquier momento**.

Esta disposición encierra cuestiones en absoluto exentas de polémica, algunas de las cuales pueden resolverse —más o menos satisfactoriamente— mediante una adecuada aplicación de lo dispuesto en la letra e) del artículo 30, que ahora nos ocupa. Ello no impide, sin embargo, que el precepto pueda ser considerado, a su vez, fuente de importantes dificultades estrechamente relacionadas con uno de los aspectos cruciales del presente trabajo, cuál es la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal.

A nuestro juicio, la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal, amén de algunas disfunciones que se han ido apuntando, encuentra su principal escollo —siempre desde la perspectiva estrictamente procesal— en este concreto aspecto. Como a continuación se expondrá, la necesidad de que la actividad instructora llevada a cabo por quien ostenta la condición de parte sea

apertura de la audiencia. En este orden de cosas, resulta claro que la ubicación sistemática de dicho incidente probatorio no es la más adecuada, por cuanto comúnmente debe preceder a

sometida a control judicial, inclina a pensar en la inoperatividad del sistema. Si a lo anterior se le añade que en el proceso diseñado por la LORPM, dicho control compete al órgano judicial encargado del enjuiciamiento, con las consecuencias que ello conlleva en orden a su imparcialidad, la conclusión, en términos coloquiales puede resumirse en que para este viaje no hacían falta tantas alforjas. Analicemos punto por punto las cuestiones que se adelantaban.

En primer lugar, durante la fase de investigación, el letrado del menor debe solicitar la práctica de aquéllas diligencias que estime convenientes al Ministerio Fiscal. Éste puede acordarlas o denegarlas sin que se precise más que una resolución motivada que deberá ser comunicada al Juez de Menores. El que la solicitud deba dirigirse al Fiscal se explica fácilmente por su condición de director de la investigación. No tanto, en cambio, la ausencia de disposición alguna que regule las condiciones en las que el Fiscal puede denegar una diligencia o, por el contrario, debe acordarla. Aunque podría considerarse aplicable lo dispuesto en el artículo 311 de la LECrim, téngase en cuenta que la Fiscalía General del Estado sostiene que «el Fiscal dirige la investigación y goza de amplia discrecionalidad para resolver sobre la admisibilidad de las diligencias solicitadas por las partes»⁵⁰⁷. Si bien se añade que «el Fiscal debe valorar en concreto la pertinencia y utilidad de las diligencias de instrucción que se le piden», la situación se revela cuando menos compleja desde el ángulo del propio instructor habida cuenta que no se le puede considerar en puridad una parte imparcial.

En suma, no parece aventurado pensar que la óptica con la que el Fiscal examinará las diligencias propuestas por la defensa es radicalmente distinta a la propia de un instructor de naturaleza judicial que, además, en la fase de instrucción se sitúa en una posición netamente imparcial. De ahí que quepa

cualquier otra de las decisiones contempladas en el precepto.

⁵⁰⁷ El artículo 311 de la LECrim reza:

«El Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales»

colegir que, en la práctica, la denegación de diligencias propuestas por el letrado del menor no sea infrecuente⁵⁰⁸.

Admitido lo anterior, es preciso adentrarse en la segunda de las cuestiones: la posibilidad de que el letrado del menor inste la práctica de las diligencias denegadas por el Fiscal ante el Juez de Menores. Como se ha señalado, el artículo 26.1 establece que esta posibilidad cabe en cualquier momento.

Esta disposición abre la puerta a una doble posibilidad: por una parte, que el Juez de Menores ordene la práctica de dichas diligencias en el momento en el que le sean solicitadas, y por otra parte, que la práctica se posponga hasta la fase de audiencia, por los trámites del artículo 33.e).

La primera posibilidad da pie a la existencia de una «doble instrucción», o por mejor expresarlo, de una «instrucción paralela», que se llevaría a cabo por el Juez de Menores a instancia del letrado del menor. Esta coyuntura, como puede apreciarse rápidamente, adolece de algunos defectos insubsanables. En el plano estrictamente procedimental, la dificultad de armonizar una doble instrucción y la facilidad con la que podría incurrirse en duplicidades nada beneficiosas para el interés del menor. En el plano procesal, por otra parte, porqué de esta forma el juez de menores adquiriría sin duda la categoría de órgano instructor, con la consiguiente merma de imparcialidad que ello conlleva.

De ahí que la segunda de las posibilidades se configure como la más acertada, si bien con algunos matices que se irán explicando. La práctica, por el Juez de Menores, de las diligencias propuestas por el letrado del menor y denegadas por el Fiscal se ha denominado por algunos «instrucción complementaria»⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Sobre esta cuestión, *vid. Supra*. Págs. 266 ss.

⁵⁰⁹ Cfr. Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

El letrado del menor deberá solicitar la práctica de dichas diligencias en su escrito de alegaciones, a no ser que lo hubiera hecho con anterioridad. En tal caso, a nuestro juicio, bastará con la cita de la solicitud elevada en su momento al Juzgado de Menores.

Recibido dicho escrito, el Juez de Menores adoptará la decisión que estime conveniente, a partir de un doble criterio: a) que dichas diligencias no puedan practicarse en el transcurso de la audiencia; y b) que sean relevantes a los efectos del proceso. En relación con el primero, un cabal entendimiento del precepto pasa por entender que la imposibilidad de practicar las diligencias de que se trate abarca tanto los supuestos de prueba anticipada, es decir, aquella que previsiblemente no podría practicarse en el transcurso de la audiencia, como aquellos en los que las diligencias rechazadas por el Fiscal pudieran ser reveladoras de una causa de sobreseimiento.

Creemos interesante poner de manifiesto que la decisión del Juez de Menores se adoptará sin que el Fiscal tenga conocimiento de las alegaciones del letrado, si bien el párrafo final del artículo 33 contempla la posibilidad de recurrir en reforma las decisiones del Juez de Menores.

Si se acuerda la práctica de las diligencias propuestas por el letrado del menor, la LORPM establece que el Juez de Menores tan sólo deberá dar traslado a las partes del resultado de las mismas, lo cual, obviamente, resulta inadmisibile. En cualquier caso, las partes personadas deberán ser citadas para la práctica de dichas diligencias.

A la vista del resultado obtenido, el Juez deberá dar nuevo traslado al Fiscal y al letrado del menor, a fin de que se pronuncien sobre el mantenimiento o la modificación de sus iniciales escritos. A la vista de los escritos presentados por las partes, el Juez de Menores deberá resolver definitivamente sobre la apertura de la audiencia o el sobreseimiento de las actuaciones⁵¹⁰.

⁵¹⁰ La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO entiende que eventualmente también deberá darse traslado al perjudicado personado. A nuestro juicio, ni le corresponde al Juez de Menores dar

Expuesta la dinámica del precepto, es posible abordar las cuestiones problemáticas a las que se aludía. Aunque, como puede inferirse, una y otra están firmemente imbricadas, es posible iniciar su análisis de forma separada.

En lo tocante a la necesidad de que, a la postre, la investigación realizada por una de las partes sea revisada por un órgano judicial, caben diversas observaciones.

Previamente, empero, es preciso aclarar que si bien podría aducirse que la LECrim también contempla mecanismos de control de la investigación, aún cuando ésta está a cargo de un órgano de naturaleza jurisdiccional⁵¹¹, no lo es menos que la integración del material probatorio, en los procesos penales de adultos, responde a una doble finalidad: suministrar los datos necesarios para que las partes puedan decidirse a pedir la apertura del juicio o el sobreseimiento, y poner al órgano judicial en condiciones de llevar a cabo el enjuiciamiento que conducirá a la denegación o el reconocimiento de la acción⁵¹².

Retomando el hilo conductor de la exposición, en primer lugar, resulta inevitable insistir de nuevo en la ausencia de imparcialidad del Fiscal. Este dato, de singular relevancia, justifica sobradamente la necesidad de que su actuación, especialmente en relación con las peticiones que provienen del imputado, sea sometida a control judicial.

En segundo lugar, abundando más si cabe en lo anterior, el control judicial de las actuaciones del Fiscal se hace imprescindible por cuanto las decisiones del mismo —también las relativas a la práctica de diligencias— no

traslado a dicho perjudicado, ni a éste le está permitida la presentación de un escrito de alegaciones ante el Juzgado de Menores. Quién sí debe dar traslado al perjudicado es el Ministerio Fiscal, y no sólo del resultado de las diligencias practicadas sino, si es el caso, de su nuevo escrito de alegaciones a fin de que el perjudicado pueda manifestar al Fiscal lo que tenga por conveniente, en aplicación de lo previsto en el artículo 25 VII de la LORPM.

⁵¹¹ Cfr. Artículos 631 y 790.2 de la LECrim y 27; 29.4 y 32.3 de la Ley Orgánica 5/1995, de 29 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ).

⁵¹² Cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. *El periodo intermedio del proceso penal*. Cit. Págs. 17 y 18.

son susceptibles de control durante la fase de instrucción⁵¹³. Si bien es cierto que la «instrucción complementaria» a cargo del Juez de Menores no es apta para tal finalidad, no es menos cierto que, aunque de forma indirecta, la práctica de las diligencias propuestas por el letrado del menor permite en cierta forma contrarrestar los resultados obtenidos por el Fiscal en la instrucción.

Sin embargo, entrando en la segunda de las cuestiones, ¿es aceptable que esta tarea se encomiende al mismo órgano judicial que deberá proceder al enjuiciamiento?

Entendemos que la respuesta debe ser rotundamente negativa.

Téngase en cuenta, en primer lugar, que de acuerdo con el precepto que nos ocupa, el Juez de Menores deberá **practicar por sí** las diligencias denegadas en su momento por el Ministerio Fiscal⁵¹⁴. Lo cual convierte al Juez de Menores en una suerte de «instructor paralelo», que toma contacto directo con lo que más adelante debe configurar el material probatorio.

En este sentido, resulta ilustrativo el tratamiento que se dispensa en la LECrim a la práctica de aquellas diligencias que se estimen necesarias para complementar el material instructorio. La práctica de dichas diligencias, tanto en el proceso ordinario como en el abreviado corresponde al Juez de Instrucción, nunca al órgano de enjuiciamiento⁵¹⁵.

En el procedimiento de menores, la cuestión relativa a la imparcialidad judicial fue abordada por el TC con ocasión de la Ley Orgánica 4/1992, en su sentencia 60/1995, de 17 de marzo. Aunque, como se pondrá de manifiesto, la sentencia no se refiere al supuesto que analizamos en este punto, algunos de sus pasajes pueden arrojar cierta claridad sobre el asunto.

⁵¹³ Así, por ejemplo, la decisión de archivo de la denuncia o la denegación de la práctica de diligencias propuestas por el letrado del menor.

⁵¹⁴ Aunque el artículo 33.e) utiliza el término «pruebas», es obvio que en el transcurso de la investigación el letrado del menor habrá propuesto al Fiscal la práctica de diligencias y no de pruebas.

⁵¹⁵ En este sentido, *vid.* los artículos 631 (procedimiento ordinario) y 790.2 (procedimiento abreviado) de la LECrim.

Sucintamente, la STC 60/1995, resuelve sendas cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por los Juzgados de Menores de Vitoria y de Valencia en las que se cuestionaba la adecuación constitucional del artículo 15.1 de la L.O. 4/1992. Más en concreto, los proponentes cuestionaban la constitucionalidad de los preceptos de dicha norma según los cuales el Juez de Menores estaba facultado para la adopción de medidas cautelares y para oír al menor en el trámite de la comparecencia previa a la apertura de la audiencia. Según los Juzgados proponentes, ello podría ser contrario al derecho fundamental a un juez imparcial.

El Tribunal Constitucional desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, entendiendo que

«tales actos (se refiere a la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales y a la adopción de medidas cautelares), legalmente vedados al Ministerio Público, no constituyen, en puridad, actos de investigación o instructorios, sino que son única y exclusivamente limitativos de derechos fundamentales (...) o lo que es lo mismo, se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución expresamente reserva a Jueces y Magistrados (...) a quienes les encomienda, no sólo la última sino también la primera palabra, por lo que, en cuanto tales, no poseen una naturaleza policial o instructoria, sino netamente procesal y sometidas, por tanto, a la vigencia, en la medida de lo posible, del principio de contradicción.

Idéntica conclusión cabe alcanzar con respecto a la intervención del Juez de Menores en la “comparecencia” prevista en la regla 6ª del artículo 15.1, la cual tampoco compromete su imparcialidad objetiva para poder conocer posteriormente de la audiencia y dictar la pertinente resolución».

En una resolución posterior, concretamente en el Auto 148/1999, el TC se enfrentó de nuevo a la imparcialidad del Juez de Menores en la L.O. 4/1992. En esta ocasión, los recurrentes en amparo alegaban que el Juez de Menores, entre otras actuaciones que podían comprometer su imparcialidad, había participado en la instrucción de la causa conjuntamente con el Ministerio

Fiscal⁵¹⁶. Sobre esta eventualidad —que el TC no consideró fehacientemente acreditada—, se afirma en el Auto:

«(...) no son las palabras lo que contamina a un Juez y quebranta su imparcialidad objetiva, sino verdaderamente ciertos hechos que pudiera llegar a realizar. En este ámbito, un Juez de Menores perdería su imparcialidad si él personalmente ordenara o llevara a cabo bien la incoación del expediente, bien alguna diligencia instructora».

Creemos que no cabe mayor claridad al respecto⁵¹⁷. Pero por si no fuera así, puede tenerse en cuenta que la práctica de las diligencias propuestas por el letrado del menor, a juicio de algún autor, resulta plausible principalmente en la medida en que «garantiza a la defensa del menor la posibilidad de evitar tempestivamente la celebración de la audiencia, obteniendo del Juez de Menores un pronunciamiento de sobreseimiento fundado en la práctica de aquéllas diligencias que, denegadas en su momento por el Fiscal, puedan ser relevantes para enjuiciar con justicia el fundamento de la acusación»⁵¹⁸.

⁵¹⁶ En apretadísima síntesis, haber resuelto un recurso de reforma durante la fase de instrucción.

⁵¹⁷ Aunque, a nuestro juicio, de una forma un tanto comedida, algunos autores observan visos de inconstitucionalidad en el artículo 33 e) de la LORPM. Así, por ejemplo, SOBRÓN OSTOS, después de referirse a la STC 60/1995, a la que aludíamos en el texto, afirma:

«El Legislador ha querido ser respetuoso con el contenido de esta sentencia del Tribunal Constitucional y ha situado la práctica de estas diligencias en la fase intermedia aunque creo se plantearán numerosas dudas sobre la constitucionalidad de este precepto en orden a la posible contaminación del Juez de Menores que considere que procede la práctica de estas diligencias y en consecuencia las practique»

(Cfr. SOBRÓN OSTOS, F. “La fase intermedia en la Ley Reguladora de la responsabilidad penal de los menores...” Cit. Pág.179. PÁRAMO Y DE SANTIAGO, por su parte, propone:

«una interpretación del precepto que evitaría posteriores impugnaciones, vendrá determinada por la exigencia previa de una resolución judicial acordando la pertinencia de las pruebas propuestas mediante el auto de apertura de la audiencia y sobre esas el juez (considerando que no pueden celebrarse en el acto del juicio oral o audiencia), proceda a su práctica, antes del inicio de las sesiones, y siempre que se trate de pruebas reconstituidas (*sic.*) o anticipadas (...) cuya finalidad sea comprobar hechos, contrastarlos o verificarlos, que accederían al juicio a través de la prueba documental, sin perjuicio de la declaración en el acto de la vista por parte de las personas que las realizaron. En estos casos no existiría peligro de contaminación ni consideración alguna que permitiera suponer que el legislador perdió la imparcialidad objetiva».

Cfr. PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C. “Análisis del procedimiento. La fase de conocimiento del Juez. La preparación del Juicio y las diligencias del Juez. Naturaleza jurídica de las mismas. La fase decisoria. La sentencia. El sistema de recursos” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2001. Pág. 267.

⁵¹⁸ Cfr. CALATAYUD PÉREZ, E. “L.O. 5/2000. Fase intermedia...” Cit. Pág. 332.

Lo previsto en el artículo 33 e) de la LORPM, suscita serias dudas de constitucionalidad en la medida en que compromete la imparcialidad del Juez de Menores⁵¹⁹. Quiere advertirse, sin embargo, que a partir de esta conclusión no se pretende abonar el terreno para una mayor restricción del papel del Juez de Menores en el proceso de la LORPM. En este sentido, merece la pena reiterar que el control de la actividad investigadora del Fiscal de Menores es indefectible, singularmente desde la óptica del derecho a la defensa que asiste al menor imputado. Más bien al contrario, lo expuesto abunda en la propuesta de *lege ferenda*, expresada en otro apartado del trabajo, según la cual sería deseable la presencia de un «Juez de Garantías», distinto del que deba proceder al enjuiciamiento.

4.2. La remisión de lo actuado al órgano judicial competente.

Esta decisión implica que el Juez de Menores entiende que carece de competencia objetiva o territorial para el conocimiento de la causa.

La LORPM no contempla el tratamiento procesal de la competencia, por lo que el régimen aplicable será el previsto en la LECrim. En consecuencia, la falta de competencia objetiva se podrá denunciar tanto de oficio como a instancia de parte. De oficio, el Juez de Menores, en el momento en que considere que carece de competencia, deberá exponerlo así al tribunal que estime competente, el cual decidirá, oído el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas⁵²⁰. Huelga decir que la falta de competencia podrá ser apreciada por el Tribunal en cualquier momento del proceso, sin que sea preciso esperar al escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal.

⁵¹⁹ Para MONTERO AROCA, en cambio, podría tratarse de un supuesto de «incompatibilidad de funciones procesales». Vid. MONTERO AROCA, J. *La imparcialidad objetiva del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁵²⁰ Estimamos que el régimen de la LECrim, que se basa en la existencia de tribunales «superiores» e «inferiores», no resultaría aplicable en todos los supuestos, por lo que es preferible que el Juez de Menores se dirija al tribunal que estime competente como si éste fuese un «superior».

Si son las partes las que aducen falta de competencia objetiva, podrán ponerlo de manifiesto en momentos distintos del proceso en función de si se trata del Ministerio Fiscal, el letrado del menor, o el perjudicado personado en la causa.

El letrado del menor sólo podrá cuestionar la competencia del Juez de Menores en su escrito de alegaciones. En caso de denegarse, podrá reiterar su alegación al inicio del acto de audiencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 de la LORPM. Este será también el momento en el que el perjudicado personado en la causa podrá alegar la falta de competencia del Juez de Menores.

El Fiscal, por su parte, según dispone el artículo 21 de la LORPM, está facultado por sí mismo para la remisión de las actuaciones al órgano que estime legalmente competente, lo que a nuestro juicio no debe impedir que, en caso de que se aprecie falta de competencia objetiva, declare concluida la investigación y solicite al Juez de Menores que remita lo actuado al órgano competente⁵²¹.

Por lo que respecta a la competencia territorial, también podrá ser denunciada de oficio o a instancia de parte. De oficio, es posible que el Juez de Menores se inhiba del conocimiento del asunto a favor del órgano que estime competente o bien, por el contrario, que el órgano que se considere competente requiera al órgano que esté conociendo para que se inhiba y le remita las actuaciones. Si se plantea una cuestión de competencia que no se resuelve por acuerdo, deberá ser resuelta por el superior común⁵²².

⁵²¹ Como señala atinadamente ORNOSA FERNÁNDEZ, permitir que el Fiscal dé traslado de las actuaciones al órgano que estime competente comporta riesgos nada desdeñables, principalmente en orden al planteamiento de eventuales conflictos de competencias. ORNOSA FERNÁNDEZ. M^a. R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 259.

Distinto sería que ante la denuncia, el Fiscal apreciara que el asunto no es competencia de los Juzgados de Menores. En tal supuesto, como ya hemos dicho *Supra*. Pág. 192, lo procedente será la remisión de la denuncia al órgano competente.

⁵²² De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la LOPJ.

4.3. El sobreseimiento de las actuaciones, con o sin remisión de testimonio de las actuaciones a la entidad pública de protección de menores.

El Juez de Menores deberá acordar el sobreseimiento de las actuaciones en dos géneros de supuestos: si se solicita por parte del Ministerio Fiscal y cuando entienda que concurre alguno de los presupuestos que determinan dicha decisión.

En el primer caso, se constata una de las principales manifestaciones del principio acusatorio: «*nemo iudex sine actore*»⁵²³. En el segundo, nos hallamos sin duda ante una genuina facultad judicial de control de la acusación.

Si el Fiscal solicita el sobreseimiento de la causa, cabe plantearse si el Juez de Menores puede, en los términos del artículo 790.4 de la LECrim, someter la cuestión al superior jerárquico de dicho Fiscal⁵²⁴. Aunque la mayoría de los autores no halla obstáculo para que el Juez de Menores actúe en aplicación del referido precepto⁵²⁵, la Fiscalía General del Estado entiende que tal mecanismo debe reservarse para supuestos excepcionales⁵²⁶.

⁵²³ Por todos, ARMENTA DEU, T. *Principio acusatorio y derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1995.

⁵²⁴ Se alude a las disposiciones del procedimiento abreviado por cuanto, según la Disposición final primera de la LORPM, son de aplicación supletoria con preferencia a las relativas al procedimiento ordinario. Pero además, pretender la aplicación del artículo 642 sería completamente ilusorio dada la prohibición de ejercicio de acciones por particulares expresada en el artículo 25 de la LORPM. Entiende aplicable, en cambio, el artículo 644 de la LECrim ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 315. También la Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO alude a los artículos 642 y 644 de la LECrim.

⁵²⁵ Vid. VENTURA FACI, R. y PÉLAEZ PÉREZ, V. *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (comentarios y jurisprudencia)*. Colex. Madrid, 2000. Pág. 143. Es preciso destacar que dichos autores se refieren a esta facultad del juez como el «planteamiento de la tesis». Sin pronunciarse tajantemente sobre la cuestión, expone los principales problemas que suscita, SOBRÓN OSTOS, F. «La fase intermedia en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (artículos 32 a 34)» en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal». I-2000. Pág.174. También, con la salvedad que se explicaba en la nota anterior, ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R. Ob. Ant. Cit. Merece señalarse, empero, que la misma autora parece sostener lo contrario en su trabajo: «El Juez de Menores en la fase de instrucción del procedimiento penal de menores. Relaciones Fiscalía—Juzgado» en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. CGPJ, 2001. Pág. 217.

⁵²⁶ La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, a nuestro juicio, soslaya la cuestión mediante afirmaciones colmadas de vaguedad. Con todo, el punto más sorprendente es aquél en el que

Si, elevada la cuestión al superior jerárquico, éste estima correcta la solicitud de sobreseimiento, el Juez de Menores deberá dictar un auto que se ajuste a lo solicitado en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal.

Puede ocurrir, asimismo, que el Juez de Menores, aunque el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal contenga la solicitud de medida o medidas, entienda que procede el sobreseimiento —libre o provisional— de la causa. En este punto, como ya se ha señalado, es dónde se produce un verdadero control de la acusación.

Antes de abordar las cuestiones que encierra esta posibilidad es necesario recordar que si el Juez de Menores ha acordado la práctica de diligencias propuestas por el letrado del menor y denegadas durante la fase de instrucción por el Fiscal, es posible que las partes hayan modificado sus respectivos escritos de alegaciones, lo cual deberá ser tenido en cuenta por el órgano judicial a la hora de sopesar su decisión.

Sentado lo anterior, las facultades del juez de Menores deben examinarse separadamente en función de si el motivo por el cual entiende procedente el sobreseimiento es uno de los contemplados en la LECrim o, por el contrario, pertenece al ámbito de la LORPM.

En el primer caso, es obvio que nada impide al Juez de Menores decretar el sobreseimiento de las actuaciones, en los supuestos que se han explicado anteriormente⁵²⁷.

Más dudoso es, sin embargo, que el Juez de Menores pueda acordar el sobreseimiento por alguno de los supuestos previstos en la LORPM (conciliación, reparación o suficiente expresión del reproche), cuando el Fiscal no los haya apreciado en su escrito de alegaciones. Aunque no falta quien sostiene que se trata de una manifestación del principio de oportunidad reglada

se afirma que la consulta del Juez de Menores al superior jerárquico del Fiscal puede resultar útil para «corregir errores materiales que hubieran podido deslizarse en la petición de sobreseimiento».

⁵²⁷ Vid. *Supra*. Págs. 276 ss.

que en este caso se otorga al Juez de Menores⁵²⁸, a nuestro juicio es preferible que el Juez de Menores decrete la apertura de la audiencia a fin de poder oír, en el transcurso de la misma, al equipo técnico que elaboró el informe y, en su caso propuso la terminación del procedimiento sin imposición de medidas⁵²⁹.

Queda también por dilucidar en qué supuestos el Juez de Menores deberá remitir los particulares a la entidad pública de protección de menores. En este sentido, el artículo 33, letras b) y c) parecen claras: la remisión a la entidad pública de protección sólo procederá si así se solicita por el Fiscal de Menores y, por otra parte, existen dos clases de sobreseimiento (uno con archivo y otro sin él).

La primera afirmación, a pesar de la literalidad del precepto, resulta insostenible a todas luces. Aunque algunos autores entienden que el Juez de Menores no puede, de oficio, acordar la remisión de los particulares a la entidad pública de protección⁵³⁰, es obvio que esta decisión excede del proceso de menores e incide, exclusivamente, en la esfera de la protección⁵³¹. Por ello, aunque el Fiscal de Menores no lo solicite, si a la vista de las actuaciones practicadas el Juez de Menores entiende que el menor precisa de la actuación protectora de la Administración, no hay obstáculo para que proceda en tal sentido⁵³².

Por lo que respecta a la existencia de dos supuestos distintos de sobreseimiento, a pesar del tenor literal del precepto, entendemos que desde el

⁵²⁸ En este sentido DOLZ LAGO, M.J. *La responsabilidad penal del menor...*Cit. Pág. 169.

⁵²⁹ A riesgo de incurrir en la vaguedad que se criticaba anteriormente, debemos aceptar que, excepcionalmente, el Juez de Menores dicte el sobreseimiento de la causa. La «excepcionalidad», en este supuesto, vendría determinada por un informe del correspondiente equipo técnico en el que claramente se abogue por la terminación del procedimiento al haberse cumplido escrupulosamente con el compromiso de reparación o conciliación con la víctima.

⁵³⁰ En este sentido DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal del menor...*Cit. Pág.170.

⁵³¹ ORNOSA FERNÁNDEZ, abordando la cuestión desde un punto de vista distinto al del presente trabajo, entiende que la remisión a las entidades de protección deberá hacerse, por el Juez o por el Fiscal, en el momento en que se detecte que el menor necesita una actuación protectora. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho penal de menores*. Cit. Pág. 315.

⁵³² Es más, lo contrario supondría, a nuestro juicio, un incumplimiento por parte del Juez de Menores de lo dispuesto en el artículo 13.1 de la LOPJM.

plano de los efectos del sobreseimiento, y teniendo en cuenta lo expuesto en relación con la remisión de particulares a la entidad de protección, sólo puede hablarse, en puridad, de un supuesto de sobreseimiento. No obsta a esta afirmación el que la LORPM aluda tan sólo en un supuesto a la necesidad de motivación del auto que acuerda el sobreseimiento, puesto que la motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia constitucional insoslayable⁵³³.

En cuanto a los efectos del sobreseimiento, nos ceñiremos en este apartado al sobreseimiento libre, puesto que el sobreseimiento provisional ya ha sido objeto de atención en un apartado anterior⁵³⁴.

El auto de sobreseimiento libre tiene diversos efectos que pueden clasificarse atendiendo a si son comunes a cualquier tipo de sobreseimiento o particulares de dicha modalidad⁵³⁵. Entre los primeros, si el sobreseimiento es total, se encuentra el archivo de la causa y de las piezas de convicción que no tengan dueño conocido (artículo 634.III). Asimismo, deberán revocarse las medidas cautelares adoptadas durante el proceso. Si el sobreseimiento es parcial, deberá convocarse la audiencia para los imputados a quienes no beneficie. Como principal efecto particular del sobreseimiento libre, destaca que el auto, una vez firme, produce el efecto de cosa juzgada material e impide que el acusado pueda ser juzgado de nuevo por los mismos hechos.

El artículo 638 de la LECrim, además, contempla que en los supuestos de sobreseimiento libre recogidos en los dos primeros apartados del artículo 638⁵³⁶, se podrá declarar en el auto que «la formación de la causa no perjudica a la reputación de los procesados»⁵³⁷.

⁵³³ En este sentido se pronuncia la Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

⁵³⁴ *Vid. Supra.* Págs. 276 ss.

⁵³⁵ Sobre los efectos del sobreseimiento, *Vid.* TOMÉ GARCÍA, J.A. (con DE LA OLIVA; ARAGONESES; HINOJOSA; MUERZA) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Págs. 461 y 462.

⁵³⁶ Los dos supuestos a los que se refiere el precepto son: a) Inexistencia de indicios racionales de la perpetración del hecho; y b) atipicidad del mismo.

⁵³⁷ Los párrafos II y III del artículo 638 LECrim contemplan la posibilidad de ejercer acciones penales contra el querellante en su caso.

Finalmente, los recursos que proceden contra el auto de sobreseimiento se examinarán en un posterior epígrafe dedicado, genéricamente, al régimen de recursos frente a las decisiones que puede adoptar el Juez de Menores al amparo del artículo 33 de la LORPM.

4.4. La celebración de la audiencia.

Finalmente, descartados los supuestos anteriores, el Juez de Menores debe acordar, mediante auto, la celebración de la audiencia, que se substanciará por los trámites previstos en los artículos 34 a 37 de la LORPM⁵³⁸.

No obstante la pésima redacción del artículo 34, el auto por el que se decrete la apertura de la audiencia deberá indicar cuáles de las pruebas propuestas por las partes se admiten para su práctica durante las sesiones de la audiencia. El acto de la audiencia deberá señalarse —con indicación expresa del día y la hora— dentro de los diez días siguientes.

A la audiencia deberán ser convocados el Ministerio Fiscal, el perjudicado eventualmente personado, el letrado del menor, un representante del equipo técnico que haya elaborado el informe sobre el menor y el propio menor, que podrá estar acompañado de sus representantes legales.

La audiencia se celebrará si antes de su inicio el menor no presta su conformidad con los hechos y con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal en los términos del artículo 36⁵³⁹.

⁵³⁸ Sobre la celebración del acto de audiencia y de la sentencia, sin afán de exhaustividad, *vid.* : CARRERA, J. “El acto de audiencia y la sentencia penal en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero: estudio de los artículos 35 a 40” en <http://www.fiscalia.org> (1/10/2002); CALATAYUD PÉREZ, E. “L.O. 5/2000 Fase intermedia. Conclusión de la instrucción. Celebración de la audiencia y sentencia” en *la responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. «Cuadernos de Derecho Judicial». CGPJ, Madrid, 2001; TORRES ANDRÉS, J.M. “La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000.

⁵³⁹ Sobre los supuestos de conformidad, *Vid.* Capítulo Cuarto Págs. 399 ss.

5. RECURSOS FRENTE A LA DECISIÓN DEL JUEZ DE MENORES. UNA BREVE APROXIMACIÓN.

El último párrafo del artículo 33, establece que «contra las precedentes resoluciones del Juez de Menores cabrán los recursos previstos en esta Ley». Para ofrecer una sucinta aproximación al régimen de recursos es preciso acudir al artículo 41 de la LORPM.

De acuerdo con lo dispuesto en dicho precepto, es preciso distinguir entre las resoluciones que ponen fin al proceso y aquellas otras que no. De acuerdo con lo expuesto hasta este punto, tan sólo ponen fin al proceso los autos de sobreseimiento libre. Frente a los mismos, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 41, cabe recurso de apelación ante la Sección de Menores de la Audiencia Provincial correspondiente, por los trámites del procedimiento abreviado. Entre las resoluciones que no ponen fin al proceso es preciso distinguir aún entre el régimen del auto que acuerda la remisión de las actuaciones al órgano que se estime competente y el correspondiente al auto por el que se acuerda la práctica de las pruebas propuestas por el letrado del menor.

En el segundo supuesto, es posible interponer recurso de reforma ante el propio órgano, en los términos del apartado segundo del artículo 41.

En el primero, por el contrario, el régimen de recursos aplicable no será el previsto en la LORPM sino en la LECrim especialmente en lo referido a la competencia de los juzgados y tribunales.

Sección Segunda: Medidas Cautelares.

I. INTRODUCCIÓN.

1. UN APUNTE METODOLÓGICO.

La inclusión, en el marco del capítulo dedicado a la instrucción del procedimiento, de una sección dedicada a las medidas cautelares, obedece fundamentalmente a razones de orden sistemático. La doctrina procesal incluye, mayoritariamente, el estudio de las medidas cautelares en el apartado dedicado a la fase de investigación del proceso penal, dado que es en dicha fase cuando cabe adoptar tales medidas.

Cabe adelantar que no se pretende un estudio exhaustivo de las medidas cautelares reguladas en la LORPM, sino sólo poner de manifiesto algunos de los aspectos que, a nuestro juicio, pueden considerarse más relevantes o más novedosos con respecto a la regulación de las medidas cautelares en el proceso penal de adultos.

Por ello, en primer lugar, se ofrece un somero análisis comparativo entre ambas regulaciones —la de la LORPM y la de la LECrim—, ceñido al concepto, los fines y los caracteres de las medidas cautelares previstas en ambas normas.

A continuación se aborda el estudio de las medidas cautelares en el proceso de menores, teniendo en cuenta la distinción que la propia LORPM realiza entre medidas cautelares que pueden adoptarse en el seno del proceso penal —o por mejor expresarlo, aquéllas que responden a fines de naturaleza sancionadora-educativa—, y medidas cautelares que pueden adoptarse en caso de exención de la responsabilidad. Si bien tanto unas como otras pueden adoptarse en el transcurso del proceso, las segundas, en principio, tan sólo serán aplicables a aquellos menores de quienes se acredite su inimputabilidad en los términos del artículo 5 de la LORPM.

A efectos sistemáticos parece adecuado analizar ambas categorías de forma separada. Por ello, en primer lugar y bajo la denominación genérica «medidas cautelares» se estudiarán las medidas reguladas en el artículo 28, es decir, las que se enmarcan propiamente en el proceso penal de menores. En

segundo lugar se estudiarán las medidas adoptables en los supuestos de exención de la responsabilidad.

Finalmente, parece oportuna una breve reflexión sobre la reciente reforma de la legislación catalana de protección de menores. Recientemente, el *Parlament de Catalunya* ha aprobado una reforma de la legislación protectora de menores que contempla, entre otras medidas, la posibilidad de adoptar, por parte de la administración, medidas de contenido muy similar al internamiento en régimen cerrado previsto en la LORPM.

Lo novedoso de esta regulación y muy especialmente los problemas que pueden derivarse de la interacción entre medidas de corte protector y medidas de orden sancionador-educativo justifican, desde nuestro punto de vista, un cierto desvío con respecto al objetivo trazado para el presente trabajo.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES: CONCEPTO, CARACTERES Y FINES. BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA LORPM Y LA LECrim.

En el proceso penal de adultos, se consideran medidas cautelares las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su calidad de imputado, y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA y CORTES DOMÍNGUEZ) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 480.

ARAGONESES MARTÍNEZ, [(con DE LA OLIVA; HINOJOSA; MUERZA; TOMÉ) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág.411] Define las medidas cautelares como aquellos actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del *ius puniendi*.

Los principales caracteres o notas de dichas medidas aseguratorias son los siguientes: jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad⁵⁴¹.

La **jurisdiccionalidad** significa que las medidas cautelares tan sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente. Las medidas cautelares deben ser, necesariamente, **instrumentales** a un proceso en curso, lo que significa que finalizado dicho proceso, deben cesar también las medidas. Las medidas cautelares son instrumentales porque posibilitan o facilitan que la resolución que ponga fin al proceso sea eficaz en la práctica⁵⁴². Son asimismo **provisionales**, es decir, están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, de modo que, caso de que se produzca alguna alteración sustancial de las circunstancias durante la ejecución de la medida, ésta deberá modificarse para adaptarse a aquéllas. Finalmente, las medidas deberán ser **proporcionales**, esto es, adecuadas al fin que con las mismas se pretende.

En la LORPM, las medidas cautelares presentan algunos de los rasgos apuntados, si bien con algunos matices que determinan que el concepto transcrito al inicio del presente apartado no sea trasladable al régimen cautelar previsto para los menores infractores. Para aproximarse a un concepto de

⁵⁴¹ ARAGONESES MARTÍNEZ, S. Ob. Loc. Ant. Cit.

Merece señalarse que la doctrina no coincide a la hora de señalar cuáles son los caracteres de las medidas cautelares. Si bien mayoritariamente se acepta su naturaleza jurisdiccional y su instrumentalidad, las notas de provisionalidad y de proporcionalidad no están reconocidas por la totalidad de los autores. A título de ejemplo, GIMENO SENDRA sostiene que se trata de actos jurisdiccionales, instrumentales a un proceso en curso, que presentan además las notas de **provisionalidad** (como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso, y están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, es decir, tan sólo deben permanecer en tanto subsistan los presupuestos que las han justificado) y de **homogeneidad** (las medidas cautelares son homogéneas, aunque no idénticas, con las medidas ejecutivas a las que tienden a preordenar). El autor admite además que, en ocasiones, las medidas cautelares son también **temporales** por cuanto el legislador ha establecido un tiempo máximo de duración de las mismas. Cfr. GIMENO SENDRA, V. (con CONDE PUMPIDO-TOURON y GARBERÍ LLOBREGAT) *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000. Pág. 18 ss.

