

UNIVERSITAS



Miguel Hernández

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Y JURÍDICAS DE ELCHE

GRADO EN DERECHO

Curso 2014/2015

Trabajo de Fin de Grado

UNIVERSITAS
Miguel Hernández

LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

Soraya Martínez Aráez

Tutora: Olga Fuentes Soriano

LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

Resumen

La protección del menor, pese a la enorme importancia que tiene en la sociedad actual, es reciente en nuestro sistema jurídico. Durante siglos, en nuestro país, al menor autor de un delito o falta se le sometía al mismo procedimiento criminal que a los delincuentes adultos, ya que la edad física o mental no era suficiente para merecer la aplicación de unas normas procesales distintas.

Es en el siglo XX, con las crecientes opiniones a favor de una especialización en su jurisdicción, cuando se comienzan a crear los Tribunales Tutelares de Menores (1948), en los cuales ya se juzgarán exclusivamente los hechos delictivos cometidos por personas que no alcanzan la mayoría de edad. A partir de la creación de estos tribunales, se ha ido modificando el ordenamiento jurídico en función de las necesidades sociales y, actualmente, es la Ley 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores la que constituye, en España, el marco jurídico de la justicia aplicable a los menores de edad.

Esta Ley ofrece a los infractores que no hayan cumplido dieciocho años un tratamiento diferenciado del de los mayores de edad. Esto es debido a que los menores requieren de un procedimiento especial que no les exija la misma responsabilidad penal, ya que tienen necesidades evolutivas y socio-educativas que justifican una protección jurídica para asegurar su desarrollo personal. Es por ello por lo que la LORPM se fundamenta en principios orientados hacia la reeducación de estos infractores, en base a sus circunstancias personales, familiares y sociales.

Dada la complejidad y extensión del proceso penal de menores, el presente trabajo pretende ofrecer un tratamiento completo, claro y actualizado de tan solo una de las fases de este procedimiento, la fase de instrucción, examinando las cuestiones más importantes y recogiendo aportaciones jurisprudenciales de gran trascendencia.

Para cumplir con tal pretensión, se comienza analizando la evolución de este sector del ordenamiento jurídico y, por consiguiente, el origen y el fundamento de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. A partir de ahí, se centra en el contenido de dicha Ley y se lleva a cabo un estudio exhaustivo de su ámbito de aplicación, de su estructura y de los principios generales que informan este proceso, para tener una visión del mismo lo más amplia y global posible.

Como se desarrollará en el trabajo, una de las notas más destacadas del proceso de menores es su actual configuración en clave garantista y educativa, pues el Estado debe educar a los menores y no solo ejercer el *ius punniendi* como cuestión punitiva. Por tanto, la mencionada Ley no tiene una naturaleza puramente penal, sino que también

tiene una naturaleza educativa de especial intensidad. Todo ello hace que este proceso tenga una serie de particularidades que lo diferencian del resto de procesos penales.

Para comprender las normas características del Derecho procesal penal de menores es necesario hacer referencia a los sujetos de la instrucción. En el apartado segundo, que se centra en ellos, se destaca la peculiaridad más importante de este procedimiento y es que la dirección de la instrucción pasa a estar en manos del Ministerio Fiscal. Esta novedad hace necesario que profundicemos en ello y nos preguntemos si es ventajoso o perjudicial que la instrucción esté dirigida por un órgano no jurisdiccional. Pese a que este tema se abordará en profundidad en el trabajo, adelanto mi posición favorable respecto a este asunto, pues tiene numerosas ventajas. Con ello se respeta en mayor medida la independencia del órgano jurisdiccional, al ser quien sostiene la acusación el que se encarga de esclarecer los hechos. Luego, además de evitar los efectos “contaminantes” de la instrucción, concentra la actuación judicial en sus funciones típicas de enjuiciamiento y de protección de los Derechos Fundamentales a lo largo del proceso.

En el último de los apartados, la investigación se centra en el desarrollo de la instrucción, analizando tanto las diligencias preliminares, que se llevarán a cabo antes de la incoación del Expediente de Reforma, así como las diligencias que se van a practicar durante la fase de instrucción propiamente dicha.

Finalmente, cabe introducir brevemente otro aspecto fundamental del proceso de menores que se abordará en este trabajo, y es el de la mediación. La Ley del Menor, con base en el principio de oportunidad, renuncia a la intervención penal cuando esta sea político-criminalmente ineficaz, inadecuada o contraproducente. Para ello permite la posibilidad de resolver los conflictos sin que se aplique una sanción penal al menor, sino mediante la reparación del daño causado o la conciliación con la víctima, de tal forma que se pone fin al procedimiento sin necesidad de que el menor tenga que enfrentarse a un proceso judicial. Como se pondrá de manifiesto más adelante, estos mecanismos tienen una valoración muy positiva, ya que la víctima se ve resarcida y el infractor se enfrenta al mal causado con su acción desde una perspectiva más socializadora y educativa que con la simple imposición de la sanción.

A la vista de todo lo mencionado, queda patente que el proceso de menores tiene ciertas peculiaridades respecto a los procesos de adultos. Por ello, es necesario un estudio de tal procedimiento para introducir al lector en él y para que comprenda por qué el infractor menor de edad requiere un tratamiento distinto al de los adultos y conozca en qué consiste el mismo.

Soraya Martínez Aráez
Grado en Derecho
Curso 2014/2015

INDICE

<i>Abreviaturas</i>	4
1. Introducción	5
2. Proceso de menores. Principios generales	7
2.1. Origen y fundamento de la LORPM	7
2.2. Concepto de menor	10
2.3. Procedimiento	17
2.3.1. Actos de iniciación del procedimiento	17
2.3.2. Fase preliminar	19
2.3.3. Fase de instrucción	19
2.3.4. Fase intermedia	20
2.3.5. Fase de audiencia.....	21
2.3.6. Fase de ejecución	22
2.4. Principios generales	23
2.4.1. Principios inspiradores del procedimiento.....	23
2.4.1.1. Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad	23
2.4.1.2. Reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto a los derechos constitucionales.....	24
2.4.1.3. El interés superior del menor	24
2.4.1.4. Uso flexible del principio de intervención mínima	25
2.4.1.5. Protección del interés de la víctima del hecho punible cometido por el menor.....	26
2.4.2. Principios procesales.....	26
2.4.2.1. Principio acusatorio	26
2.4.2.2. Principio de oportunidad	27
2.4.2.3. Principio de legalidad	27
2.4.2.4. Principio de proporcionalidad	28
2.4.2.5. Principio de culpabilidad	28
2.4.2.6. Principio de celeridad de las actuaciones	29
2.4.2.7. Principio de resocialización	29
2.4.2.8. Principio de especialización	30

3. Sujetos de la instrucción	30
3.1. Ministerio Fiscal	30
3.1.1. Director de la instrucción	31
3.1.2. Ejercicio de la acusación	34
3.1.3. Ejercicio del principio de oportunidad	35
3.1.4. Defensa de los derechos del menor	36
3.1.5. Funciones en la fase de ejecución	36
3.1.6. Decretos del Ministerio Fiscal	37
3.2. Juez de Menores	38
3.3. Equipo Técnico	42
3.4. Acusación particular	45
3.5. Menor imputado	48
3.5.1. Derecho a la información	49
3.5.2. Derecho de asistencia letrada	49
3.5.3. Derecho a intervenir en la práctica de las diligencias	50
3.5.4. Derecho de audiencia	51
3.5.5. Derecho a la asistencia afectiva y psicológica de los padres o de otra persona que indique el menor	52
3.5.6. Derecho a la asistencia afectiva, psicológica y de los servicios del Equipo Técnico.....	52
4. Desarrollo de la instrucción	53
4.1. Diligencias Preliminares	53
4.2. Incoación del Expediente de Reforma	55
4.2.1. Comunicación al Juez de Menores	56
4.2.2. Notificación al menor imputado	57
4.2.3. Notificación al perjudicado	57
4.3. Diligencias de instrucción	58
4.3.1. Prueba anticipada	60
4.3.2. Detención	61
4.3.3. Intervención de las comunicaciones	63
4.3.4. Ruedas de reconocimiento	64
4.3.5. Diligencias de careo	65
4.4. Conclusión de la instrucción	65

4.5. Manifestaciones del principio de oportunidad	66
4.5.1. Desistimiento de la incoación del Expediente de Reforma	67
4.5.2. Sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.....	69
5. Conclusiones	72
<i>Bibliografía</i>	<i>75</i>



ABREVIATURAS

Art./Arts.	Artículo/Artículos
CE	Constitución Española
CFGE	Circular de la Fiscalía General del Estado
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
Dir.	Director
FG	Fiscalía General del Estado
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LORPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
LTTM	Ley de los Tribunales Tutelares de Menores
Op. cit.	Obra citada
Pág./Págs.	Página/Páginas
RLORPM	Reglamento de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
VV.AA.	Varios Autores

1. INTRODUCCIÓN

Durante siglos, en nuestro país, al menor autor de un delito o falta se le sometía al mismo procedimiento criminal que a los delincuentes adultos, ya que la edad física o mental no era suficiente para merecer la aplicación de unas normas procesales distintas.

La protección del menor, pese a la enorme importancia que tiene en la sociedad actual, es reciente en nuestro sistema jurídico. Es en el siglo XX, con las crecientes opiniones a favor de una especialización en su jurisdicción, cuando se comienzan a crear los Tribunales Tutelares de Menores (1948), en los cuales ya se juzgarán exclusivamente los hechos delictivos cometidos por personas que no alcanzan la mayoría de edad.

A partir de la creación de los Tribunales Tutelares, se ha ido modificando el ordenamiento jurídico en función de las necesidades sociales y, actualmente, es la Ley 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores la que constituye, en España, el marco jurídico de la justicia aplicable a los menores de edad.

Esta Ley ofrece a los infractores que no hayan cumplido dieciocho años un tratamiento diferenciado del de los mayores de edad. Esto es debido a que los menores requieren de un procedimiento especial que no les exija la misma responsabilidad penal, ya que tienen necesidades evolutivas y socio-educativas que justifican una protección jurídica para asegurar su desarrollo personal. Es por ello por lo que la LORPM se fundamenta en principios orientados hacia la reeducación de estos infractores, en base a sus circunstancias personales, familiares y sociales.

Luego, el Estado debe educar a los menores y no solo ejercer el *ius puniendi* como cuestión punitiva. Por tanto, la mencionada Ley no tiene una naturaleza puramente penal, sino que también tiene una naturaleza educativa de especial intensidad. Todo ello hace que este proceso tenga una serie de características que lo diferencian del resto de procesos penales. De entre ellas, podemos destacar la expuesta en el art. 18 LORPM, según el cual se faculta al Ministerio Fiscal al desistimiento de la incoación del expediente, pese a la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y un autor conocido. Se trata de una muestra de desjudicialización que pretende proteger al menor y evitar que se enfrente a un proceso penal. Como se profundizará en el epígrafe relativo a ello, es una institución muy beneficiosa para el infractor, debido a su finalidad educativa y de reinserción, por lo que cabría plantearse si debe extenderse también al proceso de adultos.

Otra de las características que hacen especial a este proceso es la posibilidad de llevar a cabo una mediación entre el infractor y su víctima. Esta manifestación del principio de oportunidad es otra muestra de desjudicialización de las infracciones penales de menor entidad. El art. 19 LORPM da la posibilidad de resolver los conflictos sin que se aplique una sanción penal al menor, sino mediante la reparación del daño causado o la conciliación con la víctima. La mediación, como se analizará, aporta una visión

doblemente positiva al proceso, pues atiende de manera más satisfactoria a los intereses tanto del menor responsable del hecho como de la persona ofendida por el mismo. Con ello, la víctima se ve resarcida y el infractor se enfrenta al mal causado con su acción desde una perspectiva más socializadora y educativa que con la simple imposición de la sanción. Luego, al igual que en el caso del desistimiento de la incoación del expediente, sería conveniente la extensión de la mediación al proceso de adultos.

Por otro lado, y como ya se ha mencionado, la LORPM se aplica a los menores a quienes se les atribuye la comisión de un acto ilícito penal. A la vista de lo anterior, es necesario dedicar un epígrafe a analizar detalladamente su ámbito de aplicación. Sin embargo, es discutible qué debe entenderse por menor y a para qué franjas de edad debe emplearse este procedimiento. La Ley establece que será de aplicación a las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho. Se trata de un tema muy controvertido sobre el que hay múltiples opiniones doctrinales. En este trabajo se estudia la posibilidad de disminuir estos tramos de edad, pues en la sociedad en la que nos encontramos, dominada por el flujo de las nuevas tecnologías, los menores tienen una mayor conciencia de las conductas permitidas y de las conductas prohibidas. Es por ello por lo que, como quedará de manifiesto más adelante, considero más adecuado una reducción del límite mínimo de responsabilidad penal a los doce años y del límite máximo a los dieciséis.

Dada la complejidad y extensión del proceso penal de menores, el presente trabajo pretende ofrecer un tratamiento completo, claro y actualizado de tan sólo una de las fases de este procedimiento, la fase de instrucción, examinando las cuestiones más importantes y recogiendo aportaciones jurisprudenciales de gran trascendencia.

Es precisamente en esta fase en la que se pone de manifiesto la peculiaridad más destacada de este proceso y es que la dirección de la instrucción pasa a estar en manos del Ministerio Fiscal. Esta novedad hace necesario que profundicemos en ello y nos preguntemos si es ventajoso o perjudicial que la investigación esté dirigida por un órgano no jurisdiccional. Pese a que a que a continuación se abordará este tema en profundidad, adelanto mi posición favorable respecto a este asunto, pues tiene numerosas ventajas. Con ello se respeta en mayor medida la independencia del órgano jurisdiccional, al ser quien sostiene la acusación el que se encarga de esclarecer los hechos. Luego, además de evitar los efectos “contaminantes” de la instrucción, concentra la actuación judicial en sus funciones típicas de enjuiciamiento y de protección de los Derechos Fundamentales a lo largo del proceso.

A la vista de todo lo mencionado, queda patente que el proceso de menores tiene ciertas peculiaridades respecto a los procesos de adultos. Por ello, es necesario un estudio de tal procedimiento para introducir al lector en él y para que comprenda por qué el infractor menor de edad requiere un tratamiento distinto al de los adultos y conozca en qué consiste el mismo.

2. PROCESO DE MENORES. PRINCIPIOS GENERALES

2.1. Origen y fundamento de la LORPM

El proceso del menor se rige por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

La postura del legislador respecto a la responsabilidad del menor ha variado a lo largo del tiempo. El Código Penal de 1928 sólo era de aplicación a los mayores de dieciséis años, y a los que no alcanzaban esta edad se les consideraba inimputables. Sin embargo, esto no impedía que los menores pudieran cometer hechos delictivos, ni eximía a los poderes públicos de su deber de responder adecuadamente ante estas conductas. Por ello, se crean en 1948 los Tribunales Tutelares de Menores.