ILLESCAS RUS, por su parte, entiende que además de las notas apuntadas en el texto y de las propuestas por GIMENO SENDRA, las medidas cautelares presentan los caracteres de **Urgencia, sumariedad y ausencia de contradicción, y sumisión a los principios rectores del proceso penal**. Cfr. ILLESCAS RUS, A-V. "Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal" en «Revista de Derecho Procesal», núm. 1, 1995. Págs. 69 ss.

medidas cautelares que resulte válido para el régimen previsto en la LORPM es preciso, previamente, analizar tanto los fines como los caracteres de las medidas previstas en dicha norma.

En la LECrim las medidas cautelares tienen como fin principal el aseguramiento de los efectos civiles y penales de la sentencia que pueda recaer en el proceso en el que se acuerden.

Respecto al proceso de menores debe apuntarse una primera diferencia: las medidas cautelares, previstas en el artículo 28 de la LORPM, tan sólo contemplan el aseguramiento de los efectos sancionadores–educativos, con exclusión de los efectos civiles porque, como es sabido, la responsabilidad civil que pueda derivarse de las infracciones penales cometidas por menores debe ser resuelta en la pieza separada que se regula en los artículos 61 a 68 de dicha norma. En suma, en el proceso de menores no se contempla la existencia de medidas cautelares de naturaleza real, tendentes al aseguramiento de eventuales responsabilidades de naturaleza civil.

Por otra parte, mientras que en los procesos penales de adultos las medidas cautelares persiguen el aseguramiento de la sentencia que eventualmente pueda recaer sobre el imputado, en el proceso de menores se persigue un doble fin: la **custodia** del menor, y su **defensa**. Amén de dichos fines, la adopción de medidas cautelares responde también al fin aseguratorio de la eventual sentencia, tal y como se desprende de la lectura de los apartados 2 y 5 del artículo 28 de la LORPM. Ciertamente, además, la custodia del menor sometido a expediente no puede perseguir otro fin (dado que su protección se considera como una finalidad distinta) que el de evitar que el menor eluda la acción de la justicia.

⁵⁴² Cfr. ORTELLS RAMOS, M. "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal" en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», núm. 5, 1978. Págs. 466 y 467.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LORPM.

1. FINES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Como se ha indicado, en la LECrim, las medidas cautelares obedecen principalmente al fin de asegurar los efectos civiles y penales de la sentencia que recaiga en el proceso en el que se acuerden. En la LORPM, por su parte, los fines de dichas medidas aparecen determinados en el artículo 28.1, según el cual, «las medidas cautelares se acordarán para la **custodia y defensa del menor expedientado**».

La previsión del precepto, ciertamente desafortunada, resulta de difícil comprensión. Como se ha señalado: ¿de qué o de quién debe defenderse al menor? Y más aún ¿el término «custodia», no se compadece más con medidas de corte protector, ajenas por completo a los fines de la LORPM y más bien propias de otras normas?⁵⁴³.

No sin forzar considerablemente el tenor literal del artículo 28.1, podría entenderse que la **custodia** del menor equivale a su protección, en el medio adecuado, frente a eventuales agresiones de las que pudiera ser víctima. Asimismo, la custodia del menor sería procedente en aquellos supuestos en los que su entorno familiar pudiera considerarse generador de influencias claramente negativas para el menor, singularmente en relación con los hechos que se le atribuyen. En esta línea hermenéutica, la **defensa** del menor devendría un concepto de difícil integración, por cuanto podría entenderse comprendido en los fines perseguidos con la finalidad de custodia del mismo.

Podría entenderse asimismo que la custodia del menor obedece a la necesidad de que éste no impida u obstaculice la acción de la justicia, mientras que la defensa del menor implica los fines que antes se han explicado con respecto a la custodia, es decir, su protección frente a agresiones de las que el

⁵⁴³ Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, A. "Las medidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores" en *La responsabilidad Penal de los Menores: aspectos sustantivos y procesales*. «Cuadernos de Derecho Judicial»(III), CGPJ. Madrid. 2001. Pág. 461.

menor pudiera ser víctima o, incluso, su apartamiento de un entorno que le resulta perjudicial.

Tanto una como otra interpretación, sin embargo, presentan severas deficiencias. La primera, como ya se ha indicado, conlleva que el término «defensa del menor» devenga radicalmente superfluo. La segunda, por su parte, tampoco aporta novedades significativas respecto al régimen general de las medidas cautelares, por cuanto uno de sus fines principales consiste precisamente en el aseguramiento del proceso y del cumplimiento de la eventual sentencia. Las medidas cautelares aseguran tanto la presencia del inculpado en el juicio oral, como que éste no pueda obstaculizar la acción de la justicia.

A la vista de lo expuesto, cabe plantearse si realmente las medidas cautelares previstas en el artículo 28 persiguen finalidades específicas y diferenciadas de las propias de las medidas cautelares del proceso penal de adultos, o si, por el contrario, la cláusula que reproducíamos al inicio del presente apartado es una mera cláusula de estilo, absolutamente vacía de contenido efectivo.

Desde nuestro punto de vista, no puede sostenerse que, en lo relativo a sus fines, las medidas cautelares previstas en la LORPM difieran considerablemente del régimen de la LECrim. No obstante, cabría matizar esta afirmación, al menos con respecto a la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo —que se estudiará más pormenorizadamente en su momento—, de la que cabría predicar que, además de permitir el aseguramiento del proceso y de la eventual sentencia, tiende a la protección del menor sometido a expediente en la medida en que permite su alejamiento de un entorno que le puede resultar perjudicial.

A esta conclusión podría objetársele que las medidas de internamiento también pueden cumplir con dicha finalidad; ahora bien, entendemos que tales medidas, como habrá ocasión de explicar en su momento, responden estrictamente al fin aseguratorio por cuanto sólo podrán adoptarse en los casos en los que el delito que se impute al menor revista cierta gravedad.

2. PRESUPUESTOS: *FUMUS BONI IURIS* Y *PERICULUM IN MORA*. SU INNECESARIA CONCURRENCIA.

La adopción de cualquiera de las medidas cautelares previstas en el artículo 28 de la LORPM está sometida, con carácter común, a la concurrencia de ciertos presupuestos y requisitos. Únicamente en caso de que se solicite la adopción, con carácter cautelar, de una medida de internamiento (cualquiera que sea la naturaleza de éste), la LORPM contempla la necesidad de celebrar una comparecencia en los términos que se explicarán más adelante.

En el proceso penal de adultos, se consideran como presupuestos de las medidas cautelares el «*fumus boni iuris*» y el «*periculum in mora*»⁵⁴⁴. En apretada síntesis, el primero consiste en la apariencia de buen derecho, o lo que es lo mismo, en la existencia de indicios suficientes que acrediten la participación del sujeto en los hechos que se le imputan; el segundo es la «actitud sospechosa de inculpado, es decir, que se pueda temer que con su conducta obstaculizará o impedirá el desarrollo normal del proceso»⁵⁴⁵

La LECrim exige siempre la concurrencia de ambos presupuestos como condición ineludible para poder adoptar una medida cautelar. Si tan sólo puede acreditarse uno de ellos, no procede decretar medida cautelar alguna. En idéntico sentido, si durante el cumplimiento de una medida desaparece uno de los dos presupuestos, la medida deberá alzarse de inmediato.

En la LORPM, el régimen de las medidas cautelares difiere considerablemente del expuesto en el párrafo anterior: la mera concurrencia de uno de los presupuestos explicados justifica suficientemente la adopción de una medida cautelar. No es posible, a nuestro juicio, interpretar de otra forma el primer inciso del artículo 28.1:

⁵⁴⁴ La doctrina es unánime en este aspecto, aunque las denominaciones varían. ARAGONESES MARTÍNEZ utiliza los términos «verosimilitud» y «sospecha» para referirse, respectivamente al «*fumus boni iuris*» y al «*periculum in mora*» [Vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (Con DE LA OLIVA; HINOJOSA; MUERZA; TOMÉ) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 382. ORTELLS RAMOS (Con MONTERO; GÓMEZ COLOMER; MONTÓN) *Derecho Jurisdiccional III*. Cit. Págs. 547-548, GIMENO SENDRA (Con MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 480-481; y ARMENTA DEU (Con ORMAZÁBAL) *Lliçons de dret processal penal*. Cit. Pág 184. se refieren a los presupuestos de las medidas cautelares con los términos utilizados en el texto.

⁵⁴⁵ ARAGONESES MARTÍNEZ, S. Ob. Loc. Ant. cit.

«El Ministerio Fiscal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor»⁵⁴⁶.

Efectivamente, la literalidad del precepto sólo puede interpretarse de forma que la mera concurrencia bien de indicios de la comisión de un delito, bien del riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia, sustentan la adopción de una medida cautelar⁵⁴⁷.

Esta previsión resulta, desde nuestro punto de vista, absolutamente inadmisibile. Las razones son diversas y deben analizarse separadamente.

En primer lugar, como ya se ha dicho, las medidas cautelares tienen como una de sus finalidades principales el aseguramiento del proceso y de la sentencia. La ausencia de este rasgo desnaturalizaría de tal forma la medida que difícilmente podría sostenerse que se tratara de una auténtica medida cautelar. En el caso que nos ocupa, la posibilidad de acordar una medida cautelar con el único fundamento de la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito, equivale a convertir a la medida en un mero adelanto del eventual contenido de la sentencia y supone además la desaparición de la nota de instrumentalidad, pues sin la concurrencia del *periculum in mora* no puede estimarse necesaria la adopción de medida cautelar alguna⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ El subrayado es nuestro.

⁵⁴⁷ En el mismo sentido, RÍOS MARTÍN, J.C y SEGOVIA BERNABÉ, J.L. "La Ley de responsabilidad penal de los menores. Cambio de paradigma: del niño en *peligro* al niño *peligroso*" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000. Pág. 558. Dichos autores entienden que sería preciso cambiar la conjunción «o» por la más adecuada «y».

⁵⁴⁸ En relación con la medida cautelar de prisión provisional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara al respecto: (...) ésta ha de basarse en la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y que ha de tener como objetivo la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, concretando como elemento constitutivo de estos fines la conjunción de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: «su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva». SsTC 207/2000 (Sala Segunda), de 24 julio (Ponente: JIMÉNEZ SÁNCHEZ); 23/2002 (Sala Segunda), de 28 enero (Ponente: CACHÓN VILLAR); 8/2002 (Sala Segunda), de 14 enero (Ponente: CACHÓN VILLAR), entre otras.

En la otra cara de la moneda, la sola apreciación del *periculum in mora* abre la posibilidad de que las medidas cautelares se adopten ante la mera presentación de una denuncia, es decir, sin que existan indicios racionales de la comisión del delito y de la participación del denunciado en el mismo. La instrumentalidad de la medida, en tal supuesto, también se quebraría por cuanto la adopción de una medida no perseguiría tanto el aseguramiento de la resolución sino del propio proceso. La medida cautelar, en definitiva, se dirigiría tan sólo a asegurar la eficacia de la investigación, bien de los hechos, bien de la participación del menor en los mismos, prescindiendo de la existencia de indicios racionales de la comisión del delito y de la participación del menor en el mismo.

Sin menoscabo de resaltar una vez más la poca sensibilidad procesal de la LORPM (que, como ha habido ocasión de señalar, se pone de manifiesto en otros preceptos de la norma), son precisas dos consideraciones.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional, en relación con las medidas cautelares, sostiene una interpretación específica de la nota de instrumentalidad, entendiendo que se trata de la persecución de un fin constitucionalmente legítimo, que no tiene, por tanto, que ceñirse al aseguramiento de la resolución definitiva. En consecuencia, cabe entender que la limitación de derechos que conlleva la adopción de cualquiera de las medidas previstas como cautelares por la LORPM puede obedecer a finalidades distintas a las puramente aseguratorias de la sentencia. Desde este punto de vista, la posibilidad de adoptar una medida cautelar ante la presencia, únicamente, de indicios racionales de criminalidad, puede responder a la finalidad de evitar que el menor delinca de nuevo o, simplemente, a la desaparición de la alarma social. Si se trata, por el contrario, de la mera concurrencia de *periculum in mora*, la medida cautelar puede justificarse al socaire del fin legítimo de asegurar la consecución de pruebas inculpatórias, si bien en tal caso consideramos exigible una mínima certeza sobre la participación del menor en los hechos delictivos.

En segundo lugar nos parece muy significativa la interpretación que la Fiscalía General del Estado hace del primer inciso del artículo 28. Sin

justificación ni consideración alguna, alguna, estima la FGE que para solicitar la adopción de una medida cautelar, deberán **concurrir** en el menor indicios racionales de participación en el delito **y** comprobarse **además** la existencia de un riesgo de fuga o de obstrucción a la justicia por parte del menor⁵⁴⁹.

3. REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.

Amén de la concurrencia de los presupuestos comunes de las medidas cautelares, la LORPM regula una serie de requisitos previos a su adopción. Entre los mismos, algunos afectan a todas las medidas cautelares previstas, mientras que otros atañen sólo a la medida cautelar de internamiento, no siendo exigibles, en consecuencia, cuando se soliciten las medidas de libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Se trata, adelantando brevemente conceptos, de la necesidad de una comparecencia previa a la adopción de la medida cautelar más gravosa, excluyéndose en los restantes casos.

3.1. Requisitos comunes a todas las medidas cautelares: instancia de parte y contradicción.

3.1.1. Instancia de parte.

Las medidas cautelares tan sólo podrán adoptarse a petición del Fiscal de menores (artículo 28.1 LORPM).

Tres son las cuestiones que merecen analizarse en este concreto aspecto: una de ellas, atañe al ámbito en el que pueden adoptarse las medidas cautelares, las otras dos, a los sujetos legitimados para solicitar su adopción.

En primer lugar la necesidad de que la adopción de una medida cautelar se inste frente a menores a quienes se haya abierto un expediente; en segundo

⁵⁴⁹ Cfr. Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Cit. Los subrayados son nuestros.

lugar, la posibilidad de que el perjudicado, si se ha personado en la causa, inste la adopción de alguna medida cautelar. Finalmente es preciso cuestionarse acerca de la posibilidad de que el letrado del menor inste la adopción de una medida cautelar para su defendido.

a) Por lo que respecta a la necesidad de que el menor para quien se solicita la adopción de una medida cautelar sea sujeto de un expediente, ésta se infiere claramente de lo dispuesto en el propio artículo 28.1: (...) para la custodia y defensa del menor expedientado. A mayor abundamiento, si cabe, merece citarse lo dispuesto en el artículo 17.5 de la LORPM:

«Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento a que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a disposición del Juez de Menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares, con arreglo a lo establecido en el artículo 28.»

Del precepto transcrito se desprende con claridad que las medidas cautelares tan sólo podrán adoptarse una vez incoado el expediente. No cabe, en consecuencia, la adopción de medidas cautelares en fase de diligencias preliminares.

b) En lo tocante a la posibilidad de que el perjudicado inste la adopción de una medida cautelar, la claridad de la LORPM en este sentido es meridiana: se faculta exclusivamente al Ministerio Fiscal.

Merece señalarse que la Fiscalía General del Estado se muestra contraria a dicha posibilidad, argumentando que no «estando prevista legalmente la audiencia del perjudicado antes de adoptar cualquiera de estas decisiones (se refiere, además de las medidas cautelares, a la declaración del secreto del expediente y a la práctica de diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales), tampoco se le puede considerar legalmente autorizado a solicitar por sí la adopción de las mismas»⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ *Íbidem.*

Ello no obstante, como ya se apuntaba anteriormente, nada parece impedir que el perjudicado personado en la causa, inste al Fiscal de Menores para que éste, a su vez, solicite del Juez de Menores competente la adopción de una medida cautelar.

c) Finalmente, en lo que respecta a la posibilidad de que sea el letrado del menor quien inste ante el Juzgado la adopción de una medida cautelar para su defendido, es preciso adelantar que, como ya se ha explicado compete exclusivamente al Fiscal la facultad de instar la adopción de medidas cautelares. Ello no obstante, cabe que ante la petición del Fiscal, el letrado del menor solicite la adopción de una medida cautelar que implique una mayor restricción de derechos, en interés de su defendido. Es más, se ha llegado a aceptar que las medidas cautelares sean impuestas a petición del propio imputado y de su defensa.

En este sentido, merecen citarse la Sentencia del Juzgado de Menores Núm.1 de Cádiz, de 20 de marzo de 2001, y el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 30 de marzo de 2001. Estas resoluciones se enmarcan en el proceso seguido por el tristemente conocido caso de las «niñas de San Fernando», en el que dos menores fueron condenadas, por los delitos de asesinato de otra menor y de conspiración para el asesinato, a medidas de internamiento por tiempo de ocho años y de libertad vigilada por tiempo de cinco años. El Auto es consecuencia de la petición, por parte del Fiscal de Menores, de que para el supuesto de que la Sentencia citada fuera recurrida — lo que impediría, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la LORPM, su ejecución—, se acuerde como medida cautelar la libertad vigilada de las menores. Los letrados de las menores condenadas solicitan, por su parte, la prórroga de la medida de internamiento a la que venían sometidas las menores hasta el momento. La Sala atiende la petición de las defensas sin cuestionar en ningún momento su legitimación para solicitar tal medida. Por su parte, en la Sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de Menores de Cádiz, se declara expresamente probado que las menores imputadas «se encuentran ingresadas con carácter cautelar y en régimen cerrado en los centros (...) a

solicitud de las propias imputadas, los representantes legales de una de ellas, y los letrados de ambas(...)»⁵⁵¹.

3.1.2. Contradicción.

Para la adopción de una medida cautelar solicitada por el Fiscal de Menores es preciso que el Juez de Menores oiga al letrado del menor y no sólo al equipo técnico sino también a la entidad pública de protección o reforma de menores.

Tratándose de la medida cautelar de internamiento, dicha contradicción deberá hacerse efectiva en el transcurso de una comparecencia que deberá celebrarse al efecto en los términos que se explicarán en el siguiente apartado.

El equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores deberán informar especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, que finalmente deberá ser adoptada por el Juez de Menores tomando en especial consideración el interés del menor. Aunque la LORPM no lo especifique, los profesionales citados deberán informar acerca de la adecuación de la medida o medidas propuestas al interés concreto del menor.

Entendemos que ni el equipo técnico ni la entidad pública deberían pronunciarse acerca de los hechos que se imputan al menor, es decir, que su función debe limitarse a informar acerca de la adecuación de la medida solicitada por el Fiscal —atendiendo principalmente a la naturaleza de los hechos y al riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor— a las circunstancias del menor, evitando, en la medida de lo posible, cualquier pronunciamiento relativo a la naturaleza o la gravedad de los hechos.

El letrado del menor, por su parte, podrá oponerse a la adopción de medidas o proponer una medida distinta a la solicitada por el Fiscal. La decisión del Juez de Menores deberá ajustarse a lo solicitado por las partes, no

⁵⁵¹ Que nosotros sepamos no existen, por el momento, otras resoluciones en sentido parecido o idéntico.

pudiendo imponer una medida más gravosa ni de mayor duración que la solicitada por aquéllas⁵⁵².

Finalmente, el Juez de Menores deberá oír al menor expedientado, en cumplimiento de lo previsto en el apartado c) del artículo 22.1 de la LORPM⁵⁵³.

3.2. Requisitos específicos para la adopción de la medida cautelar de internamiento.

Para la adopción de una medida cautelar de internamiento, el Juez de Menores deberá atender tanto a la gravedad de los hechos como a su repercusión y a la alarma social producida a raíz de los mismos. En cualquier caso deberá valorar asimismo las circunstancias personales y sociales del menor.

Como se ha venido señalando, en caso de que se solicite la adopción de la medida cautelar de internamiento —en cualquiera de sus modalidades— el Juez de Menores deberá convocar una comparecencia, a la que asistirán el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y un representante del equipo técnico y uno de la entidad pública de protección o de reforma de menores (artículo 28.2). Huelga reiterar que a dicha comparecencia deberá asistir también el menor, excepto si el Juez lo considera perturbador para el interés de aquél⁵⁵⁴.

La necesidad de celebrar una comparecencia cuando se soliciten medidas cautelares consistentes en el internamiento del menor se justifica, probablemente, en la gravosidad de tales medidas.

Sin embargo, no cabe descartar que dicha previsión responda al afán de legislador por trasladar al proceso de menores las garantías reconocidas por la

⁵⁵² Por aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 8 de la LORPM.

⁵⁵³ Adviértase, no obstante, que el artículo 28 no menciona la audiencia al menor en ninguno de sus pasajes.

⁵⁵⁴ Por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 37.4 de la LORPM para la celebración de la audiencia.

LECrim a los adultos⁵⁵⁵. De ser así, cabe tener en cuenta que la comparecencia prevista en el artículo 504 bis 2 de la LECrim, se concibió como una «limitación de la iniciativa judicial»⁵⁵⁶, que se ha interpretado como «un tributo al principio acusatorio y al principio de contradicción»⁵⁵⁷, por lo que su introducción en el proceso de menores bajo idéntico prisma resultaría, cuanto menos, absurda⁵⁵⁸.

La celebración de la comparecencia permite practicar la prueba eventualmente propuesta por el Fiscal o por el letrado del menor.

Sólo se podrán aceptar por el Juez de Menores aquellas pruebas que — además de ser pertinentes, necesarias y válidas— puedan practicarse en el mismo acto o en las veinticuatro horas siguientes. Ante el silencio de la norma puede entenderse que las pruebas pueden versar tanto sobre los hechos cuanto sobre las circunstancias del menor, por lo que no debe descartarse que el letrado del menor proponga como prueba, si lo estima conveniente, el informe de entidades públicas o privadas que tengan conocimiento de la situación del menor expedientado.

El tiempo en que debe celebrarse la comparecencia dependerá, como es lógico, del momento en que el Fiscal de menores inste la adopción de la medida cautelar de internamiento. Si se solicita el internamiento cautelar a raíz de la detención del menor, por aplicación supletoria del artículo 497.1 de la LECrim, la comparecencia deberá celebrarse en el plazo de 72 horas. Aunque

⁵⁵⁵ Así lo corrobora la admisión de una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco— PNV, a partir de la cual se añadió el actual §II al artículo 28.2 («En dicha comparecencia, el Ministerio Fiscal y el letrado del menor podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes»). La justificación de dicha enmienda era la siguiente:

«Por analogía con lo dispuesto en el artículo 504 bis número 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El menor no puede ser de peor condición que el mayor.»

Vid. «BOGC. Congreso de los Diputados» VI Legislatura, núm. 144-10, 16 de marzo de 1999. Pág.186.

⁵⁵⁶ Cfr. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. (Apartado VII.3).

⁵⁵⁷ MORENO CATENA, V. (Con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 533.

⁵⁵⁸ En la medida en que la iniciativa judicial se coarta en relación con cualquier medida cautelar, a tenor de lo dispuesto en el apartado primero del propio artículo 28.

hay quien sostiene que dichas 72 horas deberán computarse a partir de la puesta a disposición judicial⁵⁵⁹, a nuestro juicio el plazo debe empezar a computarse a partir del momento de la detención o, como mucho, a partir del momento en que el menor es puesto a disposición del Fiscal de menores⁵⁶⁰. Computar las 72 horas desde el momento en que el menor es puesto a disposición del Juez de Menores supone alargar la detención hasta un total de 96 horas o, lo que es lo mismo, cuatro días, lo cual difícilmente se compadece con el interés del menor.

Se ha apuntado asimismo la posibilidad de que, en caso de no poderse celebrar la comparecencia en el plazo señalado, el Juez de menores, por aplicación analógica del artículo 504 bis 2 y 4 de la LECrim, acuerde el internamiento del menor, mediante auto motivado, y convoque de nuevo la comparecencia a celebrar en el plazo de las siguientes setenta y dos horas⁵⁶¹. Esta posibilidad debe reservarse, entendemos, para supuestos excepcionales, en los que además de un riesgo de fuga evidente y de un nivel considerable de gravedad de los hechos, se justifique suficientemente la imposibilidad de celebrar la comparecencia en el plazo indicado.

Finalmente, en relación con la duración de la comparecencia, hay que tener en cuenta que, a los efectos de practicar las pruebas previstas en el artículo 28.2 se contempla un plazo de veinticuatro horas. Si el letrado del Menor o el Fiscal proponen la práctica de algún medio de prueba que no pueda realizarse en el acto, el Juez de Menores deberá suspender la comparecencia y convocarla para el momento en que sea posible la práctica de aquellas pruebas que estime pertinentes. En ningún caso la comparecencia debería convocarse pasadas veinticuatro horas, si bien no puede descartarse que en supuestos excepcionales, el Juez haga uso de la posibilidad de convocar una

⁵⁵⁹ Cfr. Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

⁵⁶⁰ Como se ha explicado anteriormente, la policía judicial deberá poner el menor detenido a disposición del Fiscal en el transcurso de las veinticuatro horas siguientes a la detención (artículo 17.4 LORPM).

⁵⁶¹ Cfr. Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

nueva comparecencia en el plazo de setenta y dos horas al que nos referíamos en el párrafo anterior.

4. DURACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. SU ABONO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS.

4.1. Duración de las medidas cautelares La posibilidad de su mantenimiento después de dictada la sentencia.

La duración de las medidas cautelares varía en función de la intensidad o gravosidad de las mismas. Así, mientras que las medidas de libertad vigilada y convivencia con otra persona, grupo o familia pueden mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia, e incluso durante la sustanciación de eventuales recursos, la medida cautelar de internamiento tiene una duración máxima de tres meses, prorrogables por otros tres meses como máximo.

La prórroga de la medida de internamiento deberá ser acordada mediante auto motivado, a instancia del Ministerio Fiscal. Sin embargo, en consonancia con lo explicado anteriormente, nada impide que la prórroga de la medida sea solicitada por la defensa del menor.

Cabe plantearse, asimismo, si para ordenar la prórroga de la medida cautelar de internamiento es precisa la celebración de una comparecencia idéntica a la prevista para su adopción inicial. A nuestro juicio, dicha comparecencia no es necesaria, siempre que, antes de adoptar la decisión que estime conveniente, el Juez de Menores oiga tanto al menor como a su letrado. En cuanto al informe del equipo técnico, quizá sería más adecuada la intervención de un representante del centro en el que el menor cumpla la medida cautelar.

En otro orden de cosas, es preciso plantearse la posibilidad de que las medidas cautelares previstas en la LORPM se insten durante la fase de

recursos⁵⁶². En un apartado anterior se aludía a ciertas resoluciones judiciales que contemplaron dicha posibilidad, y dado que, por ahora, no existen otras fuentes —doctrinales, jurisprudenciales ni, por supuesto, legislativas— a las que acudir, se estima conveniente un somero análisis de las mismas en lo tocante a este concreto aspecto.

Previamente, empero, es preciso aclarar lo siguiente: la LORPM es suficientemente expresiva en relación con las medidas cautelares distintas del internamiento, con lo cual, tanto la libertad vigilada como la convivencia con persona, grupo o familia pueden adoptarse y mantenerse hasta la celebración del acto de audiencia o **durante la sustanciación de los eventuales recursos.**

La posibilidad de mantener la medida de internamiento con carácter cautelar durante la eventual fase de impugnación de la sentencia, en cambio, no está contemplada, como ya se ha dicho, en ningún precepto de la LORPM.

La Audiencia Provincial de Cádiz, en su Auto de 30 de marzo de 2001, se enfrentó a esta espinosa cuestión con ocasión del recurso de apelación presentado por los letrados de la defensa de las menores R.C.T. e I.R.S.G. condenadas como autoras de un delito de asesinato y otro de conspiración para el asesinato⁵⁶³. Sucintamente, la cuestión a la que se enfrentaba la Audiencia Provincial era la siguiente: las menores habían cumplido un total de nueve meses de internamiento en régimen cerrado como medida cautelar. El Fiscal solicitó la imposición de la medida cautelar de libertad vigilada mientras se sustanciaran los eventuales recursos. Por su parte, los letrados de las

⁵⁶² Como ya ha habido ocasión de señalar, las sentencias condenatorias dictadas por los Juzgados de Menores sólo serán ejecutables, a tenor de lo dispuesto en el artículo 43, cuando adquieran la condición de firmes.

⁵⁶³ Sobre el caso conocido como «las niñas de San Fernando» existe una copiosa literatura periodística, puesto que fue uno de los primeros casos con singular relevancia mediática que se sometía a la entonces reciente Ley de Responsabilidad Pena de los Menores.

menores instaron la continuación de la medida cautelar de internamiento en interés de las menores⁵⁶⁴.

La Audiencia Provincial de Cádiz, acertadamente a nuestro juicio, estimó que la aplicación supletoria de la LECrim permitía acordar la medida de internamiento por cuanto, a tenor de lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 504 LECrim es posible prolongar la prisión provisional del inculpado hasta el límite de la mitad de la sentencia cuando ésta hubiere sido recurrida⁵⁶⁵.

En consecuencia, a tenor de lo explicado, cabe sostener que la medida cautelar de internamiento puede acordarse mientras se sustancien eventuales recursos contra la sentencia, siempre que ésta sea de condena, con el límite temporal de la mitad de dicha sentencia. Parece asimismo necesario que el régimen del internamiento cautelar sea idéntico al prescrito en la sentencia.

4.2. El abono de las medidas cautelares para la sentencia.

De forma similar a lo previsto para el proceso penal de adultos, la LORPM contempla el denominado «abono de condena», regulado en los artículos 58 y 59 del Código Penal. En este sentido, El artículo 28.5 establece

«el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquellas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó de la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar.».

⁵⁶⁴ Se alegaba, por parte de dichos letrados, que la interrupción del tratamiento al que estaban sometidas las menores en los Centros en los que habían permanecido internadas durante la instrucción del expediente perjudicaba claramente el interés de dichas menores.

⁵⁶⁵ El apartado quinto del artículo 504 LECrim reza:
«Una vez condenado el inculpado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.»

La principal diferencia con respecto a lo previsto en el CP estriba en la forma como debe calcularse la compensación.

El artículo 28.5 de la LORPM otorga al Juez de Menores un amplio margen de arbitrio para decidir la proporción de la medida impuesta en la sentencia que puede verse compensada por una medida cautelar cumplida. En el Código Penal, por el contrario, dicho margen tan sólo se concede en los supuestos en que la pena impuesta sea de naturaleza distinta a la medida cautelar.

Aunque no falte quien sostiene que en caso de medidas homogéneas — singularmente en caso de internamiento— deberán aplicarse los criterios del artículo 58 CP, entendemos que corresponde al Juez de Menores, sea cuál sea la naturaleza de las medidas cautelares y de las definitivas, decidir la medida exacta de la compensación⁵⁶⁶. Ahora bien, no hay ningún obstáculo para que, si lo estima conveniente, el Juez de Menores aplique, en caso de medidas homogéneas, la compensación automática teniendo en cuenta el tiempo de cumplimiento efectivo de la medida cautelar.

Es posible, por otra parte, que las medidas cautelares cumplidas se abonen para el cumplimiento de medidas definitivas dictadas con ocasión de hechos distintos, con el único requisito de que los mismos sean anteriores a la adopción de la medida cautelar. Esta disposición, pareja asimismo con lo dispuesto en el Código Penal, merece un juicio positivo por cuanto equipara, en este concreto aspecto, a los menores y a los adultos en idéntica situación.

En cualquier caso, para decidir cuál es la parte de la medida que puede estimarse «razonablemente compensada» por la medida cautelar, el Juez de Menores deberá oír al letrado del menor y al equipo técnico que informó la medida cautelar. Se establece que la compensación operará «a propuesta del

⁵⁶⁶ Así parece entenderlo ORNOSA FERNÁNDEZ *Derecho Penal de Menores*, cit. Pág. 306.

Ministerio Fiscal»⁵⁶⁷, lo que no debe impedir, a nuestro juicio, que el letrado del menor pueda instar la compensación de medidas.

Se ha sostenido incluso que el propio Juez, de oficio, debería poder aplicar la compensación. Desde esta interpretación se critica, asimismo, el trámite de audiencia al letrado del menor y al equipo técnico, que se considera dilatorio y que podría haber concentrado en el trámite de audiencia⁵⁶⁸. Este último aspecto, a nuestro juicio, sería discutible por dos motivos: en primer lugar, porque olvida que la liquidación de la sentencia corresponde al Secretario del Juzgado de menores, quien a tenor de lo dispuesto en el artículo 46, deberá practicarla una vez **firme** la sentencia. En segundo lugar, porque el artículo 28.5 se refiere al equipo técnico que informó sobre la medida cautelar, y es posible que dicho equipo no sea el mismo que asista al acto de audiencia.

⁵⁶⁷ La redacción del precepto es fruto de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida. Originariamente, el Proyecto presentado por el Gobierno contemplaba que la compensación de medidas debía ser acordada por el Juez de Menores oídos el Ministerio Fiscal y el letrado del menor. *Vid.* «BOCG. Congreso», núm. 144-1 (proyecto); «BOCG. Congreso». Núm. 144-10 (enmiendas).

⁵⁶⁸ Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 306.

5. MEDIDAS SUSCEPTIBLES DE SER IMPUESTAS CON CARÁCTER CAUTELAR.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28.1 de la LORPM, podrán imponerse como medida cautelar: a) el internamiento en centro, en el régimen adecuado; b) la libertad vigilada, o c) la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Se trata de tres medidas establecidas en el catálogo del artículo 7 LORPM, distintas entre sí tanto en lo que respecta a su contenido cuanto al grado de restricción de derechos que suponen para el menor. En el presente epígrafe no se realizará un análisis pormenorizado de las mismas, sino que solamente se reflexionará desde el punto de vista de su adecuación como medidas cautelares.

5.1. Internamiento en el régimen adecuado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la LORPM, las modalidades de internamiento son cuatro: a) en régimen cerrado, b) en régimen semiabierto, c) en régimen abierto, y d) terapéutico.

Aunque la mayoría de los autores entienden que cabe decretar, como medida cautelar, el internamiento en cualquiera de estas cuatro modalidades, a nuestro juicio, el internamiento terapéutico debe entenderse excluido del catálogo de medidas cautelares de internamiento. El artículo 29 de la LORPM, como se analizará en su momento, regula las medidas cautelares aplicables en los casos de enajenación mental o en cualquiera de los supuestos que eximen de la responsabilidad criminal, previstos en el artículo 20 (apartados 1º, 2º y 3º) del Código Penal. La medida de internamiento terapéutico, por las razones que se expondrán, puede imponerse sólo en los casos contemplados en el artículo 29, de modo que las únicas modalidades de internamiento que cabe imponer con carácter cautelar son las previstas en las letras a), b) y c) del artículo 7.1 de la LORPM.

El contenido de las tres modalidades de internamiento a que nos referimos está detallado en el artículo 7.1 de la LORPM

«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 realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

c) Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normales del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo»

Las modalidades abierta y semiabierta de internamiento, a nuestro juicio, deberán ser empleadas sólo en aquellos casos en que puedan resultar realmente adecuadas a la situación, de otra forma pueden convertirse en meros adelantos de la eventual medida definitiva.

La modalidad cerrada de internamiento es la que más se adecua a los supuestos de delitos especialmente graves en los que, además el riesgo de fuga resulte evidente. Es plausible reservar la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado tan sólo para aquellos supuestos en los que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.2 y la disposición final cuarta de la LORPM, dicha medida pueda imponerse como definitiva en la sentencia⁵⁶⁹.

5.2. Libertad vigilada.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la LORPM, la medida de libertad vigilada consiste en

« 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 aquélla a superar los factores que

⁵⁶⁹ Así se propuso en las “Conclusiones aprobadas en la «Cumbre nacional en Canarias: el Fiscal y la Ley del menor»” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2001.

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 esta 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:

1ª. Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el periodo de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

2ª. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3ª. Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4ª. Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa

5ª. Obligación de residir en un lugar determinado

6ª. Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7ª. 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.»

Ciertamente, como medida definitiva, la libertad vigilada es la que permite un mayor margen de maniobra para adaptar la respuesta penal a las necesidades del menor y a la naturaleza del delito cometido.

Su aplicación como medida cautelar participa también de lo anterior y la convierte, por tanto, en la medida más adecuada, por su flexibilidad, para todos aquellos supuestos en los que la gravedad de los hechos o la situación del menor no determinen la necesidad de su internamiento.

Es preciso, no obstante, que las reglas de conducta que se impongan tengan verdadero contenido cautelar, es decir, que se evite la imposición de aquéllas que, por su naturaleza o contenido, sólo pueden considerarse un

adelanto de la medida definitiva. En este sentido, a mero título de ejemplo, pueden responder claramente a objetivos cautelares la obligación de comparecer ante el Juzgado de Menores, la obligación de residir en un lugar determinado, o la prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos, entre otras. En cambio, someter al menor a programas formativos, a nuestro juicio, puede considerarse un adelanto de la medida definitiva⁵⁷⁰.

5.3. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la LORPM

« i) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el periodo 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.»

Esta medida responde adecuadamente a la finalidad de custodia y defensa del menor que se establece en el artículo 28 de la LORPM. Aunque algunas voces proclaman su inadecuación como medida cautelar —e incluso como medida definitiva— precisamente por su contenido protector, a nuestro juicio puede resultar eficaz en aquellos supuestos en los que se constate una influencia negativa en el menor por parte de su entorno más cercano⁵⁷¹. Huelga decir que tal influencia, en lo tocante a la adopción de una medida cautelar, debe guardar relación con la conducta delictiva del joven. En otras palabras, la convivencia con persona, familia o grupo educativo, puede justificarse en aquellos supuestos en los que el contacto del menor con su entorno resulta perjudicial tanto al propio menor como al desarrollo de la investigación.

⁵⁷⁰ Téngase en cuenta, además, que la LORPM contempla la posibilidad de que la libertad vigilada consista en la imposición de aquéllas obligaciones que el Juez de Menores estime convenientes **para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.**

⁵⁷¹ Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 307.

Lo que no resulta aceptable es que esta medida cautelar se adopte para hacer frente a eventuales situaciones de desprotección en las que el menor pueda hallarse inmerso. En tal caso, lo procedente es instar que por parte de la Administración competente se dispongan las medidas protectoras necesarias⁵⁷².