En la creación de los Tribunales Tutelares de Menores se entrelazaron dos atribuciones diferentes: una sancionadora y otra de protección. Por un lado, los tribunales tenían una función sancionadora; esto es, debían desempeñar una función de corrección de la conducta de los menores infractores. Por otro lado, llevaban a cabo una función de tutela o de protección cuando el menor precisaba de ella, especialmente en caso de desamparo y malos tratos. Por ello, su intervención no se concebía legalmente como una actuación jurisdiccional represiva, sino esencialmente de ayuda o protección al menor.

En la práctica surgían problemas, pues se les aplicaba a los menores otro Derecho penal distinto del de adultos, pero sancionador al fin y al cabo; además, falta de toda garantía procesal, con el pretexto de la que la actuación del tribunal perseguía un objetivo de auxilio y ayuda al menor.

A pesar de la entrada en vigor de la Constitución en 1978, el procedimiento de los Tribunales Tutelares de Menores permaneció invariable. Esto es así hasta la STC 36/1991, de 14 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, que disponía que “en los procedimientos para corregir 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”.

El Tribunal Constitucional indicó que “resulta inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar”. Es decir, se trataba de una jurisdicción especial que no se sujetaba a las garantías básicas reconocidas por la Constitución.

A raíz de la mencionada sentencia, se aprobó la LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento en los Juzgados de menores, que supuso una solución provisional al problema planteado.

En 2000, se crea la Ley Orgánica 5/2000, de 15 de enero, que consagra el actual proceso de menores. Se pretende crear una Ley penal del menor que contemple una exigencia de responsabilidad para los infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal. Esta Ley se fundamentará en principios orientados hacia la reeducación de los menores de edad infractores, con base en las circunstancias personales, familiares y sociales.

Hay que destacar, además, que la LORPM tiene carácter multidisciplinar, pues en ella se recogen tanto cuestiones de Derecho penal sustantivo como cuestiones de Derecho penal procesal. Esta regulación unitaria facilita un tratamiento coherente y coordinado de los distintos problemas relacionados con la delincuencia juvenil¹.

Tras la promulgación de esta Ley ha habido numerosas reformas (LO 7/2000, LO 15/2003, LO 8/2006), pero no han supuesto un cambio de dirección en lo que respecta al tratamiento del menor delincuente.

Como la LORPM pone de manifiesto, las leyes reguladoras de la responsabilidad penal de los sujetos menores de edad han experimentado una evolución, pues se ha pasado de los denominados sistemas tutelares a los llamados sistemas de justicia. Es decir, en el momento de creación de la LORPM, al igual que sigue ocurriendo en la actualidad, las sociedades democráticas se planteaban cuál era el sistema que debía regir para los menores: el modelo de justicia o el modelo educativo-responsabilizador².

El modelo de justicia se trata de un sistema que se asemeja más al proceso de adultos, puesto que confiere a los menores una mayor responsabilidad social, al tener que rendir cuentas de sus actos y de las consecuencias para los demás de sus hechos delictivos. Es decir, el menor es responsable de los actos realizados y, por tanto, debe asumir las consecuencias de los mismos, que se traducen en una sanción. Ello deriva en una menor preocupación por la personalidad y las necesidades del joven y una mayor preocupación por sus víctimas. Por tanto, este sistema, al igual en el proceso de adultos, se basa en la necesidad de reparar y resarcir a la sociedad o a las víctimas individuales de los perjuicios sufridos. Este modelo, que responde a un deseo de protección de la sociedad y de castigo del culpable, es el predominante en la mayoría de países europeos.

El modelo educativo-responsabilizador, en cambio, se identifica con las necesidades evolutivas y socio-educativas del menor y se fundamenta en la necesidad de otorgarle protección jurídica para asegurar su desarrollo personal. En virtud de este modelo, el menor es considerado inimputable y, por ello, no se le puede exigir ningún tipo de

¹ COLÁS TURÉGAÑO, A., *Derecho penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011, Pág. 111.

² En este sentido, véase AYO FERNANDEZ, M., *Las garantías del Menor Infractor*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, Pág. 30-34.

responsabilidad penal. Luego, el Estado no puede someterle a procedimientos punitivos por la comisión de infracciones. En definitiva, se está hablando de un proceso garantista no estigmatizador que estaría enmarcado dentro de la jurisdicción civil y en el cual, el Juzgado competente, sólo tendría competencias de carácter protector.

Dado que España se encuentra en el marco de la Unión Europea parece lógico que opte por el modelo de Justicia, como así se refleja en la Exposición de Motivos de la LORPM. Es decir, esta Ley establece un procedimiento de carácter sancionador-educativo por la comisión de hechos calificados como delitos o faltas por el Código Penal o por las leyes especiales. En dicho sistema, la respuesta a la infracción cometida pretende tener una finalidad educativa.

Por lo tanto, la Ley deja atrás el viejo sistema retribucionista y la pretendida protección del menor, y pasa a la exigencia de responsabilidad a los menores de edad por los hechos delictivos cometidos. La LORPM pretende conjugar la responsabilidad de los menores con su propio interés. Por ello, el procedimiento y las medidas a imponer son de naturaleza formalmente penal, pues exige una verdadera responsabilidad jurídica de los menores infractores; pero materialmente se conciben como medidas de carácter sancionador-educativo. La Ley presenta como interés superior el del menor y se orienta hacia la reeducación de los menores infractores, de forma que las medidas adoptadas tienen una orientación más educativa que sancionadora.

Esta modificación que opera el proceso de menores responde a una auténtica necesidad social, que viene expresada en los cambios que han existido en las concepciones sociales de la infancia y de la juventud a consecuencia de la evolución que las sociedades han ido experimentando. Estas modificaciones sociales han dado lugar a que se hayan producido planteamientos críticos hacia los textos legales anteriores basados en la necesidad de respetar las garantías penales y procesales. Por ello apareció la necesidad de adaptar este proceso a la sociedad.

Sobre la exigencia de responsabilidad penal en función de los distintos tramos de edad se profundizará en el epígrafe siguiente; no obstante, cabe destacar que el hecho de que la mayoría de edad penal se eleve a los dieciocho años y se otorgue a los menores de edad un proceso penal diferenciado se fundamenta en un doble criterio. Por un lado, existe la convicción de que es necesario dar a los menores infractores un tratamiento diferenciado de los adultos. Por otro lado, también se debe tener en cuenta la necesidad de atender de forma más adecuada a las necesidades del menor. Es decir, con la intervención diferenciada respecto a los menores se pretende dar cumplimiento a finalidades resocializadoras y de intervención educativa³.

Por tanto, lo que parece claro es que la LORPM tiene una naturaleza educativa. Sin embargo, en mi opinión, el principio educativo está en franco retroceso. Es decir,

³ COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal (...)*, Op. cit., Pág. 109.

cuando se dice que las medidas aplicables a los menores tienen una naturaleza educativa se hace referencia a que su objetivo es contrarrestar el peligro de los hechos punibles futuros de menores. Ahora bien, en el lenguaje común el término “educación” se entiende como el proceso complejo que aspira a un desarrollo determinado de la personalidad. Por tanto, la educación, en este sentido, no es una tarea estatal, no es una decisión que debe tomar el Estado o los organismos públicos; sino que inicialmente es un derecho que corresponde a los padres para formar adecuadamente a sus hijos. Luego, podría el Estado adoptar una perspectiva educativa si se encuentra ante menores inadaptados socialmente que necesitan de medidas de reeducación. En cambio, ante menores infractores no debe adoptar el Estado una perspectiva educativa, ya que como se ha sostenido, ésta debe recaer sobre sus padres.

En definitiva, en la actualidad, el proceso penal del menor es un verdadero proceso penal, a diferencia de los Tribunales Tutelares anteriores, pues como se analizará en epígrafes siguientes, es un proceso que respeta todas las garantías y principios constitucionales.

2.2. Concepto de menor

Al igual que ocurre con los adultos, los menores cometen ilícitos penales y el Estado debe aplicar también su *ius puniendi* para evitar la impunidad de estos actos. Ahora bien, su responsabilidad penal es distinta de la que ostentan los mayores de edad. La responsabilidad penal de los menores no se regula en el Código Penal, sino que se ha regulado en una Ley distinta. Es decir, en principio, se entiende que un menor de edad no está en condiciones psíquicas para ser merecedor del mismo reproche penal que un adulto, ni para soportar las consecuencias legales del hecho infractor⁴. Por ello, el CP, en su artículo 19, declara a los menores fuera de su ámbito de aplicación.

Ante esto, se crea la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. La LORPM prevé cierta responsabilidad, pero una responsabilidad sancionadora-educativa, como se explicará en el epígrafe siguiente.

En cuanto a su ámbito de aplicación, la LORPM establece que la pretensión penal solo puede dirigirse contra los “menores” a quienes se les atribuye la comisión de un acto ilícito penal. A la vista de lo anterior, resultaría lógico realizar una aproximación al concepto de “menor”.

El artículo 1.1 establece que “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”.

⁴ AYO FERNÁNDEZ, M., *Las garantías (...)*, Op. cit., Pág. 156.

Luego, el proceso penal de menores será de aplicación únicamente a las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho, a quienes jurídicamente cabe considerar como “menores”.

Sin embargo, la responsabilidad penal de los menores se ha regulado a partir de distintas edades a lo largo de la historia. Para ello, el legislador ha tenido en cuenta dos criterios: el criterio biológico y el criterio de discernimiento. En la actualidad, la doctrina no es unánime al respecto, puesto que hay autores que consideran que sólo se tiene en cuenta el factor biológico y, en ningún caso, el factor de discernimiento. En cambio, otro sector doctrinal entiende que el legislador tiene en cuenta ambos criterios a la hora de establecer los tramos de edad.

Autores como SÁNCHEZ GARCÍA⁵, SANZ HERMIDA⁶ o HIGUERA GUIMERA⁷ sostienen que el legislador español establece un criterio biológico puro, de tal manera que no tiene en cuenta la capacidad de discernimiento de la persona. Luego, aseguran que el procedimiento penal de menores viene definido en atención a un criterio exclusivamente objetivo, cual es la edad del imputado en el momento de la comisión del delito⁸, sin tener en cuenta la capacidad de discernimiento que éste tenga.

Por otro lado, otros autores, entre los que cabe destacar a PORTAL MANRRUBIA⁹, consideran que no se abandona el criterio de discernimiento, pues el legislador utiliza un criterio de madurez progresiva.

Antes de tomar partido por una u otra postura, resulta necesario conocer cuáles son los tramos de edad a los que se refiere la Ley; pues en función de la edad concreta del sujeto es posible diferenciar distintos periodos con distintas consecuencias penales. Se hacen estas distinciones puesto que el legislador pretende dar respuesta con ello a la evolución humana, por lo que va exigiendo un mayor nivel de responsabilidad a medida que aumenta la edad.

La LORPM, en su redacción originaria, establecía una respuesta frente a las infracciones penales cometidas por menores en atención cinco tramos de edad.

- Un primer tramo comprendía a los menores hasta catorce años. Se trata de un tramo de absoluta inimputabilidad.
- Un segundo tramo, al cual le resultaba de aplicación la LORPM, se extendía desde los 14 hasta los 18 años.

⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, Actualidad Penal núm. 33., Madrid, 2000, Pág. 60.

⁶ SANZ HERMIDA, A., *El nuevo proceso penal del menor*, Editorial de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2002, Pág. 189.

⁷ HIGUERA GUIMERA, J.F., *Derecho Penal Juvenil*, Ed. Bosch, Madrid, 2003, Pág. 308.

⁸ MORENO CATENA, V (EN VVAA), *Proceso penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008. Pág. 40.

⁹ PORTAL MANRRUBIA, J., *Medidas cautelares personales en el proceso de menores*, Grupo Difusión, Madrid, 2008, pág. 102.

- Dentro del segundo tramo, se establece un tercer grupo en el que se engloban a quienes ya han cumplido 16 años. Este tercer tramo también está dentro del ámbito de aplicación de la LORPM.
- Un cuarto tramo iba desde los 18 a los 21 años, en las circunstancias que estipulaba el art. 4 LORPM.
- Finalmente, el quinto tramo incluía a los mayores de 18 años y mayores de 21, a quienes les era de aplicación el CP de 1995.

Sin embargo, tras sucesivas reformas a la LORPM, especialmente, tras la reforma operada por la LO 8/2006, se han introducido modificaciones relevantes a este respecto, de tal forma que varían los tramos de edad, tal y como se va a analizar a continuación.

Régimen de los menores de catorce años

Los menores de catorce años son considerados “niños” y están exentos de responsabilidad penal, son inimputables. Dicho de otro modo, el límite inferior se ha fijado en la edad de catorce años; que es la edad en la que el Derecho penal interviene. Estamos ante una situación *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario. Por consiguiente, si no se alcanza esa edad no se puede iniciar un proceso penal, aunque sea de menores.

El hecho de que no se exija responsabilidad penal a los menores de catorce años es debido a que nuestro legislador ha tenido la convicción de que las infracciones cometidas por menores de esta edad suelen ser de poca trascendencia. En los casos en los que no sea de esta manera y pudiera producirse una alarma social, tendría que darse una respuesta en los ámbitos asistencial y/o familiar, pero no se consideraría conveniente recurrir a la intervención del aparato judicial sancionador del Estado, en virtud del principio de intervención mínima¹⁰.

Esta norma es coherente con el resto de normas internacionales, que exigen que se dé una respuesta sancionadora-educativa a los hechos ilícitos cometidos por el menor, y no un castigo.

Ahora bien, la LORPM sí que establece el procedimiento a seguir si el delito lo comete un “niño”. En caso de que el menor de catorce años cometa un delito o falta, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 3: “no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la

¹⁰ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: “la edad límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”.

presente ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996, de 15 de enero”.

En cuanto a la entidad pública de protección de menores competente a la que se refiere la LORPM, será la entidad pública del lugar de domicilio del menor, no la entidad pública de lugar de comisión del hecho delictivo, si éstos fueran diferentes. Así lo indica la Circular de la FGE 1/2000 (apartado II.1). Ésta, ante el testimonio de los particulares que le remita el Ministerio Fiscal, valorará la situación y promoverá las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del menor.

Sin embargo, aunque la ley ha fijado el límite de edad en los catorce años, es una cuestión muy controvertida y que periódicamente vuelve a surgir en la sociedad.

Hay quien considera, como GARCÍA PÉREZ ¹¹ que se debe elevar el límite mínimo de edad a los dieciséis años. Este autor indica que a la vista de las características de los menores y, teniendo en cuenta, que la adolescencia es una etapa de transición, no se puede seguir manteniendo el límite de los catorce años. En todo caso, entiende GARCÍA PÉREZ que efectivamente los menores de edad únicamente deberían ser sometidos a medidas extrapenales de tipo civil o administrativo, pues considera que el fundamento de las sanciones penales no es legítimo.