⁵⁷² *Íbidem.*

III. MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDEN ADOPTARSE EN CASOS DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

1. CUESTIONES PRELIMINARES. LA NATURALEZA PENAL O PROTECTORA DE LAS MEDIDAS.

El artículo 29 de la LORPM regula las medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad en los siguientes términos:

«Si en el transcurso de la instrucción se acredita que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º o 3º del artículo 20 del Código Penal, deberán adoptarse las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho (...)».

Esta disposición ha sido objeto de críticas, más o menos veladas, relativas en algunos casos al fondo de la cuestión —la respuesta que el ordenamiento jurídico debe dispensar a los menores inimputables—, y con carácter predominante en lo relativo a cuestiones de forma y de procedimiento.

En cuanto al tema de fondo, sucintamente, se arguyen las dificultades para exigir responsabilidad penal a quien se declara, precisamente, irresponsable. Desde esta óptica se esgrime que la legislación civil de protección de menores ya arbitra mecanismos suficientemente válidos para dar respuesta a los problemas que plantean los menores en quienes concurren circunstancias determinantes de su inimputabilidad⁵⁷³.

Por lo que se refiere a las segundas, en términos generales, se sostiene que la regulación de la LORPM es superflua, por cuanto la remisión a las normas de protección de menores resulta innecesaria⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Por todos, *Vid.* ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R. *Derecho Penal de Menores*. Ob. Cit. Págs. 165 a 171 y 309 a 312.

⁵⁷⁴ *Íbidem*. Pág. 312.

Más en concreto, la adopción de medidas de corte protector, tanto con carácter cautelar como definitivo, está contemplada en la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (en adelante LPJM), por lo que las previsiones de la LORPM en este concreto aspecto pueden suponer, a la postre, una fuente de injerencias —de todo punto indeseables, y más tratándose de menores— entre la jurisdicción civil y la penal.

Para tratar de resolver las cuestiones que se suscitan en torno al artículo 29 es preciso, previamente, atender a los fines que persiguen las medidas cautelares previstas en dicho precepto. Si las medidas cautelares previstas en el artículo 28 tienen como finalidad la «custodia y la defensa del menor», de acuerdo con el artículo 29, en los casos de exención de la responsabilidad, dichas medidas se adoptan para su «protección y custodia», con lo cual, no sólo cambia uno de los fines sino que además, la finalidad «protectora» de las medidas se sitúa por delante de la finalidad de «custodia». De ahí que, a nuestro juicio, quepa colegir que, en los casos previstos en el artículo 29, la LORPM anteponga la protección del menor al aseguramiento del proceso. En otras palabras, las necesidades de protección y de asistencia que pueda presentar el menor se priorizan frente a las necesidades asegurativas del proceso penal que se está siguiendo contra el mismo.

En otro orden de cosas, el artículo 29 contempla dos cuestiones radicalmente distintas. Por una parte, las medidas cautelares adoptables en los supuestos de exención de la responsabilidad, y por otra parte, la posibilidad de instar la incapacitación del menor y la consiguiente constitución de los organismos tutelares previstos en la Ley.

2. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y DE PROTECCIÓN DE MENORES.

En primer lugar es preciso esclarecer si cabe o no la adopción, con carácter cautelar, de alguna de las medidas previstas en las letras d) y e) del artículo 7 de la LORPM (internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio).

En relación con el internamiento terapéutico, algunos entienden que forma parte del elenco de medidas cautelares a tenor de lo dispuesto en el

artículo 28, cuando alude al internamiento **en el régimen adecuado**⁵⁷⁵. Esta interpretación pasa, a nuestro juicio, por entender que el artículo 29 de la LORPM tan sólo se refiere a la adopción de medidas cautelares de naturaleza civil o protectora, mientras que, por su parte, el artículo 28 comprende todas las medidas cautelares penales, sin distinguir entre menores imputables e inimputables. Esta línea interpretativa entiende, asimismo, que el tratamiento terapéutico de carácter ambulatorio podría adoptarse tan sólo en calidad de medida tuitiva o protectora, al amparo de lo dispuesto en el artículo 158.3º del Código Civil (en adelante CC).

A nuestro juicio, sin embargo, cabe acordar tanto el internamiento terapéutico como el tratamiento ambulatorio, al socaire del artículo 29 de la LORPM puesto que tanto uno como otro, además de ser medidas aplicables a los menores infractores inimputables, están contempladas como medidas de protección en la legislación civil, si bien no puede esconderse que, mientras que el internamiento por razón de trastorno psíquico está expresamente previsto en el artículo 763 de la LEC, el tratamiento ambulatorio no está contemplado expresamente como medida cautelar. Ello no impide su adopción, sin embargo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 762 de la LEC y 158.3º del Código Civil.

Por lo que se refiere al internamiento, la LEC exige autorización judicial para su práctica, excepto en aquellos casos en los que la urgencia determine la necesidad de una adopción inmediata de la medida. En tales supuestos, deberá recabarse la autorización judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se produce el internamiento. La ratificación judicial de la medida deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

Como se desprende de la lectura de los preceptos citados, el elenco de medidas cautelares adoptables frente a menores «inimputables» es ciertamente amplio, especialmente si se tiene en cuenta el tenor literal del

⁵⁷⁵ Cfr. Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

artículo 158.3º CC, cuando establece qué medidas podrá adoptar el Juez, de oficio, a instancia del propio menor, de cualquier pariente, o del Ministerio Fiscal, dentro de cualquier proceso, civil o penal o procedimiento de jurisdicción voluntaria: «en general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios»⁵⁷⁶.

En términos parecidos se expresa el artículo 762 de la LEC, al que ya se ha aludido, cuando faculta al tribunal competente para resolver un proceso de incapacitación para «adoptar aquellas medidas cautelares que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio»⁵⁷⁷.

La Ley de Protección Jurídica del Menor, por su parte, no contempla la existencia de medidas cautelares. Alude, sin embargo, a la obligación que atañe a las autoridades y servicios públicos de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor (artículo 14). En los casos de desamparo, se establece que la Administración competente deberá asumir la tutela del menor y actuar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172 CC⁵⁷⁸.

Como puede apreciarse, ni la legislación estrictamente civil, por la vaguedad de sus términos, ni la legislación de protección de menores, centrada en este aspecto en los supuestos de desamparo, ofrecen un panorama claro acerca de cuáles pueden ser las medidas cautelares aplicables a menores a quienes se imputa la comisión de una infracción penal y de quienes se ha acreditado la inimputabilidad.

Por ello, puede concluirse que, a la postre, las medidas cautelares adoptables en tal caso se cifran, como ya se ha apuntado, en la posibilidad de someter al menor a internamiento terapéutico o a tratamiento ambulatorio, en función de cuáles sean sus necesidades.

⁵⁷⁶ Téngase en cuenta que el artículo 158 fue redactado por la LOPJM.

⁵⁷⁷ El procedimiento que deberá seguirse para la adopción de dichas medidas es el establecido con carácter general para las medidas cautelares en el proceso civil en los artículos 734 a 736 de la LEC.

Es preciso insistir en que para la adopción de dichas medidas es competente el Juez de Primera Instancia, quien además de oír al menor, a su letrado y al Ministerio Fiscal, deberá tener en cuenta los informes que sobre el menor haya emitido bien el equipo técnico, bien cualquier facultativo que haya examinado al imputado.

3. LA POSIBILIDAD DE INSTAR LA INCAPACITACIÓN DEL MENOR Y LA CONSTITUCIÓN DE ORGANISMOS TUTELARES.

En una muestra más de su defectuosa técnica procesal, la LORPM incluye en el precepto dedicado a las medidas cautelares de naturaleza — pretendidamente— penal la facultad del Ministerio Fiscal para instar la incapacidad del menor y la constitución de los organismos tutelares que correspondan conforme a derecho.

Como ha apreciado la Fiscalía General del Estado, claramente no se trata de verdaderas medidas cautelares, sino de instituciones de carácter netamente civil⁵⁷⁹.

Excedería con creces el marco del presente trabajo cualquier referencia tanto a la incapacidad del menor como a los organismos tutelares previstos en la legislación vigente. Interesa, sin embargo, incidir en un aspecto que resulta, cuanto menos, sorprendente.

Se trata de la posibilidad de que sea el Ministerio Fiscal quien inste la incapacidad del menor. La legitimación para instar la incapacidad de un menor corresponde, de acuerdo con lo establecido en el artículo 757.4 de la LEC a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela del mismo. Es más, en los procesos de incapacidad de los que no haya sido promotor, el Ministerio Fiscal podrá actuar como defensor del menor, si éste comparece en dicho

⁵⁷⁸ El artículo 172 CC regula la guarda y el acogimiento de menores.

⁵⁷⁹ Cfr. Circular 1/2000 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

proceso sin su propia defensa y representación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 758 LEC.

La mera aplicación de criterios hermenéuticos elementales indica que, dada su calidad de *lex posterior*, la LORPM ostenta preeminencia con respecto a lo previsto en la LEC en lo tocante a este concreto aspecto. La legitimación del Fiscal para instar la incapacitación del menor, en consecuencia, sería inobjetable.

Ahora bien, ¿debe ser el Fiscal de Menores a cuyo cargo se encuentre la instrucción del expediente quien inste la incapacitación del menor? Desde nuestro punto de vista, tampoco cabe objeción para que así sea. Es más, en este caso el Fiscal estaría ejerciendo su misión de defensa de la legalidad y ejerciendo simultáneamente su función de instructor—acusador y de protector de los menores.

IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES QUE PUEDEN ADOPTARSE EN EL TRANCURSO DEL PROCESO: BREVE ESTUDIO DE LA LLEI DEL PARLAMENT DE CATALUNYA 8/2002, DE 27 DE MAYO. EN ESPECIAL, EL INTERNAMIENTO ACORDADO POR LA ADMINISTRACIÓN PROTECTORA.

1. LA INTERACCIÓN ENTRE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y LA JUSTICIA PENAL DE MENORES. ALGUNAS CONSIDERACIONES.

Es obvio que a lo largo del proceso penal es posible la adopción de medidas de corte protector si se estima que estas son necesarias y pueden resultar beneficiosas para el menor.

Sería deseable, en otro orden de ideas, no ya la ausencia de injerencias entre los órganos penales y los de carácter protector sino, especialmente, que la imputación de un delito no se erija en pretexto para una aplicación desmesurada de las instituciones protectoras. Expresado llanamente, no sería de recibo que el menor delincuente acabe siendo de peor condición que aquel que no delinque en el sentido de que éste pueda ser sometido a medidas —de naturaleza formalmente distinta— que a la postre pueden suponer una limitación o restricción de sus derechos, o no, al menos, sin justificación, motivación y garantías.

Aún siendo cierto cuando los fines de las medidas protectoras y de las medidas sancionadoras-educativas deben diferir en algunos aspectos sustanciales, no lo es menos que comparten algunos rasgos, principalmente la prioridad del interés del menor por encima de cualquier otro interés en presencia.

En interés, precisamente, de los menores, es inexcusable, a nuestro juicio, que la aplicación de medidas de corte protector, en aquellos supuestos en los que pueda coincidir con la aplicación de medidas de naturaleza penal, se ajuste en la medida de lo posible y con todas las matizaciones pertinentes a los principios de «intervención mínima» y de interdicción del «*bis in idem*». Dicho de otra forma, la intervención de los organismos protectores debe partir, en

todo caso, de la consideración de las medidas sancionadoras-educativas como una primera aproximación a los problemas y a las carencias del menor, no sólo desde la faceta estrictamente penal sino también desde la propiamente protectora.

Sólo desde este punto de vista puede entenderse, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 18 de la LORPM, que contempla la remisión de las actuaciones a las instituciones protectoras en caso de que el Fiscal desista de la incoación del expediente⁵⁸⁰. En idéntico sentido opera la causa de sobreseimiento prevista en la letra c) del artículo 33 de dicha norma⁵⁸¹.

En ambos supuestos, la remisión del menor a la correspondiente entidad protectora se realiza después de haber descartado la procedencia o la necesidad de adoptar medidas de corte sancionador—educativo.

2. EL «INTERNAMIENTO PROTECTOR» PREVISTO EN LA LEY 8/2002 DEL PARLAMENT DE CATALUNYA.

Las normas de protección de menores no parecen seguir las ideas que se han venido sosteniendo. Un ejemplo relativamente reciente de ello es la Ley 8/2002, de 27 de mayo, del *Parlament de Catalunya*, de modificación de La Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social⁵⁸².

Esta norma pretende actualizar la regulación de aquella parte de la protección que afecta la población adolescente que se encuentra en conflicto social. Fundamentalmente, la norma pretende hacer frente al «problema creciente de las personas que han dejado el hogar, algunas de ellas procedentes de otros países, a veces indocumentados y que rechazan

⁵⁸⁰ Sobre este particular *vid.* Capítulo tercero, págs. 241 ss.

⁵⁸¹ *Íbidem.* Págs. 294 ss.

⁵⁸² B.O.E. núm. 146, de 19/06/2002; *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3648, de 3/6/2002

sistemáticamente las medidas de protección establecidas por la legislación vigente»⁵⁸³.

A tal fin, entre otras medidas que no se analizarán en el presente trabajo⁵⁸⁴, se contempla la necesidad de que los adolescentes en riesgo social⁵⁸⁵ y especialmente las personas menores indocumentadas reciban la protección adecuada.

⁵⁸³ Cfr. Preámbulo de la Ley 8/2002, de 27 de mayo.

En Catalunya, y de manera especial en la ciudad de Barcelona, se ha detectado un significativo aumento de la población inmigrante menor de edad. Se trata de menores cuyas familias permanecen en el país de origen, por lo que conviven, a menudo en condiciones deplorables, con otros menores en igual situación. Este fenómeno, además, ha ido acompañado de un notable incremento de la pequeña delincuencia (fundamentalmente hurtos y robos). La sensación de inseguridad entre la ciudadanía, por otra parte, se ha acrecentado de un tiempo a esta parte. Esta situación, aunque en el Preámbulo de la norma sólo se apunte de forma velada, ha empujado al legislador a adoptar medidas de contención de este segmento de la población juvenil.

⁵⁸⁴ Sucintamente, la Ley distingue entre las medidas de protección que pueden adoptarse frente a menores indocumentados y las que procederán frente a adolescentes con conductas de alto riesgo social. En este último caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la norma, podrán adoptarse las siguientes medidas preventivas y educativas:

- a) Atención en determinados centros abiertos, talleres y otros servicios comunitarios.
- b) Atención en su propio entorno
- c) Ayuda profesional que tiende a proporcionar a los menores los medios pedagógicos que les faciliten la inserción en el mundo del trabajo
- d) El seguimiento de las personas menores desinternadas de los centros con la oferta del apoyo sociopedagógico necesario.
- e) Atención psicoterapéutica
- f) Otras medidas de índole educativa o terapéutica que se consideren convenientes

La derivación a un centro de acogimiento o residencial debe ser siempre el último recurso a emplear y sólo se podrá acordar cuando no sea posible utilizar ningún otro programa.

En el caso de menores indocumentados, para garantizar que la actuación del organismo competente llegue a todas las personas que la necesiten, aunque la rechacen, se pueden adoptar las siguientes medidas específicas (artículo 3):

- a) Asistencia diurna a menores sin hogar, para que abandonen la permanencia en la calle.
- b) Alojamiento nocturno de corta duración para satisfacer las necesidades asistenciales de los menores. Su duración no puede superar los treinta días, si bien podrá ser prorrogada mientras se mantenga la situación que determinó la adopción de la medida.
- c) El ingreso, por necesidades socioeducativas, en centros o unidades con restricción o supresión de salidas por un tiempo limitado, de modo que puedan desarrollarse programas individuales.

⁵⁸⁵ Según el artículo 6 de la Ley 8/2002

«se considerarán adolescentes con conductas de alto riesgo social los menores adolescentes cuya conducta altera de forma grave las pautas de convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas de forma que provocan un riesgo evidente de causarse daños ellos mismos o de perjudicar a terceros.»

Entre las medidas de protección que deben dispensarse a este segmento de la población destaca la posibilidad de **ingreso en centros o unidades con restricción o supresión de salidas** por un tiempo limitado, de forma que se puedan llevar a cabo programas individuales. Esta medida, que deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal antes de las veinticuatro horas siguientes al ingreso, deberá revisarse semanalmente, y su duración no podrá superar los treinta días, si bien podrá adoptarse nuevamente si las demás medidas son rechazadas de nuevo y de forma reiterada⁵⁸⁶.

El ingreso de menores indocumentados (o, excepcionalmente, de adolescentes con conductas de alto riesgo social) en centros o unidades que, a tenor del artículo 5 de la Ley, «pueden incorporar en su configuración arquitectónica, elementos constructivos de seguridad, con el objeto de favorecer la eficacia de los programas educativos», constituye una medida similar al internamiento previsto en la LORPM, si bien los requisitos para su adopción difieren considerablemente.

En primer lugar, es preciso aclarar que esta medida tan sólo procederá en casos excepcionales: tratándose de menores indocumentados, si éstos han rechazado las medidas protectoras adoptadas; en el caso de menores con conductas de alto riesgo social, el ingreso sólo podrá utilizarse como último recurso, y siempre que no sea posible la adopción de ningún otro programa de protección.

Sorprende, sin embargo, que la adopción de esta medida esté sometida tan sólo a la **comunicación** al Ministerio Fiscal. Tratándose de una disposición significativamente restrictiva de derechos sería deseable que su adopción fuese acordada, en primera instancia, por un órgano jurisdiccional. Por ahora, sin embargo, la decisión de la Administración protectora tan sólo podrá ser impugnada judicialmente por los trámites de los artículos 779 y 780 de la LEC.

Sucintamente, la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora. Para formular oposición a las

⁵⁸⁶ Cfr. Artículo 3 de la Ley 8/2002

decisiones administrativas en materia de protección de menores no será precisa la reclamación administrativa previa. Deberá presentarse un escrito inicial en el que se expresará la pretensión y la decisión a la que se opone. El tribunal reclamará a la entidad administrativa el testimonio completo de las actuaciones, que deberá serle entregado en el plazo de veinte días. Recibido el testimonio se emplazará al actor para que presente la demanda en el plazo de otros veinte días. La demanda se sustanciará por los trámites del juicio verbal con las especificidades previstas en el artículo 753 LECrim. De acuerdo con dicho precepto, de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, además de a las personas que, hayan sido o no demandadas, deban ser parte en el procedimiento⁵⁸⁷.

Amén de los extremos señalados, surgen otras cuestiones de fondo, que enlazan con las consideraciones vertidas al inicio del presente apartado, esto es, la posibilidad de que las normas de protección de menores (inclusión hecha de medidas como el ingreso con supresión de salidas), coexistan con la tramitación de un proceso penal en curso. Concretamente, la cuestión se cifra en impedir que un menor reciba una «doble sanción» o, lo que es peor, que las normas de protección devengan alternativas a las eventuales medidas cautelares, adoptables, en tal supuesto, al margen de la autoridad judicial competente.

Frente a este argumento se puede esgrimir que las medidas protectoras y las medidas sancionadoras educativas obedecen a fines distintos y que, bajo ningún concepto se impondrá una medida de corte protector como respuesta a una infracción penal. Sin negar validez a estos argumentos, es preciso insistir en la inadecuación de medidas altamente restrictivas de derechos con el fin de **prevenir** conductas delictivas, que, a menudo, no conllevarían medidas semejantes.

⁵⁸⁷ Aunque el artículo 753 contempla que el Ministerio Fiscal debe ser parte «cuando proceda», entendemos que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 749.2 de la LEC la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva.

CAPÍTULO CUARTO

OTRAS OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL: LAS FÓRMULAS TENDENTES A LA EVITACIÓN DE LA SENTENCIA O DEL ENJUICIAMIENTO.

CAPÍTULO CUARTO
OTRAS OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL: LAS FÓRMULAS
TENDENTES A LA EVITACIÓN
DE LA SENTENCIA O DEL ENJUICIAMIENTO.

Después de haber analizado la fase de instrucción y algunos aspectos de lo que, bajo la denominación «fase de audiencia», la LORPM establece como fase intermedia, sería procedente el estudio del juicio oral o, en la terminología de la norma, «el acto de la audiencia».

Sin embargo, la línea argumental que se ha seguido en el presente trabajo nos encamina hacia el estudio de otros aspectos de la legislación penal de los menores que, como intentaremos poner de manifiesto en el presente capítulo, constituyen, en la misma medida que la atribución de determinadas funciones al Ministerio Fiscal, opciones de política criminal.

El presente capítulo se dedica al estudio de aquellas fórmulas que permiten evitar la sentencia penal —poniendo fin al proceso anticipadamente mediante su sobreseimiento— o bien el acto del enjuiciamiento —mediante la conformidad—.

El segundo bloque de cuestiones, es decir, los supuestos en los que se contempla el instituto de la conformidad, permitirá incidir en algunos aspectos del acto de la audiencia, si bien, como ya hemos apuntado, dicha fase procesal no constituye el objeto principal del presente capítulo.

Por su parte, el estudio de las fórmulas que permiten la terminación anticipada del procedimiento mediante auto de sobreseimiento, requerirá, en ocasiones, la remisión a materias que ya han sido objeto de estudio en el capítulo inmediatamente anterior.

Es obvio que a lo largo del articulado de la LORPM pueden encontrarse otras disposiciones que no son sino reflejo de sendas opciones de política criminal. Al margen de la configuración legislativa de la responsabilidad civil, cuyo estudio pormenorizado exigiría un trabajo de las dimensiones del presente, mecanismos como la suspensión de la ejecución (artículo 40) o la

sustitución de la medida impuesta (artículo 51), podrían considerarse también opciones de política criminal. En el mismo sentido puede considerarse la reforma de la LORPM en materia de terrorismo —que abarca también determinados delitos graves—, operada por la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, algunos de cuyos aspectos han sido analizados en capítulos anteriores.

Por esta razón el presente capítulo se ha titulado «otras opciones de política criminal»: no se pretende un estudio exhaustivo de todas las plasmadas en la LORPM sino sólo de aquellas que, a nuestro juicio, cumplen con una doble condición: a) incidir plenamente en la aplicación procesal del derecho penal de menores, y b) constituir un posible ensayo de cara a su eventual trasplante a los procesos penales de adultos.

La primera parte del capítulo se dedica a averiguar una posible razón que explique esta concreta opción de política criminal adoptada por el Legislador español, partiendo de una hipótesis concreta: la influencia de los principales textos internacionales dedicados a los menores y a la delincuencia juvenil.

A continuación, se analizan separadamente las distintas fórmulas recogidas en la LORPM mediante las cuales es posible, en términos generales, una terminación anticipada del procedimiento. Para ello, se distingue en primer término en función del momento procesal en el que operan y, esencialmente en cuáles son las fases del proceso que permiten eludir. En segundo término, se analiza hasta qué punto la LORPM abre la vía a la introducción del principio de oportunidad.

I. LAS FÓRMULAS TENDENTES A LA EVITACIÓN DE LA SENTENCIA O DEL ENJUICIAMIENTO COMO OPCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RELATIVOS A MENORES INFRACTORES COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE DICHA OPCIÓN.

En el presente capítulo se analizarán las diversas fórmulas establecidas en la LORPM mediante las cuales es posible bien la evitación de la sentencia, bien la del acto de enjuiciamiento.

Como se irá poniendo de manifiesto a lo largo del texto, en algunos casos se trata de fórmulas hasta ahora desconocidas en el Ordenamiento Jurídico Español —así el sobreseimiento por el transcurso del tiempo o por suficiente expresión del reproche—, y en otros casos, son mecanismos novedosos sólo en cuanto a su regulación concreta, pero que con mayores o menores diferencias se contemplan en el derecho penal o en proceso penal de adultos —conformidad, reparación, conciliación—.

El legislador engloba estos y otros mecanismos —tales como la suspensión condicional de la condena o la sustitución de la medida durante su ejecución— en lo que denomina «principio de intervención mínima»⁵⁸⁸. Dicho principio, como se ha explicado anteriormente, difícilmente puede plasmarse en soluciones de carácter procesal, como son las que nos ocupan en el presente capítulo⁵⁸⁹.

Desde nuestro punto de vista, en realidad la LORPM está fuertemente influenciada, en lo que se refiere a los mecanismos tendentes a la evitación del proceso o de algunas de sus fases, por las disposiciones internacionales relativas a los menores infractores. Un repaso a las mismas ayudará a constatar la anterior afirmación.

Las disposiciones internacionales relativas a los menores infractores no son precisamente escasas. Sin afán de exhaustividad, sólo en el ámbito de

⁵⁸⁸ Cfr. Apartado 9.I de la Exposición de Motivos de la LORPM.

⁵⁸⁹ Sobre el principio de intervención mínima, *vid. supra*. Capítulo primero, págs. 58 ss.

Naciones Unidas cabe citar, la Convención de los Derechos del Niño (CDN)⁵⁹⁰, las Reglas para la protección de los menores privados de libertad⁵⁹¹, las Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)⁵⁹² o las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)⁵⁹³. En el ámbito del Consejo de Europa, el principal punto de referencia lo constituye la Recomendación del Comité de Ministros R-87 (20).

Es sabido, sin embargo, que no todas estos instrumentos vinculan a los poderes públicos y, principalmente al legislador, con la misma intensidad. En materia de justicia de menores, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión, en su Sentencia 36/1991, de esclarecer que puede considerarse instrumento vinculante para el legislador español, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española, la Convención de los Derechos del Niño. En cambio, las «Reglas de Beijing» y la Recomendación del Consejo de Europa constituyen, a juicio del Alto Tribunal una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito, pero se limitan tan sólo a inspirar la acción de los poderes públicos⁵⁹⁴.

En el plano de las disposiciones que vinculan al legislador español cabe citar el artículo 40.3.b) de la CDN, según el cual, los estados partes se comprometen a,

«siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños (de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas Leyes) sin recurrir a procedimientos judiciales, en el

⁵⁹⁰ Convención de 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Estado Español mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (B.O.E. núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

⁵⁹¹ Resolución 45/113 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990

⁵⁹² Resolución 40/33 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985

⁵⁹³ Resolución 45/112 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990

⁵⁹⁴ Las directrices de Riad inciden especialmente en el ámbito de la **prevención** de la delincuencia juvenil. Por su parte, las reglas para la protección de los menores privados de libertad inciden plenamente, como se desprende de su propia denominación, en los aspectos relativos a la privación de libertad, ya sea impuesta como condena ya como medida cautelar. El contenido de ambos instrumentos determina que no sean tenidos en cuenta en el presente apartado.

entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales».

Como puede apreciarse, con las necesarias salvedades, la CDN alienta a los Estados Partes a adoptar soluciones extrajudiciales frente a la delincuencia juvenil. Dichas soluciones, añade el texto, deberán ser respetuosas no sólo con los derechos humanos sino también con las garantías legales.

La LORPM no ha desarrollado verdaderos mecanismos «extrajudiciales» de solución de conflictos, sino que más bien ha previsto fórmulas que permiten anticipar el final de un procedimiento judicial⁵⁹⁵, toda vez que se resultan aplicables una vez que el procedimiento está iniciado. Tan sólo en el artículo 18, cuando se contempla la posibilidad de que el Fiscal desista de la incoación del expediente, puede atisbarse un intento de verdadera desjudicialización.

Seguramente los textos que más han influido en la elaboración de la LORPM son precisamente aquellos que no resultan vinculantes para el legislador.

Así, el artículo 11.1 de las Reglas de Beijing dispone:

«Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1⁵⁹⁶, para que los juzguen oficialmente»⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ En este sentido, ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. "El principio de oportunidad del Fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos en la Ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000. Pág. 385.

⁵⁹⁶ El apartado 1 de la regla 14, titulada «Autoridad competente para dictar sentencia», reza textualmente:

«Todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11^a) será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etc.) que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo».

⁵⁹⁷ La regla 11 continúa:

«11.2. La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.

11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo, estará supeditada al consentimiento del

Y en idéntico sentido, y con una formulación si cabe más explícita, el punto 2 de la RCE, recomienda a los gobiernos:

«Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección de la infancia a la aplicación de estos procedimientos».

A nuestro juicio, lo que mejor se compadece con lo establecido en las disposiciones internacionales citadas, es la descriminalización. En otras palabras, un recto entendimiento del principio de intervención mínima que se concrete en la despenalización de determinadas conductas, que pueden obtener una respuesta adecuada en ámbitos distintos de la jurisdicción penal⁵⁹⁸.

Sin embargo, seguramente acuciado por especial sensibilidad que la sociedad muestra ante el fenómeno de la delincuencia juvenil, el legislador ha optado por aplicar a los menores la totalidad del Código Penal y de las leyes penales especiales⁵⁹⁹. Correlativamente, empero, se introducen fórmulas de diverso signo que permiten el abandono del proceso una vez iniciado el mismo.

Como indica el encabezamiento del presente apartado, a nuestro juicio, las fórmulas ensayadas en la LORPM, mediante las cuales se permite la

menor o al de sus padres o de su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente cuando así se solicite.

11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas».

⁵⁹⁸ En este sentido, RÍOS MARTÍN, J.C. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L. "La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores. Cambio de paradigma: del niño en *peligro* al niño *peligroso*" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI.-2000. Pág. 542.

⁵⁹⁹ El artículo 1.1. de la LORPM dispone:

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

En otro orden de cosas, merece apuntarse que la descriminalización no constituye una tendencia especialmente arraigada en la legislación penal, sino más bien al contrario: lo que sí está en auge es lo que se denomina «huida hacia el derecho penal» (QUINTERO OLIVARES, G. *La justicia penal en España*. Aranzadi, Pamplona, 1998. Págs. 34 ss.).

finalización anticipada del proceso —bien mediante auto de sobreseimiento, bien eludiendo el acto del juicio por conformidad— no obedecen a imperativos ni constitucionales, ni derivados del «interés de los menores». La CDN, único instrumento internacional específicamente dedicado a los niños que tiene fuerza vinculante para el legislador Español⁶⁰⁰, recomienda eludir la judicialización, es decir, el recurso al proceso, en la medida de lo deseable y de lo posible. En cambio, tanto las Reglas de Beijing como la RCE, sugieren la adopción de otro tipo de medidas distintas o alternativas a la desjudicialización.

Por ello, estimamos que los mecanismos que la LORPM establece para poder anticipar el fin del proceso, constituyen una opción de política criminal, estimulada considerablemente por el tenor de los textos internacionales mencionados y que, a la par, puede obedecer a otros dos fines distintos: por una parte, acallar las voces contrarias al establecimiento de un régimen penal de responsabilidad para los menores; y por otra parte, ensayar fórmulas trasplantables en su día al proceso penal de adultos.

⁶⁰⁰ Según el Tribunal Constitucional, también deben tenerse en cuenta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por España el 13 de abril de 1977 (B.O.E. núm. 103, de 30 de abril de 1977), y el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. (B.O.E. núm. 243, de 10 de octubre de 1979). [Cfr. STC (Pleno) 36/1991, de 14 de febrero. F.J. 5].

II. FÓRMULAS TENDENTES A EVITAR EL ENJUICIAMIENTO Y LA SENTENCIA.

El presente apartado se dedicará al análisis de aquellas fórmulas contempladas en la LORPM que permiten la terminación anticipada del procedimiento mediante auto de sobreseimiento. Se trata de la conciliación y la reparación (artículo 19) y de la propuesta del equipo técnico de no continuar la tramitación del expediente, bien por ser ésta contraria al interés del menor (dado el tiempo transcurrido o la suficiente expresión del reproche), bien por ser viable la realización de tareas de carácter socio—educativo (artículo 27). Los cinco expedientes que se analizarán a continuación presentan como principal nota en común su capacidad para desembocar en una solicitud del Ministerio Fiscal dirigida al Juez de Menores instando el sobreseimiento del expediente. Esta solicitud, por la especial configuración del proceso de la LORPM conlleva necesariamente, como ya se ha explicado, la terminación del proceso mediante el correspondiente auto de sobreseimiento libre que debe dictar el Juez de Menores⁶⁰¹.

A efectos sistemáticos, es posible distinguir entre los mecanismos que precisan de una determinada participación de la víctima (reparación y conciliación) y aquellos otros en los que la víctima no ostenta un papel determinante. A un resultado idéntico puede llegarse, asimismo, estudiando estos mecanismos bajo el prisma de si permiten o no la aplicación del principio de oportunidad. En este caso, cabe considerar que la reparación y la conciliación dan lugar *ope legis* a la petición de sobreseimiento, mientras que, por su parte, las propuestas de no continuación del procedimiento basadas en la suficiente expresión del reproche, el transcurso del tiempo o la realización de una intervención socio—educativa, abren la puerta a la aplicación del principio de oportunidad.

⁶⁰¹ Vid. *Supra*. Capítulo tercero, págs. 283 ss.

1. REQUISITOS Y CRITERIOS COMUNES.

Las cinco fórmulas tienen como principal requisito común su aplicabilidad exclusivamente a aquellas infracciones que puedan calificarse como delitos menos graves o como faltas. Es decir, sólo las conductas tipificadas como falta y los delitos para los que el Código Penal u otras leyes penales especiales prevean penas menos graves⁶⁰².

La menor gravedad de la infracción que se impute al menor se erige, en este punto, como requisito ineludible para poder acudir a fórmulas que permiten evitar la imposición de medidas por sentencia.

Este límite infranqueable, además, se complementa mediante el establecimiento de criterios que deberán ser tenidos en cuenta por el Fiscal de menores en el momento de valorar la posibilidad de instar el sobreseimiento.

A pesar de que si se produce la conciliación o se acuerda la reparación dichos criterios no deberán ser tenidos en cuenta en ese momento —en la medida en que dichas fórmulas conducen *ope legis* a la petición de sobreseimiento—, estimamos posible su análisis en el presente apartado porque sí que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de plantearse la posibilidad de intentar la conciliación o la reparación⁶⁰³.

⁶⁰² Son penas menos graves, según el artículo 33.3 CP:

- a) La prisión de seis meses a tres años.
- b) Las inhabilitaciones especiales hasta tres años.
- c) La suspensión de empleo o cargo público hasta tres años.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a seis años.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a seis años.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo de seis meses a tres años.
- g) La multa de más de dos meses.
- h) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía.
- i) El arresto de siete a veinticuatro fines de semana.
- j) Los trabajos en beneficio de la comunidad de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas.

⁶⁰³ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27.3, el equipo técnico puede informar al Fiscal sobre la posibilidad de que el menor efectúe una actividad reparadora o de conciliación. Aunque la LORPM no lo contempla expresamente, cabe suponer que el Fiscal debe autorizar

Fundamentalmente, en consonancia con las líneas generales que presiden la LORPM⁶⁰⁴, se deberá atender, de acuerdo con el artículo 19.1 «a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, y de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos»⁶⁰⁵.

Ambas categorías —requisitos y criterios—, presentan un problema común: la forma y el momento en el que los elementos fácticos —y correlativamente los jurídicos— deben entenderse determinados a los efectos de una eventual solicitud de sobreseimiento. En otras palabras, ¿cómo se determina la naturaleza de los hechos que «se imputan al menor»?⁶⁰⁶

La cuestión presenta ligeras diferencias con la que se planteaba en relación con el desistimiento previsto en el artículo 18, en la medida en que mientras que en este caso se alude a los «hechos denunciados», el artículo 19 se refiere expresamente a los «hechos que se imputan al menor»⁶⁰⁷. De esta forma cabe entender que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 19.1, la calificación jurídica de los hechos a la que deberá atenderse para comprobar, en función de la gravedad de los mismos, si es o no posible recurrir a alguna de las fórmulas de evitación de la sentencia, será la contenida en el decreto de incoación del expediente.

dicha actividad o denegarla, en cuyo caso el equipo técnico debe elaborar el informe sobre el menor. En el momento de decidir si es o no posible intentar la conciliación o la reparación el Ministerio Fiscal deberá tener en cuenta los criterios a los que se alude en el texto.

⁶⁰⁴ La ausencia de violencia e intimidación constituye presupuesto necesario para poder acordar el desistimiento de la incoación del expediente, previsto en el artículo 18 de la LORPM (*Vid. Supra.* Capítulo Tercero, págs. 237 ss.); asimismo, aunque en este caso la concurrencia de violencia o de intimidación (así como la existencia de grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas), justifican la intervención del perjudicado en los procesos seguidos contra mayores de dieciséis años (*Vid. Supra.* Capítulo segundo, págs. 135 ss).

⁶⁰⁵ El precepto añade «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». Entendemos que este inciso no establece, en puridad, criterios ni tan sólo requisitos, sino que, como se desprende de la lectura del artículo 19 en su integridad, alude a los supuestos contemplados en dicho artículo.

⁶⁰⁶ Y, correlativamente, su gravedad y la existencia de violencia o intimidación en la comisión de los mismos.

⁶⁰⁷ Sobre el problema de la determinación de los hechos para acordar el desistimiento de la incoación del expediente, *Vid. Supra.* Capítulo tercero, Págs.237 ss.

Sin embargo, con ello, no se resuelven todos los problemas que pueden suscitarse. Téngase en cuenta que ni el menor ni su defensa, necesariamente, han contribuido a la delimitación del elemento fáctico, sino que la misma puede venir determinada o bien por el contenido de un atestado o, como mucho, por el resultado de eventuales diligencias preliminares⁶⁰⁸.

Podría esgrimirse, frente a estas consideraciones, que precisamente unos de los fines que se persiguen —atendiendo a su presunto contenido educativo— es precisamente que el menor reconozca los hechos, es decir, se autorresponsabilice⁶⁰⁹. Pero aún aceptando esta premisa, cabría preguntarse cómo se actúa en caso de que la aceptación de los hechos por parte del menor difiera del relato fáctico que fundamenta el decreto de incoación del expediente⁶¹⁰.