Por otra parte, autores como COLÁS TURÉGANO ¹², defienden que los límites, en lugar de retrasarse, deben adelantarse, pues en los propios menores existe una sensación de impunidad frente a comportamientos que en ocasiones tienen una indudable gravedad. Además, como demuestran estudios empíricos, el menor a muy temprana edad ya es capaz de establecer una conexión con la norma y comprender los comportamientos que ésta prohíbe. Por ello, hoy en día, cabe afirmar que los menores a partir de los doce años aproximadamente ya son capaces de culpabilidad, aunque se trate de una imputabilidad específica y se justifique una respuesta especial y diferenciada.

En este sentido, coincido con COLÁS TURÉGANO al considerar que en la sociedad actual no se pueden seguir manteniendo esos límites. Actualmente los menores de doce años en adelante tienen un mayor conocimiento del mundo y, por consiguiente, de las normas; principalmente debido al auge de las nuevas tecnologías, que permiten a los menores conocer todo aquello que deseen e incluso ponerse en contacto con personas que se encuentran al otro lado del mundo. Esto hace que tengan una mayor conciencia de las conductas permitidas y de las conductas prohibidas. Es por ello por lo que sería

¹¹ GARCÍA PÉREZ, O., “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Enero de 1999, Págs. 65 a 72.

¹² COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal (...)*, Op.cit., Pág. 125.

conveniente disminuir el límite mínimo de responsabilidad penal a los doce años, pues con esa edad los menores ya deben aprender a ser responsables de sus actos.

Régimen de los mayores de catorce años y menores de dieciocho

El límite mínimo se sitúa en los catorce años, y el límite máximo se sitúa en los dieciocho años. En este tramo de edad se aplica la LORPM con todas sus consecuencias.

Dentro de este tramo de edad se pueden distinguir dos subgrupos, a los cuales se les aplica un distinto régimen sancionador, pues la duración máxima de las medidas a imponer será distinta en uno y otro caso. Estos dos periodos se dan puesto que el legislador es consciente de que el menor es un sujeto en continua evolución y sometido a un intenso proceso de cambio vital. Para ello, la respuesta sancionadora-educativa que se adopte debe ir acomodándose a la evolución de su personalidad.

Uno de los grupos está formado por los menores infractores que tuvieran catorce o quince años; y el otro, por los que tuvieran dieciséis o diecisiete años. El régimen sancionador del primer grupo es distinto del de los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, pues la duración de las medidas será como máximo de dos años; salvo en caso de terrorismo, que puede llegar a los seis años. En cambio, a los infractores del segundo tramo de edad mencionado, se les aplican las medidas previstas en la LORPM en su máxima duración posible.

El límite máximo ha sido elevado por el CP de 1995, pues anteriormente se podía exigir responsabilidad penal a una persona a los dieciséis años, partiendo de su plena capacidad de querer y de entender. Actualmente, existe cierto consenso en considerar que a los dieciséis años la persona no tiene madurez suficiente para poder ejercer el conjunto de derechos civiles y políticos que le son propios; así como para cumplir con las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico. De este modo queda reflejado en numerosos textos nacionales o internacionales, como son la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing o la propia Constitución Española. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico, la persona se convierte en mayor de edad a todos los efectos, tanto civiles como penales, a los dieciocho años, como así lo indica el art. 12 de la Constitución.

Por tanto, la comisión de un hecho delictivo por una persona cuya edad esté comprendida entre los catorce y los dieciocho años no está excluida de la represión por medio de un proceso sancionador. Ahora bien, estamos ante una respuesta diferente a la de los mayores de edad.

Del mismo modo que se ha indicado respecto al régimen aplicable a los menores de catorce años, en este caso entiendo igualmente que la sociedad actual ha variado y se

deben modificar los límites de edad. Por ello, coincido también con COLÁS TURÉGANO¹³ en que el límite máximo debería rebajarse de los dieciocho a los dieciséis años; al menos en determinados delitos más frecuentes a estas edades, como puede ser el acoso escolar o los abusos sexuales. Las leyes actuales permiten a los menores de dieciséis años trabajar e incluso, abortar sin consentimiento de su representante legal. Si el legislador permite a los menores tomar estas decisiones, muy importantes para su vida, no veo por qué no se les va a exigir de igual modo responsabilidad por sus actos delictivos. Con ello evitaríamos muchos hechos delictivos que llevan a cabo algunos menores porque se sienten, en cierto modo, protegidos por la ley.

En definitiva, la sociedad actual ha evolucionado mucho y los menores cada vez son más conscientes de las consecuencias de sus actos. Por ello pienso que, siempre respetando las garantías y derechos constitucionales, debe exigírseles una mayor responsabilidad penal.

Régimen de los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno

La redacción originaria de la LORPM permitía su aplicación a los llamados “jóvenes”, que como indicaba la definición ofrecida en su art. 1.2, eran los sujetos de edad comprendida entre los dieciocho y los veintiún años. En principio, al ser mayores de edad y, por tanto, adultos, les era de aplicación el CP. Sin embargo, al cumplirse los requisitos previstos en el art. 4, se les podía aplicar el régimen especial previsto para menores. Estos requisitos son los siguientes:

1. Se exigía que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el CP o en las leyes penales especiales¹⁴.
2. Se exigía la inexistencia de condena en sentencia firme por delito o por falta dolosos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. No se tendrían en cuenta los antecedentes penales cancelados o los que debieran serlo con arreglo al art. 136 CP¹⁵.
3. Como tercer requisito, se refería la Ley a las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez. Establecía que debía aplicarse la LORPM a los

¹³ COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal (...)*, Op.cit., Pág. 126.

¹⁴ Para apreciar este requisito había que atender a lo dispuesto en el art. 13.2 CP relativo a cuáles son los delitos menos graves.

¹⁵ Por tanto, atendiendo a la redacción de la LORPM, carecían de relevancia a este respecto las posibles condenas por delitos o faltas imprudentes, como las posibles condenas por hechos delictivos dolosos realizados antes de cumplir los 18 años.

jóvenes cuando así lo aconsejaron dichas circunstancias y, especialmente, si así lo hubiese recomendado el Equipo Técnico en su informe.

Debían concurrir los tres requisitos acumulativamente. Dos de ellos eran de carácter objetivo, pues se referían a la naturaleza y a la gravedad de los hechos. En cambio, el tercero era de carácter subjetivo, puesto que era relativo a las circunstancias personales y al grado de madurez del responsable. Por tanto, y a la vista de este tercer requisito, se valoraban variables estrictamente subjetivas como son las circunstancias personales y el grado de madurez, si la evolución del sujeto denota que para él lo más adecuado es ser sometido a una medida educativa y no a una estricta sanción penal.

Tal decisión la tomaba el Juez de Instrucción, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y el Equipo Técnico.

La aplicación de la LORPM a los jóvenes ha sido objeto de amplio debate y de polémica doctrinal. Por ello, se han dado diversas posiciones en torno a esta cuestión. Parte de la doctrina¹⁶ ha defendido que la normativa de la LORPM debía ser de aplicación a todos los jóvenes. Dicho de otro modo, defendían la ampliación del ámbito de aplicación de esta ley a los veintiún años. Otra postura¹⁷ entiende que a los jóvenes debería aplicárseles la LECrim, puesto que son mayores de edad; ahora bien, con la atenuación de su responsabilidad. Por último, la posición con la que coincido plenamente, sostiene que los jóvenes han dejado de ser menores y, en consecuencia, ha de aplicárseles la LECrim exclusivamente¹⁸.

Esta controversia no ha sido baladí. El legislador ha seguido la última de las posiciones señaladas y ello ha desembocado en que esta extensión de las disposiciones de la LORPM a los jóvenes no llegó a aplicarse, puesto que la Disposición transitoria única de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, suspendió dicha aplicación por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la LORPM. Posteriormente, la LO 9/2002, de 10 de diciembre, también en su disposición transitoria única, amplió esta suspensión hasta el 1 de enero de 2007. Finalmente, la LO 8/2006, para evitar la sensación de impunidad de las infracciones más frecuentemente cometidas por menores, ha suprimido definitivamente la posibilidad de aplicar la LORPM a los jóvenes.

En definitiva, a los mayores de dieciocho años se les aplica el CP de 1995 en su integridad, pues ha quedado definitivamente suspendida la posibilidad de aplicar la LORPM a quienes cometen hechos delictivos en edades comprendidas entre los dieciocho y los veintiún años.

¹⁶ LANDROVE DÍAZ, G., “Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *La Ley*, año XXI, núm. 5084, 27 de junio de 2000, 9, en <http://www.laley.net>.

¹⁷ CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, Ed. Civitas, Madrid, 2009, Pág. 136.

¹⁸ PÉREZ MARTELL, R., *El Proceso del Menor*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, Pág. 180.

A la vista de todo lo anterior, queda a mi juicio de manifiesto como el legislador ha aplicado dos criterios a la hora de establecer los distintos tramos de edad; resolviéndose así la polémica que ha quedado patente en páginas anteriores. Es decir, el legislador español emplea un doble factor, pues toma en consideración tanto el factor biológico como el factor de discernimiento. Respecto al factor biológico no existen dudas, pues parte de la edad biológica de la persona para establecer los límites de aplicación de la Ley. Sin embargo, entiendo que al distinguir entre los menores con catorce y quince años y los mayores de dieciséis y menores de dieciocho queda patente que también tiene en cuenta el factor de discernimiento. Es decir, se tiene en cuenta que el menor evoluciona y va madurando a lo largo del tiempo y, en consecuencia, la sanción aplicable se acomoda a la modificación de su personalidad.

2.3. Procedimiento

El proceso de menores es un proceso penal específico y distinto del proceso de adultos.

A lo largo de este estudio se irán analizando los rasgos diferenciadores de este proceso. Entre ellos podemos hacer referencia al hecho de que el Juez de Menores ostente la competencia objetiva, pero se atribuya al Ministerio Fiscal la competencia funcional para la dirección de la instrucción. Por tanto, durante la instrucción, el Juez de Menores es un Juez de Garantías; es decir, un Juez de libertades y garante de los Derechos Fundamentales del menor sometido a acusación.

Otros de estos rasgos diferenciadores son que el interés superior a tener en cuenta sea siempre el del menor, la necesidad de celeridad y agilidad en las actuaciones, etc.

En el proceso penal de menores, al igual que en el proceso penal de adultos, existen tres fases fundamentales: fase de instrucción, fase de audiencia o enjuiciamiento y fase de ejecución. No obstante, en la jurisdicción de menores, y a diferencia de la jurisdicción de adultos, la fase de instrucción recae sobre el Ministerio Fiscal; mientras que la fase de audiencia y de juicio oral recae sobre el Juez de Menores.

Vamos a realizar un análisis somero de cada una de las fases del proceso de menores, aunque previamente haremos referencia a los actos de iniciación del mismo, para a continuación centrarnos en aquellos aspectos más destacados.

2.3.1. Actos de iniciación del procedimiento

El proceso de menores puede iniciarse por distintas vías.

En primer lugar, es posible el inicio del procedimiento por la presentación de la correspondiente denuncia por parte de quienes tuvieren noticia de algún hecho delictivo. La denuncia es una declaración de conocimiento por medio de la cual se comunica a las Autoridades Judiciales, al Ministerio Fiscal o a la Policía la comisión de unos hechos que podrían ser constitutivos de delito o falta. Respecto a las características y al régimen jurídico de la denuncia nada se establece en la LORPM, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 259 y ss de la LECrim.

Una modalidad especial de denuncia es el atestado policial. Esta forma de inicio del procedimiento se produce cuando la Policía ha tenido conocimiento de unos hechos delictivos. Debe comunicarlo inmediatamente al Fiscal, aunque continúa con las diligencias investigadoras. El atestado incluirá todos los datos y circunstancias observadas por la Policía.

Respecto de la querrela surgen conflictos interpretativos, pues en principio no se está admitiendo como forma de inicio del procedimiento. La redacción original de la LORPM no admitía la iniciación por querrela, puesto que no se permitía el ejercicio de acciones por particulares. Sin embargo, tras la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, se admite la personación como acusación particular de las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, herederos o representantes legales. Por tanto, actualmente los ofendidos por el delito pueden constituirse en acusación particular. No obstante, esto no implica que el procedimiento pueda iniciarse por querrela, pues la doctrina mayoritaria considera que los ofendidos han de presentar denuncia o un escrito de personación ante el Juzgado de Menores para el ofrecimiento de acciones. La Circular de FGE 1/2000 ha afirmado lo sostenido por la mayoría de la doctrina y ha optado por la posibilidad de la denuncia como medio de puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Como señala parte de la doctrina¹⁹, debería permitirse la iniciación del procedimiento mediante querrela. Defienden que si no se admitiera la acusación particular sería lógico que, como consecuencia, no se admita esta forma de iniciación del procedimiento. En cambio, al admitirse la personación del ofendido como acusador particular también debe admitirse la iniciación por querrela. Coincido plenamente con esta postura, pues el hecho de que los ofendidos tengan que presentar una denuncia o un escrito de personación ante el Juzgado de Menores para el ofrecimiento de acciones es una traba para el ejercicio de la acusación particular. Luego, si finalmente se consigue el mismo efecto que si se presentara querrela, pues el ofendido se persona como acusador particular, carece de sentido que no se admita esta forma de iniciación del proceso.

Por último lugar, y aunque es poco frecuente, cabe la iniciación de oficio, dada la aplicación supletoria de la LECrim en lo referente al procedimiento abreviado, pues la LORPM no menciona esta posibilidad.

¹⁹ Véase COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal (...)*, Op. cit., Pág. 319.

2.3.2. Fase preliminar

Previamente a la instrucción y con el objeto de comprobar si procede o no entrar en esta fase, el Ministerio Fiscal debe realizar una serie de diligencias que componen la fase preliminar. Es decir, el Fiscal debe practicar las diligencias que estime pertinentes para determinar si los hechos denunciados pueden ser constitutivos de una infracción criminal; así como para determinar la identidad y la edad del sujeto denunciado.

Por tanto, en esta fase se realiza simplemente una actividad de comprobación para decidir sobre la incoación o no del expediente. En caso de que se decida iniciar la fase de instrucción, se dictará un Decreto de incoación del Expediente de Reforma.

2.3.3. Fase de instrucción

La instrucción es una fase procesal cuya finalidad es la averiguación de las circunstancias del hecho delictivo y de todo lo relativo a las personas penalmente responsables y sus circunstancias, así como la adopción de las medidas cautelares necesarias.

Uno de los aspectos más novedosos de la LORPM es que la instrucción se deja en manos del Ministerio Fiscal, siguiendo el modelo anglosajón. Por tanto, en este proceso el Fiscal no se limita a ser un mero acusador público, sino que también contribuye al interés de educar o reeducar a los menores.

Aunque se irá profundizando con más detalle en epígrafes posteriores, podemos resumir ahora la fase de instrucción.

Esta fase se inicia una vez que se ha incoado el Expediente de Reforma, dando cuenta del mismo al Juez de Menores, que será quien inicie las diligencias de trámite correspondientes.

El expediente debe ser notificado al menor para su conocimiento, salvo que se hubiera decretado el secreto sumarial. Se requiere al menor y a sus representantes legales para que nombren Letrado y, en caso de que no lo hicieran, se nombrará de oficio un Letrado del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados.

Actualmente, y como se ha señalado, tras la reforma de la Ley 15/2003, sí que se permite la presencia de acusación particular en el proceso de menores. Por ello, el Ministerio Fiscal notificará también al perjudicado la incoación del expediente para que se persone en las actuaciones y ejerza la acción penal. Esto tiene una gran importancia

durante la fase de instrucción, pues permite al acusador particular participar en la práctica de las pruebas.

En esta fase se practicarán las diligencias que el Ministerio Fiscal estime pertinentes, incluyendo las diligencias solicitadas por el Letrado del menor. Ahora bien, hay que tener en cuenta que las diligencias restrictivas de Derechos Fundamentales no pueden ser practicadas por el Ministerio Fiscal, sino que debe solicitarlas al Juez de Menores, que en este proceso actúa como un Juez de garantías.

En la fase de instrucción también tiene un papel muy relevante el Equipo Técnico. Éste emitirá un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor; así como sobre su entorno social y sobre cualquier otra circunstancia relevante para la adopción de alguna medida prevista legalmente. Del mismo modo, en este informe el Equipo Técnico puede proponer alguna de las medidas en concreto, por considerarla más beneficiosa para el menor. El informe será remitido por el Ministerio Fiscal al Juez de Menores.

2.3.4. Fase intermedia

Una vez que se concluye la instrucción, se inicia la fase intermedia. El Ministerio Fiscal, en esta fase, debe comunicar a las partes personadas la resolución por la que decide la conclusión del expediente.

Llegados a este punto, el Ministerio Fiscal tiene dos opciones. Por un lado, puede solicitar el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos expresados en la LECrim; es decir, por inexistencia del hecho, no ser éste constitutivo de delito, o no ser responsable criminalmente el inicialmente procesado como autor o cómplice. En tal caso, el Juez podrá resolver la conclusión del proceso con efectos de cosa juzgada; o bien resolverá la suspensión del procedimiento, si se trata de un sobreseimiento provisional. En caso de que el Ministerio Fiscal opte por el sobreseimiento de las actuaciones, puede remitir los particulares a la entidad pública de protección de menores, si lo considera necesario.

Por otro lado, el Ministerio Fiscal puede decidir continuar el proceso y elaborar el escrito de alegaciones. El contenido de ese escrito consta de una breve descripción de los hechos, una valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, sus circunstancias personales y sociales, la proposición de alguna medida y la proposición de la prueba.

En dicha fase, el acusador particular, si lo hubiera, puede redactar también un escrito de alegaciones que presentará al Ministerio Fiscal. Si el Fiscal lo estima conveniente, lo remitirá junto con el suyo al Juez de Menores.

2.3.5. Fase de audiencia

Una vez recibido en el Juzgado de Menores el escrito de alegaciones, acompañado del expediente y demás documentación procesal, el Juez lo incorporará a sus diligencias y procederá a abrir el trámite de audiencia.

En esta fase, el Juez de Menores tiene atribuida una doble función, pues al mismo tiempo se encarga de la fase preparatoria de la audiencia y de la celebración de la misma. Esto hace que un cierto sector de la doctrina lo considere “una quiebra, siquiera parcial, del principio acusatorio”²⁰, aunque en mi opinión estas funciones son compatibles y no implican un necesario prejuicio del Juez.

Por tanto, la fase de audiencia se subdivide, a su vez, en dos tipos de actuaciones. Por un lado, hay una serie de actuaciones previas a la vista, que no son orales; y, por otro lado, la celebración de la audiencia. Las actuaciones previas consisten en que se dará traslado de las actuaciones al Letrado del menor para que éste formule las correspondientes alegaciones, al igual que ha hecho el Ministerio Fiscal y la acusación particular, si la hubiera. A la vista del escrito, el Juez de Menores puede tomar las siguientes decisiones:

1. Dictar sentencia de conformidad. El art. 32 de la LORPM establece que el Juez puede dictar sentencia de conformidad cuando el menor y su Letrado se conformen con la medida que hayan solicitado en su escrito de alegaciones la acusación particular o el Ministerio Fiscal. La misma se expresará mediante una comparecencia ante el Juez de Menores.
2. Sobreseimiento de las actuaciones mediante auto motivado. Cuando proceda, el Juez remitirá las actuaciones a la entidad pública competente en materia de protección de menores.
3. Remisión de las actuaciones al Juez competente, cuando considere que no le corresponde el asunto. Esta situación de incompetencia objetiva se suele dar cuando la persona expedientada es mayor de dieciocho años o, bien ante un supuesto de incompetencia territorial.
4. Ordenar practicar aquellas pruebas que las partes hayan propuesto al Fiscal durante la instrucción y cuya práctica se haya denegado, siempre que no puedan ser practicadas durante la audiencia y que el Juez las considere relevantes a efectos del proceso.

²⁰ TOMÁS ANDRÉS. J.M., *Responsabilidad penal de los menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2003, Pág. 100.

5. Celebración de la audiencia. El Juez dictará un auto de apertura de la audiencia en el que se fijará día y hora en que deberá comenzar la audiencia, y se acordará lo procedente respecto a las pruebas propuestas.

Al acto de audiencia debe asistir el Ministerio Fiscal, las partes personadas, un representante del Equipo Técnico, el menor expedientado, su representante legal y su Letrado. El art. 35.1 LORPM es taxativo a la hora de exigir la preceptiva comparecencia del menor al acto de la audiencia; por lo que no cabe la posibilidad de celebrar la audiencia en ausencia de éste. Lo que sí que prevé la LORPM es la posibilidad de que el Juez considere que el menor abandone la sala durante la vista, siempre que sea lo más favorable para su interés.

Las sesiones serán públicas con carácter general. Ahora bien, el Juez podrá acordar lo contrario valorando el interés del menor o de la víctima, especialmente en los casos en los que ésta también sea menor de edad.

En cuanto a la celebración de la audiencia, en primer lugar, el Juez permite a las partes que manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o sobre la vulneración de algún Derecho Fundamental durante el proceso; así como también sobre la posibilidad de variar la calificación o la medida solicitada.

Si continúa la celebración de la audiencia, se procederá a la práctica de la prueba. Como indica la LECrim, que es la regulación supletoria, primero se practicará la prueba propuesta por el Fiscal, luego la propuesta por los demás actores y, finalmente la propuesta por el menor.

Tras la práctica de la prueba se oirá al representante del Equipo Técnico sobre las conclusiones recogidas en su informe y que fundamentan la medida solicitada en el mismo.

A continuación, el Ministerio Fiscal, el actor penal y el Letrado del menor manifestarán lo que estimen oportuno respecto a la práctica de la prueba, la calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas.

Finalmente, el Juez dará la palabra al menor para que manifieste lo que considere en defensa de su posición. Se trata de una manifestación del derecho de defensa; concretamente de su derecho a la última palabra, que, si se vulnerare, daría lugar a la nulidad de las actuaciones. Tras esta intervención, el caso queda visto para sentencia.

2.3.6. Fase de ejecución

La fase de ejecución es aquella fase en la cual se dicta la sentencia y se ejecuta la misma. La Ley señala que finalizada la audiencia, el Juez de Menores dictará sentencia sobre los hechos sometidos a debate en un plazo máximo de cinco días, si bien puede anticipar el fallo oralmente, como así lo permite el art. 39.1 de la LORPM.

Contra la sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Así como, frente a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales cabrá recurso de casación para la unificación de doctrina.

2.4. Principios generales

Al igual que ocurre con el Derecho penal de adultos, el Derecho penal aplicable a los menores es una manifestación del *ius puniendi* del Estado. Los Estados tienen competencia exclusiva en la definición de las conductas delictivas, en la previsión de las consecuencias y en la aplicación de dichas consecuencias. Ahora bien, esta potestad del Estado no es absoluta, sino que está sometida a una serie de límites recogidos en la Constitución. Estos límites son los principios constitucionales del Derecho penal.

2.4.1. Principios inspiradores del procedimiento

Los principios inspiradores de esta nueva ordenación penal y procesal se enuncian en el epígrafe sexto de la Exposición de Motivos, y son los siguientes.

2.4.1.1. Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad

Con este principio se pretende negar la naturaleza puramente penal de la sanción, pero debe realizarse una intervención de naturaleza educativa de especial intensidad. Es decir, se afirma un componente sancionador de la intervención educativa que se deriva de la responsabilidad del menor infractor.

Ante los hechos cometidos por el menor, y como consecuencia de su responsabilidad jurídica, éste debe ser sancionado con medidas correctoras que tengan una finalidad educativa. Dicho de otro modo, este proceso tiene una finalidad pedagógica, aunque persistan las experiencias punitivas, pues las medidas de intervención, que tienen carácter excepcional y residual, están orientadas hacia la reinserción y el superior interés del menor.

2.4.1.2. Reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto a los derechos constitucionales

Los menores gozan de los mismos derechos de los que gozan los mayores de edad en un proceso penal; es decir, de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, como indica el art. 1.2 LORPM. Además, deben ser respetados también los derechos previstos en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, así como todos aquellos derechos contenidos en los Tratados válidamente celebrados por España.

El Tribunal Constitucional, en numerosas sentencias, ha reconocido la específica vigencia en el proceso de menores de los siguientes Derechos Fundamentales:

- Principio acusatorio y, en particular, la garantía del Juez imparcial.
- Presunción de inocencia
- Derecho de defensa
- Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa
- Derecho a la última palabra del menor
- Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

2.4.1.3. El interés superior del menor

El interés superior del menor es una de las características más notables de este proceso, pues es el eje en torno al cual gira todo el proceso de menores. ALTAVA LAVALL²¹ lo define como “aquél principio que debe informar cualquier proceso en el que intervengan menores y debe guiar a los operadores jurídicos a actuar en beneficio del menor de edad”.

Se trata de un principio básico en el ámbito de los derechos aplicables a los menores. El ordenamiento jurídico dispensa una protección jurídica específica y particularmente intensa a los menores de edad. Por ello, todas las decisiones que les afecten han de estar presididas por la búsqueda de su superior interés y deben ser útiles para iniciar o continuar su integración en la comunidad. Para ello, será necesaria una ponderada valoración del interés del menor en cada caso, lo cual requerirá una investigación en profundidad de su concreta situación personal.

Este principio es de tal importancia que, en numerosos textos internacionales, se ha convertido en un principio informador de la protección de la infancia. De hecho, está recogido en el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño, estableciendo que “en todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos

²¹ ALTAVA LAVALL, M.C., “Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española”, en *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Universidad Jaime I, 2006, pág. 42.

legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

No obstante, el significado de este principio en la LORPM puede ser interpretado de distintas formas. Cada autor desarrolla el concepto de dicho interés con base en lo que entienden que debe ser conveniente para el menor. MARTÍNEZ SERRANO²² precisa que se refiere a la capacidad de atender a criterios psicológicos y sociales para determinar la medida aplicable. ORNOSA FERNÁNDEZ²³ considera que este interés debe interpretarse como la ayuda que debe prestarse al menor. DE URBANO CASTRILLO²⁴ desarrolla dicho principio sobre la idea de que siempre debe establecerse para el menor aquella actuación que sea más beneficiosa para su desarrollo.

Cada autor tiene su visión al respecto. Sin embargo, yo coincido con la de ALTAVA LAVALL²⁵, pues diferencia dos conceptos de interés del menor. Por un lado, señala un concepto amplio que consiste en una actuación en beneficio del menor. Por otro lado, en sentido más estricto, defiende que la medida debe ir dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción del menor.

Coincido con esta visión puesto que considero que el principio del interés del menor debe ir dirigido en todo caso a la adopción de la medida menos lesiva para el menor, siempre teniendo en cuenta sus circunstancias personales; pero también esa medida debe tener una finalidad de reeducación del menor, pues ha llevado a cabo un hecho que le debe ser reprochado de algún modo y del cual debe evitarse su reiteración. Por tanto, no sólo se pretende el beneficio del menor, sino que también se pretende un reproche social a su conducta y un cambio en su comportamiento, y ambos aspectos deben tenerse en cuenta a la hora de establecer una medida u otra. En definitiva, este principio establece que al menor se le debe hacer responsable de su actuación, pero que la medida que se adopte no debe en ningún momento truncar su desarrollo.

Como veremos más adelante, este principio está íntimamente ligado al principio de oportunidad.

2.4.1.4. Uso flexible del principio de intervención mínima

²² MARTÍNEZ SERRANO, A., “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de menores establecidos en la LO 5/2000”, en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho judicial, Murcia, 2001, Págs. 17-40.

²³ ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal de menores*, Ed. Bosch, Madrid, 2007, Pág. 76.

²⁴ DE URBANO CASTRILLO, E., “Comunicación los recursos en la LORPM” en *La Responsabilidad Penal de los Menores*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, Pág. 235.

²⁵ ALTAVA LAVALL, M.C., “El interés del menor en el procedo penal de menores y jóvenes” en *Justicia penal de menores y jóvenes*, Ed. Dykinson, 2001, Pág. 365.

El principio de intervención mínima en el ámbito de la justicia de menores se establece a nivel internacional por las llamadas Reglas de Beiling y la Recomendación núm. R(87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Este principio hace referencia la subsidiariedad del proceso penal. La norma sancionadora debe ser la *última ratio*; esto es, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos.

Por ello, la LORPM se acoge en ocasiones, concretamente cuando el hecho punible no reviste especial gravedad, al principio de intervención mínima invocando el superior interés del menor. Este principio permite fórmulas de desjudicialización derivadas del principio de oportunidad. Entre estas fórmulas podemos destacar la no incoación del procedimiento, el resarcimiento anticipado o la conciliación del menor.

2.4.1.5. Protección del interés de la víctima del hecho punible cometido por el menor

En su texto originario, la LORPM no permitía el ejercicio de la acción particular, de tal forma que la víctima no era parte del proceso. La finalidad era evitar que el proceso pudiera tener un efecto contraproducente en el menor. Sin embargo, sí que se daba la oportunidad al perjudicado de intervenir en las actuaciones procesales, proponer pruebas e interponer recursos.

Tras la reforma de 2003 y de 2006, todo esto pierde sentido al permitir a la víctima ejercer la acusación particular.

2.4.2. Principios procesales

Se trata de caracteres que otorgan al proceso de menores especialidades respecto al proceso penal de adultos.

2.4.2.1. Principio acusatorio

El principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el artículo 24 de la Constitución.

Este principio hace referencia a la necesaria existencia de una parte acusadora que ejercite la acción penal, distinta e independiente del Juez. Por tanto, y en virtud de este principio, en el proceso de menores se produce la total separación entre las funciones de la instrucción y el enjuiciamiento, atribuyendo la primera al Ministerio Fiscal, y confiando la segunda al Juez de Menores, ya que es la fase estrictamente judicial.