Aventurando una respuesta —que no una solución—, cabría considerar que estos aspectos problemáticos tienen su punto de partida o su razón de ser en la ubicación sistemática de las fórmulas que analizamos, y de manera muy especial, la de la reparación y la conciliación. Efectivamente, ambos mecanismos se conciben habitualmente como alternativas a las penas y a las medidas de seguridad, y se aplican, en consecuencia, una vez que los hechos han sido fijados judicialmente.

⁶⁰⁸ Sobre el contenido de las diligencias preliminares, *Vid. Supra*. Capítulo tercero, Págs. 188 ss.

⁶⁰⁹ No estamos en condiciones de opinar fundadamente acerca de si la autoinculpación del menor, o si se prefiere, la asunción de sus propias responsabilidades es o no educativo, o más concretamente, de hasta qué punto es necesariamente **más** educativo que someter al menor a un proceso en el que se depure y delimite dicha responsabilidad. No obstante, tampoco podemos dejar de apuntar el riesgo de que el menor asuma una responsabilidad que en realidad no le atañe con el único afán de «terminar cuanto antes». Sobre este riesgo no se cansa de insistir ORNOSA FERNÁNDEZ, quién, dicho sea de paso, lleva más de una década ejerciendo como Juez de Menores. (ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 252).

⁶¹⁰ Un ejemplo: el decreto de incoación del expediente sostiene que el menor cometió un robo de vehículo a motor con fuerza en las cosas (artículo 244 CP) y entiende además que la restitución del vehículo no se produjo antes de cuarenta y ocho horas (con lo cual el hecho debe considerarse como un robo con fuerza en las cosas, y por lo tanto un delito grave). El menor, en cambio, acepta los hechos que se le imputan, pero difiere en cuanto a la restitución del vehículo. ¿Cómo debería procederse en tal supuesto? El menor, efectivamente, se autorresponsabiliza, pero matiza el relato de los hechos, de forma que no sólo varía la calificación jurídica de los hechos sino, correlativamente, la posibilidad de que el menor se acoja a alguna de las fórmulas que permiten la terminación anticipada del procedimiento.

2. FÓRMULAS QUE CONLLEVAN LA INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

2.1. El desistimiento por realización de actividades socio—educativas.

La LORPM regula esta modalidad de finalización anticipada de una forma un tanto confusa. El artículo 27, dedicado al informe del equipo técnico, establece en su apartado segundo que «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». Por otra parte, en el artículo 19, (concretamente en sus apartados 1 y 5), se alude a la realización de «la **actividad educativa** propuesta por el equipo técnico» como motivo por el cual el Ministerio Fiscal **podrá** solicitar el sobreseimiento de la causa⁶¹¹.

Antes de abordar el análisis de este novedoso mecanismo de terminación del procedimiento es preciso, a nuestro juicio, intentar aclarar el significado de los términos utilizados en la LORPM para referirse al mismo.

2.1.1. Delimitación conceptual: ¿«Intervención socio—educativa» o «actividad educativa»?

En primer lugar, es necesario resolver la cuestión que encabeza el presente epígrafe, puesto que como ya se ha señalado, la LORPM utiliza ambos términos para referirse a una misma fórmula.

⁶¹¹ El apartado 1 reza:

«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 de la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta».

Por su parte, el apartado 5 del artículo 19, establece que:

«En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente».

Puede convenirse que el término «intervención» implica la acción de un sujeto, que puede o no imponer su autoridad, mientras que «actividad», se refiere a la tarea que desarrolla un sujeto⁶¹². Más allá de estas consideraciones, la LORPM utiliza el término «tareas socio—educativas» en el artículo 7 k), para referirse a una concreta medida consistente en «la realización de actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social».

Cabría aceptar una «intervención», si su realización no pudiera dar lugar al sobreseimiento de la causa. En otras palabras, si la referencia a la «actividad socio—educativa» sólo apareciese recogida en el artículo 27, sería posible interpretar el precepto de una forma radicalmente distinta. En tal caso, la propuesta de intervención formulada por el equipo técnico podría entenderse como una mera recomendación de éste al Fiscal de menores para que en su escrito de alegaciones solicitase, individualmente o de forma conjunta con otras medidas, la imposición de la medida contemplada en el artículo 7 k)⁶¹³.

Aceptado, sin embargo, que «intervención» y «actividad» responden, en este caso, a una idéntica acepción⁶¹⁴, es preciso determinar qué contenido puede tener dicha actividad, o en otras palabras, cuál puede ser el alcance del compromiso adquirido por el menor⁶¹⁵.

⁶¹² Cfr. Voces «Intervención» y «actividad» en el *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española, XXI Edición.

⁶¹³ Incluso, en una interpretación más flexible, cabría entender que, en realidad, de esta forma se contemplaría la posibilidad de que el equipo técnico propusiera una **intervención** de carácter protector, si bien especialmente ceñida a las necesidades socio—educativas del menor. O, como propone MARTÍN SÁNCHEZ, la propuesta de una intervención socio—educativa procederá en aquellos supuestos en los que previa sentencia firme se declare al menor autor de un ilícito penal. Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, A. “Capítulo IV. Instrucción del procedimiento: reglas generales (Título Tercero, artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27)” en *Justicia de menores: una justicia mayor*. Cit. Pág. 128.

⁶¹⁴ Así lo asumen, implícita o explícitamente, la mayoría de los autores consultados. A título de ejemplo, ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R. *Derecho Penal de Menores*. Bosch. Barcelona, 2001. Pág. 253; DOLZ LAGO, M.J. “Labor y funciones del equipo técnico” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2001. Págs. 142 y 143; LASTRA DE INÉS, A, “La fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000. Pág. 242; ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. “El principio de oportunidad del Fiscal...”. cit. Pág. 390.

⁶¹⁵ Eludimos deliberadamente cualquier consideración acerca del uso de los términos «actividad socio—educativa» (artículo 27) y «actividad educativa» (artículo 19). Preferimos

Aunque para alguno la realización de tareas socio—educativas puede entenderse en un sentido amplio, es decir, comprensivo de diversas medidas previstas en el artículo 7.1 de la LORPM⁶¹⁶, a nuestro juicio es preferible, en aras de la seguridad jurídica y de la igualdad —sin perjuicio de las consideraciones que más adelante se expresarán en relación con ambos principios—, entender que las tareas que pueden proponerse en el informe del equipo técnico deben ajustarse a lo previsto en la letra k) del citado artículo⁶¹⁷.

El artículo 7.1.k) de la LORPM reza:

«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.»⁶¹⁸.

La vaguedad del precepto abre las puertas a interpretaciones de índole diversa: así, se ha propuesto que esta medida sirva para solventar las carencias educativas que pueda presentar el menor, pudiendo consistir, por ejemplo, en la obligación de aprender a leer y escribir o terminar la educación general básica⁶¹⁹. También se ha llegado a cuestionar que pueda considerarse

considerar que deben considerarse idénticos, sin perjuicio de tener en cuenta que esta diferencia podría abonar una interpretación de los preceptos que nos ocupan en sintonía con la explicada en el texto o incluso con la expuesta en la nota 613.

⁶¹⁶ ORNOSA FERNÁNDEZ, se plantea si el término «actividad educativa» es más amplio que las prestaciones en beneficio de la comunidad, previstas en el artículo 7.1.j) de la LORPM y podría comprender también la obligación del menor de acudir a un centro social o educativo [artículo 7.1.f)] o la realización de tareas socio—educativas [artículo 7.1.k)]. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho Penal de menores*. Cit. Pág. 253.

⁶¹⁷ ESQUIVIAS JARAMILLO, propone, a mero título de ejemplo, la «asistencia a “aulas taller”, aulas de “educación compensatoria”, “talleres de aprendizaje”... sin más, por no ser objeto de estudio la naturaleza de estas **medidas**» (el subrayado es nuestro). Cfr. ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. “El principio de oportunidad del Fiscal...”. Cit. Pág. 391. Para LASTRA DE INÉS, «el abanico de posibilidades dependerá de los recursos de cada Comunidad Autónoma» (Cfr. LASTRA DE INÉS, A, “La fase de investigación...”. Cit. Pág. 242.

⁶¹⁸ No entraremos, por exceder el marco del trabajo, en consideraciones sobre la ubicación sistemática de la medida, que para ORNOSA FERNÁNDEZ, (*Derecho Penal de menores*. Cit. Pág. 186) «puede plantear problemas cuando entren en juego los principios acusatorio y de proporcionalidad».

⁶¹⁹ Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, A. “Las medidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores” en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. CGPJ, Madrid, 2001. Págs. 445 y 446.

una medida distinta de los trabajos en beneficio de la comunidad previstos en la letra j) del artículo 7.1⁶²⁰.

Si bien es cierto que la Exposición de Motivos de la LORPM concreta hasta cierto punto algunos aspectos de esta medida⁶²¹, cabe colegir que «es una medida que puede despertar grandes expectativas y a la vez, dar mucho juego dado su carácter educativo y en libertad, si bien el éxito de la misma depende de la existencia de una adecuada red de medios tanto materiales como personales que hagan efectiva la misma»⁶²².

Así pues, recapitulando, la «intervención socio—educativa» que puede proponer el equipo técnico es equivalente a la «actividad educativa» —cuyo contenido debe adecuarse al propio de la medida prevista en el artículo 7.1.k) (realización de «tareas socio—educativas») — que, de cumplirse, permite al Fiscal solicitar el sobreseimiento de la causa.

2.1.2. Procedimiento.

Parece claro que la iniciativa para proponer la realización de una actividad socio—educativa corresponde al equipo técnico. Sin embargo, nada impide que el Fiscal de Menores, en el momento de solicitar el informe a dicho equipo, atendiendo a la naturaleza de los hechos que motivan la apertura del

⁶²⁰ Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P. “Capítulo III. Las medidas (Título Segundo, artículos 7,13,14 y 15)” en *Justicia de menores: una justicia mayor (Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores)*. CGPJ, Madrid, 2000. Pág.91.

⁶²¹ El punto 19 de la Exposición de Motivos reza:

«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 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.»

⁶²² Cfr. MUÑOZ OYA, J.R. “Estudio sobre las medidas en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I2001. Pág. 216.

expediente, y en general a las circunstancias expresadas en el artículo 19.1 (ausencia de violencia o intimidación graves), pueda someter a la consideración de los profesionales del equipo técnico la posibilidad de que el menor efectúe una actividad de naturaleza socio—educativa.

Si, ya sea a iniciativa del Fiscal de Menores, ya del equipo técnico, se estima posible la realización de una actividad socio—educativa, el equipo deberá ponerlo en conocimiento del Fiscal, quien deberá valorar la concurrencia de los requisitos del artículo 19.1, y autorizar o denegar la realización de dicha actividad.

El menor, por su parte, deberá ser informado por el equipo técnico sobre la posibilidad de llevar a cabo una actividad socio—educativa, y de las consecuencias que de ello pueden derivarse.

Algunos de los principales problemas que presenta esta modalidad, a nuestro juicio, parten precisamente del mutismo de la LORPM en lo relativo a un aspecto tan importante como es la salvaguarda de los derechos y las garantías del menor en este punto.

Efectivamente, en primer lugar, por su especial relevancia, es preciso tener en cuenta que para la realización de la actividad propuesta por el equipo técnico es imprescindible que el menor reconozca su participación en los hechos que se le imputan en el expediente. De ahí se van desgranando otros problemas no menos acuciantes, pero que son vicarios, en buena medida de la anterior constatación.

El reconocimiento de los hechos⁶²³, debe analizarse desde un doble prisma: el del derecho del menor a la defensa, y aún pudiéndose considerar como una concreción del primero, el del valor que dicho reconocimiento pueda tener en caso de que, por el motivo que fuere, el proceso no se trunque y continúe hasta sentencia.

⁶²³ En adelante, con la expresión «reconocimiento de los hechos» nos referiremos al reconocimiento, por parte del menor, de su participación en los hechos que se le imputan.

2.2. La no continuación del procedimiento «en interés del menor».

Según el artículo 27.4 de la LORPM:

«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 suficientemente expresado el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos»

La no continuación del procedimiento en interés del menor, como puede apreciarse, puede ser propuesta por el equipo técnico en dos supuestos distintos, lo que aconseja su análisis separado. Antes, sin embargo, cabe reflexionar sobre una cuestión común.

En este punto, el concepto «interés del menor» va más allá de su contenido genuino —el reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales—. Cabría, llanamente, equiparar el interés del menor al que se alude en el precepto citado con el «beneficio del menor». Ahora bien, quién valora esta posibilidad —qué es lo más adecuado al interés del menor: la continuación del proceso o su truncamiento— es, en primera instancia, el equipo técnico. El Ministerio Fiscal, efectivamente, es quien ejerce las facultades dimanantes del principio de oportunidad, como se verá más adelante, pero la propuesta de no continuación la formula, en principio, el equipo técnico⁶²⁴.

Seguramente, como se explicará a continuación, hubiera sido preferible que la LORPM estableciera expresamente un elenco de criterios a partir de los cuales fuera posible valorar desde la óptica jurídica, la innecesariedad de continuar el proceso.

⁶²⁴ Obviamente, nada parece impedir que el Fiscal, al solicitar el informe del equipo técnico, ponga de manifiesto la posibilidad de desistir de la continuación del expediente a fin de que dicho equipo la valore.

Por el momento, sin embargo, cabe hablar no ya de soluciones extrajudiciales, como parecen preferir algunos autores, sino, claramente, de soluciones extrajurídicas⁶²⁵.

2.2.1. Por el transcurso del tiempo.

Este concreto supuesto presenta un aspecto positivo y diversos aspectos negativos. Es positivo en la medida en que supone la admisión implícita de que el transcurso del tiempo entre el hecho y su sanción no puede reputarse favorable a la eficacia de ésta, sino lo contrario y, por ende, perjudicial para el fin educativo que se pretende de las medidas de la LORPM⁶²⁶.

El aspecto negativo más destacable es la inseguridad jurídica que acarrea esta previsión⁶²⁷. Es obvio que el transcurso del tiempo, tal y como aparece recogido en el artículo 27.4, no equivale a la prescripción de la infracción penal⁶²⁸. De ser así, el precepto sería absolutamente vacío, en la medida en que la propia LORPM regula expresamente los plazos de prescripción en su artículo 10.

¿Es posible establecer criterios generales que permitan conocer cuál es la relación entre el transcurso del tiempo y la inadecuación de la respuesta

⁶²⁵ ALASTUEY DOBÓN, las considera «alternativas al procedimiento», que se enmarcan en el ámbito de la desjudicialización o «diversión». (ALASTUEY DOBÓN, M.C. “Alternativas al procedimiento y a la ejecución de las medidas en la Ley Orgánica 5/2000” en *El nuevo derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*. Gobierno de Aragón— Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2002. Pág. 201. Por su parte, DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J.M. se refieren a «vías de desjudicialización» en su trabajo *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Cit. Pág. 187.

En cambio, ESQUIVIAS JARAMILLO se resiste a usar la denominación «soluciones extrajudiciales» por cuanto se enmarcan en un proceso iniciado. (ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. “El principio de oportunidad procesal...” Cit. Pág. 386.

⁶²⁶ En este sentido, GARCÍA INGELMO, F.M. “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000. Pág. 444.

⁶²⁷ *Íbidem*.

⁶²⁸ En este sentido, DOLZ LAGO, M-J. *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*. Revista General del Derecho, Valencia, 2000. Pág. 157.

jurídica? La respuesta no es sencilla. Por una parte, es claro que sí; es más, la prescripción, para la doctrina penal, obedece precisamente a esta idea⁶²⁹. Pero por otra parte, en primer lugar, puede aducirse el reconocimiento de la prescripción en la LORPM (artículo 10), así como el significativo acortamiento de sus plazos. En segundo lugar, debe señalarse que aún siendo posible establecer dichos criterios —partiendo, por ejemplo, de los plazos de prescripción pero eludiendo sus reglas de cómputo— no parece que ésta sea la voluntad del legislador. Al contrario, si es el equipo técnico quién debe detectar que el tiempo transcurrido convierte una eventual medida en algo inadecuado, debe ser precisamente porque se entiende que los profesionales de dicho equipo están capacitados para llegar a dicha conclusión en cada caso concreto. De no ser así, de nuevo toparíamos con la vacuidad del precepto, en este caso, porqué resultaría absurdo que tener que acudir al equipo técnico para una cuestión de cómputo de plazos.

Llegados a este punto, reaparece nuevamente la seguridad jurídica, o más exactamente, la inseguridad jurídica a la que aboca esta previsión. Si bien es cierto, como sostiene alguno, que «esta cuestión no es sino un reflejo del principio de oportunidad reglada (*sic*) que inspira todo el procedimiento penal de menores»⁶³⁰, no puede perderse de vista que la inseguridad jurídica a la que nos estamos refiriendo es anterior al momento en el que dicho principio —a nuestro juicio, el de oportunidad, sin más⁶³¹— puede ejercerse, porque es el equipo técnico el que debe poner de manifiesto la inadecuación de la medida, y efectuar una primera valoración sobre el tiempo transcurrido⁶³².

⁶²⁹ En Derecho Penal de adultos, se sostiene que el instituto de la prescripción obedece fundamentalmente a la falta de necesidad de la pena que provoca el transcurso del tiempo. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J. HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal (I)*. Cit. Pág. 230; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Cit. Págs. 773 y 774.

⁶³⁰ Cfr. DOLZ LAGO, M-J. *La nueva responsabilidad penal del menor*. Cit. Pág. 157.

⁶³¹ Opina también que en estos supuestos «*el principio de oportunidad es puro; no se trata de un sobreseimiento sometido a condición alguna*», ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. “El principio de oportunidad del Fiscal...” Cit. Pág. 392. (el subrayado es del autor)

⁶³² Es cierto que quien ejerce el principio de oportunidad es el Ministerio Fiscal, quien, en palabras de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO «no está vinculado por las propuestas del equipo técnico». 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 el Fiscal debe

Ante este panorama no cabe sino adscribirse a la línea interpretativa según la cual el transcurso del tiempo será relevante, además de por convertir la respuesta penal en algo inadecuado —en sintonía con la idea que subyace a la prescripción— porque es posible que el menor, lisa y llanamente, «sea una persona distinta»⁶³³. En este caso, es evidente que sólo los profesionales del equipo técnico están en condiciones de evaluar los cambios en la personalidad del menor que se hayan producido desde el momento de la comisión de los hechos.

2.2.2. Por la suficiente expresión del reproche a través de los trámites ya practicados.

Se ha contemplado este supuesto como un reconocimiento, por parte de la LORPM, de la aflictividad implícita en cualquier proceso penal. La posibilidad de desistir de la continuación del proceso, además, estaría en sintonía con lo expresado en la exposición de motivos de la LORPM⁶³⁴.

Esta postura, a nuestro juicio, precisa de algunas consideraciones. En primer lugar, debería aclararse si el «reproche» al que alude el precepto necesariamente tiene un contenido aflictivo o, si, por el contrario, puede llegar a ser tendencialmente educador. Lo primero implica reconocer que el derecho penal de menores persigue primordialmente la sanción de las infracciones penales. Lo segundo, desde nuestro punto de vista, es más acorde con los fines de la LORPM. En segundo lugar, la distinción anterior entre «reproche sancionador» y «reproche educativo» sirve para percatarse de otra consecuencia no menos relevante: si se acepta que el «reproche» expresado

procurar mantener un contacto ininterrumpido y fluido». O más claramente «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 al archivo debe remitir su razón a la expresada en las propuestas del Equipo». Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, de 18 de diciembre de 2000.

⁶³³ En este sentido, ALASTUEY DOBÓN, M.C. “Alternativas al procedimiento y a la ejecución...” Cit. Pág. 209.

por medio de los trámites practicados es solamente sancionador, y que no tiene naturaleza educativa, se acepta también la existencia de dos categorías distintas de menores infractores. Por una parte, aquellos que por sus circunstancias personales, familiares y sociales no precisan de una intervención educativa y por otra, aquellos que, aún habiendo cometido idénticos hechos, precisamente por sus circunstancias, precisan de una intervención educativa más intensa.

Esta conclusión, a nuestro juicio, pasa por un entendimiento sesgado del concepto «interés de los menores»: al intentar definir el concreto interés de un menor, se elude el genérico, o lo que es lo mismo, se ignoran principios y derechos fundamentales tales como la igualdad o, de nuevo, la seguridad jurídica.

Con ello no quiere decirse que más allá de las consideraciones relativas a la introducción del principio de oportunidad en el proceso de menores, no se aprecien aspectos positivos en el precepto. Al contrario, el motivo que permite plantearse el sobreseimiento puede resultar útil siempre y cuando se perfilen adecuadamente sus contornos, y siempre y cuando, insistimos, no arroje como resultado el establecimiento de dos categorías de infractores⁶³⁵.

Al hilo de estas consideraciones aún es posible plantearse otra cuestión. De admitirse la postura que hemos sostenido, es decir, si se acepta que la terminación anticipada del procedimiento por expresión suficiente del reproche responde no tanto a un fin meramente retributivo sino, principalmente, a un fin educador, es posible plantearse hasta qué punto el propio proceso debe considerarse, como viene haciéndose de manera tópica, como un «mal», o si,

⁶³⁴ Cfr. GARCÍA INGELMO, F.M. "El Fiscal y el principio de oportunidad...". Cit. Pág. 444.

⁶³⁵ Precisamente la discriminación entre menores que gozaban de circunstancias personales, familiares, educativas y sociales adecuadas y menores que no disponían de tales condiciones determinó que en la tramitación parlamentaria de la LORPM el contenido del artículo 18 fuese radicalmente modificado respecto al proyecto presentado por el Gobierno. Los mismos motivos que invalidaron en su momento el texto del artículo 18 tal y como aparecía formulado en el Proyecto, deberían erradicarse de cualquier propuesta del equipo técnico y, correlativamente, de la decisión del Ministerio Fiscal. [Sobre la tramitación parlamentaria del artículo 18 *Vid.* Capítulo tercero, nota núm.417].

por el contrario, por lo menos en el ámbito del derecho penal de menores, además de la innegable faceta de garantía, el proceso puede cumplir, por sí, fines de carácter educativo. A nuestro juicio, este «cambio de paradigma» es una cuestión todavía pendiente, no sólo en el ámbito del derecho penal y procesal penal de adultos sino, hoy por hoy, también en el de menores⁶³⁶.

Finalmente, estimamos precisa una ulterior aclaración. Anteriormente, se aludía a lo dispuesto en el artículo 23 de la LORPM, intitulado “Actuación instructora del Ministerio Fiscal”⁶³⁷. En el primer apartado de dicho precepto se encomienda al Fiscal, entre otras tareas, la de «valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta». En su momento se ha explicado que dicha función se compadece más bien poco con la dirección de la investigación, y, en general, con las funciones que competen al Ministerio Fiscal; en atención a ello se ha entendido que la única forma en la que el Fiscal puede «expresar el reproche» es ejercitando la acusación. En este punto, creemos, vale la pena insistir en que si bien la tramitación del proceso puede satisfacer la necesidad de reprochar al menor su conducta punible, ello no equivale a que el Fiscal, por sí, pueda ni deba cumplir con dicha función⁶³⁸.

2.3. La introducción del principio de oportunidad en el proceso penal de menores. Consideraciones críticas.

Hasta el momento se han explicado las fórmulas que permiten la terminación anticipada del proceso que presentan como nota en común la aplicación del principio de oportunidad. Asimismo, se han puesto de manifiesto cuestiones que quedan irresueltas en la LORPM, y los problemas que la propia regulación puede suscitar.

⁶³⁶ El «cambio de paradigma», esto es aceptar que el proceso penal no es necesariamente un «mal» sino que está concebido, por el contrario, como una garantía, se apunta claramente en la STC 36/1991, de 14 de febrero.

⁶³⁷ *Vid. Supra.* Capítulo tercero, págs. 252 ss.

⁶³⁸ *Vid. Supra.* Nota núm. 455.

El denominador común de todas las fórmulas analizadas hasta el momento lo constituye la introducción del principio de oportunidad⁶³⁹. El principio de oportunidad «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 determinado»⁶⁴⁰.

Efectivamente, el artículo 27 de la LORPM resulta especialmente claro cuando establece que «en estos casos (en alusión a los supuestos en los que el equipo técnico propone la no continuación del expediente por suficiente expresión del reproche o por el tiempo transcurrido), si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal **podrá** remitir el expediente al Juez de Menores con propuesta de sobreseimiento (...)». En el supuesto de realización de una actividad socio—educativa, el artículo 19.1 contempla asimismo que el Fiscal **podrá** desistir de la continuación del expediente⁶⁴¹.

⁶³⁹ Según ARMENTA DEU, «una concepción estricta del principio de oportunidad comprendería aquellos expedientes procesales que presentan las siguientes características:

- a) Desde la perspectiva subjetiva, atañer al Fiscal y al órgano jurisdiccional
- b) Desde la objetiva, circunscribirse al contenido de sus obligaciones esenciales en el proceso penal y; finalmente
- c) Desde la teleológica, estar dirigidas a enervar las citadas obligaciones o parte de ellas con arreglo al principio de legalidad, esto es, la investigación de todo hecho aparentemente delictivo y —de manera fundamental— el ejercicio de la acción penal; así como, en cuanto al órgano jurisdiccional —ejercitada la acción penal— velar por el desarrollo del proceso a tenor de la legalidad vigente(...)».

(Vid. ARMENTA DEU, T. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. PPU, Barcelona, 1991. Pág. 208).

⁶⁴⁰ Cfr. MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Pág. 71.

⁶⁴¹ Adviértase que aunque el artículo 19.1 establece que el Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente, tanto en el supuesto que analizamos, como si se logra la conciliación o la reparación, en estos dos últimos casos, el apartado 4 del mismo artículo 19 dispone que «el Fiscal **dará por concluída la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones**» (el subrayado es nuestro).

Estas manifestaciones del principio de oportunidad, en palabras de la Exposición de Motivos de la LORPM, son exponente de un «uso flexible del principio de intervención mínima»⁶⁴².

El principio de intervención mínima, como se ha explicado anteriormente, opera en el plano de la creación de la norma, no en el de su aplicación concreta, por lo que cabe pensar que lo que en realidad se plasma mediante la introducción de manifestaciones del principio de oportunidad es el denominado «uso mínimo» del derecho penal⁶⁴³.

La no continuación del procedimiento obedece, así, a la innecesariedad de la respuesta penal en el caso concreto, bien porque dicha respuesta ya ha sido expresada por vías diferentes a la medida sancionadora—educativa⁶⁴⁴, bien porque el transcurso del tiempo o la propia sumisión al proceso «invalidan» la respuesta penal⁶⁴⁵.

Lo anterior puede dar cuenta de la existencia de mecanismos que permiten evitar la continuación del proceso. Sin embargo, no justifica la opción del legislador en el sentido de dejar en manos del Fiscal de Menores la decisión acerca de la continuación o terminación del proceso. En otras palabras, nada impediría que la solicitud de sobreseimiento, en estos

⁶⁴² Para GARCÍA INGELMO, «en el ámbito de reforma (se refiere a lo que él denomina “derecho de reforma de menores”) el principio de oportunidad constituye una idea importada del campo procesal penal, donde, como hemos apuntado, surge como concepto; pero lejos de suscitar la polémica que en su esfera de origen, este principio ha sido adoptado por el derecho de reforma como uno de sus verdaderos principios informadores, que no sólo no suscita ningún tipo de contienda, sino la más amplia aquiescencia, tanto a nivel teórico como entre los operadores encargados de su aplicación». (GARCÍA INGELMO, F.M. “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000”. Cit. Pág. 426.)

⁶⁴³ *Vid. Supra*. Capítulo Primero, págs. 58 ss. En este sentido, DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Aranzadi, Pamplona, 2001. Pág. 299.

⁶⁴⁴ Si bien se mira, la diferencia no estriba tanto en el contenido de la respuesta (como se veía anteriormente la realización de una actividad socio—educativa no se distingue fácilmente de algunas de las medidas previstas en el artículo 7 de la LORPM), cuanto en el como se dispensa tal respuesta: de una manera «formal» mediante la sentencia, o «informal» en la medida en que se evita la intervención judicial.

⁶⁴⁵ Como ya se ha explicado, ambos institutos actúan de forma diferente: mientras que el transcurso del tiempo opera de forma semejante a la prescripción, el sometimiento al proceso puede interpretarse, en este caso, como una experiencia con tintes educativos que cumple con el fin de las medidas.

supuestos, debiera proceder *ope legis* igual que ocurre con la conciliación o la reparación.

Sin embargo, el legislador ha optado por la introducción del principio de oportunidad, facultando al Fiscal para decidir en qué casos el proceso puede terminar y en qué casos es preferible instar la imposición de medidas. Ante esta tesitura, cabe, a nuestro juicio, señalar los principales riesgos que acarrea la introducción del principio de oportunidad y las críticas de las que dicho principio es acreedor⁶⁴⁶.

El principio de oportunidad se opone, en su formulación pura, al principio de legalidad⁶⁴⁷. Ello implica, además de la quiebra de uno de los pilares básicos del sistema jurídico, una incidencia negativa en el principio de seguridad jurídica, en la medida en que el ciudadano no puede prever las consecuencias de su infracción penal⁶⁴⁸.

Por otra parte, las críticas al principio de oportunidad inciden en la atribución de funciones privativas de los órganos jurisdiccionales al Ministerio Fiscal. Por lo general dichas críticas se reservan a aquellos supuestos en los que la decisión del Fiscal de poner fin al procedimiento no se sujeta al control

⁶⁴⁶ Partimos de la definición de principio de oportunidad propuesta por ARMENTA DEU que transcribíamos en la nota 639. Igualmente, en la exposición de las críticas a dicho principio, seguimos el esquema propuesto por dicha autora en su obra *Criminalidad de bagatela*...Cit. Págs. 196 a 202. Una crítica especialmente acerada en DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. PPU. Barcelona. 1988. Vid. asimismo, MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal*...Cit. Págs. 71 a 83.

⁶⁴⁷ El denominado «principio de oportunidad reglada», como pone de manifiesto ARMENTA DEU, además de constituir una flagrante *contradictio in terminis*, supone la importación inadecuada de elaboraciones doctrinales del derecho administrativo. Se alude a la oportunidad reglada, de la que se pretende un efecto sanador de los problemas que el principio de oportunidad plantea en relación con el principio de legalidad, en la medida en que la propia norma establece criterios o condiciones de aplicación del principio de oportunidad (ARMENTA DEU, T. *Criminalidad de bagatela*...Cit. Pág. 211). Por su parte, DE LA OLIVA afirma «en cuanto al principio de oportunidad, "reglada" o no, negar que el artículo 124.2 de la Constitución opta claramente por el principio contrario, el de legalidad, es empeñarse en negar la evidencia» (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales*....Cit. Pág. 87).

⁶⁴⁸ ARMENTA DEU, T. *Criminalidad de bagatela*...Cit. Pág. 197. MONTERO AROCA, por su parte, afirma que «en el mejor de los casos, la introducción del llamado principio de oportunidad supondría la desvirtuación del derecho penal material por medio del proceso». (MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal*...Cit. Pág. 77.)

de un órgano investido de jurisdicción⁶⁴⁹. En el proceso de menores dichas críticas adquieren especial relevancia, por cuanto aunque la decisión sobre la terminación del proceso se reserva al Juez de Menores, sólo es así en el plano meramente formal, en la medida en que, como ya se ha explicado, el Fiscal de Menores ejerce la acusación en régimen de monopolio, de forma que su petición de sobreseimiento debe ser necesariamente atendida por el Juez de Menores⁶⁵⁰.

Finalmente, se critica el principio de oportunidad desde la perspectiva del principio de igualdad. Se aduce en este sentido que el ejercicio del principio de oportunidad puede suponer, eventualmente, un trato diverso. Este aspecto como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, cobra especial relevancia en los supuestos en los que la no continuación del proceso se acuerda «en interés del menor», es decir, por el tiempo transcurrido o por la suficiente expresión del reproche mediante los trámites ya practicados.

Volviendo a las manifestaciones del principio de oportunidad previstas en la LORPM, cabe adelantar que para la mayoría de los autores se trata de manifestaciones del denominado «principio de oportunidad reglada», extremo que, como ya se ha apuntado, no compartimos⁶⁵¹. Desde esta perspectiva, los problemas de que adolece el principio de oportunidad en un sistema jurídico

⁶⁴⁹ ARMENTA DEU, T. *Criminalidad de bagatela*....Cit. Pág. 197.

⁶⁵⁰ *Vid. Supra*. Capítulo tercero, págs. 294 ss.

⁶⁵¹ Por esta vía, es decir, sosteniendo que la LORPM no contempla supuestos de oportunidad —sin más—, a nuestro juicio lo que se intenta es concluir que la «oportunidad» no se opone al principio de legalidad. Cabe admitir que el principio de oportunidad no **se opone** al de legalidad, siempre que se admita que necesariamente **lo excepciona**. Por otra parte, como ya se ha señalado, citando a ARMENTA DEU, la oportunidad reglada, en definitiva, es una «vuelta» a la legalidad. [La formulación más explícita de este axioma en GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. «Principios orientadores de la responsabilidad penal de los menores» en A.A.V.V. *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos Humanos*. Ararteko. Vitoria/Gasteiz, 2001. Págs 40 y 41. GIMÉNEZ-SALINAS afirma «Mucho se ha discutido si estamos de nuevo en fórmulas parecidas a las de la justicia privada y los riesgos que comporta la aplicación del principio de oportunidad. Sin embargo, con los controles oportunos y bajo el respeto al principio de legalidad **que no se opone al de oportunidad** creemos que es un camino acertado» (el subrayado es nuestro)].

que tiene sus fundamentos en el principio de legalidad, desaparecen o, cuando menos, se mitigan⁶⁵².

No obstante, no falta quien va más allá, llegando a sostener que «el “Principio de oportunidad es en el procedimiento de los menores lo que el de “Legalidad” en el de los mayores de edad a efectos de la responsabilidad exigida en el Código Penal vigente»⁶⁵³. Esta preeminencia del principio de oportunidad, cuyas desventajas se reputan como «más bien teóricas», estaría, según dicha concepción, al servicio del interés del menor⁶⁵⁴.

3. FÓRMULAS QUE NO INCLUYEN EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: LA REPARACIÓN Y LA CONCILIACIÓN.

Dentro de las fórmulas que permiten la evitación del enjuiciamiento y de la sentencia, hemos agrupado la conciliación y la reparación, distinguiéndolas de aquellos otros mecanismos que, a pesar de conducir a un resultado idéntico —la terminación anticipada del procedimiento mediante un auto de sobreseimiento—, se diferencian por conllevar la aplicación del principio de oportunidad.

La reparación y la conciliación, o más exactamente, la regulación de ambas en la LORPM, contrariamente a lo que sostienen algunos autores, no da cabida a la aplicación del principio de oportunidad, tal y como se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 19.4 de la LORPM:

⁶⁵² Aunque la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO pretenda mitigar los efectos de las manifestaciones del principio de oportunidad contenidas en la LORPM estableciendo que «el Decreto del Fiscal por el que se acuerde la conclusión de la instrucción deberá ser motivado y espresar su causa legal, con indicación del artículo de la Ley en que se ampara», no puede sino admitir que «su discrecionalidad es muy extensa y flexibles los presupuestos de su ejercicio». De nada sirve, a nuestro juicio, afirmar que «su facultad es de naturaleza reglada», ni sostener que «ello obliga a hacer explícitos los motivos en que se funda con el fin de disipar toda sospecha de arbitrariedad». [Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Circular 1/2000. Cit.]

⁶⁵³ ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. “El principio de oportunidad procesal...”. Cit. Pág. 381. En el original la frase se encuentra en cursiva. El autor, más adelante, afirma que «así, el principio de “Legalidad” y el de “Oportunidad” se equiparan en la L.O. 5/2000

⁶⁵⁴ *Íbidem.*

«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»⁶⁵⁵.

El efecto común de la reparación y de la conciliación —tanto si se llevan a cabo con éxito, como si no pueden producirse por causas ajenas a la voluntad del menor— consiste en la finalización del procedimiento mediante auto de sobreseimiento. Si el Ministerio Fiscal, a la vista del informe del equipo técnico, autoriza la realización de una conciliación o de una actividad reparadora, después de que ésta se lleve a cabo —o se frustre por causas ajenas a la voluntad del menor—, debe instar el sobreseimiento de la causa. Aún a pesar de que el apartado 1 del artículo 19 establezca que el Fiscal «podrá» desistir de la continuación del expediente, entendemos que el apartado 4 del mismo precepto, que transcribíamos más arriba, introduce un régimen específico para los supuestos de conciliación y de reparación, de forma que la aplicación del principio de oportunidad sólo es posible en los supuestos en los que el desistimiento de la continuación del expediente se susciten a raíz o bien de la realización de una actividad socio—educativa, o bien por el transcurso del tiempo o por la suficiente expresión del reproche, en los términos estudiados anteriormente.

Además, la conciliación y la reparación presentan otros caracteres comunes: en primer lugar, se trata de fórmulas en las que la víctima del delito ostenta, *a priori*, un papel altamente relevante. En segundo lugar, se llevan a cabo con la mediación del equipo técnico. Finalmente, ambas precisan, indefectiblemente, de la asunción de responsabilidad por parte del menor. Por otra parte, la conciliación y la reparación, con ser mecanismos que responden a idénticos fines, presentan un contenido diferenciado en la LORPM.

⁶⁵⁵ El subrayado es nuestro.

El panorama esbozado nos inclina a abordar el estudio de los aspectos apuntados de la siguiente forma. En primer término, es preciso referirse a la víctima —protagonista en principio indiscutible en ambos mecanismos—, desde un doble plano: por una parte, intentando aclarar el contenido de los conceptos que utiliza la LORPM («víctima» y «perjudicado») y por otra parte, averiguando hasta qué punto la regulación de la conciliación y de la reparación en la LORPM otorga un papel verdaderamente relevante a dichos sujetos. En segundo término, se incidirá en el significado de la «mediación» y en la necesidad de que la misma se lleve a cabo, necesariamente, por el equipo técnico, exponiendo las ventajas y los inconvenientes de dicha opción. A continuación, se expondrán separadamente los principales caracteres de la conciliación y de la reparación tal y como aparecen configuradas en la LORPM. Finalmente, se abordarán algunos de los aspectos que, a nuestro juicio, pueden resultar más problemáticos, tales como: las especificidades en el caso de que la víctima sea menor de edad; la necesaria asunción de responsabilidad por parte del menor y, en fin, las previsiones en relación con la responsabilidad civil.

3.1. Una aclaración previa: «víctima» y «perjudicado» en la LORPM.

3.1.1. «Víctima» y «perjudicado»: un intento de delimitación.

El artículo 19 de la LORPM distingue entre los conceptos «víctima» y «perjudicado» a los efectos de establecer quien puede participar en la conciliación —sólo la víctima— y en la reparación —la víctima o el perjudicado—.

En páginas anteriores se ha abordado ya la cuestión relativa a las diferencias entre víctima y perjudicado, que pueden resumirse como sigue⁶⁵⁶. Con el término «víctima», se alude al sujeto pasivo de la acción u omisión típicas. Se considera «perjudicado», por otra parte, a quien haya sufrido, con

⁶⁵⁶ Vid. *supra*. Capítulo segundo, págs. 132 ss.

ocasión de la infracción penal, sustracción, pérdida, daño o perjuicio. Como hemos apuntado en su momento en relación con la participación del perjudicado en el proceso de menores prevista en el artículo 25, en puridad tan sólo debería admitirse la personación del ofendido por el delito, esto es, de la víctima.

Sin embargo, al regular la conciliación y la reparación, la LORPM distingue entre «víctima» y «perjudicado», lo que a nuestro juicio genera un elenco de cuestiones con especial relevancia en el orden práctico.

En primer lugar, merece apuntarse que, mayoritariamente, la doctrina penal alude a la reparación como un mecanismo en el que se intenta un «encuentro» entre el **autor** y la **víctima**, obviando el concepto más amplio de «perjudicado».

En segundo lugar, pueden señalarse algunos eventuales problemas de índole práctica: ¿Quién deberá participar en la reparación cuando la acción ilícita haya dado lugar a la existencia tanto de una víctima como de uno o más perjudicados? ¿Cabría en estos supuestos intentar por una parte la conciliación con la víctima y por otra parte la reparación con el o los perjudicados? Y en esta línea, ¿cómo debe actuarse en caso de una infracción penal «sin víctima» o incluso en la que no sea posible identificar al o a los perjudicados?⁶⁵⁷

Las primera de las cuestiones debería resolverse en sintonía con lo manifestado en relación con la participación del perjudicado en el proceso de menores, es decir, dando preeminencia a la víctima, y reservando para el perjudicado, el ejercicio de la acción civil regulada en los artículos 61 a 64 de la LORPM, si lo estima conveniente. En esta línea, estimamos inaceptable que el menor pueda someterse simultáneamente a conciliación y a reparación. Sin embargo, la imposibilidad de satisfacer a la totalidad de los sujetos que han sufrido los efectos de la infracción penal no puede impedir, si procede, el sobreseimiento del expediente.

⁶⁵⁷ Piénsese, por ejemplo, en un delito de daños en grado de tentativa, o en cualquier delito en el que el bien jurídico sea de los denominados «colectivos» (salud pública, etc..)

En cuanto a los supuestos en los que no sea posible la identificación ni de la víctima ni del perjudicado, es decir, en los casos en los que, para algún autor, «el perjudicado» sea «la sociedad en su conjunto»⁶⁵⁸, cabría entender procedente que la actividad reparadora estuviera orientada al beneficio de la comunidad, tal y como prevé el artículo 19.2 de la LORPM.

Es posible que la aplicación práctica de la norma suscite, además de las planteadas, otras cuestiones en relación con la determinación de los sujetos que pueden participar en la conciliación y, especialmente, en la reparación. A nuestro juicio, ello hubiera podido evitarse ciñendo exclusivamente a la víctima las posibilidades de participar en la reparación. Frente a esta afirmación podría alegarse que ello conllevaría la exclusión automática de algunos delitos en los que no existe víctima, de forma que el ámbito de la reparación se limitaría considerablemente.

Aventurando una posibilidad de *lege ferenda*, estas y otras objeciones podrían salvarse distinguiendo claramente entre soluciones de naturaleza reparadora o conciliadora —en las que el ofendido por el delito podría ver «compensado» el daño sufrido— y otros mecanismos, que permitieran al menos «reparar» el daño ocasionado al conjunto de la sociedad de una forma «simbólica». Unos y otros, si ello es lo que se pretende en realidad, podrían conllevar la terminación anticipada del procedimiento⁶⁵⁹.

3.1.2. ¿«Interés por la víctima» o la víctima como pretexto?

Continuando con el razonamiento anterior, cabe preguntarse si realmente la LORPM «no olvida el interés propio del perjudicado o víctima»⁶⁶⁰,

⁶⁵⁸ Cfr. ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. “El principio de oportunidad procesal...”. Cit. Pág. 387.

⁶⁵⁹ La LORPM, desde nuestro punto de vista, confunde planos diversos. Por una parte, ensaya mecanismos de reparación y conciliación con la víctima, lo cual puede resultar absolutamente plausible. Por otra parte, introduce mecanismos de terminación anticipada del procedimiento.

⁶⁶⁰ Cfr. Apartado 8 de la Exposición de Motivos de la LORPM.

es decir, si «tiene en cuenta los tres elementos que debe tomar en consideración el derecho penal moderno: autor, víctima y sociedad»⁶⁶¹.

A nuestro juicio la respuesta es negativa, aunque con algunos matices. El artículo 19 de la LORPM tiene en cuenta a la víctima pero de forma limitada e interesada. Limitada, en la medida en que su negativa a participar en la conciliación o la reparación, o a colaborar para que una u otra den el resultado que se espera de las mismas, no impide necesariamente la terminación del proceso. En otras palabras, con la mera concurrencia de la voluntad del menor para disculparse o para reparar el daño, es posible instar la solicitud de sobreseimiento. Y es interesada en la medida en que, desde nuestro punto de vista, ni la conciliación ni la reparación tienen como fin primordial la satisfacción —moral o material— de la víctima o del perjudicado. El fin primordial es, y seguramente no podía ser de otra manera, una particular consideración del interés de los menores que se cifra en el carácter educativo que se presume tanto de la conciliación como de la reparación o, para ser más exactos, del «arrepentimiento» del infractor, elemento imprescindible para abordar cualquiera de ambos institutos. El «interés de la víctima», o si se prefiere, el «interés por la víctima», constituye un efecto colateral, pero no el principal, en la medida en que por una parte, es prescindible, y por otra parte, puede verse satisfecho por la vía de la responsabilidad civil, que como veremos más adelante, no queda cerrada aún a pesar de que se haya concluido con éxito una actividad de naturaleza reparadora.

3.2. La necesaria mediación del equipo técnico.

3.2.1. La «mediación» como método de solución de conflictos.

Con el término «mediación» se alude a «una forma de intervención en un conflicto, un método, que consiste básicamente en facilitar la comunicación

⁶⁶¹ Cfr. GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E. “Características principales de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor” en «Poder Judicial», núm. 60, pág. 144.

entre las partes enfrentadas que posibilite la adopción de un acuerdo por ellas mismas»⁶⁶².

La actividad del mediador es distinta a la del árbitro, a quien se atribuye la facultad de resolver un conflicto entre partes, y de la del Juez, quien ostenta la facultad de juzgar y sentenciar⁶⁶³.

La mediación tiene como objetivo principal un encuentro entre las partes —que no tiene porque materializarse— a fin de que estas superen el conflicto generado por la infracción penal⁶⁶⁴.

El mediador no pretende terciar en el conflicto sino propiciar que las partes hallen una solución al mismo que les resulte satisfactoria. Su función consiste en motivar y guiar la comunicación para ayudar a objetivar y definir el conflicto⁶⁶⁵.

3.2.2. Sujetos que pueden realizar la mediación.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 19.3 de la LORPM,

«El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados

⁶⁶² PÉREZ SANZBERRO, G. *Reparación y conciliación en el sistema penal...*Cit. Págs. 20 y 21. Según el *Diccionario de la Real Academia*, «Mediar» significa, entre otras cosas, «Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad». También, en <http://www.solomediacion.com>, (1/10/2002) «La mediación es un método no adversarial y voluntario de gestión de conflictos, que incluye un tercero neutral, el mediador, con la función de ayudar a que las partes involucradas en un conflicto puedan negociar desde la colaboración, una resolución del mismo satisfactoria para todos. La mediación es un excelente método para solucionar problemas en ámbitos familiares, empresariales, escolares, institucionales y comunitarios dado que evita el litigio, satisface las necesidades de las partes y refuerza la cooperación y el consenso. La mediación consiste en un proceso voluntario, flexible y participativo de resolución pacífica de conflictos a través del cual las partes se reúnen con un tercero (el mediador) que los asiste en la negociación del acuerdo que contemple los intereses de cada una de ellas».

⁶⁶³ Vid. Términos «Árbitro» y «Juez» en el *Diccionario de la Real Academia*.

⁶⁶⁴ Este apartado se nutre, fundamentalmente, de la monografía: A.A.V.V. *El modelo de justicia juvenil en Cataluña*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000. Aunque este trabajo recoge las experiencias y el modelo de justicia juvenil desarrollado en Cataluña al amparo de la L.O. 4/1992, el programa y los métodos allí expuestos se siguen aplicando en la actualidad.

⁶⁶⁵ Vid. Ob. Ant. Cit. Pág. 31.

anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento».

Téngase en cuenta que el artículo 27.3 permite que el equipo técnico proponga al Ministerio Fiscal la realización de una actividad reparadora o de conciliación, con indicación expresa del contenido y finalidad de la mencionada actividad. En tal caso, no será precisa la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor en los términos del apartado 1 del mismo artículo.

No sólo a la luz de lo establecido en la LORPM, sino principalmente por la propia naturaleza de la mediación, comúnmente se admite la necesidad de que la mediación se lleve a cabo por sujetos formados en el ámbito de las ciencias sociales y de la conducta⁶⁶⁶. Ello no impide, por supuesto, que sujetos con formación jurídica puedan ejercer como mediadores en determinados ámbitos⁶⁶⁷.

Es obvio, sin embargo, que la LORPM ha optado por atribuir las funciones de mediación a los profesionales del equipo técnico. Ahora bien, ¿necesariamente deben ser los integrantes del equipo que depende funcionalmente del Ministerio Fiscal quienes realicen la mediación?

La cuestión, en contra de lo que pudiera parecer a primera vista, no es baladí, principalmente en orden a dos razones. En primer lugar, es posible que existan equipos o profesionales especialmente cualificados para las tareas propias de la mediación. En segundo lugar, debe tenerse presente que el proceso de mediación implica necesariamente la asunción de responsabilidad por parte del menor, lo que, de no prosperar la conciliación o la reparación, puede comprometer la neutralidad del equipo técnico a la hora de elaborar el correspondiente informe.

⁶⁶⁶ En este sentido FRANCO YAGÜE, J.F. "Funciones y cometido del equipo técnico en la L.O. 5/2000" en «estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2001, pág. 511.

⁶⁶⁷ Cfr. Ley del *Parlament de Catalunya* 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar. (B.O.E. núm. 91 de 16 abril 2001). *Vid.* asimismo, la Recomendación del Consejo de Europa R(98)1, de de 21 enero 1998, sobre mediación familiar.

Por ello, nos parece más adecuado el sistema adoptado por algunas Comunidades Autónomas, en las que las primeras entrevistas con el menor las realiza el equipo de mediación. Si dicho equipo considera que la mediación no es viable, remite el caso al equipo de asesoramiento, para que emita el correspondiente informe⁶⁶⁸.

Creemos que esta solución, además, tiene encaje en lo dispuesto en el artículo 19, cuya mención al «correspondiente» equipo técnico, daría cabida a la actuación de profesionales distintos de los que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27.1 deben elaborar el informe sobre la situación del menor.

3.3. La conciliación.

En lo que se ha denominado una «interpretación auténtica»⁶⁶⁹, la LORPM fija los contenidos tanto de la conciliación como de la reparación. En relación con la primera, de acuerdo el apartado 2 del artículo 19,

«Se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas»

Esta novedosa fórmula, inédita hasta el momento en el Ordenamiento Jurídico Español⁶⁷⁰, se introduce con el afán primordial de que la víctima «reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor»⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ Además de Catalunya, a cuyo programa nos hemos venido refiriendo, en Madrid, dos equipos técnicos distintos se ocupan, respectivamente, de informar sobre la conveniencia de realizar una actividad reparadora y de realizar la mediación y la reparación e informar de sus resultados a la Fiscalía de Menores (GÁLVEZ GARCÍA, M.A. Los equipos técnicos en la Ley 5/2000 en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000. Pág. 44.

⁶⁶⁹ LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho Penal de Menores*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Pág. 288; DOLZ LAGO, M.J. «El principio de oportunidad del Fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas» en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000. Pág. 494.

⁶⁷⁰ Ni la L.O. 4/1992 contemplaba la conciliación. Por otra parte, como veremos, la conciliación no es absolutamente equiparable a la figura del «perdón del ofendido», que sí que tiene raigambre en la legislación penal de adultos. DE LAMO RUBIO, entiende, en cambio, que la L.O. 4/1992, contemplaba, en su artículo 15.1.6, una verdadera conciliación, reservando el término «reparación», para lo previsto en el artículo 16.3, de acuerdo con el cual el Juez de Menores podía declarar la suspensión de la ejecución del fallo si el menor y los perjudicados

Los requisitos principales de la conciliación son, por parte del menor, el reconocimiento del daño causado y las disculpas por el mismo; y por parte de la víctima, la aceptación de dichas disculpas⁶⁷². El equipo técnico, como se ha señalado, es el encargado de mediar entre ambos sujetos.

La conciliación, tal y como aparece descrita en el artículo 19.2 de la LORPM, no conlleva ningún acuerdo de naturaleza reparadora en el sentido material del término⁶⁷³, sino que se limita a una confrontación víctima—infractor con la que se pretende poner fin al conflicto generado por la infracción penal⁶⁷⁴. El perjudicado queda excluido del ámbito de la conciliación⁶⁷⁵, lo que nos inclina a pensar que dicho mecanismo debería reservarse para aquellos supuestos en los que la condición de víctima y de perjudicado coincida en un único sujeto.

Para algún autor el principal problema que suscita la conciliación se cifra en la necesidad de que el menor reconozca la autoría de los hechos que se le imputan⁶⁷⁶. A nuestro juicio, este es uno de los aspectos problemáticos comunes a la conciliación y a la reparación, por lo que se analizará más adelante en el apartado dedicado a los problemas y cuestiones que suscita la regulación de ambas fórmulas en la LORPM.

Un aspecto singular de la conciliación consiste en su similitud con la institución del perdón del ofendido, recogida en el artículo 130.4º del Código Penal. Como es sabido, de acuerdo con dicho precepto, el perdón del ofendido

aceptasen una propuesta de reparación extrajudicial. *Vid.* DE LAMO RUBIO, J. “La víctima en el actual proceso de menores: presencias y ausencias” en «La Ley», núm. 4897, 1999.

⁶⁷¹ Cfr. Exposición de Motivos de la LORPM, apartado 13.

⁶⁷² «Disculparse», según el Diccionario de la Real Academia, significa «pedir indulgencia».

⁶⁷³ Para DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Comentarios...*Cit. Pág. 248, la conciliación no es sino una modalidad de reparación o satisfacción a la víctima.

⁶⁷⁴ En contra ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. “El principio de oportunidad procesal...” Cit. Págs. 387 a 389, para quien es posible (y en determinados supuestos incluso necesario) que la conciliación vaya acompañada de actividades de reparación o educativas.

⁶⁷⁵ ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. *Ob. Ant. Cit.* Pág. 388, incluye al perjudicado en el ámbito de la conciliación, a nuestro juicio contrariando abiertamente el tenor literal de la LORPM.

⁶⁷⁶ Así, ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho Penal de Menores.* Cit. PÁG. 254.

extingue la responsabilidad criminal si se otorga de forma expresa antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta. El perdón tan sólo opera en los supuestos previstos en la ley⁶⁷⁷, y en caso de que la víctima sea un menor o un incapaz, si el perdón se presta por sus representantes legales, el Juez podrá rechazarlo oídos aquellos y el Ministerio Fiscal.

Las semejanzas entre el perdón del ofendido previsto en el Código Penal y la conciliación regulada en la LORPM son, a nuestro juicio, más bien escasas. En primer lugar, el ámbito de aplicación de uno y otra, con ser reducido en ambos supuestos⁶⁷⁸, es radicalmente distinto en cuanto a su fundamento. Así mientras que el perdón se ciñe a los delitos privados y a algunos delitos semipúblicos, fundamentándose en una concepción del bien jurídico protegido como algo puramente personal⁶⁷⁹, la conciliación es posible en todos los delitos menos graves y en las faltas, con independencia de si son privados, semipúblicos o públicos⁶⁸⁰. En segundo lugar, el momento procesal en que se producen uno y otra es también distinto⁶⁸¹. Esto conlleva, asimismo, que los efectos de uno y de otra sean también diferentes: mientras que el perdón del ofendido supone la extinción de la responsabilidad criminal declarada por sentencia, la conciliación supone el archivo de las actuaciones mediante sobreseimiento. Finalmente, merece señalarse que el perdón supone, en cierta medida, dejar la facultad de sancionar en manos de los

⁶⁷⁷ Actualmente, el Código Penal contempla la posibilidad del perdón del ofendido en los siguientes delitos: Injurias y calumnias contra particulares (art. 215); descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.3); daños por imprudencia grave (art. 267.III); y faltas perseguibles a instancia de parte (art. 639.III).

⁶⁷⁸ En el caso del perdón, los supuestos son los establecidos «por ley», mientras que en el caso de la conciliación se reducen a los delitos menos graves y las faltas (art. 19.1.II LORPM).

⁶⁷⁹ Cfr. MORENO CATENA, V. (con GIMENO SENDRA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.) *Derecho Procesal Penal*. Cit. Pág. 898.

⁶⁸⁰ O en el caso de las faltas, de si es o no precisa la denuncia del ofendido para su persecución.

⁶⁸¹ El perdón del ofendido debe otorgarse —de forma expresa— antes de que se haya iniciado la ejecución de la sentencia. Para ello, el CP contempla que «el Juez o Tribunal sentenciador oirá al ofendido por el delito antes de ordenar la ejecución de la pena». Por su parte, la conciliación se produce durante la fase de instrucción del expediente, y da lugar a una petición de sobreseimiento por parte del Ministerio Fiscal.

particulares⁶⁸², mientras que la conciliación, como se ha indicado, puede desplegar su principal efecto —una petición de sobreseimiento— sin que sea preciso el otorgamiento del perdón por parte de la víctima⁶⁸³.

3.4. La reparación.

Según dispone el artículo 19.2 de la LORPM,

«Se entenderá por reparación el compromiso adquirido por el menor con la víctima o el perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva».

La reparación consiste en un compromiso —que debe llevarse efectivamente a cabo— de realizar determinadas acciones que redunden en beneficio o bien de la víctima o del perjudicado, o bien de la comunidad. En este último caso, no se atisban mayores problemas para determinar el contenido de dicho compromiso acudiendo a la definición de la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad contenida en la letra j) del artículo 7.1. de la LORPM⁶⁸⁴. Por lo que respecta a la realización de acciones que redunden en beneficio de la víctima o del perjudicado, debería intentarse, en la medida de lo posible, que las mismas guarden relación con la naturaleza del bien jurídico lesionado o que tiendan a la efectiva reparación del daño causado.

⁶⁸² Así lo ponen de manifiesto BUSTOS RAMÍREZ, J y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. en su obra *Lecciones de Derecho Penal*. Cit.. Pág. 229. La crítica de estos autores nos parece compartible, si bien con algunas matizaciones. Es cierto que, como afirman BUSTOS y HORMAZÁBAL, «el perdón del ofendido puede ser la lógica consecuencia de chantajes, amenazas o coacciones», pero no es menos cierto que, seguramente para impedir este tipo de situaciones, el CP de 1995, restringió la figura del perdón en algunos de los tipos penales en los que las mismas eran más probables (v.g. los delitos contra la libertad sexual). Por otra parte, en los delitos privados, el perdón del ofendido no puede considerarse sino una manifestación más de la disponibilidad de la acción de la que gozan los particulares, de forma que lo que debería discutirse es, a nuestro juicio, su exclusión del Código Penal.

⁶⁸³ En los términos de la LORPM, la «aceptación de las disculpas».

⁶⁸⁴ Artículo 7.1.j):

«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. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor».

La reparación no persigue sólo la satisfacción psicológica a la víctima, sino que en palabras de la Exposición de Motivos de la LORPM «requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado...». En caso de ser imposible una reparación a la víctima o al perjudicado, se contempla la posibilidad de acudir a lo que se denomina una «reparación simbólica» o «reparación a la sociedad».

La reparación a la víctima o perjudicado es el fruto de un acuerdo entre éste y el menor al que se llega gracias a la mediación de un profesional del equipo técnico. El contenido del acuerdo puede ser variado: desde la mera concesión de garantías de que no se volverán a repetir hechos como los que originaron el conflicto, hasta la reparación económica, pasando, por ejemplo, por la restitución material de los daños causados⁶⁸⁵.

Aunque la LORPM no lo establezca expresamente, cabe entender que si se acuerda que el menor deba realizar algún tipo de actividad a favor de la víctima o perjudicado, en ningún caso la duración de dicha actividad acordada podrá superar el límite de cien horas previsto en el artículo 9.3ª de la LORPM.

Al hilo de estos aspectos, y singularmente a la hora de plantearse cómo delimitar una reparación de índole económica, surge una cuestión delicada: el papel de los representantes legales del menor en la reparación. Dejando de lado, por el momento, las imbricaciones que la reparación tiene con respecto a la responsabilidad civil —asunto que, como ya se ha adelantado, se abordará por separado—, es preciso detenerse en este punto, sobre el que la LORPM guarda absoluto silencio.

Afortunadamente, los representantes legales del menor son tenidos en cuenta a la hora de valorar, por parte del equipo de mediación, la posibilidad de llegar a acuerdos con la víctima o el perjudicado. En Catalunya, por ejemplo, la voluntariedad de los padres del menor para participar en los programas de mediación es determinante de su viabilidad⁶⁸⁶. Con todo, a nuestro juicio, esta

⁶⁸⁵ Vid. A.A.V.V. *El modelo de Justicia juvenil en Catalunya*. Cit. Pág. 31.

⁶⁸⁶ Ob. Ant. Cit. Pág. 29.

cuestión debe ser ponderada en función, precisamente, del contenido del acuerdo reparador, es decir, la disponibilidad y la aprobación de los representantes legales del menor sólo debería ser determinante en aquellos casos en los que el acuerdo reparador tuviera implicaciones directas para los mismos, pero no en aquellas en las que el acuerdo comprometiera exclusivamente al menor⁶⁸⁷.

3.5. Algunos aspectos problemáticos de la conciliación y la reparación.

3.5.1. Especificidades en caso de que la víctima o el perjudicado sean menores de edad o incapaces.

El artículo 19.6 de la LORPM establece

«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»

Esta previsión, que en principio puede parecer oportuna y adecuada, encierra, desde nuestro punto de vista, algunas cuestiones complejas que merecen ser analizadas con cierto detenimiento.

En primer lugar, el precepto alude exclusivamente a los casos en los que el menor o incapaz ostente la condición de «víctima», ignorando que, asimismo, tales sujetos pueden resultar perjudicados por una infracción penal. A nuestro juicio, son posibles dos interpretaciones distintas del precepto. Por una parte, cabría entender que la LORPM pretende excluir del ámbito de la conciliación y de la reparación a los perjudicados menores o incapaces. Esta interpretación, como puede colegirse fácilmente, pondría en entredicho el respeto por el principio de igualdad, en la medida en que resultaría difícilmente justificable una exclusión de ésta índole. Por otra parte, cabría entender que

⁶⁸⁷ DOLZ LAGO, en cambio, aboga por la exclusión de los representantes legales del menor de cualquier acuerdo de reparación porque entiende que el consentimiento para la reparación representa un acto exclusivo de la voluntad del menor. DOLZ LAGO, M.J. "Labor y funciones del equipo técnico" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2001, pág. 147.

aún a pesar de su silencio al respecto, el apartado 3 del artículo 19 no sólo abarca a las víctimas sino también a los perjudicados menores de edad o incapaces⁶⁸⁸. Esta última posibilidad, además de compadecerse con las exigencias del principio de igualdad, hace más comprensible la alusión al «compromiso», que es propio de la reparación, en la que se permite la participación tanto de la víctima como del perjudicado.

La cuestión planteada tiene sus raíces, a nuestro juicio, en el problema que crea la LORPM al equiparar a la víctima y al perjudicado en lo tocante a la reparación. Curiosamente, empero, lo previsto en el precepto que ahora nos ocupa, apunta en la línea de la solución que proponíamos más arriba⁶⁸⁹.

En segundo lugar, la necesidad de que el compromiso asumido por los representantes legales sea aprobado por el Juez de Menores constituye otro foco de cuestiones problemáticas⁶⁹⁰.

Es perfectamente plausible que la ley incorpore una garantía para los intereses de los menores e incapaces⁶⁹¹. Sin embargo, no han faltado voces críticas respecto a que tenga que ser el Juez de Menores el que tenga que asumir esta función cuando dichos menores o incapaces se sitúan en la posición de víctimas o de perjudicados⁶⁹². Fundamentalmente se aduce que el legislador «olvida» que el Ministerio Fiscal tiene encomendada, entre otras

⁶⁸⁸ Aunque esta interpretación es la que más se compadece con el principio de igualdad, es preciso apuntar que, excepto en lo tocante a la conciliación, en ningún otro pasaje del artículo 19 la LORPM alude exclusivamente a la víctima o al perjudicado sino que siempre los menciona a ambos.

⁶⁸⁹ *Vid. Supra.* Págs.371 ss.

⁶⁹⁰ Para ESQUIVIAS JARAMILLO, la aprobación judicial implica que «la *oportunidad procesal esté sometida a condición* quedando diferida al momento procesal en que el Juez la apruebe» (el subrayado es del autor). ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. “El principio de oportunidad procesal...” Cit. Pág. 392.

⁶⁹¹ En este sentido, MARTÍN SÁNCHEZ, A. “Capítulo IV. Instrucción del procedimiento: reglas generales...” cit. Pág. 111.

⁶⁹² En este sentido, ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. *Derecho penal de menores*, Cit. Pág. 253; La misma, “El Juez de Menores en la fase de instrucción del procedimiento penal de menores. Relaciones Fiscalía—Juzgado” en *La responsabilidad pena de los menores. Aspectos sustantivos y procesales*. CGPJ, Madrid, 2001. Págs. 212 y 213; LASTRA DE INÉS, A. “La fase de investigación...” Cit. Pág. 242; DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*. Cit. Pág. 187.

funciones, la defensa de los menores e incapaces. Pero además de esta objeción, por lo demás nada desdeñable, se apunta otra cuestión, a nuestro juicio, de mayor enjundia: ¿es adecuado introducir al Juez de Menores en esta fase del procedimiento?

A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa. Amén de compartir la opinión de quienes consideran que el Ministerio Fiscal podría asumir esta función sin que ello, necesariamente, afectara su imparcialidad, estimamos que aunque probablemente la importancia cuantitativa de los supuestos en los que la situación pueda plantearse, es inadmisibles desde el punto de vista de la imparcialidad del Juez de Menores. Piénsese en la posibilidad —que no debe descartarse por remota que sea— de que un menor que ha llegado a un compromiso de reparación con los representantes legales de otro menor (la víctima de la infracción penal), incumpla con dichos compromisos, una vez aprobados por el Juez de Menores. En tal caso, a tenor de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 19, el Fiscal deberá continuar la tramitación del expediente ¿Estará el Juez de Menores en condiciones de juzgar imparcialmente siendo conocedor de la asunción de responsabilidad por parte del imputado?

3.5.2. La necesaria asunción de responsabilidad por parte del menor.

Una de las principales características de la conciliación y de la reparación consiste en que para llevarse a cabo es preciso que el menor asuma su responsabilidad.

Esta premisa, indefectible, se considera además uno de los aspectos más plausibles de la denominada «justicia reparadora», y en concreto, en la LORPM, una manifestación del carácter educativo de la norma.

Seguramente, desde el prisma de las ciencias sociales y de la conducta, el carácter educativo de la autorresponsabilización es incuestionable. Ahora bien, desde la óptica procesal, suscita algunas cuestiones dignas de atención.

Puede adelantarse que, sin duda alguna, el principal foco de problemas se produce en aquellos supuestos en los que, habiendo aceptado su responsabilidad, el menor o bien no llega a presentar sus disculpas a la víctima (en el caso de la conciliación) o bien no cumple la reparación acordada.

En tales supuestos, igual que ocurre cuando el menor no cumple con la actividad educativa acordada al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 19, el Fiscal debe continuar con la tramitación del procedimiento (artículo 19.5), y solicitar, en su caso, la imposición de una o varias medidas⁶⁹³.

Si el menor ha asumido su responsabilidad ante los profesionales del equipo técnico, ¿esta autoinculpación puede tener algún valor en el proceso penal? Parece obvio que la respuesta debe ser negativa. Sin embargo, lo verdaderamente complejo consiste en averiguar como puede impedirse que tal información sea tenida en cuenta por el Fiscal en su actuación instructora y en la fase de alegaciones.

Para este interrogante son posibles dos soluciones distintas. En opinión de algún autor, el reconocimiento de los hechos por parte del menor no debe hacerse ante el equipo técnico porque ello excede de sus competencias y se realizaría sin las necesarias garantías. En cambio, se considera más lógico que el menor reconozca los hechos ante el Fiscal cuando acuda a la Fiscalía a declarar sobre los mismos, asistido por su letrado. A partir de ahí, sería el propio Fiscal el que propondría al equipo técnico el estudio de la procedencia de una solución reparadora⁶⁹⁴.

⁶⁹³ *Vid. Supra.* Págs. 357 y ss.

⁶⁹⁴ ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 252. Para la autora, «la actuación a la inversa, es decir, que sea el equipo el que interroge al menor sobre los hechos, sin que esté presente su letrado, vulnera las garantías del procedimiento y así debe ser puesto de manifiesto por el letrado del menor del menor, ya que incluso puede producir efectos perversos que el menor reconozca su autoría respecto de hechos que, en realidad no ha cometido, para acabar cuanto antes con el procedimiento, lo cual no es precisamente educativo».

Compartimos esta última apreciación de la autora, y su preocupación por evitar que el menor asuma responsabilidades que no le atañen con el único afán de terminar el procedimiento. A nuestro juicio, esta es una premisa fundamental, cuya ignorancia desembocaría en la más absoluta perversión del sistema.

A nuestro juicio, sin embargo, teniendo en cuenta lo que hemos sostenido en relación con los sujetos que deben realizar la mediación, es preferible que el menor se responsabilice de los hechos ante el equipo técnico —preferentemente ante el profesional que lleve a cabo la mediación— y no ante el Ministerio Fiscal. De esta forma, la autoinculpación puede considerarse como una actuación «extraprocesal»⁶⁹⁵, que difícilmente podrá incorporarse al proceso en calidad de prueba de cargo si no es ratificada por el menor ante el Fiscal o ante el Juez de Menores en presencia de su letrado.

Si, contrariamente, se pretendiera aportar la autoinculpación del menor al proceso penal, el letrado del menor podría solicitar la nulidad de las actuaciones de acuerdo con lo previsto en la LOPJ⁶⁹⁶.

3.5.3. Las implicaciones de la conciliación y la reparación en la pieza separada de responsabilidad civil.

Ni la reparación ni la conciliación extinguen o sustituyen la responsabilidad civil que, de acuerdo con el artículo 100 de la LECrim, nace de todo delito o falta. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 19.2 *i.f* de la LORPM:

«Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por

⁶⁹⁵ Nótese que a lo largo de la exposición hemos evitado utilizar las expresiones «extraprocesal» o «extrajudicial» para referirnos a la conciliación y a la reparación. Ello es así porque compartimos la idea de quienes entienden que la regulación de ambas instituciones en la LORPM impide considerarlas como verdaderos mecanismos de resolución de conflictos **al margen del proceso**, fundamentalmente porque se desarrollan en el marco de un proceso ya iniciado y porque el principal de sus efectos consiste en la terminación del proceso.

Sin embargo, el uso de la expresión «extraprocesal» que hacemos en el texto nos parece adecuada en la medida en que no se refiere a la conciliación o a la reparación en términos generales sino que se ciñe, exclusivamente, al reconocimiento de los hechos por parte del menor. Si, en la línea del programa de mediación de la Generalitat de Catalunya, la primera entrevista del menor no es con los profesionales del equipo técnico sino con los del equipo de mediación, y si realmente en caso de que la mediación no se concluya con éxito sólo se informa al Fiscal de las razones que han inclinado al equipo de mediación a trasladar las actuaciones al equipo técnico para que elabore el informe de asesoramiento, el reconocimiento de los hechos no podrá ser incorporado al proceso.

⁶⁹⁶ Artículos 238.1 y 3 y 240. Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 255.

responsabilidad civil derivada de delito o falta, regulada en esta Ley».

Esta previsión, para alguno, no es la más idónea: hubiera sido preferible reconocer a la reparación y a la conciliación un efecto extintivo del procedimiento a todos los efectos⁶⁹⁷.

Pero esta solución no es precisamente de fácil articulación, máxime teniendo en cuenta la concurrencia de diversos factores, tales como la finalidad de la conciliación y la reparación, el contenido de las mismas, o los sujetos que intervienen en ellas.

Como ya se ha señalado, la verdadera finalidad de la conciliación y de la reparación en la LORPM no es tanto la satisfacción de la víctima o del perjudicado, cuanto la responsabilización del menor y su reeducación. Ello influye notablemente en el hecho de que la satisfacción a quienes han sufrido la infracción penal o sus consecuencias pueda perseguirse por la vía de la responsabilidad civil.

Por lo que respecta al contenido, aunque es cierto que en determinados supuestos el compromiso de reparación puede satisfacer plenamente lo que constituiría el objeto de la responsabilidad civil, en la mayoría de los casos uno y otra no son equiparables.

Finalmente, en cuanto a los sujetos que intervienen en la conciliación o en la reparación, es preciso retomar las consideraciones expresadas anteriormente en relación con el tratamiento que la LORPM dispensa a la víctima y al perjudicado en este concreto aspecto.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la LORPM no cierra las puertas a la existencia de un posible acuerdo entre las partes acerca de la responsabilidad civil. En virtud de ello, algún autor entiende que será necesario que en la resolución en la que el Fiscal recoja el desistimiento deberá indicar el

⁶⁹⁷ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 254.

eventual acuerdo, a fin de que por el Juzgado se abra o no la pieza de responsabilidad civil⁶⁹⁸.

⁶⁹⁸ LORCA MARTÍNEZ, J. "El procedimiento de responsabilidad civil en la Ley Orgánica. Cuestiones procesales. Las partes. Sus fases. La sentencia y su ejecución" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000. Pág. 291.

III. FÓRMULAS TENDENTES A LA EVITACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO: LAS CONFORMIDADES.

1. LA CONFORMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ASPECTOS GENERALES.

A fin, principalmente, de contar con una definición que permita englobar todos los supuestos que la doctrina coincide en calificar como «conformidades», podemos sostener que la conformidad es «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»⁶⁹⁹.

En los epígrafes que siguen se ofrecerá una panorámica sucinta del régimen legal de la conformidad, así como de los principales aspectos problemáticos que tal institución ha suscitado⁷⁰⁰. Obviamente, el estudio no será exhaustivo ni en una ni en otra faceta; su objetivo no es tanto adentrarse en una materia que ha sido objeto de cumplida atención por parte de la doctrina procesal, cuanto sí incidir en algunos aspectos particulares de la misma que pueden resultar relevantes a la hora de analizar con cierta profusión la regulación de los supuestos de conformidad previstos en la vigente LORPM.

Finalmente, señalar que ha parecido adecuado referirse separadamente a la regulación de la conformidad en los procesos penales de adultos — singularmente en el proceso ordinario y en el abreviado— y a la recogida en los

⁶⁹⁹ La definición es de BUTRÓN BALIÑA, P.M. *La conformidad del acusado en el proceso penal*. McGraw-Hill, Madrid, 1998. Pág. 156. Se ha omitido en el texto el inciso final de la definición, por cuanto precisa que la aceptación debe ser «de la acusación más grave». En el proceso de menores no puede haber una «acusación más grave», en la medida en que dicha acusación se ejerce por el Ministerio Fiscal en régimen de monopolio.

⁷⁰⁰ Con carácter monográfico, entre otros, BARONA VILAR, S. *La conformidad en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; BUTRÓN BALIÑA, P.M. *La conformidad del acusado*...Cit. También puede consultarse en tratamiento que dispensan a la regulación de la conformidad los siguientes manuales: MONTERO AROCA, J. (Con ORTELLS RAMOS; GÓMEZ COLOMER; MONTÓN REDONDO) *Derecho jurisdiccional. III Proceso Penal*. Bosch, Barcelona, 1993. ARMENTA DEU, T. (con ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.) *Lliçons de Dret Processal*, EDIUOC, Barcelona, 1999. MORENO CATENA, V (con GIMENO SENDRA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.) *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996. MUERZA ESPARZA, J. (con DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; TOMÉ GARCÍA, J.A.) *Derecho Procesal Penal*. CEURA, Madrid, 1999.

procesos de menores, distinguiendo en este caso, a su vez, entre la regulación contenida en la L.O. 4/1992 y la propia de la LORPM, de la que se expondrán algunos aspectos generales.