El principio acusatorio queda patente en el art. 8 LORPM, al establecer 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 o por el acusador particular”.

2.4.2.2. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad está ligado al principio de intervención mínima. Con base en este principio, el Derecho Penal sólo puede y debe intervenir cuando resulte verdaderamente eficaz para la prevención del delito. Por consiguiente, se renuncia a su intervención cuando sea político-criminalmente ineficaz, inadecuado o contraproducente. En tales supuestos, se acudirá a otros mecanismos que eviten estas indeseables consecuencias.

Luego, el principio de oportunidad se traduce en la posibilidad de no aperturar el procedimiento o renunciar al mismo con base en las posibilidades de reeducación y corrección en el ámbito familiar o educativo. También permite el resarcimiento anticipado, la conciliación entre el infractor y la víctima e, incluso, la asunción de acciones reparadoras en beneficio de la víctima o perjudicado.

2.4.2.3. Principio de legalidad

Este principio tiene una gran trascendencia porque es el pilar fundamental sobre el que se asienta el Estado de Derecho. Nace como garantía de seguridad jurídica, pues se fundamenta en la necesidad de que sólo por Ley se podrán establecer preceptos penales y sus correspondientes sanciones. Luego, su principal finalidad es evitar el ejercicio arbitrario del poder.

Las manifestaciones del principio de legalidad son cuatro:

- Garantía criminal. Hace referencia a que nadie puede ser condenado o sancionado sino en virtud de una infracción que previamente haya sido establecida en una ley. Es decir, el hecho cometido por el menor debe ser delito o falta según una ley en el momento de su comisión.
- Garantía penal. Significa que nadie puede ser condenado con penas que no se hallen establecidas por una ley anterior a su imposición. Debemos recordar que, como señala la Exposición de Motivos, estas medidas tienen naturaleza sancionadora-educativa.

Sin embargo, como ya se ha indicado, el Juez de Menores tiene amplia discrecionalidad a la hora de imponer una sanción al menor, pues puede imponer una medida u otra valorando las circunstancias personales de éste. Esto es

debido a que al no existir la necesaria proporcionalidad entre el hecho cometido y la sanción impuesta, el menor, a priori, no va a saber la medida que se le va a aplicar. Hay quien considera que esto confronta claramente con el principio de legalidad en su manifestación de garantía penal porque el menor no sabe cuál es la sanción que legalmente está prevista para el hecho cometido pudiendo ser impuesta la que el Juez considere más oportuna.

- Garantía judicial. Se refiere a la necesidad de seguir el procedimiento legalmente determinado. Es decir, la declaración de la existencia de un hecho delictivo y de la determinación de sus consecuencias debe efectuarse en una sentencia dictada por un órgano judicial competente.
- Garantía de ejecución. Significa que solo pueden ejecutarse las medidas y sanciones impuestas conforme a lo previsto legalmente.

2.4.2.4. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un principio fundamental del Derecho penal que significa que las penas impuestas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido y que éste no puede ser sancionado con penas más graves que la propia entidad del daño representado por la infracción. Dicho de otro modo, se vincula este principio con la idea de prohibición del exceso.

Sin embargo, en la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 se rechaza de forma expresa la proporcionalidad como principio inspirador del Derecho penal aplicable a los menores, al indicar que “al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente la proporcionalidad entre el hecho y la sanción”. Es decir, en virtud del superior interés del menor, se pretende impedir todo aquello que pueda tener un efecto contraproducente para el menor. Por ello, se pretende dar una respuesta esencialmente educativa, rechazando otras finalidades esenciales del proceso penal de adultos, como es la proporcionalidad entre el hecho y la sanción.

Ahora bien, en el articulado de la Ley sí que se reflejan ciertas exigencias de proporcionalidad como garantía al propio menor. Por ejemplo, el artículo 8 impide que el menor se vea sancionado más gravemente que el adulto; o en los artículos 9 y 10 se fijan límites a la duración de las medidas.

2.4.2.5. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad expresa, por una parte, uno de los principios limitadores del poder punitivo del Estado y, por otra, uno de los elementos que integran el esquema

abstracto de la infracción penal: el juicio de culpabilidad. Este principio significa que la respuesta penal sólo puede basarse en la constatación de que al autor de la conducta típica y antijurídica se le puede reprochar personalmente la misma. Es decir, la culpabilidad hace referencia a que el individuo que realiza un hecho delictivo tenga la capacidad suficiente para permitir reprocharle su conducta e imponerle las consecuencias de sus actos.

En cuanto al menor, hay que destacar que el actual sistema parte de la consideración del menor como imputable. De este modo, el artículo 19 CP establece que los menores de dieciocho años no responderán criminalmente con arreglo al CP. Podrán ser responsables con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor, frente a lo dispuesto en el antiguo art. 8.2 que declaraba la exención de responsabilidad criminal del menor de dieciséis años, dando por supuesta su inimputabilidad.

2.4.2.6. Principio de celeridad de las actuaciones

En el proceso de menores es mucho más intensa y prioritaria la necesidad de evitar dilaciones indebidas y de que la tutela judicial efectiva se preste en un plazo razonable. Por ello, el proceso de menores se caracteriza por su celeridad. Es decir, se pretende acelerar el procedimiento para evitar que la medida impuesta sea ineficaz, debido a los estrechos límites cronológicos de las edades para las que se habilitan dichas medidas. Si el procedimiento se posterga y se alarga mucho en el tiempo, el menor habrá evolucionado lo suficiente como para que las medidas no sea eficaces.

Esta celeridad queda reflejada en numerosos textos internacionales, como por ejemplo las Reglas de Beijing²⁶, la Convención de los Derechos del Niño²⁷ o el Consejo de Europa en su R(87)²⁸.

La necesidad de agilizar y simplificar el procedimiento se pone de relieve principalmente en la fase de instrucción. En ella se llevarán a cabo las diligencias imprescindibles para decidir el sobreseimiento o la acusación. De esta manera, será en la segunda fase, la de audiencia, donde se realizarán los informes y pericias que el caso requiera, evitando el alargamiento de la instrucción.

2.4.2.7. Principio de resocialización

²⁶ Artículo 10 de las Reglas de Beijing: “Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera explícitas y sin demoras innecesarias”.

²⁷ Artículo 37.d) de la Convención de los Derechos del Niño: “que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial”.

²⁸ Artículo 20 del Consejo de Europa en su R(87): “asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos, para que ella pueda tener una acción educativa eficaz”.

El verdadero fin del proceso penal de menores es el resocializador, que se pretende conseguir con las medidas que se adopten.

Este principio no debe entenderse como una sustitución de los valores del sujeto, ni como una manipulación de la personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social; es decir, una oferta de alternativas al comportamiento criminal²⁹.

2.4.2.8. Principio de especialización

Este principio es específico del proceso de menores. A diferencia de otros sectores del ordenamiento jurídico, todos los actores que intervienen en el proceso de menores (Jueces, Fiscales, abogados y Equipo Técnico) deben ser especialistas.

En materia de recursos, la segunda instancia no es especializada.

3. SUJETOS DE LA INSTRUCCIÓN

En general, todos los agentes implicados en el proceso de menores (Juez, Fiscal, Equipo Técnico, abogados, representantes, así como el propio menor) deben cooperar al mismo fin: encontrar la intervención más adecuada para la educación del menor.

Asimismo, como se ha mencionado, es nota prácticamente común de todos los sujetos implicados en el proceso de menores la necesidad de la especialización. En este sentido cabe citar la prescripción contenida en la Recomendación 87(20) sobre “Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil”, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la cual se recomienda a los Estados Miembros “la adopción de disposiciones para que todas las personas que intervienen en las distintas fases del procedimiento (policía, abogados, procuradores, jueces, trabajadores sociales) tengan una formación especializada en el ámbito del derecho de menores y de la delincuencia juvenil”.

En este epígrafe, se analizará detalladamente cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso de menores y las funciones que en él desempeñan.

3.1. Ministerio Fiscal

²⁹ AYO FERNÁNDEZ, M., *Las garantías (...)*, Op.cit., Pág. 205.

Uno de los aspectos más novedosos y característicos del proceso de menores lo constituye, sin duda, el nuevo papel del Ministerio Fiscal, que se convierte en una pieza esencial para la realización de los objetivos de esta Ley.

Como es sabido, el Ministerio Fiscal se guía por el interés público y defiende la legalidad y los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, la modificación de su papel en relación a los procesos de menores se debe a que en ellos interviene, con un protagonismo esencial, el menor; que es uno de los sujetos cuya protección y defensa le viene especialmente encargada.

El proceso de menores se caracteriza, por tanto, por la multifuncionalidad del Ministerio Fiscal, pues se le asignan diversos cometidos. En la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 se remarca la doble función del Ministerio Público, señalando que le corresponde “promover la acción de la Justicia y la defensa de la legalidad” y, al tiempo, la observancia de “los derechos de los menores, velando por el interés de éstos”.

En razón de ello, y como se expresa en el articulado, el Ministerio Fiscal va a desempeñar un amplio conjunto de funciones que abarcan desde la dirección personal de la investigación (art. 6) hasta la instrucción propiamente dicha (art. 23), pasando por solicitar el sobreseimiento (art. 30.4), la petición de celebrar audiencia (art. 33.a)), recurrir (arts. 41 y 42), participar en la ejecución de las medidas sancionadoras (art. 44) y, por supuesto, velar por la observancia de los derechos del menor e impulsar el procedimiento (art. 6).

A la vista de lo anterior, resulta conveniente realizar un estudio detallado de cada una de las funciones del Ministerio Público en el proceso de menores.

3.1.1. Director de la instrucción

La novedad más sobresaliente de la Ley del Menor es la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la instrucción de los hechos punibles cometidos por menores, de tal forma que se unifica la dirección de la instrucción y el ejercicio de la acusación en una misma institución³⁰.

Al igual que en el proceso de adultos, en el proceso de menores se atribuía al Juez la función de dirigir la instrucción, aun reconociendo al Fiscal una participación activa³¹. La atribución al Ministerio Público de esta función surgió para dar solución a un problema urgente.

³⁰ Para cumplir esta nueva función, se prevé en las Fiscalías una “Sección de Menores”, que es atendida por un Secretario Judicial y cuyo personal deberá tener la especialización exigida a los Jueces de Menores (DF 4ª LORPM).

³¹ En efecto, el art. 306 LECrim dispone que: “...los Jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos, bajo la inspección directa del Fiscal...”.

Como se ha mencionado con anterioridad, el Decreto sobre los Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948 fue declarado parcialmente inconstitucional por la STC 36/1991, de 14 de febrero, a la vista de la confusión entre la función instructora, acusadora y decisoria que tal procedimiento concentraba en el Juez. Ante lo declarado por esta sentencia, la LO 4/1992, promulgada con carácter provisional, tenía como uno de sus fines “que quede preservada la imparcialidad del Juzgador”, según expresaba el preámbulo. Para ello, en lugar de crear Jueces de Menores de Instrucción, se acudió a la vía de la atribución al Fiscal de la dirección de la investigación y la iniciativa procesal. Por tanto, la LO 4/1992 apuesta decididamente por el Fiscal instructor, utilizando por primera vez el término “instrucción” para designar la función del mismo y regulando con mucho más detalle esta fase del procedimiento, hasta el punto de dedicarle un título completo, el III, bajo la rúbrica “de la instrucción del procedimiento”.

Posteriormente, la LO 5/2000 confirma la labor del Ministerio Fiscal como investigador, pues establece que le corresponde la incoación del expediente, rompiendo de este modo con la tradición española en la que el principio acusatorio suponía la necesidad de que la acusación y la instrucción fueran llevadas a cabo por instituciones diferentes.

Algunos autores³² han señalado que tal novedad es un adelanto de la transformación que el Ministerio Fiscal español, a semejanza de sus homólogos europeos va a experimentar en el futuro convirtiéndose en el Instructor de los procesos penales en sustitución de los actuales Jueces de Instrucción.

La finalidad de la fase de instrucción es averiguar las circunstancias del hecho delictivo y todo lo relativo a las personas penalmente responsables, así como adoptar las medidas cautelares que se consideren necesarias. Se otorga esta función al Fiscal porque se entiende que éste dirige y orienta el logro del interés del Estado en recuperar al menor para la comunidad social. Además, con esta decisión la LORPM evita que la imparcialidad del Juez quede “contaminada” por su actuación instructora en el mismo proceso, al atribuirle las funciones que le son propias, esto es, las jurisdiccionales.

Estoy de acuerdo con la mayor parte de la doctrina³³ al considerar que en el resto de procesos penales también debería otorgarse la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal, dejando las restantes funciones de esta fase en manos del Juez (las autorizaciones de Derechos Fundamentales, la resolución de recursos o la adopción de medidas cautelares). Además, coincido con FUENTES SORIANO³⁴ en que se debió aprovechar el

³² COLÁSTURÉGANO, A., *Derecho penal (...)*, Op. cit., Pág. 150.

³³ Véase a DE URBANO CASTRILLO, E Y DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La responsabilidad penal de los menores*, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, Pág. 49.

³⁴ FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Ed. Tirant monografías, Valencia, 2005, pág. 222.

momento en que se produjo este cambio en el proceso de menores para otorgar también la dirección de la instrucción al Fiscal en los procesos de adultos.

De este modo, se respeta en mayor medida la independencia del Juez, al ser quien sostiene la acusación, es decir, el Ministerio Fiscal, el se encargue de esclarecer los hechos. La dirección de los actos de investigación por el Ministerio Fiscal no supone ningún riesgo de pérdida de imparcialidad, pues dicha garantía no le es predicable al ser también parte acusadora en todo proceso penal.

La LO 5/2000 establece numerosas referencias a la función instructora del Ministerio Fiscal.

En primer lugar, el artículo 6 establece que al Ministerio Fiscal le corresponde la defensa de los derechos de los menores, la vigilancia de que las actuaciones se efectúen en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento. Para asegurar el cumplimiento de estos derechos, el legislador ha entendido que lo más adecuado es que sea el Fiscal quien dirija personalmente la investigación.

En el mismo sentido, el artículo 16 señala que “corresponde al Fiscal la instrucción del procedimiento por los hechos a los que se refiere el art. 1 de esta Ley”. Así como también indica que practicará diligencias pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, ordenando a la Policía Judicial que practique las actuaciones necesarias.

A este respecto, tanto la Policía Judicial como los Equipos Técnicos se adscriben al Juzgado de Menores, pero tendrán dependencia funcional del Ministerio Fiscal, que será quien les impartirá las órdenes e indicaciones necesarias para el buen fin de las investigaciones y demás diligencias en que considere que deben intervenir.

Ahora bien, junto a la misión típicamente instructora, el artículo 23 asigna al Fiscal la misión de velar por el interés superior del menor, pues le impone la función de valorar la actuación de éste en los hechos tanto “para expresarle el reproche que merece su conducta”, como para “proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, el interés del menor valorado en la causa”.

Luego, a la vista de lo expuesto en el articulado de la Ley, la actuación del Ministerio Fiscal es análoga a la actuación del Juez de Instrucción en los procesos penales de adultos. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que las importantes competencias del Juez Instructor sobre la limitación de los Derechos Fundamentales siguen encontrándose fuera de la órbita del Ministerio Fiscal y son, por el contrario, competencia del Juez de Menores. Así, la adopción de diligencias de investigación y de medidas cautelares que afecten a Derechos Fundamentales han de ser decididas por el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes personadas. Es decir, el Fiscal no

practica por sí mismo las diligencias restrictivas de Derechos Fundamentales, sino que debe solicitarlas al Juez de Menores. Pese a ello, la relación entre ambos no es una relación jerárquica.

En definitiva, la instrucción del proceso penal de menores puede definirse como el conjunto de actuaciones practicadas por el Fiscal, de oficio o a instancia de parte, para la comprobación del hecho punible denunciado y de la responsabilidad del menor en su comisión con el fin de formular la pretensión en el juicio oral o para solicitar del Juez de Menores el sobreseimiento legal que incluye la mediación y composición en las condiciones que la Ley determina. Luego, a diferencia de la instrucción judicial, la que realiza el Ministerio Fiscal se dirige, en principio, a fundamentar la acusación o a solicitar del Juez el sobreseimiento de la causa.

3.1.2. Ejercicio de la acusación

El Fiscal de Menores ostenta el papel de parte acusadora en el proceso, al ser el titular de la acción pública dimanante de los delitos y faltas cometidos por menores.

A la vista de las diligencias practicadas en la fase de instrucción, el Fiscal sostendrá la acusación, si así lo estima conveniente, solicitando al Juez las medidas que considere más adecuadas para el interés del menor.

El ejercicio del principio acusatorio tiene una enorme relevancia, pues como indica el art. 8.1 LORPM “el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal”. Es decir, el Juez de Menores está limitado por la acusación formulada por el Fiscal, de forma que en ningún caso podrá imponerle al menor una medida más restrictiva que la solicitada por aquel, pues de este modo estaría, además de enjuiciando, ejerciendo la acusación.

Por otro lado, hay que destacar que en la redacción original de la LORPM, la función acusatoria la ejercía el Fiscal en régimen de monopolio, al quedar excluidas del proceso la acusación particular y la acción popular. Actualmente, tras la reforma de la LORPM de 2006, el Fiscal sigue asumiendo el ejercicio de la acusación, pero junto al actor particular.

Ahora bien, la función del Ministerio Público es una función distinta de la que lleva a cabo la acusación particular y el Letrado del menor. Es decir, el Ministerio Fiscal debe acusar al menor y defender la legalidad en cuanto al desarrollo del proceso. Por tanto, su actividad debe ir encaminada a preservar los derechos de la sociedad, del ofendido y del perjudicado, buscando que la adopción de la medida cautelar sirva para que el proceso sea eficaz. En ningún caso debe entenderse que su función debe ser en representación y

defensa del menor expedientado, porque a éste se le otorga un abogado, cuya función principal va a ser el control de la legalidad del proceso.

La actuación del Ministerio Público debe estar encaminada a preservar el interés de la sociedad y de la víctima, así como a solicitar todos los actos precisos para asegurar que el ofendido pueda conseguir su satisfacción, asegurando la eficacia del proceso para que se pueda cumplir en su día la medida de resocialización. Luego, además de la satisfacción del ofendido, el Ministerio Fiscal persigue una finalidad resocializadora y reeducadora del menor infractor. En cambio, la acusación particular se registrará únicamente por las instrucciones que le dé su representado, quien muchas veces se moverá por sentimientos de venganza. En definitiva, aunque tanto el Ministerio Fiscal como el ofendido por el delito ejerzan la acusación, deben quedar claramente diferenciadas sus funciones.

3.1.3. Ejercicio del principio de oportunidad

La Ley del Menor regula la capacidad de decisión del Fiscal sobre la continuación del proceso, lo que ha calificado como “principio de oportunidad reglada”. Sobre la base de este principio, puede admitir o no las denuncias, practicar las diligencias de comprobación que estime convenientes, desistir de la incoación del expediente y solicitar el sobreseimiento. Se trata, por tanto, de un amplio conjunto de posibilidades de ejercicio de la oportunidad procesal.

Como se ha mencionado, el artículo 16 de la LORPM señala que el Fiscal tiene atribuida la dirección de la instrucción. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que existe una etapa previa en la que el Fiscal tiene un papel muy relevante.

En esta fase previa o de diligencias preliminares, el Ministerio Fiscal podrá practicar cualquier acto de investigación que estime procedente antes de decidir sobre la incoación del Expediente de Reforma. Estos actos serán los estrictamente necesarios e imprescindibles para el pronunciamiento acerca de la incoación del expediente. A la vista de los resultados de estas diligencias preliminares, será el Fiscal quien decida si archiva la causa o si continúa el procedimiento. Es decir, el Ministerio Público ha de sopesar los intereses y las circunstancias del menor para decidir si es precisa la incoación del expediente o si es más beneficioso para éste que no se siga con el procedimiento. Sobre este aspecto se profundizará más adelante en el epígrafe relativo a las manifestaciones del principio de oportunidad durante la tramitación del expediente.

Esta posibilidad de decisión ha supuesto un importante punto de inflexión en las facultades del Ministerio Fiscal, abandonándose el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal a favor del principio de oportunidad. Como es lógico, la oportunidad de ejercitar la acción va a tener como límites los parámetros establecidos en la propia Ley, pues no existe libertad absoluta del Ministerio Fiscal para sobreseer un asunto.

Se trata de una decisión discrecional que corresponde únicamente al Ministerio Fiscal. En consecuencia, el Juzgado de Menores ha de limitarse a comprobar que se cumple con los requisitos que prevé la Ley en sus arts. 19 y 27.4 para el sobreseimiento y, si es así, deberá proceder al archivo de las actuaciones.

3.1.4. Defensa de los derechos del menor

Otra de las funciones más destacadas del Ministerio Fiscal es la de velar por el respeto a los derechos de los menores sujetos al proceso y promover su reinserción social. El Fiscal interviene en el proceso como defensor de los derechos de todos los ciudadanos y, en especial, como encargado de cuidar por el funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de menores. Luego, el Fiscal es un defensor del menor, cuyo objetivo no es castigarlo, sino reinsertarlo en la sociedad.

Al Ministerio Fiscal le corresponde la defensa del interés del menor a lo largo de todo proceso hasta la definitiva ejecución de las medidas impuestas en sentencia firme. A tenor del art. 6 LORPM le corresponde “la defensa de los derechos que a los menores reconocen”, “la observancia de las garantías del procedimiento” y el “impulso” del mismo.

Además de lo mencionado en la Ley, la CFGE 1/2000, de 18 de diciembre, destaca la necesidad de que “el Fiscal empeñe su labor cotidiana a fin de contribuir a que el propósito educativo que inspira la ley no se convierta en una mera declaración formal”.

Asimismo, el Ministerio Fiscal se encarga de la observancia de las garantías del procedimiento. Es decir, es una garantía procesal básica frente a todos los operadores en el proceso judicial, incluido el propio Juez de Menores. Por ello, puede, además de examinar el grado de cumplimiento de estas garantías, oponerse a las acusaciones que considere indebidas.

3.1.5. Funciones en la fase de ejecución

La función del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución del proceso de menores es análoga a la correspondiente en el proceso de adultos. Ahora bien, existen algunas peculiaridades como su papel preponderante de defensor de los intereses del menor y de su reeducación, lo que supone que la Fiscalía ha de extremar el cuidado a la hora de plantear incidentes o dictaminarlos, bajo el prisma del interés del menor.

Es decir, el control de la ejecución de las medidas corresponde al Juez de Menores que haya dictado la sentencia, si bien en toda la serie de incidencias que se produzcan, para

tomar una decisión se deberá oír al Fiscal, al letrado del menor y al representante de la entidad pública responsable de la ejecución.

Asimismo, el Fiscal debe vigilar el cumplimiento de los programas de ejecución de la medida o medidas impuestas al menor.

3.1.6. Decretos del Ministerio Fiscal

En cuanto al papel del Ministerio Fiscal, hay que destacar otro aspecto de esencial importancia y que hace referencia a sus decisiones, las cuales se adoptan en forma de Decreto.

Aunque la LORPM guarda silencio sobre el control que cabe respecto a los Decretos, la Circular 1/2000 de la FGE señala, bajo el epígrafe “inadmisibilidad de recurso frente a los Decretos del Ministerio Fiscal”, que las decisiones que en el curso del procedimiento adopte el Fiscal, ya sea en la fase de Diligencias Preliminares o en el Expediente de Reforma, revestirán siempre la forma de Decretos y no son susceptibles de recurso alguno.

Ahora bien, en algunos supuestos, el Decreto del Fiscal podrá ser atacado indirectamente por la vía de reiterar la petición ante el Juez de Menores, como sucede en los casos contemplados en el art. 25.6 de la Ley. Cuando el Fiscal deniega la personación del perjudicado en fase instructora o cuando rechaza la práctica de alguna prueba interesada por el perjudicado o por la defensa del menor, se puede acudir ante el Juez de Menores, que actúa como una segunda instancia.

En otros supuestos, el Decreto determina directamente una resolución judicial. Un ejemplo de ello es el caso en el que el Fiscal acuerde por medio de Decreto interesar el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación. En estos supuestos, el recurso será posible frente a la resolución judicial de que se trate, pero no contra el Decreto del Fiscal que la hubiere propiciado.

Sin embargo, hay casos en los cuales el Decreto dictado por el Ministerio Fiscal no tiene reflejo en resolución judicial alguna. Así sucede con las decisiones adoptadas por la Fiscalía en la fase de Diligencias Preliminares. Estas decisiones del Fiscal no son susceptibles de recurso por el menor o por el perjudicado.

La irrecurribilidad se proclama sin perjuicio de la posibilidad de exigencia de responsabilidad disciplinaria del Fiscal en casos de decisiones absolutamente contrarias a los deberes inherentes al Ministerio Público. Pese a ello, la irrecurribilidad de estos Decretos supone una posible vulneración del Derecho Fundamental a la tutela judicial

efectiva previsto en el art. 24.1 CE, al generar indefensión; como señala parte de la doctrina³⁵.

Luego, a mi parecer, la situación descrita en la Circular vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas de estos delitos al impedirles el acceso a los Tribunales de Justicia para obtener de ellos una respuesta motivada a sus pretensiones. En el proceso penal de adultos, las decisiones del Ministerio Fiscal no son recurribles, pero el problema no es el mismo, puesto que a dicho Ministerio se le atribuye en exclusiva el ejercicio de la acción penal. En cambio, en el proceso de menores, además de la función acusadora, se atribuye a la Fiscalía la función de instruir; luego, sus decisiones son resoluciones con efecto en la causa y que afectan directamente a los derechos e intereses de las partes. Por ello, debería permitirse, en todo caso, que los Decretos del Ministerio Fiscal sean recurribles.

3.2. Juez de Menores

Como se ha expuesto, desde principios del siglo XX, la justicia de menores era entendida como una justicia “tutelar”, encaminada a la corrección de la conducta antisocial del menor. El tratamiento de los menores infractores se confiaba a un personal judicial especializado en problemas de la infancia y juventud integrado en una jurisdicción autónoma; esto es, separada de la justicia penal, servida por unos “Jueces de Menores” no integrados necesariamente en la carrera judicial. El art. 1 del Decreto de 11 de junio de 1948 que regulaba los Tribunales Tutelares de Menores establecía como requisito para desempeñar el cargo que se tratara de personas “mayores de veinticinco años, de moralidad y vida familiar intachables”.

Tras la declaración de inconstitucionalidad del mencionado Decreto por la STC 36/1991, se crean los Juzgados de Menores, con la finalidad de conformar la justicia de menores al principio de unidad jurisdiccional reconocido en el art. 117.5 CE. Posteriormente, en la reforma operada por la LO 9/2000, ya se exige la categoría de Magistrado a los Jueces de Menores, teniendo preferencia quienes acrediten la correspondiente especialización en materia de menores en la Escuela Judicial.

Si bien desde un punto de vista objetivo, la Ley 5/2000 ha reducido las competencias del Juez de Menores, pues la instrucción se encomienda al Fiscal, sus facultades siguen siendo amplísimas a lo largo de todo el proceso en el que se va a dirimir la responsabilidad del sujeto menor de edad. En función de la fase en la que se encuentre el procedimiento, tales competencias pueden ser esquematizadas como sigue.

³⁵ DE URBANO CASTRILLO, E Y DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La responsabilidad penal (...)*, Op. cit., Pág. 55.

Fase de instrucción

La LORPM atribuye la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal; por lo que, en esta fase, se le atribuyen funciones cuasi jurisdiccionales. Sin embargo, imperativos constitucionales impiden llevar estos planteamientos hasta sus últimas consecuencias; puesto que un órgano no investido de *iuris dictio* nunca puede adoptar resoluciones que inciden en el ámbito de los Derechos Fundamentales³⁶.

Estos límites están definidos en el art. 23.3 de la LORPM, al indicar que “El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de Derechos Fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones”.

Por lo tanto, el papel que tiene el Juez de Menores en la fase de instrucción es de gran importancia, pues actúa como Juez de Garantías, ya que es el único facultado para autorizar diligencias restrictivas de Derechos Fundamentales, así como para adoptar cualquier medida cautelar.

En los supuestos de intervención del Juez de Menores debemos incluir las autorizaciones de entrada y registro en domicilios –al quedar afectado el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE)-, las autorizaciones de interceptación de comunicaciones –al quedar afectado el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)- y en algunos supuestos las intervenciones corporales³⁷ –al poder quedar afectado el derecho a la integridad e intimidad personal (arts. 15 y 18.1 CE)-.

La finalidad del legislador al otorgar la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal es garantizar que el Juez de Menores, en el momento en que se celebre la comparecencia, no tenga ningún prejuicio ni convicción sobre los hechos ni sobre la culpabilidad del menor, por ello no se permite que la persona que haya instruido la causa pueda ser posteriormente la persona que enjuicia el proceso. Esta exigencia viene recogida expresamente en el art. 40.b.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que decreta que deberá ser dirimida la contienda por una autoridad u órgano imparcial.

En este sentido, coincido con aquella parte de la doctrina³⁸ que considera que este descargo de la función instructora es muy beneficioso para el proceso. Es decir, no sólo

³⁶ Algún autor atribuye competencias expansivas al Juez de menores durante la instrucción; así se ha mantenido que al Juez de menores “le corresponde intervenir en los actos de prueba sumarial anticipada o preconstituida, prevenir y erradicar las dilaciones en la instrucción y controlar, en general, la actividad instructora efectuada por el Ministerio Fiscal”. GIMENO SENDRA, V., “El proceso penal de menores”, Diario *La Ley*, 2001, tomo VI, D-208, Pág. 356.

³⁷ La doctrina ha puesto de relieve como las intervenciones corporales en sentido estricto (extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para examinarlos) han de ser siempre autorizadas por un Juez. Véase GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Ed. Thomson Aranzadi, 2003, pág. 116.