1.1. En el proceso penal de adultos.

En la LECrim, la doctrina coincide en distinguir dos grandes grupos de conformidades: por una parte, aquellas que estaban previstas en su redacción originaria (que data, como es sabido, de 1882), y por otra parte, aquellas que introduce la L.O. 7/1988, citada, por la que se introduce el procedimiento abreviado para determinados delitos⁷⁰¹.

En el proceso ordinario, se contemplan supuestos de conformidad en los siguientes preceptos de la LECrim: artículo 655, y artículos 688 a 700⁷⁰². En ambos casos, el ámbito de la conformidad alcanza sólo los delitos castigados con penas menos graves⁷⁰³.

En el proceso abreviado, la conformidad se contempla en los artículos 789.5.5ª (reconocimiento de hechos); 791.3 (conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad) y 793.3 (conformidad antes de la práctica de la prueba).

Tanto en el proceso ordinario como en el abreviado, la conformidad, sirve a un fin idéntico que se puede colegir de la propia definición que

⁷⁰¹ Contemplan también supuestos de conformidad la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (en adelante LOTJ) y la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (en adelante LOPM). Una aproximación a estos supuestos en BUTRÓN BALIÑA, P.M. *La conformidad del acusado...* Cit. Págs. 262 a 269. Dado que este apartado, como ya se ha indicado, pretende tan sólo poner de manifiesto algunos aspectos de la institución de la conformidad que puedan resultar relevantes a la hora de analizar dicha institución en el proceso de menores, eludimos deliberadamente cualquier alusión en el texto a las conformidades reguladas en la LOTJ y en la LOPM.

⁷⁰² El artículo 655 contempla el supuesto de «conformidad absoluta» del acusado con la calificación más grave. Por su parte, los artículos 688 a 700 regulan lo que la LECrim denomina «confesión de los procesados», una vez abierto el juicio oral.

⁷⁰³ La LECrim se refiere a la «pena correccional».

A partir de la entrada en vigor de la L.O. 7/1988, la doctrina se interrogó acerca de si era o no posible entender vigentes —o en su caso, aplicables— los preceptos a los que aludimos. Actualmente hay cierto acuerdo en entender que, aunque raramente, las «conformidades de 1882» son concebibles.

proponíamos más arriba: cercenar un proceso en curso. Igualmente, en ambos supuestos, la finalización de dicho proceso se produce mediante sentencia, que debe ajustarse en mayor o menor medida a la conformidad expresada⁷⁰⁴.

La conformidad, así, permite evitar algunos de los trámites del proceso penal, acortando de esta forma la duración del mismo. Dicha institución permite, en definitiva, la aceleración del proceso, sin perjuicio de que, como se ha señalado acertadamente, su ubicación pueda calificarse de inoportuna, lo que le priva de buena parte de su eficacia⁷⁰⁵.

Más allá de estos aspectos, las también denominadas «conformidades de 1882»⁷⁰⁶, y las conformidades del procedimiento abreviado, difieren en un aspecto sustancial: mientras que las primeras pueden considerarse «manifestaciones del derecho de defensa ante unas calificaciones o acusaciones formuladas sobre la base de previsibles pruebas de cargo»⁷⁰⁷, las segundas encierran, «sin acabar de tener claridad legal» «una voluntad de implantar la “negociación”»⁷⁰⁸.

La diferencia entre una y otra concepción de la conformidad —que en ningún caso deja de ser, a nuestro juicio, un mecanismo de aceleración del

⁷⁰⁴ Así, en el proceso ordinario, se establece que el Tribunal no podrá dictar una sentencia imponiendo una pena mayor que la solicitada. Si entiende que procede una pena mayor que la conformada, deberá ordenar la continuación del Juicio [artículos 655 y 694 (que remite al primero en lo relativo a los términos de la sentencia)]. En el proceso abreviado, en cambio, los términos de vinculación del tribunal están regulados de una forma un tanto más compleja, lo que determina una cierta división de la doctrina. En términos generales, no obstante, se entiende que el tribunal está vinculado por los términos de la conformidad en cuanto a la posibilidad de aumentar la pena conformada. En cambio, a tenor de lo dispuesto en el §III del artículo 793.3, el tribunal puede absolver o rebajar la pena si estima la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes. Una explicación sobre las diferentes posturas que se sostienen acerca del artículo 793.3, en MUERZA ESPARZA, J.J. *El proceso penal abreviado* Aranzadi. Pamplona, 2002, Págs. 128 a 137.

⁷⁰⁵ Cfr. MORENO CATENA, V. "La justicia penal y su reforma" en «Justicia», 1998-II. Pág.316.

⁷⁰⁶ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A. "Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal" en «Revista General de Derecho», núms. 577-578, 1992. Pág. 9866.

⁷⁰⁷ *Íbidem*.

⁷⁰⁸ *Íbidem*. El autor se muestra especialmente crítico, no sólo con la institución de la conformidad, sino, en general, con el texto de la L.O. 7/1988 de la que llega a afirmar (pág.

proceso— encierra una cuestión nuclear: la vigencia del principio de legalidad o, cuando la conformidad se produce a partir de una negociación entre acusador y acusado, la aplicación de su contrario, el principio de oportunidad⁷⁰⁹.

Este es el punto nuclear que más interesa en relación con el presente trabajo. A nuestro juicio, es fundamental determinar si la LORPM introduce, semejantemente a la L.O. 7/1988, la posibilidad de que el menor, junto con su letrado, negocie el contenido o la extensión de la medida con el Ministerio Fiscal, o si, por el contrario, en el proceso penal de menores sólo se admite la conformidad en calidad de mero instrumento procesal acelerador del procedimiento⁷¹⁰. En otros términos, debe averiguarse si la LORPM acoge la conformidad como un mero mecanismo acelerador del procedimiento⁷¹¹, o si, además, con la misma se abren las puertas a soluciones negociadas con el Ministerio Fiscal. Para ello reputamos útil un breve repaso a los antecedentes de la conformidad en el proceso de menores, que como hemos apuntado, se ciñen a lo previsto en la L.O. 4/1992.

9876) que es «una ley tan opuesta al concepto mismo de ley, que merece la inequívoca repulsa intelectual que debe provocar toda falsedad o falsificación».

⁷⁰⁹ Como ya hemos tenido ocasión de explicar anteriormente, nos adscribimos a la línea sostenida por autores como ARMENTA DEU, DE LA OLIVA SANTOS, o MONTERO AROCA, según la cual el principio de oportunidad consiste en excepcionar la aplicación del principio de legalidad. ARMENTA DEU considera que la conformidad es una expresión del principio de oportunidad en su sentido más amplio —que abarca tanto el ámbito estrictamente procesal cuanto el del derecho penal sustantivo—. (Cfr. ARMENTA DEU, T. *Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. PPU, Barcelona, 1991. Pág. 214. DE LA OLIVA SANTOS, por su parte, entiende abiertamente que las conformidades previstas en el procedimiento abreviado «abren cinco puertas al pacto, sin medida ni control» (Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A. “Disponibilidad del objeto, conformidad del acusado...”. Cit. Pág. 9885.

⁷¹⁰ La doctrina procesal ha discutido también acerca de la naturaleza jurídica del instituto de la conformidad. Sobre el particular, resulta ilustrativo el trabajo de BUTRÓN BALIÑA, P. M. *La conformidad del acusado...*Cit. Págs. 161 a 181. Hacemos nuestra la postura defendida por BUTRÓN BALIÑA en el sentido de considerar que se trata de un acto procesal *sui generis*.

⁷¹¹ En cuyo caso la crítica de MORENO CATENA, a la que aludíamos en la nota núm. 705 tendría absoluta vigencia.

1.2. En el proceso de menores.

1.2.1. La conformidad en la L.O. 4/1992⁷¹².

La regla 14ª del artículo 15 de la L.O. 4/1992 establecía que, abierta la audiencia —equiparable a lo que en la LORPM hemos denominado «acto de la audiencia»— y después de haber informado al menor «en un lenguaje claro y sencillo, adaptado a su edad y que le sea comprensible, de las medidas solicitadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones y del hecho y causas en que se fundan» el Juez de Menores:

«Preguntará al menor, con asistencia del Abogado, si se manifiesta autor de los hechos que le imputa el Fiscal. Si se manifestase autor de los hechos le preguntará si se muestra conforme con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Si diese su conformidad, con asistencia de su abogado, el Juez, oído, si lo considera pertinente, al miembro del equipo técnico, dictará acuerdo⁷¹³ de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal».

La doctrina no prestó especial atención al precepto transcrito, excepto para señalar la posibilidad, a pesar de que la norma no la previera

⁷¹² Que nosotros sepamos, el único trabajo que aborda con carácter monográfico la conformidad en el proceso de menores es el de AGUILERA MORALES, E. “Algunos apuntes acerca de la conformidad en el procedimiento previsto en el Anteproyecto de la Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995” en «La Ley», 1995, núm. 5. Como se desprende del propio título, el estudio no abarca la conformidad prevista en la L.O. 4/1992. No obstante, dado que el contenido del precepto que analiza AGUILERA MORALES es esencialmente parecido a lo dispuesto en la regla 14ª del artículo 15 de dicha L.O. 4/1992, su trabajo será tenido en cuenta a lo largo del presente apartado.

El artículo 58.6 del Anteproyecto de 1995 —único precepto del mismo en el que se aludía a la conformidad— según transcripción de AGUILERA MORALES, rezaba textualmente:

«Para finalizar la audiencia preliminar (el Juez) preguntará por una única vez al menor o joven acusado, a su representante legal si lo considera oportuno, y a su abogado defensor, si se conforman con las consecuencias jurídicas del hecho punible fijadas por la acusación, sin distinción de su clase. También será preceptiva, pero no vinculante, la audiencia del equipo técnico especializado. Conformándose todas las personas consultadas, el Juez dictará inmediatamente sentencia, que fundamentará por escrito en un plazo no superior a tres días, en la que podrá admitir la conformidad total, parcialmente, o absolver. No conformándose, continuará el juicio oral. También continuará el juicio oral, sin necesidad de proceder como indica la primera fase, si el Juez considera ilegal la consecuencia jurídica fijada por la acusación o manifiestamente desproporcionada.».

⁷¹³ «Acuerdo» era el término que utilizaba la L.O. 4/1992 para referirse a la Sentencia, aunque a tenor de lo dispuesto en el artículo 16.1 de la misma norma, el «acuerdo», debía designarse «Resolución».

expresamente, de que la conformidad se prestase en fases anteriores a la apertura de la audiencia⁷¹⁴.

Para algunos, se trataba de una «conformidad pura y simple»⁷¹⁵, mientras que otros sostenían que la Ley Orgánica abrigaba la posibilidad de un «pacto» en el que el Juez de Menores no podía ni mediar ni terciar⁷¹⁶. Sin embargo, esto no excluía, en su caso, la aplicación de las normas de la LECrim, singularmente aquellas relativas a la posibilidad de rebajar la pena o incluso absolver si así lo estimaba conveniente.

En este punto, la Fiscalía General del Estado se abstuvo de aludir en ningún momento a la posibilidad de que los Fiscales llegaran a algún tipo de acuerdo con los menores o sus representantes acerca de las medidas solicitadas⁷¹⁷. Semejante postura, como se verá a continuación, se ha mantenido con ocasión de la LORPM.

Lo cierto es que el legislador reguló de forma bastante parca los efectos de la conformidad, o, por mejor expresarlo, las consecuencias que debían

⁷¹⁴ En este sentido, MARTÍN OSTOS, J. "Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores" en *Menores privados de libertad*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. Pág. 181; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio.

⁷¹⁵ Cfr. MARTÍN OSTOS, J.S. "El nuevo proceso de menores" en «La Ley», 1994-I. Pág. 1150. Debe advertirse, sin embargo, de que, en un trabajo posterior, el autor afirma que «La ley guarda silencio respecto a la posibilidad de que el primero (en referencia al Juez de Menores), después de que el menor haya reconocido los hechos, intervenga en ese acuerdo entre partes a la que podría quedar reducida la conformidad» (MARTÍN OSTOS, J. "Aspectos procesales de la Ley Orgánica...". Ob. Loc. Ant. Cit.)

⁷¹⁶ En este sentido RAPOSO FERNÁNDEZ, J.M. "Estudio crítico del proceso contra menores delincuentes. Aspectos necesitados de reforma" en «La Ley», 1997-6, pág. 1609.

⁷¹⁷ Lo cual contrasta vivamente con las consideraciones que la Fiscalía hizo con ocasión de la L.O. 7/1988 en la Circular 1/989, de 8 de marzo, de la que merece la pena reproducir algunos pasajes:

«(...) el Ministerio Público (...) deberá promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa» o «La sensibilidad y habilidad de los Sres. Fiscales debe ser utilizada para agotar al máximo el cumplimiento del espíritu de la ley, especialmente en los delitos de menor entidad, adoptando posiciones estratégicas en el proceso que fomenten la conformidad de los acusados y eviten la carga procesal de la celebración del juicio».

desprenderse de la disconformidad de la defensa o de la del propio menor con la medida solicitada aún habiendo aceptado los hechos.

1.2.2. La conformidad en la LORPM. ¿Manifestación del principio de oportunidad?

La LORPM contempla dos supuestos distintos de conformidad, durante la fase de audiencia (artículo 32), y una vez abierto el acto de la audiencia (artículo 36). A su vez, el segundo encierra dos posibilidades distintas que dan lugar a sendos supuestos que presentan algunas particularidades propias. La principal diferencia entre lo previsto en los artículos 32 y 36 estriba en que mientras que en el primero el ámbito objetivo de la conformidad se ciñe a las medidas que no supongan internamiento en ninguna de sus modalidades, en el segundo abarca todas las medidas previstas en el artículo 7 de la Ley.

Por lo demás, sin perjuicio de las particularidades propias de cada uno de los supuestos citados, que se analizarán en los apartados siguientes, interesa especialmente responder a la cuestión que encabeza el presente epígrafe: ¿el régimen de la conformidad en la LORPM puede o no considerarse una manifestación del principio de oportunidad?

Podemos adelantar que, a nuestro juicio, la respuesta es negativa, por un doble género de razones: en primer lugar, porque, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de conformidad previstos en el procedimiento abreviado, la LORPM no contempla lo que podríamos denominar «espacios para el consenso». En segundo lugar, porque, desde nuestro punto de vista, el «consenso» se aviene más bien poco con las finalidades de la LORPM y, singularmente, con el interés de los menores.

Sin embargo, no faltan quienes consideran que la LORPM, al regular la conformidad, abre una nueva vía a la aplicación del principio de oportunidad⁷¹⁸.

⁷¹⁸ Vid. DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Comentarios...Cit.*. Págs. 295; 305 y 327;

Para estos autores, el régimen de la conformidad en la LORPM no cierra las puertas al «principio de consenso» o, más llanamente, alberga la posibilidad de que el menor y su letrado puedan «negociar» con el Ministerio Fiscal en relación con la medida o medidas a imponer⁷¹⁹. Desde tal punto de vista, la negociación entre acusación y defensa podrá producirse merced a la aplicación supletoria de los artículos 791.3 y 793.3 de la LECrim⁷²⁰.

A nuestro juicio, como ya adelantábamos, los supuestos de conformidad previstos en la LORPM no constituyen manifestaciones del principio de oportunidad.

En primer lugar, porque no se contempla en dicha norma ningún espacio para una eventual «negociación» entre la acusación y la defensa, a diferencia de lo previsto en la LECrim. Ni aún por la vía de la aplicación supletoria entendemos posible la negociación en el proceso penal de menores. Téngase en cuenta que la aplicación supletoria de la LECrim, y especialmente de las disposiciones reguladoras del procedimiento abreviado, a tenor de la Disposición final primera, se reserva a «lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica». Dado, pues, que este concreto aspecto de la conformidad está «expresamente previsto» en la LORPM, no es ni necesario ni aún posible acudir a los expedientes contemplados en la LECrim⁷²¹. Efectivamente, la LORPM establece que el menor podrá conformarse con los hechos y con la solicitud de medidas que el Ministerio Fiscal haya formulado **en su escrito de alegaciones**, con lo cual, permitir la presentación de un nuevo escrito contrariaría la letra de la ley.

En segundo lugar, dar cabida a la negociación entre acusación y defensa, atentaría asimismo, a nuestro juicio, contra el espíritu de la norma.

⁷¹⁹ En el *Diccionario de la Real Academia*, la voz «consenso», remite a «asenso» y ésta, a su vez, a «asentir», que se define como «admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes».

⁷²⁰ DE URBANO CASTRILLO, E y DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Comentarios...* .Cit. Pág. 327.

⁷²¹ Aunque el «principio de consenso» inspira toda la regulación de la conformidad en el procedimiento abreviado, el artículo 793.3.I constituye el paradigma, cuando contempla la posibilidad de que el acusado preste su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o con **el que se presentara en ese acto**.

Más arriba se han formulado algunas consideraciones en torno al principio de oportunidad y concretamente en relación con su introducción en el proceso penal de menores. Los óbices al principio de oportunidad en su forma pura o en su acepción estricta, son trasplantables a la conformidad negociada en la medida en que ésta se considera una manifestación del principio de oportunidad. Pero incluso al margen de ello, es decir, incluso en la hipótesis de aceptar que el principio de oportunidad puede y debe tener plena vigencia en el proceso de menores, la conformidad negociada presentaría graves problemas en relación con el interés de los menores y con el fin pretendidamente educativo de la LORPM.

Si el interés de los menores consiste, en su acepción primaria, en el respeto a los derechos y garantías básicos, ¿cómo puede reputarse compatible con dicho interés la inseguridad jurídica que acarrea la posibilidad de negociación? Y en el mismo sentido ¿cabe considerar salvaguardado el derecho a la igualdad de todos los menores?

El principal obstáculo para una eventual negociación, empero, estriba, a nuestro juicio, en el fin primordialmente educativo que la LORPM se autoatribuye⁷²². Nos resulta especialmente difícil atisbar en qué medida puede resultar educativo o formativo para un menor negociar con el Fiscal la naturaleza o la extensión de la medida, máxime cuando esta negociación se produce casi al final del proceso: ¿Le resultará fácil al menor comprender que el Juez no decide sino que, simplemente, acata una decisión adoptada por quienes hasta entonces se situaban como partes enfrentadas? Y finalmente, a

⁷²² En contra, BARREDA HERNÁNDEZ, cuyas palabras no podemos dejar de transcribir: «Si la audiencia o juicio oral tiene un evidente sentido educativo, a través de cuyo acto debe conseguirse ante la usual obstinada falta de arrepentimiento y la que debiera ser una sincera u obligada asunción de la indiscutible implicación y responsabilidad en los acontecimientos enjuiciados, en la mayoría de las veces de modo ocasional, con un propósito de torpe livianidad, agudizado todo por la palpable —natural y humana— sobreprotección de sus progenitores, con tendencia a justificar los comportamientos de sus hijos, que hace aún más necesaria la intervención, en consecuencia, dentro de este ámbito de Reforma de Menores, la conformidad debe convertirse en un positivo instrumento resocializador»

[BARREDA HERNÁNDEZ, A. "La sentencia en el nuevo proceso penal de menores" en *El nuevo derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*. Gobierno de Aragón— Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2002. Pág. 180.]

qué ignorarlo, ¿debemos aceptar que el menor se conforme simplemente con el afán de terminar cuanto antes con el proceso?⁷²³

Dado que estimamos que la respuesta a estas preguntas debe ser negativa, no podemos sino sostener que el régimen de la conformidad en la LORPM no sólo no supone una manifestación del principio de oportunidad sino que, además, no puede dar cabida a ningún tipo de negociación entre la defensa y la acusación. Lo que la LORPM contempla son mecanismos semejantes a las «conformidades de 1882», es decir, manifestaciones del derecho de defensa, que permiten poner fin al proceso de forma anticipada.

⁷²³ Según ORNOSA FERNÁNDEZ, «son frecuentes los casos en los que el menor, que en un principio iba a conformarse, niega la autoría respecto de los hechos cuando el Juez insiste un poco y acaba siendo absuelto una vez celebrada la audiencia, ya que en ella se acredita que el menor no tuvo ninguna relación con los hechos que se le imputaban». Como afirma esta misma autora, «el que el menor se conforme con tal de acabar cuanto antes, aunque no se sienta autor de los hechos de los que está acusado, lo cual se produce muy a menudo porque los padres suelen querer terminar con el procedimiento y convencen al menor para ello, **supone un fraude al sistema y es lo más contrario que pueda pensarse a la intervención educativa que se pretendía en un principio**» Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho penal de menores*. Cit. Pág. 336. (El subrayado es nuestro)

2. SUPUESTOS DE CONFORMIDAD EN LA LORPM⁷²⁴.

2.1. Conformidad con el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal.

Si el Fiscal, en su escrito de alegaciones, solicita la imposición de una medida distinta del internamiento en cualquiera de sus modalidades [letras e) a m) del artículo 7], el menor y su letrado podrán expresar su conformidad ante el Juez de Menores, quien deberá dictar sentencia imponiendo la medida solicitada. La conformidad, de acuerdo con el artículo 32, deberá expresarse en una comparecencia ante el Juez de Menores «en los términos del artículo 36».

A diferencia de los supuestos de conformidad previstos en el artículo 36, la LORPM excluye de la conformidad los supuestos en los que el Fiscal solicite la imposición de una medida de internamiento. En cambio, la medida de tratamiento ambulatorio sí que es susceptible de ser conformada por los trámites del artículo 32⁷²⁵.

El vehículo formal para expresar la conformidad puede ser el escrito de alegaciones de la defensa, con lo cual el plazo para su presentación es de cinco días, a tenor de lo dispuesto en el artículo 31⁷²⁶. En otro caso, la conformidad deberá expresarse durante la celebración del acto de audiencia, por los trámites del artículo 36. Merece señalarse, sin embargo, que a juicio de

⁷²⁴ Cfr. CARRERA DOMÉNECH, J. "El acto de audiencia y la sentencia penal en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero: estudio de los artículos 35 a 40", en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» I-2001. Pág. 358. Según este autor, «La ley ha contemplado, desde un punto de vista material, una única conformidad. (...) Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente procesal, no parece que exista impedimento para que la conformidad pueda emanciparse cronológicamente de la audiencia, manifestándose en una comparecencia a *quo*».

A nuestro juicio, por los motivos que se irán desgranando en el texto, pero principalmente por razones de índole sistemática, la LORPM contempla y distingue dos momentos diferentes para que el menor y su letrado presten conformidad.

⁷²⁵ Sobre la posibilidad de conformar la medida de tratamiento ambulatorio nos remitimos al apartado 2.2 del presente epígrafe (págs. 402 ss), dónde se reflexiona en torno a la posibilidad de que las medidas previstas para los casos de exención de la responsabilidad sean objeto de conformidad.

⁷²⁶ Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2000 Cit. También ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a, R. *Derecho Penal de Menores*. Cit. Pág. 322.. Lo asumen asimismo, si bien se deduce a partir de la inclusión de un formulario a tal efecto, DE URBANO CASTRILLO, E y DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Comentarios....*Cit. Pág. 839.

algún autor es posible, una vez presentados los escritos de alegaciones del Fiscal y de la defensa, presentar un nuevo escrito conjunto en el que se plasmase la conformidad. Con ello se permitiría que las partes negociaran la medida o su extensión⁷²⁷.

La comparecencia en la que el menor y su letrado deberán ratificar la conformidad —ya expresada en el escrito de alegaciones— ha dado lugar a cierta división de opiniones.

De una parte, se encuentran quienes sostienen la identidad de la comparecencia con el que denominamos «acto de la audiencia», con lo cual, deberían asistir a la misma, además del menor, su letrado, sus representantes legales y el Fiscal de menores, un representante del equipo técnico⁷²⁸ y el perjudicado eventualmente personado. Esta postura sostiene, en esencia, que la remisión del artículo 32 al artículo 36, incluye también la aplicación de lo dispuesto en el artículo 35, en el que se determinan los asistentes a la audiencia⁷²⁹.

De otra parte, se sostiene que no es necesario que a la comparecencia acudan más que el menor, su letrado, sus representantes legales y el Fiscal de menores⁷³⁰. La presencia de un representante del equipo técnico sería innecesaria⁷³¹. Esta es la postura que parece sostener la Fiscalía General del Estado, cuando propone que la comparecencia a que se refiere el artículo 32,

⁷²⁷ SOBRÓN OSTOS, F. “La fase intermedia en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (Artículos 32 a 34)” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I2001. Pág. 168.

⁷²⁸ Y eventualmente, un representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que haya intervenido en las actuaciones de instrucción.

⁷²⁹ Cfr; CALATAYUD PÉREZ, E. “L.O. 5/2000 Fase intermedia...” Cit. Pág. 330; SOBRÓN OSTOS, F. “La fase intermedia...” Cit. Pág. 171

⁷³⁰ Aunque no de forma especialmente clara, parece situarse en esta postura TORRES ANDRÉS, J.M. “La Jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000. Pág. 116. Según este autor: «(...) el Juez, una vez constatada la conformidad del menor y su letrado, habrá de citar a las partes para la celebración de una comparecencia, cuya única finalidad consiste precisamente en ratificar la conformidad inicialmente prestada».

⁷³¹ Cfr. DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal de los menores...*Cit. Pág. 177

«se *emancipe* cronológicamente (*sic*) respecto del comienzo formal de las sesiones de la audiencia»⁷³².

Cabe señalar, finalmente, que para algún autor, la comparecencia a la que se alude puede celebrarse con la mera concurrencia del menor y su letrado ante el Juez de Menores, sin que sea precisa la presencia del Ministerio Fiscal⁷³³.

A nuestro juicio, una comparecencia *ex professo* a la que asistan el menor (con sus representantes legales y su letrado) y el Fiscal, es lo que mejor se compadece con la intención del legislador, expresada asimismo en el inciso final del artículo 32: «éste (el Juez de Menores) dictará sentencia **sin más trámites** (...)».

Si en dicha comparecencia el menor y su letrado ratifican la conformidad con la medida solicitada por el Fiscal en su escrito de alegaciones, el Juez de Menores deberá dictar sentencia «imponiendo la medida solicitada».

Sería procedente, en este punto, una vez analizados algunos de los pormenores de la conformidad prevista en el artículo 32, detenerse en el estudio de las facultades del Juez de Menores respecto al acuerdo mostrado. Sin embargo, estimamos metodológicamente más adecuado analizar las facultades del Juez de Menores en relación con la conformidad de forma conjunta. Por ello nos remitimos al epígrafe 3 del presente apartado, en el que se estudiarán las facultades judiciales de control de la conformidad en la LORPM. Nos remitimos a este punto, no sólo en relación con el presente supuesto de conformidad sino, asimismo, en relación con los supuestos de conformidad en el acto de la audiencia, que se analizan en el siguiente epígrafe.

⁷³² Fiscalía General del Estado, Circular 1/2000. Cit. Añade la FGE: «De cerrarse esta posibilidad, el desenlace definitivo del juicio, por razón de la conformidad del menor habría de quedar a expensas de un turno de señalamientos o de la práctica de numerosas diligencias de citación que no añadirían nada positivo a la siempre valorable celeridad. (...) El criterio sugerido, además, no es ajeno al respaldo legal que proporcionan los arts. 791.3 y 793.3 LECrim de aplicación supletorio (*sic*) por mandato de la Disposición Final primera».

2.2. Conformidad en el acto de la audiencia.

Abierto el acto de la audiencia, y después de informar al menor de las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden (*sic*), el Juez de Menores preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si esta de acuerdo con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal.

El artículo 36.2 de la LORPM contempla diversas posibilidades en función de la respuesta obtenida por parte del menor y de su letrado. Fundamentalmente, con algunas matizaciones que se pondrán de manifiesto en su momento, el menor puede conformarse o bien con los hechos y con la medida solicitada o bien sólo con los hechos. En cada caso, la norma contempla un desenlace distinto, lo que justifica, a nuestro parecer, un análisis separado de ambos supuestos.

Antes, sin embargo, son precisas algunas consideraciones sobre aspectos comunes a los supuestos mencionados.

En primer lugar, la conformidad prevista en el artículo 36 abarca todas las medidas previstas en el artículo 7 de la LORPM, con independencia, además, de cuál sea su extensión. Amén de la diferencia —para algunos inexplicable⁷³⁴— con la conformidad prevista en el artículo 32 que se analizaba anteriormente, ello supone la inclusión, en el ámbito de la conformidad, de medidas previstas para personas en quienes concurra alguna de las causas de exención de la responsabilidad contempladas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 20 del Código Penal. En otras palabras, cabe, en principio, la conformidad prestada por menores en quienes se aprecie alguna causa de limitación de su capacidad volitiva o cognitiva⁷³⁵. Sin embargo, a partir de la aplicación supletoria de la LECrim, y en este concreto aspecto, de lo dispuesto en el § III del artículo 793.3, debe entenderse que no vincularán al juez de

⁷³³ En este sentido, ESQUIVIAS JARAMILLO. J.I. “El principio de oportunidad del Fiscal...”. Cit. Pág. 393.

⁷³⁴ SOBRÓN OSTOS, F. “La fase intermedia..” Cit. Pág. 170.

menores las conformidades relativas a las medidas de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio cuando las mismas se soliciten en virtud de la apreciación de circunstancias eximentes de la responsabilidad⁷³⁶. En idéntico sentido debe interpretarse la conformidad prevista en el artículo 32, de forma que si se presta conformidad con la medida de tratamiento ambulatorio solicitada por el Fiscal en virtud de la concurrencia de alguna causa de exención de la responsabilidad, el Juez de Menores deberá acordar la continuación del proceso.

2.2.1. Conformidad con los hechos y con la medida solicitada.

Si el menor se conforma con los hechos y con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, debe oírse al letrado del menor, quien, a su vez, manifestará su acuerdo o su desacuerdo con la conformidad prestada por el menor.

Si el letrado está de acuerdo con los términos de la conformidad, la LORPM establece que el Juez **podrá dictar sentencia de conformidad**. Si el letrado manifiesta su desacuerdo, el Juez **decidirá sobre la continuación o no de la audiencia**, razonando esta decisión en la sentencia.

La conformidad del menor y de su letrado con los hechos y con la medida solicitada no desemboca automáticamente en una sentencia de conformidad, tal y como se desprende del verbo **podrá**, utilizado por la LORPM. El Juez de Menores no queda vinculado por el acuerdo alcanzado por las partes, y por lo tanto, podrá optar por la continuación del acto de la audiencia e incluso por dictar una sentencia que se aparte de los términos de la conformidad⁷³⁷.

⁷³⁵ *Íbidem*.

⁷³⁶ Cfr. Artículo 5 de la LORPM. *Vid.* Sobre el §III del artículo 793.3 de la LECrim, MUERZA ESPARZA, J.J. *El Proceso Penal Abreviado*, Cit. Pág. 135.

⁷³⁷ *Vid. Infra*. Apartado 3. Págs. 407 ss.

En cambio, si el letrado manifiesta su desacuerdo con la conformidad prestada por el menor, el Juez de Menores decidirá sobre la continuación o no de la audiencia. La LORPM no establece distinción entre dos supuestos posibles: por una parte que la disconformidad del letrado abarque tanto los hechos como las medidas, y por otra parte, que sólo se refiera a la medida solicitada y conformada por el menor.

En el segundo supuesto, cabría entender que, por aplicación analógica de lo dispuesto en el apartado 3 del mismo artículo 36, el Juez debería continuar el trámite de audiencia, fundamentalmente al efecto de oír al representante del equipo técnico y, eventualmente, a los de las entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación y conozcan la situación del menor expedientado⁷³⁸.

En el primer supuesto, por otra parte, la continuación o no del acto de la audiencia debería decidirse por el Juez de Menores después de escuchar las razones del letrado para oponerse a la conformidad prestada por el menor.

En cualquier caso, la decisión del Juez de Menores sobre la continuación o no de la audiencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.2, deberá ser razonada en la sentencia.

2.2.2. Conformidad con los hechos pero no con la medida solicitada.

Según el artículo 36.3 de la LORPM

«Si el menor estuviere conforme con los hechos pero no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes».

⁷³⁸ Cfr. Artículos 27.6 y 35.1 de la LORPM.

Esta modalidad, a nuestro juicio, si bien no resulta extraña en nuestro ordenamiento⁷³⁹, se aparta sensiblemente del concepto de conformidad que se maneja habitualmente⁷⁴⁰. Efectivamente, lo que en realidad contempla la LORPM en este punto es la denominada «admisión de los hechos», con exclusión expresa de la aceptación de la medida solicitada por la acusación.

La aceptación de los hechos por parte del menor conlleva la continuación de la audiencia, si bien ésta se ceñirá a la determinación de la medida más adecuada al interés del menor. No deja de sorprender que la LORPM no contemple la posibilidad de que la medida se adecue, asimismo, a la naturaleza de los hechos aceptados, lo cual, a nuestro juicio, no debe impedir su valoración en la sentencia⁷⁴¹.

Una cuestión interesante, que debe resolverse de antemano, es la que deriva de la eventual personación del perjudicado en el proceso de menores. En los supuestos de conformidad analizados hasta el momento, la presencia del perjudicado resulta irrelevante, principalmente porque la conformidad del menor y de su letrado se proyecta sobre la medida a imponer, cuestión en la que el perjudicado tiene vetado cualquier tipo de participación. Sin embargo, la aceptación de los hechos, incide directamente en la esfera de las facultades reconocidas al perjudicado personado⁷⁴².

Aunque el artículo 36 distingue nítidamente entre **los hechos y la medida solicitada por el Ministerio Fiscal**, no es posible concebir ningún

⁷³⁹ Podría equipararse, con las necesarias salvedades, a la denominada «admisión de hechos» prevista en el artículo 789.5.5ª.

⁷⁴⁰ El concepto de conformidad, normalmente, se perfila a partir de la regulación positiva de dicha institución. Para GIMENO SENDRA, por ejemplo, «la conformidad es un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio “puro” de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, que nunca puede exceder a los seis años de privación de libertad, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada.». Vid. GIMENO SENDRA, V. (con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *El nuevo Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989. Pág. 328.

⁷⁴¹ No parece descabellado pensar que la disconformidad con la medida propuesta por el Fiscal de Menores provenga, precisamente, del entendimiento de que dicha medida resulta desproporcionada con respecto a los hechos.

⁷⁴² Sobre las facultades que la LORPM concede al perjudicado personado, *vid. Supra*. Capítulo segundo, págs.146 ss.

espacio para la participación del perjudicado, el cual quedará, una vez más, a expensas de las decisiones adoptadas por el Fiscal. Si bien, como se explicaba anteriormente, durante el acto de la audiencia el perjudicado puede proponer la práctica de pruebas que versen sobre los hechos —nunca sobre la medida solicitada por el Fiscal—, el artículo 37 determina claramente que dicha proposición de pruebas es absolutamente vicaria de la celebración de la audiencia. No puede interpretarse en otro sentido el primer inciso del artículo 37.1 «cuando proceda la celebración de la audiencia».

En suma, la aceptación de los hechos por parte del menor abre —ni que sea de forma tangencial— una nueva vía para cercenar la participación del perjudicado en el proceso de menores, puesto que aunque es preceptiva la continuación de la audiencia, ésta debe ceñirse a la determinación de la medida, ámbito en el que el perjudicado no tiene ninguna posibilidad de intervención.

La aceptación de los hechos por parte del menor conduce, como ya se ha apuntado, a la continuación de la audiencia. Aunque dicho trámite deberá ceñirse a la determinación de la medida más adecuada —según la LORPM solamente al interés del menor—, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 37 sobre la celebración de la audiencia, aunque deberán obviarse todos los trámites relativos a la determinación, calificación jurídica y valoración de los hechos.

La sentencia podrá imponer al menor cualquier medida, siempre que ésta haya sido propuesta por alguna de las partes. Cabe entender que las partes podrán modificar sus respectivas solicitudes de medidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.1⁷⁴³. En la sentencia, además deberán recogerse

⁷⁴³ Artículo 37.1: «Cuando proceda la celebración de la audiencia, el Juez invitará al Ministerio Fiscal y al letrado del menor a que manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento o, en su caso, les pondrá de manifiesto la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado (...)»

El precepto transcrito encierra, a nuestro juicio, una cuestión enjundiosa en relación con el papel que se otorga al Juez de Menores. Si bien, a los efectos que por el momento interesan, permitir al Juez de Menores poner de manifiesto a las partes la posibilidad de aplicar una medida distinta a las solicitadas puede considerarse una opción especialmente plausible,

como hechos probados los que consten en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y que hayan sido aceptados por el menor.

Finalmente, merece la pena destacar que, a diferencia de los supuestos analizados anteriormente, en caso de que el menor reconozca los hechos que se le imputan, la opinión de su letrado resulta irrelevante. Ello es explicable, a nuestro juicio, en la medida en que esta figura se asemeja a la «confesión», prevista en el artículo 694 de la LECrim: el reconocimiento de hechos es una facultad personalísima, que atañe exclusivamente al acusado y en la que su letrado no puede ni debe inmiscuirse.

3. EFECTOS DE LA CONFORMIDAD EN LA LORPM.

Dado que, en general, la conformidad desemboca en una resolución judicial, uno de sus caracteres principales —y, en ocasiones, uno de los problemas más complejos que presenta⁷⁴⁴— consiste en la posibilidad de que el órgano judicial se desvincule de los términos del acuerdo. En otras palabras, la cuestión estriba en si cabe, o no, control jurisdiccional de la conformidad y, en caso afirmativo, hasta qué punto el órgano judicial puede desvincularse de los términos de la conformidad prestada.

En el proceso penal de menores, como se ha ido apuntando a lo largo de los apartados anteriores, el control judicial está presente, si bien con una intensidad distinta en función de los distintos supuestos contemplados en la LORPM.