³⁸ Véase MORENILLA ALLARD, P., *El proceso penal del menor*, Ed. Colex, Madrid, 2007, Pág. 72.

se evitan los efectos “contaminantes” de la instrucción sobre la imparcialidad y la presunción de inocencia exigidas al Juez en el momento del enjuiciamiento; sino que además concentra la actuación judicial en sus funciones típicas de enjuiciamiento y de protección de los Derechos Fundamentales a lo largo del proceso, resolviendo sobre la adopción de las medidas cautelares o de investigación restrictivas de Derechos Fundamentales solicitadas por el Ministerio Fiscal, por el acusador particular o por la defensa del menor.

Ahora bien, el hecho de que el Juez de Menores ya no dirija la instrucción no ha impedido que las sospechas de falta de imparcialidad objetiva se despejen del todo, pues mantiene determinadas funciones durante el expediente que amenazan con “contaminarlo”, especialmente cuando dicta resoluciones limitativas de los Derechos Fundamentales del menor imputado. Luego, se debe considerar si el Juez de Menores que adopta la medida cautelar personal y posteriormente enjuicia el proceso, ya ha realizado una valoración de todo el material instructor y es posible que tenga cierto prejuicio sobre la culpabilidad del menor.

El legislador no prevé como causa de recusación que el Juez que resuelva la medida cautelar tenga prohibido resolver el proceso principal, ya que en la resolución cautelar no expone con certeza la culpabilidad del menor. Por tanto, el legislador español ha entendido que la imparcialidad objetiva, que debe preservar todo órgano de menores para poder enjuiciar el proceso principal, no se ve alterada si con anterioridad el mismo órgano ha estado presente en la adopción de cualquier restricción cautelar.

La posición del legislador fue criticada por diversos autores³⁹, que entendían que el Juez que resuelva el proceso principal no debe ser el mismo que el que hubiera acordado la medida cautelar personal durante la fase de instrucción. De hecho, estas dudas se elevaron a la categoría de cuestión de inconstitucionalidad y fueron despejadas por la STC 60/1995, de 16 de marzo. En dicha Sentencia se afirmó la plena constitucionalidad del sistema creado por la LO 4/1992, dado que el motivo de abstención consistente en “haber participado en la instrucción de la causa penal” no afecta al Juez de Menores, pues las resoluciones judiciales que pueda éste dictar durante la instrucción no son actos de investigación, sino única y exclusivamente restrictivos de los Derechos Fundamentales del imputado y, además, dictadas a instancia de parte. Por ello, la naturaleza de las resoluciones dictadas por el Juez durante la fase de instrucción no es investigadora, sino que tiene carácter netamente formal, pues no llega a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Comparto la puntualización que realiza el TC al sostener que el Juez de Menores, a la hora de adoptar una medida cautelar, tendrá en cuenta el interés del menor y sus circunstancias, pero no realizará en ese momento una valoración sobre los hechos o

³⁹ Véase TAPIA PARREÑO, J.J., “El derecho al juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de los Juzgados de menores, su posible inconstitucionalidad y la sentencia del Tribunal constitucional de 17 de marzo de 1995”, *La Ley*, Núm. 3805 de 20 de junio de 1995, Pág. 1.111.

sobre la culpabilidad del menor; por lo que no realiza funciones de enjuiciamiento ni de instrucción. En cambio, durante la fase de enjuiciamiento, la función del Juez es muy distinta, pues no debe atender únicamente al interés del menor, ya que debe tomar una decisión acerca de su culpabilidad a la vista de las pruebas. Por tanto, el Juez de Menores tiene funciones diferentes en una y otra fase y las decisiones que adopta en la fase de instrucción no suponen un prejuicio para la fase de enjuiciamiento. En definitiva, el órgano que adopta la medida cautelar personal y con posterioridad enjuicia el supuesto no tiene motivos para perder la imparcialidad objetiva, porque durante la fase de instrucción no realiza un examen exhaustivo sobre la culpabilidad del imputado.

Fase de audiencia

En esta fase, el Juez de Menores puede llevar a cabo varias actuaciones previstas en la LORPM:

- Imponer la medida solicitada cuando hubo acuerdo entre el menor y las partes acusadoras y la medida no sea de internamiento (art.32).
- Archivar facultativamente el expediente si hay petición expresa del Fiscal del menor (art. 33).
- Determinar la presencia o no en la vista de los representantes del menor (art. 35).
- Dictar resolución de conformidad, con posibilidad de modificar la medida tras la práctica de la prueba (art. 36.2.3).
- Acordar a instancia de parte o de oficio la ausencia del menor en su interés (art. 37.4).
- Dictar sentencia en términos comprensibles para el menor (art. 39.2).

Respecto a la última de las funciones señaladas, la de dictar sentencia, hay que destacar que las resoluciones de los Jueces de Menores están orientadas hacia la resocialización. Por ello, en el art. 39.1 LORPM se establece que la sentencia se fundamentará en un amplísimo margen de discrecionalidad, pues aunque se valoren los hechos, se han de tener en cuenta todos los datos debatidos sobre personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor.

En el momento de dictar sentencia, el Juez no sólo va a dirimir sobre la responsabilidad penal del menor, sino que también, en su caso, se pronunciará sobre la responsabilidad civil derivada del delito cometido por aquél. La Ley articula un procedimiento simultáneo al penal para exigir la mentada responsabilidad. En cuanto al contenido de la misma, coincide con el asignado en el CP a los adultos; esto es, restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales.

La acción de responsabilidad civil se ejercitará por parte del Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes o se la reserve para ejercerla ante el orden jurisdiccional.

Hay que tener en cuenta también que tal y como se establece en el art. 8 de la Ley, el Juez de Menores se ve limitado a la hora de imponer su resolución, con base en el principio acusatorio. Es decir, como consecuencia de este principio, la instrucción y el enjuiciamiento son fases separadas y que tramitan diferentes órganos, y el juzgador ha de guardar la debida correlación entre acusación y sentencia. Pues bien, para el enjuiciamiento de menores, este deber de correlación entre acusación y sentencia se ha plasmado por el legislador en el deber de no imponer “una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular”. Además, el mismo precepto dispone que “tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el art. 7.1.a), b), c), d) y g)⁴⁰, en ningún caso, del tiempo 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”.

En definitiva, el Juez de Menores a la hora de dictar sentencia está limitado por las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, si la hubiera. Si no fuera de este modo, además de enjuiciar, el Juez estaría acusando, función que no le corresponde.

Fase de ejecución

Las funciones del Juez de Menores en esta fase son amplias, pues es quien se encarga del control de la ejecución. Por ello, está facultado para sustituir una medida por otra en caso de que lo considere necesario para el interés del menor. Además, conocerá de los recursos interpuestos por el menor en relación al cumplimiento de la medida.

Finalmente, una vez cumplida la medida, el Juez se pronunciará sobre la continuidad en régimen de protección civil del menor.

3.3. Equipo Técnico

El Equipo Técnico es un órgano auxiliar de la Justicia de menores, compuesto por expertos en ciencias no jurídicas que, mediante dictámenes aportan sus conocimientos a fin de determinar la situación psicológica, social, educativa y familiar del menor, con el objeto de lograr una respuesta adecuada a su interés.

En la actualidad, se estima que la conducta delictiva surge de las interacciones entre el individuo y el ambiente⁴¹. En el ámbito de la delincuencia juvenil, se considera que los

⁴⁰ Las medidas privativas de libertad son internamiento en régimen cerrado, en el régimen semiabierto, en régimen abierto, internamiento terapéutico y permanencia de fin de semana.

⁴¹ COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal (...)*, Op.cit., Pág. 160.

actores ambientales más significativos son el núcleo familiar, el grupo de iguales, el marco escolar y el comunitario. La función del Equipo Técnico es valorar todas estas circunstancias y plasmarlas en un informe.

Este órgano tiene su razón de ser en que los Jueces y Fiscales que han de resolver o actuar en el proceso de menores deben apreciar las circunstancias que han incidido en la conducta delictiva del menor. Sin embargo, por sí mismos no pueden abordar los problemas sociales y humanos que se les plantean y necesitan de alguien que les oriente. Es el Equipo Técnico quien ejerce esta función de orientación. Para ello, está formado por un conjunto de especialistas en el ámbito del menor, procedentes de diversos campos. Se trata de un equipo multiprofesional e interdisciplinario formado por trabajadores sociales, psicólogos y educadores; que aportan al mundo jurídico datos necesarios del mundo social. Por tanto, se puede definir al Equipo Técnico como un nexo de unión entre el ámbito judicial y el ámbito educativo y social.

Luego, la labor del Equipo Técnico es la de apoyo a los Fiscales, Jueces de Menores y a las CCAA que tengan competencias sobre el cumplimiento de estas medidas.

La propia LORPM en el apartado 2º de su Exposición de Motivos habla del Equipo Técnico como “un instrumento imprescindible para alcanzar el objetivo que persiguen las medidas”.

Como se dispone en el art. 4, el Equipo Técnico es un órgano que depende orgánicamente del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas y estarán adscritos al Juzgado de Menores. No obstante, señala también que tendrán dependencia funcional del Ministerio Fiscal durante la instrucción. Es decir, dependerá funcionalmente del Ministerio Fiscal, sea cual fuere su dependencia orgánica.

Aunque con anterioridad se preveían figuras similares, en 1988, al crear legalmente la figura del Juez de Menores, también se produce la creación de los Equipos Técnicos con la finalidad de asesorar al Juez. La LO 5/2000 no sólo ha mantenido la figura del Equipo Técnico, sino que ha potenciado su intervención a lo largo de todas las fases del proceso. Desde el momento de la incoación del expediente, el menor tiene derecho a ser asistido por este órgano. Asimismo, en la fase de audiencia, va a ser relevante su intervención a la hora de la práctica de la prueba y en la decisión final sobre la medida a imponer. Del mismo modo, será oído para adoptar la decisión de suspender la ejecución del fallo prevista en el art. 40 LORPM. Por último, entre sus funciones hay que destacar que ejerce la mediación en supuestos de conciliación o reparación.

No obstante, y sin restar importancia a toda esta serie de intervenciones, el cometido más relevante del Equipo Técnico es la elaboración del informe previsto en el art. 27 LORPM. Por ello, resulta interesante efectuar una aproximación al contenido y características del mismo.

Informe del Equipo Técnico

Entre las funciones asignadas al Equipo Técnico, la más relevante tiene lugar durante la fase de instrucción. Concretamente, en esta fase, el Ministerio Fiscal requiere de este órgano la elaboración de un informe, que posteriormente remitirá al Juez de Menores.

El informe versará sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, sobre su entorno social, y sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la Ley. Del mismo modo, en este informe, el Equipo Técnico puede proponer alguna de las medidas en concreto, por considerarla más beneficiosa para el menor.

Por tanto, se trata de un dictamen esencial para valorar el interés del menor y para orientar sobre la necesidad de proseguir el procedimiento (concretando en tal caso el tipo de medida imponible), desistir o alcanzar una solución extrajudicial.

La Fiscalía General del Estado, en su Instrucción núm. 1/93, resalta la importancia del informe: “Los informes suponen una muy valiosa e imprescindible ayuda que proporciona al Ministerio Fiscal y al Juez datos fiables para la toma de decisiones; a través de ellos ha de orientarse la medida más adecuada, se da contenido educativo a las medidas y se detectan situaciones de desprotección, lo que puede posibilitar otro tipo de medidas: las protectoras. Precisamente porque esta información adquiere la categoría de esencial en el procedimiento, es necesario mantener continuos contactos con los profesionales que forman los Equipos Técnicos”.

La realización de este informe es una diligencia de práctica imperativa. El art. 23 LORPM establece que, durante la instrucción, el Fiscal habrá de requerir del Equipo Técnico la elaboración del mismo. En caso de que con anterioridad, se hubiera emitido el informe sobre el menor, no será necesario uno nuevo completo, sino que bastará con realizar una actualización sobre el ya emitido. En dicha actualización habrán de destacarse, fundamentalmente, las novedades que se hayan producido en la evolución del menor.

La omisión del informe es un supuesto determinante de nulidad de las actuaciones, que obliga a retrotraerse a la fase de instrucción⁴².

Ahora bien, también hay que tener en cuenta que según el art. 27.6 LORPM, la elaboración de este informe no es una tarea atribuida en exclusiva a los Equipos Técnicos, sino que también puede ser elaborado o complementado por aquellas

⁴² En este sentido, véase la SAP núm. 115/2002 de Sevilla (Sección 3ª), de 26 de abril.

entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado.

Por otro lado, cabe destacar que no existe consenso respecto a la naturaleza jurídica del informe elaborado por el Equipo Técnico. Pese a que algunos niegan la naturaleza pericial de este informe⁴³; hay autores como DE URBANO CASTRILLO Y DE LA ROSA CORTINA, a cuya postura me uno, que sostienen que se trata de un informe pericial, en tanto en cuanto pueden subsumirse en el art. 456 LECrim. Esta equiparación del informe del Equipo Técnico con la prueba pericial trae consigo la aplicación supletoria de la regulación que de la abstención y recusación de peritos contiene nuestra LECrim, con el fin de salvaguardar la imparcialidad de los mismos.

Independientemente de la decisión que se adopte sobre su naturaleza jurídica, lo que es indiscutible es que el informe no es vinculante para el Juez de Menores, porque la Ley no establece que lo sea.

3.4. Acusación particular

El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal en régimen de monopolio en los sistemas continentales contribuía a que la víctima fuera, hasta una época reciente, la “gran olvidada”⁴⁴ del Derecho procesal penal. Los Convenios y Tratados Internacionales, las legislaciones de los diferentes países y la doctrina han sido más sensibles a los derechos y garantías del imputado que a los de la víctima, individualmente considerada. Si bien, en los últimos años se ha comenzado a avanzar en la mejora del trato dado a las víctimas de delitos, y en el reconocimiento de sus derechos.

Hay determinadas circunstancias relativas a la relación del delincuente con la víctima en la comisión del delito que comienzan a tener ciertos efectos en la punición del autor. En este sentido, el CP 1995 se hace eco de esta nueva tendencia y recoge en su articulado esta perspectiva victimológica del Derecho Penal; de tal forma que valora, a efectos de atenuación de la responsabilidad penal, la atención del delincuente hacia su víctima (art. 21.5 CP), o se tiene en cuenta en la suspensión condicional de la pena en caso de satisfacción de las responsabilidades civiles (art. 81.3 CP).

Finalmente, el sistema de justicia penal español ha reconocido a la víctima el derecho a constituirse en calidad de parte principal como acusador particular, como expresión de la tutela judicial efectiva en caso de violación de sus derechos.

⁴³ La SAP núm. 115/2002 Sevilla (Sección 3ª), de 26 de abril, lo conceptúa como *pseudo* prueba pericial que ha de ser apreciada por el Juez *a quo* con todas las pruebas practicadas en la audiencia.