Así, mientras que en el artículo 32 se dispone que el Juez de Menores **dictará** sentencia sin más trámite **imponiendo la medida solicitada**, en el artículo 36, si el menor se conforma con los hechos y con la medida con la

al margen de los concretos supuestos en los que el menor acepte los hechos que se le imputan, podría atribuirse en el precepto una atribución al Juez de Menores de facultades que pueden poner —una vez más— en entredicho su imparcialidad.

acquiescencia de su letrado —o sin ella, si el Juez acuerda que no es precisa la continuación de la audiencia— se dice que **el Juez podrá dictar resolución de conformidad**.

La principal diferencia consiste en que en el primer supuesto el Juez **debe** dictar la resolución, mientras que en el segundo el Juez **puede**, aún a pesar de la conformidad prestada por el menor —con o sin la acquiescencia de su letrado— **ordenar la continuación de la audiencia**. Ahora bien, esta afirmación debe ser matizada en el siguiente sentido: siempre que el Juez de Menores aprecie alguna circunstancia que haya podido determinar que el menor prestase su conformidad en contra de su voluntad, deberá ordenar la continuación del procedimiento⁷⁴⁵.

Por lo demás, las consideraciones que se expresarán a continuación relativas a la vinculación del órgano judicial respecto de la conformidad expresada, son válidas para ambos supuestos.

Con carácter general, dado el carácter supletorio que tienen las normas reguladoras del procedimiento abreviado, deben tenerse especialmente presente el artículo 793.3.II de la LECrim, en el que se contempla el denominado «control judicial de la conformidad»⁷⁴⁶.

De acuerdo con dicho precepto, tan sólo estará vinculado por la conformidad expresada en la medida en que no aprecie la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) que el hecho carece de tipicidad penal; b) que concurre cualquier circunstancia determinante de la exención de la pena o de su preceptiva atenuación. En tales supuestos, el Juez de Menores, previa audiencia a las partes, dictará la sentencia que proceda.

⁷⁴⁴ Singularmente, como es sabido, en el supuesto contemplado en el artículo 793.3 de la LECrim en el que, para determinados supuestos, se establece que el tribunal dictará sentencia «de estricta conformidad».

⁷⁴⁵ *Vid. supra*. Nota núm. 723. En un sentido semejante, APARICIO BLANCO, P. "Política criminal y delincuencia juvenil (Reflexiones sobre el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los Menores)" en *Política Criminal*. CGPJ, Madrid, 1999. Págs. 190 a 194.

⁷⁴⁶ *Vid.* DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Comentarios...*Cit. Pág. 328.

Más allá de estas posibilidades, ¿cabe que el Juez de Menores dicte sentencia imponiendo una medida distinta de la conformada, por entenderla más adecuada al interés del menor? Para responder esta pregunta es preciso analizar separadamente dos géneros de contenidos que puede tener una eventual sentencia que se desvincule de los términos de la conformidad.

a) Agravación de la medida o de su duración. Como criterio general, debe tenerse presente lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la LORPM. El segundo establece las «reglas para la aplicación de las medidas», y el primero alude al «principio acusatorio», disponiendo en su primer párrafo que «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». Así pues, si la conformidad se presta por los trámites del artículo 32, el Juez de Menores no podrá imponer en la sentencia una medida más grave que la conformada. Ahora bien, si la conformidad se presta una vez abierto el acto de la audiencia, cabe que el Juez de Menores, en uso de las facultades que le otorga la LORPM, acuerde la continuación de la audiencia, y en tal caso puede hacer uso de lo previsto en el artículo 37.1, esto es «poner de manifiesto a las partes la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieren solicitado».

b) Atenuación de la medida o de su duración, o absolución. En cualquiera de los dos momentos en los que se establece la conformidad, el Juez de Menores puede dictar sentencia en la que imponga una medida menos gravosa que la conformada. Y ello no sólo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 793.3 de la LECrim, sino también cuando entienda que puede resultar más adecuada para el interés del menor⁷⁴⁷.

Como cuestión común a los dos supuestos analizados en las líneas anteriores, es preciso plantearse la vinculación del Juez de Menores cuando el

⁷⁴⁷ En este sentido APARICIO BLANCO, P. "Política criminal y delincuencia juvenil..." Cit. Pág. 194. También TORRES ANDRÉS, J.M. "La Jurisdicción de menores y su competencia..." Cit. Pág. 129. Para TORRES ANDRÉS la conformidad con una medida que exceda de los parámetros previstos en el artículo 9 de la LORPM es una cuestión de legalidad que debe ser examinada por el Juez de Menores.

menor acepta los hechos pero no la medida. Recuérdese que en tal hipótesis, la LORPM contempla que la audiencia continúe, si bien constreñida a la determinación de la medida. Se ordena asimismo, que el Juez deberá dictar sentencia imponiendo la medida solicitada u otra más adecuada al interés del menor **que haya sido propuesta por alguna de las partes**. En tales supuestos, a nuestro juicio, deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la LORPM en lo que a una eventual agravación de la medida se refiere. Por lo que respecta a la posibilidad de imponer una medida menos gravosa, entendemos que el Juez no se encuentra vinculado por las peticiones de las partes, sino que, razonando su decisión en la sentencia, podrá rebajar cualitativa o cuantitativamente las pretensiones expresadas en el acto de la audiencia, siempre que lo estime más adecuado para el interés del menor.

No compartimos, en consecuencia, las opiniones de algún autor en el sentido de que en el proceso de menores, por aplicación supletoria de la LECrim, las sentencias dictadas a raíz de la conformidad del menor y de su letrado deben ser «de estricta conformidad»⁷⁴⁸.

⁷⁴⁸ Esta es la opinión de ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. “El principio de oportunidad procesal...” Cit. Pág. 395.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I

La existencia del derecho penal y procesal de menores tiene como principal fundamento la edad de los sujetos para quienes está concebido.

A efectos de responsabilidad penal, se considera que la edad es determinante de la capacidad del individuo para adecuar su conducta a lo prescrito en las normas. Por ello, el ordenamiento jurídico distingue, dentro de la categoría genérica «menor edad», distintas franjas en las que se presume una mayor o menor capacidad de adecuación de la conducta al ordenamiento jurídico.

De esta forma, la legislación española considera que hasta la edad de catorce años los menores son inimputables, por lo que no es posible exigirles responsabilidad por la comisión de infracciones penales. A partir de dicha edad, y hasta alcanzar los dieciocho años —momento en el que la Constitución fija la mayoría de edad— cabe exigirles responsabilidad, si bien la respuesta del ordenamiento jurídico debe adecuarse a las necesidades y particularidades propias de la fase vital en la que se encuentran los individuos a quienes se pretende aplicar dicha respuesta.

II

Históricamente, los ordenamientos jurídicos han tenido presentes las singularidades de la minoría de edad, y en consecuencia, se ha tratado a los menores delincuentes de forma distinta a los adultos. Hasta bien entrado el siglo XX, en el tratamiento penal de los menores subyace una cierta actitud compasiva, fundamentada en una concepción de la minoría de edad según la cual durante esta etapa el individuo no goza de plena capacidad.

Cuando la comunidad internacional reconoce y proclama la existencia de una categoría de derechos con vocación de universalidad, inherentes a la

condición humana, se inicia un cambio de tendencia especialmente significativo. Los menores se consideran titulares de dichos derechos, lo que conlleva un cambio de paradigma indiscutiblemente relevante: los menores pasan de ser objeto de conmiseración a ser objeto de consideración.

Esta idea fundamental se plasma en un concepto de difícil delimitación: «el interés de los menores».

III

El concepto «interés de los menores» se cifra en la aceptación del reconocimiento a los menores de edad de todos los derechos fundamentales de la persona. Su concreción en cada ordenamiento jurídico concreto, depende, sin embargo, por una parte, de la concreta articulación que en dicho ordenamiento reciba el catálogo de derechos fundamentales, y por otra, de la concepción que en cada contexto histórico-jurídico se tenga de la menor edad.

IV

El derecho penal de menores debe adecuarse a las exigencias del interés de los menores. Dicha dependencia puede desembocar, bien en un derecho especial, bien en la simple previsión de algunas adaptaciones respecto al derecho penal de adultos.

La vigente Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM) se autoatribuye la condición de “especial”, en atención a un doble fundamento: a) los fines y la naturaleza de la respuesta que articula para los menores infractores; y b) la postergación de algunos de los principios fundamentales del derecho penal de adultos.

V

Sin embargo, ni una ni otra aseveración puede considerarse cierta. Por una parte, la naturaleza de las medidas previstas en la norma, así como sus fines coinciden, en lo esencial, con las penas y las medidas de seguridad contempladas en el Código Penal. Por otra, cuando se proclama la erradicación del principio de proporcionalidad entre el hecho y la sanción se alude, en realidad, solamente a la correlación estricta entre infracción y sanción. Finalmente, cuando se aboga por un «uso flexible del principio de intervención mínima», ello no se traduce, como cabría esperar, en una apuesta por la descriminalización sino que sirve para dar entrada a mecanismos meramente desjudicializadores.

No puede hablarse, en consecuencia, de un derecho penal de menores «especial». La LORPM se limita a contemplar algunas adecuaciones del derecho penal de adultos a las especificidades propias de la minoría de edad.

VI

El proceso penal de menores, sin embargo, sí puede considerarse un proceso especial. Ahora bien, sus especialidades no derivan de la existencia de un derecho sustantivo especial, que hemos señalado no existe, sino, fundamentalmente, de las exigencias derivadas del interés de los menores. Estas exigencias, empero, abarcan también al derecho penal sustantivo, echándose en falta determinadas adecuaciones.

VII

El proceso penal de la LORPM acoge algunas instituciones y mecanismos procesales ciertamente novedosos, que permiten distinguirlo de los procesos penales de adultos. Algunos de ellos, como la especialización de los sujetos que intervienen en el proceso, obedecen a los imperativos del

interés de los menores, otros, como la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal o la introducción de fórmulas de consenso que eluden la sentencia penal, constituyen meras opciones de política criminal. Su incorporación en el proceso de menores podría obedecer a una suerte de ensayo legislativo de cara a su eventual traslación a los procesos penales de adultos.

VIII

Las exigencias derivadas del interés de los menores afectan exclusivamente a los sujetos que intervienen en el proceso y se proyectan en un doble plano: por una parte, se requiere que los sujetos que intervienen en el mismo tengan una formación especializada que les permita ejercer sus funciones con un conocimiento suficiente de las especificidades propias de la minoría de edad. Por otra parte, se limita severamente la intervención en el proceso de las partes acusadoras no oficiales prevista en los procesos penales de adultos.

IX

La necesidad de especialización de los sujetos que intervienen en el proceso penal de menores, como exigencia del interés de los menores, sólo puede considerarse plenamente satisfecha, respecto al Juez de Menores, en lo que a los órganos públicos se refiere.

No puede afirmarse lo mismo, en cambio, ni de los órganos llamados a conocer y a resolver los recursos, ni de los miembros del Ministerio Fiscal. Para los primeros, no se contempla requisito de especialización alguno. En cuanto a los segundos, los procesos de selección y de formación establecidos reglamentariamente difícilmente se cohonestan con la exigencia que cabría esperar, a tenor de las funciones que deben desarrollar en el proceso de menores.

En cuanto a la especialización de los abogados, a quienes se encomienda la defensa técnica de los menores imputados, la LORPM es

ambigua, exige tal especialización sólo para la asistencia a los menores detenidos, pero no para el ejercicio de la defensa técnica a lo largo del proceso.

Finalmente, la LORPM contempla la existencia de los denominados «equipos técnicos», formados por personal especialista, con la misión primordial de aportar información metajurídica de incuestionable relevancia en la determinación del interés del menor.

X

Las partes acusadoras no oficiales reciben, a nuestro juicio, un tratamiento inadecuado.

Se prohíbe el ejercicio de la acusación popular, cuando, en realidad, dicha figura no sólo no es incompatible con el interés de los menores sino que podría contribuir a su defensa y, simultáneamente, a reequilibrar el elenco de funciones y de facultades de que dispone el Ministerio Fiscal, que opera, así, casi en régimen de monopolio.

Se contempla, en cambio, la presencia del acusador particular, cuyo presumible afán vindicativo sí puede colisionar con el interés de los menores. Ahora bien, los términos en los que se permite la intervención del perjudicado en el proceso penal de menores son tan severamente limitados, que resulta imposible encuadrar dicha intervención en ninguna de las categorías procesales existentes, ni atendiendo a los requisitos exigidos para su personación, ni en función de las facultades que se le reconocen, ni en lo relativo a las consecuencias que pueden derivarse de su intervención.

XI

La fase de instrucción del proceso de menores presenta una naturaleza jurídica compleja, desarrollándose en la misma actos de naturaleza administrativa y actos de naturaleza procesal. No obstante, cabe defender su carácter predominantemente procesal.

XII

Las formas de iniciación del proceso penal de menores presentan considerables diferencias respecto a los procesos penales de adultos. De un lado, la denuncia se erige en el único mecanismo para que los particulares pongan en conocimiento del instructor la perpetración de un hecho presuntamente delictivo. La erradicación de la acusación particular y de la acusación popular conllevan la de la querrela como mecanismo de iniciación del proceso. De otro lado, se incorporan medios novedosos, tales como el testimonio de particulares, en los casos de coparticipación delictiva entre menores y adultos o la incoación de oficio, que en el proceso de menores cobra nueva virtualidad.

La detención de los menores también puede considerarse una forma de incoación del proceso, en la medida en que ésta deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal para que decida, no sólo sobre la continuación de la medida sino, fundamentalmente, sobre la del proceso mismo.

Finalmente, la aplicación de la LORPM a los jóvenes (mayores de dieciocho años y menores de veintiuno) podría contemplarse, asimismo, como una forma de incoación del procedimiento. Esta modalidad, sin embargo, tal y como aparece regulada, presenta numerosos problemas de adecuación constitucional, singularmente en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados. Por el momento, la aplicación de la LORPM a los jóvenes se mantiene en suspenso, en espera, casi con total seguridad, de su derogación definitiva.

XIII

En determinados supuestos, caracterizados fundamentalmente por la escasa gravedad de los hechos, la decisión sobre la apertura del proceso, que corresponde al Ministerio Fiscal, puede someterse a criterios de oportunidad. La LORPM contempla otros supuestos de aplicación de dicho principio. Ello no

obstante, sólo el desistimiento de la incoación del expediente se adecua a la aplicación del principio de oportunidad en su manifestación más «pura», es decir, como ejercicio de la discrecionalidad no sometido a regla o condición alguna.

XIV

La apertura del procedimiento conlleva, fundamentalmente, el reconocimiento al menor de los derechos y las garantías de la defensa. El interés de los menores determina, además, que dichas garantías y derechos se adecuen en su formulación positiva a las necesidades propias de la menor edad. Este aspecto se plasma, en la LORPM, mediante el reconocimiento expreso de las necesidades de asistencia afectiva y psicológica que el menor deberá recibir, tanto de sus representantes legales como de los profesionales del equipo técnico.

XV

La dirección de la fase de investigación del proceso se atribuye al Ministerio Fiscal. Esta es una opción de política legislativa que pretende enmascararse, sin embargo, como una exigencia derivada del interés de los menores. La principal finalidad que se persigue con esta configuración del proceso se cifra en preservar la imparcialidad del órgano instructor.

La regulación concreta de la fase de instrucción y de la fase intermedia del proceso de menores ponen de manifiesto, empero, que la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal no sólo no es consustancial a la garantía de imparcialidad del Juzgador sino que convierte a dicho órgano en una suerte de «instructor complementario», trasladando a éste las eventuales dudas sobre su imparcialidad.

Además, que el Fiscal asuma tanto la dirección de la investigación como el ejercicio de la acusación en régimen de monopolio, supone, en primer término, una merma del derecho de defensa que asiste al menor encausado, en la medida en que el Ministerio Fiscal se constituye también como parte en el proceso. Por otro lado, aunando tales funciones procesales se merma la

imparcialidad del fiscal, singularmente a la hora de evacuar el escrito de alegaciones.

XVI

La LORPM articula un sistema de medidas cautelares que no merece un juicio muy favorable.

En cuanto a los fines, aún a pesar del esfuerzo de la norma por diferenciarlos de los propios del proceso penal de adultos, resultan en lo fundamental idénticos. El principal problema se sitúa, empero, en los presupuestos de las medidas cautelares: mientras que en los procesos penales de adultos se exige la concurrencia de dos presupuestos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), en el proceso de menores no es preciso que ambos concurren, siendo suficiente la presencia de cualquiera de ellos para proceder a la adopción de una medida cautelar.

Se faculta exclusivamente al Fiscal para solicitar la adopción de medidas cautelares. A nuestro juicio, sería conveniente una modificación de la norma a los efectos de permitir que la defensa del menor pueda instar, si lo estima conveniente, la adopción de medidas cautelares. Merece señalarse, en este sentido, que existe por lo menos una resolución judicial que admite tal posibilidad.

XVII

Se articula un sistema de medidas cautelares específico para los supuestos en los que concurra en el menor alguna causa de exención de la responsabilidad. La previsión resulta superflua, en la medida en que consiste meramente en una remisión al régimen general de medidas cautelares previsto en la legislación civil y de protección de menores, cuando seguramente hubiera sido deseable que la LORPM articulara un sistema específico de medidas cautelares para tales supuestos.

XVIII

La legislación de protección de menores, en algunas comunidades autónomas, y singularmente en Catalunya, avanza no sin problemas. Con el pretexto de la protección de menores en situación de riesgo, se contemplan medidas de contenido idéntico al internamiento previsto en la LORPM. Así, no sólo se propicia una peligrosa confusión entre lo que atañe a la función protectora y lo concerniente al sistema penal, sino que se limitan derechos fundamentales de los menores sin respetar sus garantías constitucionales básicas. Uno de los principales problemas en este sentido radica en la posibilidad de privar de libertad a un menor sin autorización judicial.

XIX

Otra de las opciones de política criminal plasmada en la LORPM consiste en una decidida apuesta a favor de mecanismos de terminación anticipada del procedimiento. Dicha opción pretende justificarse con arreglo a lo dispuesto en las normas internacionales relativas a menores.

Aún siendo cierto que la mayoría de los textos internacionales relativos a la justicia de menores abogan por la introducción de la denominada «desjudicialización», no lo es menos que, de un lado, dichos textos no integran el ordenamiento jurídico español sino que sólo deben informar la actuación de los poderes públicos, y de otro, que la regulación de la LORPM se orienta, no tanto a la «desjudicialización», cuanto a la mera aceleración del proceso.

XX

Entre las fórmulas previstas en la LORPM para evitar tanto el enjuiciamiento como la sentencia, cabe distinguir aquellas que dan cabida a la aplicación del principio de oportunidad, y las que no aplican dicho. Las

primeras, comportan los riesgos inherentes a la adopción del reiterado principio de oportunidad, atinentes, principalmente, al principio de seguridad jurídica y a la igualdad de trato ante la Ley.

Las segundas, que se caracterizan además por permitir la participación de la víctima, presentan como principal objeción la necesidad indefectible de que el menor asuma su responsabilidad sin las garantías básicas que tal actuación requiere.

XXI

La conformidad constituye uno de los instrumentos tendentes a hacer innecesario el juicio. Esta conformidad, tal como se articula en la LORPM, no contempla espacios para el consenso entre el acusador y el acusado. De ahí que puede considerarse que la conformidad en el proceso de menores sirve exclusivamente a objetivos aceleradores.

La LORPM no establece criterios de vinculación del Juez de Menores respecto a lo conformado por las partes. Ello obedece, seguramente, a la especial configuración del objeto del proceso de menores, en el que el elemento subjetivo tiene un doble componente: el propio sujeto, y las circunstancias personales del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V.: “Declaración conjunta de las asociaciones de Secretarios Judiciales” en «Poder Judicial», núm. 52.

A.A.V.V.: *El modelo de justicia juvenil en Cataluña*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000.

AGUILERA MORALES, E.: “Algunos apuntes acerca de la conformidad en el procedimiento previsto en el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27-4-95”. «La Ley», 1995, núm. 5.

AGUIRRE ZAMORANO, P.: “Medidas aplicables en la legislación de menores” en *Menores privados de libertad* (Cuadernos de Derecho Judicial, XV); CGPJ, Madrid, 1996.

ALASTUEY DOBÓN, M.C.: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— “Alternativas al procedimiento y a la ejecución de las medidas en la Ley Orgánica 5/2000” en BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Editor) *El nuevo derecho penal juvenil Español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*. Gobierno de Aragón — Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2002.

ALBARRÁN, J.: “Ubicació dels equips tècnics d’informació i assessorament en els jutjats de menors”, en «Papers d’Estudi i Formació», Núm. 11, Diciembre 1992.

ALHAMBRA PÉREZ, M^a.P.; SEGURA ABAD, L.J.: *El alcohol: cuestiones jurídico-médicas (Aspectos civiles, penales, administrativos y laborales. Jurisdicción de menores. Valoración de la práctica médico forense)*. Comares, Granada, 2001.

ALVAREZ VELEZ, M^a. I.: *La protección de los derechos del niño (en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español)*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: “La justicia de menores: presente y futuro” en *Delinqüència juvenil: perspectiva d’actuació a les comarques gironines*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1984.

— “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada” en JIMÉNEZ BURILLO, F.; CLEMENTE, M. (Coords.) *Psicología social y sistema penal*, Alianza universidad, Madrid, 1986.

- “Razones para un proceso de menores” en MARTÍN LÓPEZ, M^a. T. (Coordinadora) *La responsabilidad penal de los menores*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

APARICIO BLANCO, P.: “Política criminal y delincuencia juvenil (Reflexiones sobre el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los Menores)” en *Política Criminal*. CGPJ, Madrid, 1999.

- “Diligencias de instrucción restrictivas de Derechos Fundamentales, competencia del Juez de Menores en el ámbito de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores” en «Poder Judicial», núm. 60.
- “La detención y otras medidas de coerción con menores” en «Revista de Derecho Penal», núm. 3, 2001.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: (Con DE LA OLIVA SANTOS, A.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J.J.; TOMÉ GARCÍA, J.A.) *Derecho Procesal Penal*. CEURA, Madrid, 1999.

ARMENTA DEU, T.: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. PPU, Barcelona, 1991.

- “El Derecho a los recursos: su configuración constitucional” en «Revista General de Derecho», núms. 598-599, 1994.
- *Principio acusatorio y Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1995.
- “Pena y Proceso: fines comunes y fines específicos” en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1996, I.
- (Con ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.) *Lliçons de Dret Processal Penal*. EDIUOC, Barcelona, 1999.
- “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal” en «Poder Judicial», núm. 58, 2000.

ARROYO ZAPATERO, L.A.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Directores): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

ASOCIACIÓN DE LETRADOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: *Protección jurídica del menor*. Comares, Granada, 1989.

BANACLOCHE PALAO, J.: *La libertad personal y sus limitaciones (detenciones y retenciones en el Derecho Español)*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

BANDRÉS, J.M.: “Eficacia y garantismo en el proceso penal”, en «Revista General de Derecho», Junio, 1995.

- BARREDA HERNÁNDEZ, A.:** “Estudio sobre la controvertida inclusión de la acción civil en el nuevo proceso penal de menores” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal». 1-2001.
- “La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza de responsabilidad civil” en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. CGPJ, Madrid, 2001.
 - “La sentencia en el nuevo proceso penal de menores” en BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Editor) *El nuevo derecho penal juvenil Español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*. Gobierno de Aragón — Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2002.
- BASTIT VALLMAJÓ, M.:** “El judici des del punt de vista del Jutge” en *Aportacions a la nova justícia de menors*, «Papers d’Estudi i Formació», núm.11; 1986.
- BENEDI ANDRÉS, C.:** “Ministerio Fiscal y Secretario Judicial en la instrucción de las causas contra menores” en «Boletín de la Unión Progresista de Secretarios Judiciales», Núm. 6, 2001.
- BENITO ALONSO, F.:** “Los antecedentes de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores como criterio de interpretación de la misma” en «La Ley», núm 5308, 2001.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; ARROYO ZAPATERO, L.:** *Manual de Derecho Penal. Parte General. Instrumentos y principios básicos del derecho penal*. Praxis, Barcelona, 1994.
- BERMÚDEZ REQUENA, J.M.:** “El Ministerio Fiscal en el nuevo modelo de instrucción” en «Actualidad Penal», núm. 2, 1997.
- BERSITAIN IPIÑA, A.:** “Interrogantes cardinales para reformar la legislación de los infractores juveniles: conclusiones de *lege ferenda*” en «Menores», núm.11, 1986.
- *Ciencia Penal y Criminología*. Tecnos, Madrid, 1987.
 - “Interrogantes cardinales para reformar la legislación de los infractores juveniles” en *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, CSPM, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
 - “Jóvenes, víctimas, cárceles y valores humanos en los medios de comunicación” en «Actualidad Penal», núm.2, 1997.

- BOLDOVA PASAMAR, M.A.** (Editor): *El nuevo derecho penal juvenil Español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*. Gobierno de Aragón — Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2002.
- BONET ESTEVA, M.:** "Algunas pautas constitucionales para la reinterpretación de un derecho penal de menores" en «La Ley», núm.1, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.J.:** "La imputabilidad en el Estado de Derecho" en *Control Social y Sistema Penal*. PPU, Barcelona, 1987.
- Con HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal* (Vols I y II); Trotta, Madrid, 1997; 1999.
 - "Imputabilidad y edad penal" en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona (Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain)*. Instituto Vasco de Criminología, Donostia, 1989.
- BUTRÓN BALIÑA, P.:** *La conformidad del acusado en el proceso penal*; McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- CALATAYUD PÉREZ, E.:** "L.O. 5/2000 Fase intermedia. Conclusión de la instrucción. Celebración de la audiencia y sentencia" en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 2001.
- CALDERÓN CUADRADO, M^a. P.:** *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*. Comares, Granada, 1996.
- CALVO CABELLO, J.L.:** "Principios del derecho de menores: reforma de la legislación sobre menores. La mayoría de edad penal" en «Menores», núm 1, 1984.
- CAMPBELL, T.:** "The Rights of the Minor: As Person, As Child, As Juvenil and As Future Adult", *International Journal of Law and the Family*, 1992. Se ha utilizado la versión castellana de NARVÁEZ MORA, M.: "Los derechos del menor en tanto que persona, niño, joven y futuro adulto" en ISABEL FANLO CORTÉS (ed.), *Los derechos de los niños. Una contribución teórica*, Fontamara, México, en prensa.
- CANTARERO BANDRÉS, R.:** *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*; Montecorvo, Madrid, 1988.
- CARDENAL GÓMEZ, M^a R.:** "La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000.

- CARTAGENA PASTOR, F.:** “Las directrices de la instrucción 2/2000 de la Fiscalía General del Estado” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2000.
- CAVERO FORRADELLAS, G. y CRESPO CUADRADO, A. J.:** “Memoria del 14º Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia (Bremen, Alemania, 28-8 a 2-9 de 1994)”; FGE, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.
- CEA D’ANCONA, M^a. A.:** *La justicia de menores en España*. CIS, Madrid, 1992.
- CHAMORRO BERNAL, F.** *La tutela judicial efectiva*. Bosch, Barcelona, 1994.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A.** “La futura Ley Penal Juvenil” en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm 214, Septiembre 1995.
- CID CEBRIÁN, M.:** “Notas al proyecto de Ley” en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 19, Septiembre 1991.
- CILLERO BRUÑOL, M.:** “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño” en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la CIDN (1990-1999)*. Temis/Depalma, Bogotá, Buenos Aires. 1999 (2ª Edición).
- CORONADO BUITRAGO, M.J.:** “El Juez de Menores”, en «Menores», Núm. 3, 1984.
- “Medidas y ejecución” en A.A.V.V. *Niños y jóvenes criminales*. Comares, Granada, 1995.
- CRESPO BARQUERO, P.:** “Las garantías en la instrucción por el Fiscal” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-1998.
- CUELLO CALÓN, E.:** *Criminalidad infantil y juvenil*. Bosch, Barcelona, 1934.
- “El nuevo derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España” en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Mayo de 1944.
- CUELLO CONTRERAS, J.:** *El nuevo Derecho penal de menores*. Civitas, Madrid, 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.:** *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*. Bosch, Barcelona, 1980.
- *Jueces imparciales, fiscales “investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. PPU, Barcelona, 1988.

- *Los verdaderos Tribunales en España: legalidad y derecho al Juez predeterminado por la Ley*. CEURA, Madrid, 1991.
- “Acerca de la reforma procesal” en «Revista de Derecho Procesal», núm.1, 1995.
- “El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal” en «Tribunales de Justicia», 1997/1.
- “Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal” en «Revista General de Derecho», núm. 577-578, 1992.
- (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.) *Derecho Procesal Civil. El proceso de Declaración*. CEURA, Madrid, 2000.
- (con HINOJOSA SEGOVIA, R.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; TOMÉ GARCÍA, J.A.) *Derecho Procesal Penal*. CEURA, Madrid, 1999.

DE LA ROSA CORTINA, M.: “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2001.

DE VEGA RUIZ, A.: “Apuntes de urgencia sobre la reforma penal de menores” en «La Ley», 1991.

DEL MORAL GARCÍA, A.: “Derechos Humanos, Menores y Ministerio Fiscal” en «La Ley», 1998.

DEL ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y derecho penal” en «Cuadernos de Política Criminal», núm 54, 1994.

DELGADO MARTÍN, J.: “La Mediación de la Justicia de Menores: una experiencia positiva: Cataluña”, «Actualidad Penal», 1988, núm. 1.

DELGADO NEVARES, L.: “La fiscalía en la L.O. 5/2000. Algunas cuestiones en la instrucción del procedimiento de menores” en *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*. Arateko, Vitoria/Gasteiz, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; GIRÓN GONZÁLEZ-TORRE, F.J.; STANGELAND, P.; CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: *Delincuencia y víctimas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: “Artículo 24. Garantías procesales” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. Alzaga Villaamil). Edersa, Madrid, 1996.

DOLZ LAGO, M. J.: “El Fiscal ante la reforma de menores: radiografía de una metamorfosis paradójica”, en «La Ley», 1992-2.

- “Justicia con menores: una cuestión de principio (la incoación del expediente judicial”, en «Actualidad Penal», VI-1996.
- “El Fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992” en «La Ley» núm. 3955 (18/01/1996).
- “¿Existe un Derecho Comunitario del Menor? La Unión Europea y los niños” en «Revista noticias de la Unión Europea”, Abril 1996.
- “Justicia con menores: aspectos de un procedimiento en crisis ante la crisis de los procedimientos penales”, en «Actualidad Penal», 1996-II.
- “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”, en «La Ley», 1998-3.
- “Cuestiones sobre la instrucción penal del Nuevo Proceso de Menores” en «Revista General de Derecho», núm 668, Mayo 2000.
- *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000.
- "El principio de oportunidad del Fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la Ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas", en «Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000.

ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I.: “El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de las medidas” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal». VI-2000.

FERNÁNDEZ DEL MORAL, J.: “Reflexiones de un abogado sobre el ‘Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la justicia de menores’. Breve comentario al texto de tal Anteproyecto, edición de fecha de 1 de julio de 1997” en «Tribunales de Justicia», 1998/4.

FERNÁNDEZ-ESPINAR, G.: “La reforma procesal de la jurisdicción de menores en el marco del respeto a los principios y garantías constitucionales” en «Revista de Derecho Procesal», núm. 2, 1993.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P.: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Civitas, Madrid, 1994.

FIGUERUELO BURRIEZA, A. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Tecnos, Madrid, 1990.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.: *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996.

- *Memoria del año 1995.*
- *Memoria del año 1996.*
- *Memoria del año 1997.*

- Circular 1/2000, de 18 de diciembre, Relativa a los criterios de aplicación de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.
- Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, 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.
- Circular 2/2001, de 28 de junio, incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la Jurisdicción de Menores.
- Circular 1/1993, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio.
- Instrucción 2/1992, de 13 de febrero, sobre la intervención de los fiscales ante la jurisdicción de menores.
- Circular 1/1989, de 8 de marzo, por la que se analizan cuestiones relacionadas con el procedimiento abreviado introducido por la Ley 7/1988, de 28 de diciembre.

FLORES PRADA, I.: *El Ministerio Fiscal en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

FRANCO YAGÜE, J.F.: “Los equipos técnicos en el procedimiento. La valoración del interés del menor” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000.

FUNES ARTIAGA, J.: *La nueva delincuencia infantil y juvenil*. Paidós, Barcelona, 1991 (3ª Ed.).

GANZENMÜLLER ROIG, C.: “Contenido y criterios de selección de las medidas de reforma en la L.O. 4/92. El Ministerio Fiscal en la ejecución de las medidas” en «Poder Judicial», núm. 32, 1993.

GARCÍA ANDRADE, J.A.: “Política criminal y edad penal” en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. EDERSA, Madrid, 1993.

GARCÍA GARCÍA-SOTOCA, F.J.: “Los recursos en la Ley 5/2000 de responsabilidad penal de los menores” en «Tribunales de Justicia», núm. 6, 2002.

GARCÍA INGELMO, F.M.: “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000.

GARCÍA PÉREZ, O.: “Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico” en «La Ley», 1996-VI.

- “Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico” en «Revista de Derecho Penal y Criminología», núm. 3, 1999.
- “La evolución del sistema de justicia juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales” en «Actualidad Penal», XXXII, 2000.

GARCÍA-PABLOS, A.: “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores” en *Menores privados de libertad*, «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1996.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E.: *Delincuencia juvenil y control social*. Círculo Editor Universo, Barcelona, 1984.

- “Principios básicos para un nuevo derecho penal juvenil” en *Jornadas de estudio de la legislación de menores*, CSPM, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- “La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita” en BUSTOS RAMÍREZ, J. *Un derecho penal del menor*. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile, 1992.
- “La mayoría de edad penal en la reforma” en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. EDERSA, Madrid, 1993.
- (Coordinadora) *Justicia de menores: una justicia mayor (Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores)*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.
- “Principios orientadores de la responsabilidad penal de los menores” en *Responsabilidad pena de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*. Ararteko. Vitoria/Gasteiz. 2001.

GIMENO SENDRA, V.: “Los derechos de acción penal, al Juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales” en *Comentarios a la legislación penal (Dir. Cobo del Rosal)* Tomo I (Derecho Penal y Constitución). EDERSA, Madrid, 1982.

- (Con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.) *Derecho procesal penal*. Colex, Madrid. 1996.
- *Constitución y proceso*. Tecnos, Madrid, 1988.
- “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, en «Justicia», 1986, II.
- “La aplicación procesal del nuevo Código Penal”, en «La Ley», VI-1996.
- (con ALMAGRO NOSETE, J.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V.) *El nuevo proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- “El proceso de menores” en «La Ley», 2001.

GISBERT JORDÀ, T.: "Incidencias del nuevo Código Penal en la legislación de menores" en *Menores privados de libertad*, «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1996.

— "Las medidas cautelares" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal». I-2001.

— "Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000.

GÓMEZ ARROYO, J.L.: "Consideraciones sobre el Secretario Judicial en la Sección de Menores de la Fiscalía" en «La Ley», Núm. 5270, 2001.

GÓMEZ COLOMER, J-L.: "El Fiscal instructor" en «Justicia», núm. 2, 1996.

— "El nuevo proceso penal abreviado" en «Poder Judicial», núm. 26

— "¿Hacia el futuro proceso penal español?" en «Boletín de información del Ministerio de Justicia», núm. 1543, 1989.

— "Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia penal" en «Poder Judicial», núm. 8.

— "Trazos de la configuración dogmática de la mal llamada segunda instancia penal" en «Poder Judicial», Núm. 49.

— (Con MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; MONTÓN REDONDO, A.) *Derecho Jurisdiccional III (proceso penal)*. Bosch, Barcelona, 1994.

GÓMEZ ORBANEJA, E.: (con HERCE QUEMADA, V.) *Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1984.

GÓMEZ PARÓN, P.: "Marco legal de la violencia juvenil" en *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar* (Comp. RUIDÍAZ GARCÍA, C.). EDERSA, Madrid, 1998.

GÓMEZ RECIO, F.: "La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Pena de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años" en «Actualidad Jurídica Aranzadi» 4/05/2000.

GÓMEZ RIVERO, M^a.C.: "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor" en «Actualidad Penal», Núm. 10, Marzo, 2001.

GONZÁLEZ CANO, M^a. I.: "Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores" en «Tribunales de Justicia» 2000-7.

GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: "Jóvenes, desviación y reacción social" en «Poder Judicial», Junio 1984.

— "Jóvenes y control social: la ideología del «tratamiento»" en *Menores: la experiencia española y sus alternativas*, Ediciones de la UAM, Madrid, 1987.

GOYENA HUERTA, J.: "Los derechos a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable" en «Actualidad Jurídica Aranzadi» (08/03/2001).

GRANADOS CALERO, F.: *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*. Tecnos, Madrid, 1989.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: "Informe sobre «Justicia juvenil" de 16 de abril de 1999".

GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Sobre la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor" en «La Ley», 1996-I.

GUZMÁN FLUJA, V.C. y CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2000.

HERCE QUEMADA, V.: (Con GÓMEZ ORBANEJA, E.): *Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1984.

HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, V.: "La nueva Ley de reforma penal de menores. Aspectos educativos y garantías procesales" en «Boletín de Información del Ministerio de justicia», año XLVI, núm. 1648, Septiembre de 1992.

HERRERO F.: "Un proyecto inconstitucional: Ley del menor" en «Derechos Humanos», núm. 19, 1988.

IBARRA, E.: "Los derechos de las víctimas y la ley del menor" en «El Mundo», 26 de febrero de 2001.

ILLESCAS RUS, A.V.: "Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal" en «Revista de Derecho Procesal», núm. 1, 1995.

JIMÉNEZ QUINTANA, E.: "El menor delincuente ante la Constitución" en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 20, 1983.

JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, A.: "Observaciones sobre la declaración de inconstitucionalidad del antiguo proceso de menores" en «Revista de Derecho Procesal», núm. 1, 1994.

JUANES PECES, A.: "El menor en el nuevo Código Penal" en «Actualidad Aranzadi», año VI, núm. 269, noviembre, 1996.

- LANDROVE DÍAZ, G.:** *Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores” en «La Ley», núm. 5083, Junio 2000.
 - *Derecho Penal de menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- LARRAURI PIJOAN, E.:** (Directora) *Política Criminal* «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1999.
- LASARTE, C.:** “Artículo 12. Mayoría de edad” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.) Cortes Generales — Edersa. Madrid, 1996. Tomo II.
- LASTRA DE INÉS, A.:** “La fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000.
- LÓPEZ AGUILAR, J.:** “La reforma de la legislación de corrección del menor” en «Actualidad Jurídica Aranzadi», Mayo de 1992.
- ? *La justicia y sus problemas en la Constitución*. Tecnos, Madrid, 1996.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, G.:** *La defensa del menor*, ed. Tecnos, Madrid, 1988.
- LÓPEZ LÓPEZ, A.M. :** “Instrucción del procedimiento de menores: diligencias previas y preliminares” en <http://www.fiscalia.org> (1/10/2002).
- “Tratamiento policial de los menores de edad penal. Comentarios prácticos de la L.O. 5/2000” en <http://www.fiscalia.org> (1/10/2002).
 - “Recursos en la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor” en <http://www.fiscalia.org> (1/10/2002).
 - “Instrucción del expediente de menores: la declaración del imputado” en <http://www.fiscalia.org> (1/10/2002).
 - *La instrucción del Ministerio Fiscal en el proceso de menores*. Comares, Granada, 2002.
- LORCA MARTÍNEZ, J.:** “El ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000.
- LORCA NAVARRETE, A.M^a.:** *El proceso español del menor*. Dykinson, 1993.
- MANZANA LAGUARDA, M^a.P.:** “Notas acerca del Proyecto de Ley sobre Reforma Urgente del Procedimiento de menores” en «Revista General de Derecho», núm. 571, Abril de 1992.

- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.:** "La legislación penal juvenil en Alemania" en *Menores privados de libertad* «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1996.
- MARCHENA GÓMEZ, M.:** "La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal" en «Revista General de Derecho», núm. 603, diciembre de 1994.
- MARCOS AYJON, M.:** "Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995" en «Tribunales de Justicia», 1997/6.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J.N.:** "Protección de la víctima y responsabilidad civil en la «ley penal de los menores»" en «Actualidad Penal», 2001.
- MARTÍN-CARO SÁNCHEZ, J.A.:** "El Fiscal y la instrucción en el proceso de menores" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-1998.
- MARTÍN CRUZ, A.:** "Minoría de edad penal" en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 63, 1997.
- MARTÍN LÓPEZ, M^a T. (Coordinadora):** *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.
- "Delincuencia Juvenil y normativa internacional" en ARROYO ZAPATERO, L.A.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Directores) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
 - (Coordinadora) *La responsabilidad penal de los menores*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- MARTÍN OSTOS, J.:** "Los futuros Juzgados de Menores" en *Problemas actuales de la justicia (Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
- "El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 47/1992, de 5 de junio" en «La Ley», año XV, Marzo de 2000.
 - "CGPJ y Tribunales de menores" en «Justicia», I-II, 1995.
 - "Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores" en *Menores privados de libertad*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996

MARTÍN SÁNCHEZ, A.: “La minoría de edad penal” en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1995.

- “El juez de menores en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000.
- “Las medidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores” en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. CGPJ. Madrid, 2001.
- “Capítulo IV. Instrucción del procedimiento: reglas generales (Título tercero, artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, y 27) en *Justicia de menores: una justicia mayor*. CGPJ, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a.I.: “La minoría de edad penal” en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 20, 1983.

MARTÍNEZ, J.: “Aplicación analógica de la L.O. General Penitenciaria y Reglamento en la medida de internamiento de menores infractores” en «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 246, 1995.

MARTOS NÚÑEZ, J.A.: Voz: «*Principios Penales*» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1993. Tomo XX.

- “El principio de intervención penal mínima” en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1987.

MELIÁ LLACER, R.: “La protección internacional de los derechos del niño” en «Revista General de Derecho», núm. 536, 1989.

MENDIZÁBAL OSES, L.: *Derecho de menores. Teoría general*. Pirámide, Madrid, 1977.

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal (Parte General)*. PPU, Barcelona, 1996 (4^a Edición).

- *Introducción a las bases del derecho penal*; Bosch, Barcelona, 1976.
- *El Derecho Penal en el estado social y democrático de derecho*. Ariel, Barcelona, 1994.

MIRET MAGDALENA, E.: “Hacia una Ley española del menor” en *Jornadas de estudio de la Legislación del menor*, CSPM, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

MONTERO AROCA, J.: “La garantía procesal penal y el principio acusatorio” en «La Ley», 1/1994.

- *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- “El Juez que instruye no juzga (la incompatibilidad de funciones procesales)” en «La Ley», 1999.
- *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- (con ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A.) *Derecho Jurisdiccional III.(Proceso penal).* Bosch, Barcelona, 1994.

MORENILLA RODRÍGUEZ, J.L.: “Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en «Poder Judicial», Número Especial II.

MORENO CATENA, V.: *El proceso penal* (Director). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- La Justicia penal y su reforma en «Justicia» II-1988.
- (Con GIMENO SENDRA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.) *Derecho Procesal Penal.* COLEX, Madrid, 1996.
- "Causas históricas de la ineficacia de la Justicia" en «Justicia», 1988-I.
- "Algunas notas sobre la abstención del Juez" en «Justicia», 1988-III.
- "La fe pública y la publicidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial" en «Justicia», 1987-I.
- "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal" en «Poder Judicial», Numero Especial II.

MOVILLA ALVAREZ, C.: “Jurisdicción de menores y constitución” en «Menores», núm. 1, 1984.

MUERZA ESPARZA, J.: *El proceso penal abreviado.* Aranzadi, Pamplona, 2002.

- (con DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; TOMÉ GARCÍA, J.A.) *Derecho Procesal Penal.* CEURA, Madrid, 1999.

MUÑOZ OYA, J.R.: Estudio sobre las medidas en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores" en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», I-2001.

MUÑOZ ROJAS, T.: *El imputado en el proceso penal.* Pamplona, 1958.

- “Sobre el nuevo juicio sancionador de menores (L.O. 4/1992)” en «Actualidad Penal», 1993 (I).

- OLAVARRÍA IGLESIA, M.T.:** “La responsabilidad civil en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, L.O. 5/2000” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000.
- El procedimiento de Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.:** *El periodo intermedio del proceso penal*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- (Con ARMENTA DEU, T.) *Lliçons de Dret Processal Penal*. EDIUOC, Barcelona, 1999.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R.:** “La nueva regulación del procedimiento penal de menores. ¿Un avance?” en «Poder Judicial», núm. 27, 1992.
- *Derecho Penal de Menores*. Bosch, Barcelona, 2001.
- OROMÍ VALL-LLOVERA, S.:** *La acción popular* (en prensa).
- ORTELLS RAMOS, M.:** “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal” en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», núm. 5, 1978.
- PANTOJA GARCÍA, F.:** “Particularidades en el caso de los menores de edad penal” en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona*; «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1993.
- (Con otros) “La ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores (anotaciones tras ocho meses de aplicación)” en «Actualidad Penal», 1993 (I).
 - “Análisis criminológico de las cuestiones relativas al derecho penal juvenil” en *Criminología*; «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1994.
 - “Aspectos del procedimiento de la Ley de reforma de menores desde la perspectiva del Ministerio Fiscal” en *Niños y jóvenes criminales*. Comares, Granada, 1995.
 - “Algunas notas a la actuación del MF en el procedimiento de menores, respecto a los equipos técnicos y a las medidas a postular ante los juzgados en interés del menor” en *Justicia con menores y jóvenes*; Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1995.
 - “El proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores. La posición del Ministerio Fiscal en el proceso” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», 1997-II.
 - “La naturaleza jurídica de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000.

- PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C.:** “Análisis del procedimiento. La fase de conocimiento del Juez. La preparación del Juicio y las diligencias del Juez. Naturaleza Jurídica de las mismas. La fase decisoria. La sentencia. El sistema de recursos” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» VI-2000.
- PASTOR LÓPEZ, M.:** *El proceso de persecución*. Universidad de Valencia – Secretariado de publicaciones. Valencia, 1979.
- PEDRAZ PENALVA, E.:** "La nueva Secretaría judicial" en «Poder Judicial», núm. 26.
- PÉREZ MARTELL, R.:** “El recurso de apelación regulado en el art. 41 de la LORPM: problemas prácticos” en «Aranzadi TSJyAP», núm. 15, 2001.
— *El proceso del menor*. Aranzadi, Pamplona, 2002.
- PÉREZ CEPEDA, A.I.:** “Las víctimas ante el derecho penal. Especial referencia a las vías formales e informales de mediación y reparación”, en ARROYO ZAPATERO, L.A.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Directores) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- PÉREZ SANZBERRO, G.:** *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?*. Comares, Granada, 1999.
- POLO RODRÍGUEZ, J.J.:** “Coordinación y actuación de las secciones de menores en las Fiscalías” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» I-2001.
- PRIETO SANCHÍS, L.:** “Orientaciones básicas de la reforma del Derecho de Menores” en *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, CSPM, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- QUINTERO OLIVARES, G.:** *La justicia penal en España*. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F.:** “Notas sobre el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en «Revista General de Derecho».
- RAPOSO FERNÁNDEZ, J.M.:** “Estudio crítico del proceso contra menores delincuentes. Aspectos necesitados de reforma”, en «La Ley», 1997-6.
- RECHEA ALBEROLA, C. (con FERNÁNDEZ MOLINA, E.):** “Las ciencias psicosociales y el menor” en MARTÍN LÓPEZ, M^a T. (Coordinadora) *La responsabilidad*

penal de los menores. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

RENAU i MANENT, M^a. D.: “Cap a una nova justícia de menors” en *La Justícia de Menors a Europa* «Papers d’Estudi i Formació», Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada; Generalitat de Catalunya, Número Especial, septiembre de 1988.

RICHARD GONZÁLEZ, M.: “El nuevo proceso de menores” en «La Ley», núm. 5085, Junio de 2000.

RÍOS MARTÍN, J.C.: “Críticas a la reforma «penal» de la L.O. 4/1992” en «Tapia», núm. 66, Octubre de 1992.

— *El menor infractor ante la ley penal*; Ed. Comares, Granada, 1993.

— “El menor ante la Ley Penal: educación *versus* penalización” en «Actualidad Penal», 1994 (I).

— “Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones” en *Niños y jóvenes criminales*. Institut de Estudios Penales Marqués de Beccaria — Comares, Granada, 1995.

— (con SEGOVIA BERNABÉ, J.L.) “La Ley de Responsabilidad penal de los menores. Cambio de paradigma: del niño *en peligro* al niño *peligroso*” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal». VI-2000.

ROBLEDO VILAR, A.: “Justicia y Secretario Judicial. Notas para una definición orgánica” en «La Ley», 1994-3.

ROCA, T.: *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*; Madrid, 1968.

RODRÍGUEZ CASTRO, J.: “Los principios procesales de la vigente legislación de menores” en «Actualidad Penal», 1988-2.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “¿El Juez de instrucción es inconstitucional?” en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 261, septiembre 1996.

RODRÍGUEZ SOL, L.: “El Fiscal y la protección de las víctimas en el proceso de menores” en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia» núm. 1750.

ROMERO COLOMA, A.M.: *El artículo 24 de la Constitución Española: análisis y valoración*. Serlipost, Barcelona, 1993.

— “Alcance de los principios del proceso penal a la luz de l ordenamiento constitucional” en «Actualidad Penal», 1995-1.

— *Derecho Procesal Penal* (Trad. CÓRDOBA, G, y PASTOR, D. Revisada por MAYER, J.B.) Del Puerto, Buenos Aires, 2000

- SÁINZ RUIZ, J.A.:** “Principio acusatorio en la fase de investigación: ¿Hacia un Fiscal instructor” en «Revista General de Derecho», núm. 667, 2000.
- SALIDO VALLE, C.:** “La detención del menor de edad penal” en «Justicia», 1990-I
— “La detención incomunicada del menor” en «La Ley», 1999.
- SALVÁ CORTÉS, M.:** “El derecho penal en la justicia de menores. Aproximación al derecho comunitario” en *Los principios del proceso penal* (Cuadernos de Derecho Judicial), CGPJ, Madrid, 1992.
- SÁNCHEZ GARCÍA, I.:** “El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal” en «LA LEY», 1994-4.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a I.:** *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*. Comares, Granada, 1998.
— “La nueva Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor” en «La Ley. Actualidad», Ref. XXXIII, 2000.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.:** *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/92*. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.:** “Consideraciones sobre la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores” «Actualidad Jurídica Aranzadi», Mayo 2000.
- SANTOLARIA FERNÁNDEZ, J.:** “Las medidas cautelares personales en la L.O. 4/1992, de 5 de junio” en «Poder Judicial», núm. 48, 1997.
- SEGOVIA BERNABÉ, J.L.** (con RÍOS MARTÍN, J.C.): “La Ley de Responsabilidad penal de los menores. Cambio de paradigma: del niño *en peligro* al niño *peligroso*” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal». VI-2000.

— “Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos” en *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*. Arateko, Vitoria/gasteiz, 2001.
- SEBASTIÁN OTONES, M.:** “La instrucción penal en el nuevo procedimiento de menores” en «La Ley», Núm. 5371, 2001.
- SENÉS MOTILLA, C.:** “Consideraciones sobre el nuevo proceso penal de menores (L.O. 5/200)” Diputación de Málaga, 2000.
- SERRANO GÓMEZ, A.:** “La condición de imputado en el proceso penal” en «La Ley», 1999, núm. 4843.

- SERRANO MAÍLLO, A.:** “Mayoría de edad penal en el código de 1995 y delincuencia juvenil” en «Revista de Derecho penal y Criminología», núm. 5, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M^a:** *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*; Bosch, Barcelona, 1997.
- SOBRÓN OSTOS, F.:** “La fase intermedia en la Ley Reguladora de la responsabilidad penal de los menores (artículos 32 a 34)” en «estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal» I-2000.
- SOROETA LICERAS, J.:** “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño” en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Coordinador) *Lecciones de Derechos Humanos. Aspectos de derecho internacional y de derecho español*; Donostia, 1995.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.:** *La víctima en el Derecho Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1998.
— *La reparación a la víctima en el derecho penal*. Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994.
- TESÓN MARTÍN, F.:** “La responsabilidad civil en la nueva Ley Penal de Menores” en «La Ley, núm. 5418, noviembre 2001.
- TOME GARCÍA, J. A.** (CON DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J.): *Derecho Procesal Penal*. CEURA, Madrid, 1999.
- TORO PEÑA, J.A.:** “Capítulo IX. La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000 (Título octavo, artículos 61, 62, 63 y 64)” en *Justicia de menores: una justicia mayor*, CGPJ, Madrid, 2000.
- TORRES ANDRÉS, J.M.:** “La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador” en «Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal», VI-2000.
- TORRES FERNÁNDEZ, M^a. E.:** “Los caminos hacia una justicia reparadora en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor” en «Actualidad Penal», núm. 25, 2002.
- TORRES ROSELL, N.:** *La denuncia en el proceso penal*. Montecorvo, Madrid, 1991.
- URRA PORTILLO, J. VÁZQUEZ MEZQUITA, B.** (Comps.): *Manual de psicología forense*. Siglo Veintiuno, Madrid, 1983.

VENTURA FACI, R. (Y otros): *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Comentarios y jurisprudencia)*; Colex, Madrid, 2000.

— “Menores sin ley” en «Boletín informativo. Jueces para la democracia», núm 30, 2001.

VIVES ANTÓN, T. S.: “Constitución y Derecho Penal de Menores” en «Poder Judicial», núm. 21, 1991.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO PRIMERO LAS ESPECIALIDADES DEL DERECHO PENAL DE MENORES: ¿JUSTIFICAN UN PROCESO ESPECIAL?	9
I. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL DE MENORES. GENERALIDADES.....	11
1. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA EDAD.....	11
1.1. La relevancia de la edad en el derecho penal. Imputabilidad e inimputabilidad. Concepto y fundamento	14
1.2. Determinación de la minoría de edad a efectos penales: ámbito subjetivo de la LORPM.	22
2. LA CONSIDERACIÓN HACIA LA INFANCIA, EJE VERTEBRADOR DEL DERECHO PENAL DE MENORES.....	27
2.1. El tratamiento jurídico de la infancia: de la “conmiseración” a la “consideración”.....	27
2.2. El “interés del menor” como eje de la legislación penal de los menores.....	33
2.2.1. Dificultades para la delimitación del concepto.....	33
2.2.2. Algunas notas para la determinación del interés del menor.....	35
2.2.3. Proyección del interés de los menores en el derecho penal de menores.....	38
II. ESPECIALIDADES DEL DERECHO PENAL DE MENORES.....	41
1. LAS MEDIDAS SANCIONADORAS – EDUCATIVAS.....	41
1.1. Dos consideraciones previas: la especificidad de las medidas de carácter terapéutico y la reforma de la LORPM en materia de terrorismo.....	41
1.1.1. Especificidad de las medidas terapéuticas.	41
1.1.2. Relevancia de la reforma en materia de terrorismo.....	43
1.2. Criterios para la distinción (I). Los fines de las medidas.....	45
1.3. Criterios para la distinción (II). Naturaleza de las medidas...46	
1.3.1. “Las medidas no son penas”: argumentos para la defensa de un modelo de justicia de menores.....	47
1.3.2. La pervivencia del “fraude de etiquetas”: las medidas son verdaderas penas juveniles.	49
2. AUSENCIA O MODULACION DE ALGUNOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL COMO ELEMENTOS PRETENDIDAMENTE DIFERENCIADORES.	

EN ESPECIAL, EL RECHAZO A LA PROPORCIONALIDAD Y EL USO FLEXIBLE DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.50

2.1. Rechazo a la proporcionalidad entre hecho y sanción.50

2.1.1. *El principio de proporcionalidad: breve aproximación. La ineludible sujeción del derecho penal de menores a las exigencias derivadas de la proporcionalidad.....50*

2.1.2. *¿Proporcionalidad o correlación estricta entre hecho y sanción? Algunas manifestaciones del principio de proporcionalidad en la LORPM.....53*

2.1.3. *La superación del rechazo a la correlación entre hecho y sanción: alcance de la reforma de la LORPM en materia de terrorismo.....56*

2.2. «Uso flexible» del principio de intervención mínima.....58

2.2.1. *El principio de intervención mínima: breve aproximación.....58*

2.2.2. *La flexibilidad del principio de intervención mínima como pretexto para la introducción de mecanismos de desjudicialización.....59*

III. EL PROCESO PENAL DE MENORES: ¿MANIFESTACIÓN TÉCNICO PROCESAL DE UN DERECHO SUSTANTIVO U OPCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL?61

1. *INEXISTENCIA DE SERVIDUMBRES DERIVADAS DEL DERECHO PENAL DE MENORES. LA PRIMACIA DEL INTERÉS DEL MENOR COMO ÚNICO IMPERATIVO COMÚN.....61*

1.1. *Inexistencia de servidumbres derivadas del propio derecho penal de menores.61*

1.2. *La primacía del interés de los menores como clave interpretativa.62*

2. *LA CONFIGURACIÓN DEL PROCESO PENAL DE MENORES COMO UN PROCESO ESPECIAL: EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA PRIMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR Y OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.64*

2.1. *Exigencias derivadas de la primacía del interés de los menores.....65*

2.2. *Dos opciones de política criminal: la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal y la introducción de fórmulas de evitadoras de la sentencia o del enjuiciamiento.....65*

2.2.1. *La atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal...66*

2.2.2. *La introducción de fórmulas evitadoras de la sentencia o del enjuiciamiento.....67*

CAPÍTULO SEGUNDO EL PROCESO DE MENORES: ADECUACIONES PROCESALES DERIVADAS DE LA PRIMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR 71

I. LA ESPECIALIZACIÓN DE LOS SUJETOS	72
1. LOS ÓRGANOS JUDICIALES.....	73
1.1. Consideración preliminar: el Juez Central de Menores y la Audiencia Nacional en el proceso de menores.....	73
1.2. Especialización del Juez de Menores.....	77
1.2.1. <i>El Juez de Menores en la historia.</i>	77
1.2.2. <i>Requisitos de especialización de los Jueces de menores.</i>	83
1.3. La ausencia de especialización en los órganos de Segunda Instancia y de Casación.	85
1.3.1. <i>El derecho a los recursos en el proceso de menores.</i>	85
1.3.2. <i>¿Es aceptable que los titulares de los órganos de segunda instancia y de casación no deban tener especialización?</i>	88
2. LOS FISCALES.....	92
2.1. El Fiscal en el proceso de menores: de la ausencia a la omnipresencia.	92
2.2. Principales funciones del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores.	99
2.3. Las Secciones de Menores de las Fiscalías y la especialización de los Fiscales.	101
3. LOS SECRETARIOS JUDICIALES.....	104
3.1. Planteamiento: el Secretario Judicial en el proceso de menores.....	104
3.2. Las funciones que la LORPM atribuye al Secretario Judicial del las Secciones de Menores de las Fiscalías.	106
4. LOS ABOGADOS.....	109
4.1. Dimensión de la defensa técnica a la luz del interés del menor. Planteamiento.	109
4.2. La designación de abogado.....	111
4.3. La “especialización” del abogado: ¿una solución a la supuesta tensión entre «judicialización» y «desjudicialización» del derecho de menores?	114
5. EL PERSONAL ESPECIALISTA: EL EQUIPO TÉCNICO Y OTRAS INSTITUCIONES AFINES.....	116
5.1. El equipo técnico y otras instituciones afines: aspectos orgánicos.	117
5.1.1. <i>Los equipos técnicos.</i>	117
5.1.2. <i>Otras entidades que pueden realizar o actualizar el informe.</i>	119
5.2. El equipo técnico y otras entidades afines: funciones.....	121

5.2.1. <i>El informe acerca del menor: contenido y naturaleza.</i>	121
5.2.2. <i>La eventual propuesta de fórmulas evitadoras de la sentencia como función privativa del equipo técnico.</i>	123

II. EL SINGULAR TRATAMIENTO DE LAS PARTES ACUSADORAS NO OFICIALES: EXIGENCIAS DERIVADAS DEL INTERÉS DEL MENOR Y OPCIONES DE LEGALIDAD ORDINARIA.125

1. <i>LA PROHIBICIÓN DE EJERCITAR LA ACCIÓN POPULAR.</i>	126
2. <i>EL ACUSADOR PARTICULAR: LA SINGULAR POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES.</i>	129
2.1. <i>La prohibición del ejercicio de la acción particular a la luz del interés del menor.</i>	130
2.2. <i>La personación del perjudicado en el proceso penal de menores.</i>	132
2.2.1. <i>Supuestos en los que procede.</i>	135
2.2.2. <i>Procedimiento para la personación del perjudicado en el proceso.</i>	137
2.2.3. <i>Facultades que asisten al perjudicado personado.</i>	140
A) <i>En la fase de instrucción.</i>	140
B) <i>En la denominada «fase de audiencia».</i>	146
C) <i>En fase de recursos.</i>	149
2.2.4. <i>Aproximación a la naturaleza jurídica de la intervención del perjudicado en el proceso. La dificultad de acomodarla a las categorías ordinarias.</i>	151

CAPÍTULO TERCERO. LA FASE DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO DE MENORES A LA LUZ DE SU ATRIBUCIÓN AL MINISTERIO FISCAL. ANÁLISIS DE UNA OPCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL DESDE EL PRISMA DEL INTERÉS DE LOS MENORES. 159

Sección Primera: Fase de instrucción y fase intermedia..... 161

I. ALCANCE, NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO.	163
1. <i>ALCANCE DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE.</i>	165
1.1. <i>Momentos inicial y final.</i>	165
1.2. <i>Consideraciones sobre la duración de la fase de instrucción del expediente.</i>	166
2. <i>HETEROGENEIDAD DE LAS ACTUACIONES PRACTICABLES EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE.</i>	168

3. FUNCIÓN DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE.....	170
4. NATURALEZA JURÍDICA.....	172
5. PROPUESTA DE DEFINICIÓN DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE.....	173

II. FASE INICIAL: MODALIDADES DE INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE.....175

1. INTRODUCCIÓN. LA NECESARIA RECONSIDERACIÓN DE LOS MECANISMOS QUE PERMITEN EL CONOCIMIENTO DE LA NOTITIA CRIMINIS.....	175
2. LA DENUNCIA.....	177
2.1. Aspectos generales.	177
2.2. Especialidades en relación con el órgano ante el que debe presentarse la denuncia.....	178
2.3. La denuncia en los supuestos en los que constituye presupuesto de perseguibilidad.....	180
2.3.1. Delitos semipúblicos.	181
2.3.2. Delitos Privados.....	183
2.4. Efectos de la presentación de la denuncia: admisión o archivo. Las llamadas “diligencias preliminares”.	185
2.4.1. Inadmisión a trámite de la denuncia.	187
2.4.2. Admisión a trámite de la denuncia: práctica de diligencias preliminares.	188
2.4.3. Archivo de la denuncia.....	192
3. LA RECEPCIÓN DE TESTIMONIO DE PARTICULARES.....	194
3.1. El testimonio de particulares. Generalidades.	194
3.2. Supuestos en los que el testimonio de particulares opera como mecanismo para el conocimiento de la <i>notitia criminis</i>	195
3.3. La investigación de infracciones penales cometidas conjuntamente por menores y mayores de edad: principales problemas que se suscitan.....	197
4. LA INCOACIÓN DE OFICIO DEL EXPEDIENTE.	200
5. LA APLICACIÓN DE LA LORPM A JÓVENES: UN SUPUESTO DE INCOACIÓN PRECEPTIVA DEL EXPEDIENTE.....	203
5.1. Consideraciones generales. Concepto de «joven» en la LORPM. La suspensión temporal de la aplicación de la LORPM a los jóvenes.	203
5. 2. Cuestiones acerca del procedimiento.....	207
5.2.1. Supuestos y requisitos para la aplicación de la LORPM a los jóvenes.....	208
5.2.2. Parámetros de la decisión del Juez de Instrucción.	209

5.2.3. Procedimiento para la adopción del auto.....	211
5.2.4. Recursos contra el auto del Juez de Instrucción. ..	213
A) Régimen aplicable con carácter supletorio. .	213
B) Posibilidad de interponer recurso de reforma.	214
C) Admisión de la apelación en uno o en ambos efectos.....	214
D) Recurso de casación para la unificación de doctrina.	215
5.2.5. Efectos de la notificación del auto al Fiscal de Menores.	216
5.3. Algunas cuestiones acerca de la constitucionalidad del artículo 4 de la LORPM.....	218
5.3.1. Seguridad jurídica y aplicación de la LORPM a los jóvenes.....	219
5.3.2. Posible vulneración del principio de igualdad.....	220
5.3.3. Derecho al Juez predeterminado por la ley.	221
5.3.4. La eventual concurrencia de acusadores particulares: el respeto a su derecho a la tutela judicial efectiva.	223
6. LA DETENCIÓN COMO MECANISMO DE INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE.....	226
6.1. Consideraciones previas. El carácter cautelar o precautelar de la detención; naturaleza de la detención en el proceso de menores.....	226
6.2. Supuestos en los que procede la detención de los menores.	227
6.3. Forma en que deberá llevarse a cabo la detención y plazos de la medida.....	229
6.4. Derechos que asisten al menor detenido.....	230
6.5. El procedimiento de <i>habeas corpus</i> : especialidades en el caso de los menores.....	234
III. FACULTADES DEL MINISTERIO FISCAL RELATIVAS A LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE: EL DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN.....	237
1. SUPUESTOS EN LOS QUE ES POSIBLE EL DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN.....	237
2. CONDICIONES PARA ACORDAR EL DESISTIMIENTO.	239
3. FACULTADES DEL FISCAL: UNA SINGULAR MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	240
4. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO.....	241
IV. LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE: DERECHOS DEL MENOR.....	244

1. DERECHO A SER INFORMADO.	244
2. DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA. LA DESIGNACIÓN DE ABOGADO.	246
3. DERECHO A INTERVENIR EN LAS DILIGENCIAS QUE SE PRACTIQUEN DURANTE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y EN EL PROCESO JUDICIAL, Y A PROPONER Y SOLICITAR, RESPECTIVAMENTE LA PRÁCTICA DE DILIGENCIAS.....	247
4. DERECHO A LA ASISTENCIA AFECTIVA I PSICOLÓGICA EN CUALQUIER ESTADO Y GRADO DEL PROCEDIMIENTO, CON LA PRESENCIA DE LOS PADRES O DE OTRA PERSONA QUE INDIQUE EL MENOR, SI EL JUEZ DE MENORES AUTORIZA SU PRESENCIA.	248
5. DERECHO A LA ASISTENCIA DE LOS SERVICIOS DEL EQUIPO TÉCNICO ADSCRITO AL JUZGADO DE MENORES.	250

V. LAS FACULTADES INVESTIGADORAS DEL MINISTERIO FISCAL.....252

1.OBJETO DE LA ACTUACIÓN INSTRUCTORA DEL MINISTERIO FISCAL.....	252
1.1. Su regulación en la LORPM.	252
1.2. La finalidad de la investigación del fiscal: averiguación de los hechos y de las circunstancias del delito y del delincuente.....	254
1.3. Otras «finalidades»: las directrices que deben presidir la actuación instructora.....	256
2. LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS POR PARTE DEL FISCAL: FACULTADES Y LÍMITES.....	257
2.1. Facultades del Ministerio Fiscal: diligencias de investigación no restrictivas de derechos fundamentales.	257
2.1.1. La práctica de la rueda de reconocimiento en el proceso de menores.	258
2.1.2. La declaración del imputado.....	260
2.2. Los límites a la actuación instructora del Ministerio Fiscal: diligencias restrictivas de derechos fundamentales. La necesaria autorización del Juez de Menores para su práctica. Incidencia en la imparcialidad del juez de menores.....	261
2.2.1. Entrada y registro en lugar cerrado.....	263
2.2.2. Intervención de las comunicaciones personales....	264
2.2.3. Intervenciones corporales directas.....	265
2.2.4. Breve mención al informe del equipo técnico como diligencia de investigación que puede afectar a derechos fundamentales.....	265
2.4. Dirección de la investigación y diligencias propuestas por el letrado del menor: ¿es el Fiscal una parte imparcial?	266

3. LA INVESTIGACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL MENOR: EL INFORME DEL EQUIPO TÉCNICO.....	271
---	-----

VI. TERMINACIÓN DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN Y FASE INTERMEDIA.....274

1. LA RESOLUCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO EL EXPEDIENTE.....	275
--	-----

2. SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO.....	276
-------------------------------------	-----

2.1. Supuestos en los que procede la solicitud de sobreseimiento.....	276
---	-----

2.1.1. Por inexigibilidad de responsabilidad penal: los supuestos de sobreseimiento de la LECrim.....	276
---	-----

A) Inexistencia de indicios racionales de la comisión del delito.....	278
---	-----

B) Que el hecho cometido no sea constitutivo de delito.....	278
---	-----

C) Que se acredite la concurrencia de alguna causa de exención de la responsabilidad criminal.....	279
--	-----

2.1.2. Por inadecuación de la respuesta sancionadora-educativa: los supuestos de sobreseimiento específicos de la LORPM. Remisión.....	281
--	-----

3. SOLICITUD DE MEDIDAS.....	282
------------------------------	-----

4. FACULTADES DEL JUEZ DE MENORES ANTE EL ESCRITO DE ALEGACIONES.....	283
---	-----

4.1. La práctica de pruebas propuestas por el letrado del menor en la fase de instrucción y denegadas por el Fiscal. La denominada «instrucción judicial complementaria»: problemas derivados de la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal.....	284
--	-----

4.2. La remisión de lo actuado al órgano judicial competente....	292
--	-----

4.3. El sobreseimiento de las actuaciones, con o sin remisión de testimonio de las actuaciones a la entidad pública de protección de menores.....	294
---	-----

4.4. La celebración de la audiencia.....	298
--	-----

5. RECURSOS FRENTE A LA DECISIÓN DEL JUEZ DE MENORES. UNA BREVE APROXIMACIÓN.....	299
---	-----

Sección Segunda: Medidas Cautelares..... 301

I. INTRODUCCIÓN.....	303
-----------------------------	------------

1. UN APUNTE METODOLÓGICO.....	303
--------------------------------	-----

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES: CONCEPTO, CARACTERES Y FINES. BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA LORPM Y LA LECrim.....	304
II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LORPM.....	307
1. FINES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	307
2. PRESUPUESTOS: FUMUS BONI IURIS Y PERICULUM IN MORA. SU INNECESARIA CONCURRENCIA.....	309
3. REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.	312
3.1. Requisitos comunes a todas las medidas cautelares: instancia de parte y contradicción.	312
3.1.1. Instancia de parte.....	312
3.1.2. Contradicción.....	315
3.2. Requisitos específicos para la adopción de la medida cautelar de internamiento.....	316
4. DURACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. SU ABONO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS.....	319
4.1. Duración de las medidas cautelares La posibilidad de su mantenimiento después de dictada la sentencia.	319
4.2. El abono de las medidas cautelares para la sentencia.....	321
5. MEDIDAS SUSCEPTIBLES DE SER IMPUESTAS CON CARÁCTER CAUTELAR.....	324
5.1. Internamiento en el régimen adecuado.	324
5.2. Libertad vigilada.....	325
5.3. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. ...	327
III. MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDEN ADOPTARSE EN CASOS DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.....	329
1. CUESTIONES PRELIMINARES. LA NATURALEZA PENAL O PROTECTORA DE LAS MEDIDAS.....	329
2. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y DE PROTECCIÓN DE MENORES.....	330
3. LA POSIBILIDAD DE INSTAR LA INCAPACITACIÓN DEL MENOR Y LA CONSTITUCIÓN DE ORGANISMOS TUTELARES.....	333
IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES QUE PUEDEN ADOPTARSE EN EL TRANCURSO DEL PROCESO: BREVE ESTUDIO DE LA LLEI DEL PARLAMENT DE CATALUNYA 8/2002, DE 27 DE MAYO. EN ESPECIAL, EL INTERNAMIENTO ACORDADO POR LA ADMINISTRACIÓN PROTECTORA.	335

1. LA INTERACCIÓN ENTRE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y LA JUSTICIA PENAL DE MENORES. ALGUNAS CONSIDERACIONES.	335
2. EL «INTERNAMIENTO PROTECTOR» PREVISTO EN LA LEY 8/2002 DEL PARLAMENT DE CATALUNYA.	336
CAPÍTULO CUARTO OTRAS OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL: LAS FÓRMULAS TENDENTES A LA EVITACIÓN DE LA SENTENCIA O DEL ENJUICIAMIENTO.	343
I. LAS FÓRMULAS TENDENTES A LA EVITACIÓN DE LA SENTENCIA O DEL ENJUICIAMIENTO COMO OPCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RELATIVOS A MENORES INFRACTORES COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE DICHA OPCIÓN.	345
II. FÓRMULAS TENDENTES A EVITAR EL ENJUICIAMIENTO Y LA SENTENCIA.	350
1. REQUISITOS Y CRITERIOS COMUNES.	351
2. FÓRMULAS QUE CONLLEVAN LA INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.	354
2.1. El desistimiento por realización de actividades socio—educativas.	354
2.1.1. Delimitación conceptual: ¿«Intervención socio—educativa» o «actividad educativa»?	354
2.1.2. Procedimiento.	357
2.2. La no continuación del procedimiento «en interés del menor».	359
2.2.1. Por el transcurso del tiempo.	360
2.2.2. Por la suficiente expresión del reproche a través de los trámites ya practicados.	362
2.3. La introducción del principio de oportunidad en el proceso penal de menores. Consideraciones críticas.	364
3. FÓRMULAS QUE NO INCLUYEN EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: LA REPARACIÓN Y LA CONCILIACIÓN.	369
3.1. Una aclaración previa: «víctima» y «perjudicado» en la LORPM.	371
3.1.1. «Víctima» y «perjudicado»: un intento de delimitación.	371
3.1.2. ¿«Interés por la víctima» o la víctima como pretexto?	373
3.2. La necesaria mediación del equipo técnico.	374
3.2.1. La «mediación» como método de solución de conflictos.	374

3.2.2. Sujetos que pueden realizar la mediación.....	375
3.3. La conciliación.	377
3.4. La reparación.	380
3.5. Algunos aspectos problemáticos de la conciliación y la reparación.....	382
3.5.1. Especificidades en caso de que la víctima o el perjudicado sean menores de edad o incapaces.....	382
3.5.2. La necesaria asunción de responsabilidad por parte del menor.....	384
3.5.3. Las implicaciones de la conciliación y la reparación en la pieza separada de responsabilidad civil.....	386
III. FÓRMULAS TENDENTES A LA EVITACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO: LAS CONFORMIDADES.....	389
1. LA CONFORMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ASPECTOS GENERALES.....	389
1.1. En el proceso penal de adultos.	390
1.2. En el proceso de menores.	393
1.2.1. La conformidad en la L.O. 4/1992	393
1.2.2. La conformidad en la LORPM. ¿Manifestación del principio de oportunidad?.....	395
2. SUPUESTOS DE CONFORMIDAD EN LA LORPM.....	399
2.1. Conformidad con el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal.....	399
2.2. Conformidad en el acto de la audiencia.	402
2.2.1. Conformidad con los hechos y con la medida solicitada.....	403
2.2.2. Conformidad con los hechos pero no con la medida solicitada.....	404
3. EFECTOS DE LA CONFORMIDAD EN LA LORPM.....	407
CONCLUSIONES.....	413
BIBLIOGRAFÍA.....	425