⁴⁴ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, 2004, Pág. 46.

Ahora bien, en el proceso de menores, desde la reforma de la LTTM de 1992 hasta la LO 15/2003, se privó a la víctima de los derechos procesales que tendría en el proceso penal si el delincuente hubiera sido mayor de edad; pudiendo, eso sí, ejercitar su pretensión civil ante el Juez de Menores en el proceso sumario establecido al efecto. La LO 4/1992, que creó el proceso ante el Juzgado de Menores, estableció expresamente que “en este procedimiento no cabrá el ejercicio de acciones por particulares”. Según la Exposición de Motivos de la Ley, este sistema no significaba un olvido de la víctima, pues señalaba que ésta debía recibir “una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse”; además, se le permitía intervenir en decisiones de no incoación y de sobreseimiento.

Luego, aunque la comisión de un hecho delictivo produce el mismo impacto aflictivo sobre la víctima, venga de un menor o de un adulto, a causa del carácter corrector o reformador del procedimiento, las víctimas se han visto apartadas de la posibilidad del ejercicio de acciones en el ámbito del proceso de menores.

La constitucionalidad de este criterio fue puesto en tela de juicio por parte de la doctrina⁴⁵, por considerar que se vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE respecto a los legítimos derechos e intereses del ofendido por el ilícito penal. Ante ello, el TC⁴⁶ afirmó categóricamente que el ejercicio de la acción penal por parte de la acusación particular es un derecho de configuración legal y, por tanto, el legislador es libre de no incorporar dichas figuras en el proceso penal, dado que el ejercicio del *ius puniendi* es de titularidad estatal y no privada.

Pese a lo señalado por el TC, existía la necesidad de encontrar un equilibrio entre los intereses legítimos de la sociedad, del menor infractor y de la víctima; por lo que llevó a plantearse la conveniencia de dar a ésta última una intervención plena como parte acusadora en el proceso. Además, la inseguridad ciudadana y el aumento de la delincuencia juvenil⁴⁷ produjeron una reacción social que criticaba la flexibilidad de la justicia con los menores delincuentes, lo que dio lugar a una reforma puntual de la LORPM para introducir la acusación particular en el proceso.

Aprovechando la reforma en curso del Código Penal, se propuso una modificación de los arts. 8 y 25 de la LORPM. De este modo, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, sirvió para modificar también la LORPM, dando una nueva redacción a los preceptos mencionados, permitiendo el ejercicio de la acusación particular.

⁴⁵ ORNOSA FERNÁNDEZ. R.M., *Derecho penal (...)*, Op. cit., Págs. 317-318.

⁴⁶ STC 115/2001, de 10 de mayo, y STC 179/2004, de 18 de octubre.

⁴⁷ Véase ALONSO DE ESCAMILLA, A., “Detención ilegal, agresión sexual y asesinato cometido por menores (Caso “Sandra Palo”)”, *La Ley Penal*, núm. 1, enero 2004.

El art. 25 LORPM ha pasado a titularse “de la acusación particular”. Este artículo reconoce como sujetos legitimados para el ejercicio de la acción particular, además de a las personas directamente ofendidas por el delito, a sus padres, herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces. La condición de ofendido vendrá determinada por el bien jurídico protegido por la norma, de manera que quien sea su titular se encontrará habilitado para constituirse como acusador particular y ejercer los actos que como tal le correspondan.

Al acusador particular se le reconocen las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre las que el mencionado precepto destaca las siguientes:

- Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.
- Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta Ley.
- Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.
- Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.
- Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia⁴⁸.
- Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.
- Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.
- Participar en las vistas o audiencias que se celebren.
- Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley.

En cuanto a la forma de ejercicio de la acusación particular, nada dice la Ley sobre si debe hacerse en la misma forma que en el proceso penal de adultos; es decir, mediante presentación de una querrela o a través del escrito de personación tras el ofrecimiento de acciones. No obstante, habida cuenta de que no cabe la iniciación del proceso de menores mediante querrela, sólo cabe admitir la personación del acusador particular por medio del ofrecimiento de acciones.

La posición de la víctima en el proceso penal de menores es, por tanto, la de una parte principal actora que ejercita su Derecho Fundamental de tutela de sus intereses legítimos, se trate de delitos públicos, semipúblicos o privados conforme al art. 24.1 CE. Ahora bien, se ha reconocido el derecho de la víctima a intervenir a lo largo de todo el proceso penal en su fase declarativa, no así en la de ejecución de las medidas impuestas.

⁴⁸A estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.

Asimismo, hay que mencionar que la tendencia al reconocimiento de los derechos de las víctimas se refuerza tras la última reforma de la LORPM, que da un nuevo contenido al art. 4. Por un lado, se atribuye al Fiscal y al Juez de Menores la obligación de velar por los derechos de las víctimas y perjudicados de las infracciones cometidas por los menores, de tal forma que se les ha de instruir de las medidas de asistencia previstas en la Ley. Por otro lado, el Secretario Judicial debe comunicar a las víctimas y perjudicados todas aquellas resoluciones adoptadas por el Juez o Fiscal que puedan afectar a sus intereses, con independencia de su personación en el proceso. Del mismo modo, notificará por escrito la sentencia que se dicte a las víctimas y perjudicados por la infracción penal, aunque no hayan sido parte en el expediente.

Al igual que una parte importante de la doctrina⁴⁹, coincido al considerar que esta modificación de la Ley supuso un paso adelante en la protección de las víctimas de los delitos cometidos por menores, sin que por ello se debilite el interés superior del menor. De hecho, las medidas a imponer siguen manteniendo una finalidad educativa, independientemente de quién las solicite en el proceso y cuál sea su ánimo o intención.

Finalmente, cabe destacar que queda radicalmente excluida la acción popular en el proceso de menores, en atención del interés del menor, que sigue siendo predominante. En la redacción original del art. 25 ya se hablaba expresamente de la inexistencia de la acción popular. La razón por la cual se reforma este precepto es para introducir la posibilidad de que la víctima pueda ejercer la acusación particular. Por lo tanto, este era el único sentido de la reforma, manteniendo la prohibición tradicional del ejercicio de la acción popular.

3.5. Menor imputado

Se denomina imputado al expedientado menor de dieciocho años y mayor de catorce contra el cual el Fiscal dirige la acción penal por la comisión de un hecho tipificado como delito o falta. En tanto que parte pasivamente legitimada no sólo ostenta los mismos derechos y garantías procesales (art. 24 CE) que el imputado o acusado en el proceso penal de adultos⁵⁰; sino además otros derechos típicos de su minoría de edad, de naturaleza procesal y asistencial, que comparte con sus padres, tutores o guardadores.

⁴⁹ REVILLA GONZÁLEZ, J.A. en VVAA, *Proceso penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, Pág. 77.

⁵⁰ Las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985 (“Reglas de Beijing”), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad de 1990, la Recomendación R(87)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil de 1987, la Recomendación R(2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores de 2003 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, han servido para reconocer al menor los derechos y garantías conquistadas para el proceso penal de adultos.

Pues, aunque se trate de un sistema orientado hacia la educación, no puede dejar de ser un sistema garantista, ajustado, además, a la edad, circunstancias y diferencias individuales propias de los menores.

A ese modelo responde la LORPM, cuyo artículo 22 recoge una relación de derechos que asisten al menor y que suponen la aplicación de las garantías procesales constitucionales.

3.5.1. Derecho a la información

El art. 22.1.a) establece el derecho del menor a ser informado por el Juez, Ministerio Fiscal o agente de Policía de los derechos que le asisten.

Además, el menor tiene derecho a ser informado de la acusación que sobre él recae, pues no es posible ninguna argumentación defensiva sin el previo conocimiento de la imputación formulada. Es por ello por lo que se exige que ésta sea conocida por la persona imputada.

Tal información debe hacerse en términos lo suficientemente claros y precisos, y debe ir más allá de simples alusiones genéricas, pues ello podría impedir el ejercicio del derecho de defensa del menor.

Además, el derecho a la información no debe entenderse agotado en un único acto en el momento de la incoación del expediente; es decir, no es de tracto único. El procedimiento es dinámico en su desarrollo y cambiante dentro de sus fases, por lo que el menor debe ser informado cuando esas variaciones hagan necesaria una ampliación o concreción de la información. De este modo se garantiza al menor, en todo momento, el conocimiento de sus derechos y su posibilidad de ejercicio.

3.5.2. Derecho de asistencia letrada

Tanto los Textos Internacionales relativos a la protección de los Derechos Fundamentales, como las Constituciones y el Derecho interno de los países de nuestro entorno jurídico, reconocen el derecho de defensa como un derecho esencial que asiste al sujeto pasivo del proceso penal. El derecho de defensa se manifiesta en un doble aspecto, de defensa técnica y de autodefensa; por lo que puede ser ejercitado por dos sujetos: el propio imputado y su abogado.

En el proceso de menores, como en el procedimiento abreviado de la LECrim, está prevista la intervención de un abogado que defienda al menor desde el mismo momento de la detención, si la hubiera, o desde la incoación del expediente; esto es, desde que

nace la imputación, sin que sea preceptiva la intervención de procurador. El menor imputado tiene como derecho el de designar a un letrado de su libre elección, y si no lo hiciera se le nombrará uno de oficio.

Como se ha señalado, el derecho de asistencia letrada asiste al menor desde el mismo momento de la detención y antes de la incoación del expediente. La reforma de diciembre de 2006 esclarece la posibilidad de la entrevista reservada del menor con el abogado, incluso antes de prestar declaración policial. Con ello se zanja la polémica surgida a raíz de la interpretación del art. 22.1.b) donde sí se expresaba el derecho del menor a la entrevista reservada, más se dudaba del momento temporal a partir del cual dicho derecho podía ser ejercido, pues el mencionado precepto recoge los derechos del menor desde la incoación del expediente.

En cuanto a la designación del abogado defensor, la LO 8/2006 ha modificado el sistema anterior de designación a través del Juzgado de Menores, por lo que, según establece el actual artículo 22.2, el abogado se nombrará por la Fiscalía. El mencionado precepto dispone que el Expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación y el Fiscal le requerirá junto con sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, se le nombrará de oficio. Una vez producida dicha designación, el Fiscal la comunicará al Juez de Menores.

Además, hay que tener en cuenta que se exige una especialización del letrado en materia de menores. En este sentido, el Consejo General de la Abogacía establece que en los Colegios Profesionales se deben impartir cursos homologados para la formación de aquellos letrados que deseen adquirir la especialización a fin de intervenir ante los órganos de esta jurisdicción.

Se ha planteado si la relación profesional del abogado se entabla exclusivamente con el menor o con éste y sus representantes legales, pues cuando se incoa el expediente el Fiscal requiere al menor y a sus representantes para que designen abogado. Como señalan algunos autores⁵¹, son los representantes legales quienes deben elegir abogado al menor, pues se trata de una competencia incluida en el ámbito de actuaciones propias del ejercicio de la patria potestad. En todo caso, y como indica COLÁS TURÉGANO, lo más adecuado y operativo en la práctica es que la decisión se adopte de común acuerdo entre los padres y el menor, sobre todo en los supuestos de menores de mayor edad. En todo caso, si no se nombra letrado de confianza para el menor, se le designará de oficio entre el turno de especialistas del respectivo Colegio de Abogados.

3.5.3. Derecho a intervenir en la práctica de las diligencias

⁵¹ SAMANES ARA, C en VVAA, *La responsabilidad penal de los menores*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, Pág. 166.

El art. 22.1.c) reconoce el derecho a “intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial” y el de “proponer y solicitar, la práctica de diligencias”. Ahora bien, se permite al Fiscal una valoración para decidir sobre las diligencias solicitadas. La decisión al respecto se presentará de manera motivada para evitar la arbitrariedad.

El rechazo por parte del Ministerio Fiscal no queda sometido a un control judicial directo, pero podrá reiterarse en cualquier momento la solicitud ante el Juez de Menores. Tras presentar los escritos de alegación será cuando el Juez resuelva y, en su caso, se deban practicar las diligencias admitidas.

Ahora bien, hay que mencionar que la Ley establece un tratamiento distinto para el caso de que la diligencia que se solicite sea la declaración del menor. En tal supuesto, cuando alguna de las partes proponga que se lleve a efecto, el Ministerio Fiscal deberá recibirla, salvo que ya hubiera concluido la instrucción.

3.5.4. Derecho de audiencia

El art. 22.1.d) recoge el derecho del menor a ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente. La exigencia de esta audiencia previa a la adopción de una resolución que le afecte directamente se presenta como garante de una contradicción efectiva, y supone la prohibición de que el menor imputado pueda verse perjudicado por una resolución respecto de la cual se ha visto privado de la oportunidad de defenderse.

Bajo el término “audiencia”, en el proceso de menores, cabe distinguir la audiencia previa, a la que se acaba de hacer referencia, de la fase de audiencia. Se han suscitado dudas sobre si es posible la celebración de esta última en ausencia del menor imputado. Nuestro sistema procesal acepta como regla general que la parte pasiva debe estar presente en el acto del juicio oral y que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. Sin embargo, admite determinadas excepciones a ese principio en el juicio de faltas y en determinados supuestos del procedimiento abreviado⁵². Ante el silencio legislativo al respecto, se ha planteado si en el proceso de menores es admisible la celebración del juicio en ausencia del menor.

El Tribunal Constitucional se pronunció en sentido favorable en el Auto 148/1999, de 14 de mayo. Siguiendo la doctrina del TC, la Circular de la FGE 1/2007 llega a la

⁵² Art. 786.1.II LECrim “La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.”

conclusión de la posibilidad de celebración de la audiencia en ausencia del menor, si bien para ello será necesario, en todo caso, “que el menor sea advertido personalmente de la posibilidad de su enjuiciamiento en ausencia si no comparece, que el Fiscal lo solicite expresamente y que existan, a criterio del Juez, elementos suficientes para el enjuiciamiento, debiendo en todo caso ser oída la defensa. La medida que se solicite no deberá sobrepasar en ningún caso los dos años cuando sea privativa de libertad o los seis años, cuando sea de distinta naturaleza, según la redacción del art. 786.1 LECrim”.

3.5.5. Derecho a la asistencia afectiva y psicológica de los padres o de otra persona que indique el menor

La Ley habla de asistencia afectiva y psicológica con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia, además de la asistencia de los servicios del Equipo Técnico. De hecho, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establecen, junto a las garantías procesales básicas, el derecho a la presencia de los padres o tutores en todas las etapas del proceso. En esta línea, el art. 22.e) y f) ha venido a recoger unos derechos de asistencia que tratan de garantizar que el menor pueda afrontar una situación especialmente delicada con la debida asistencia y apoyo.

Para ello es necesario que exista una actitud favorable del menor hacia la presencia parental, percibiéndola como una ayuda para afrontar emocionalmente la situación. Luego, los padres no pueden imponer su presencia, por cuanto ello generaría el efecto contrario al deseado.

3.5.6. Derecho a la asistencia afectiva, psicológica y de los servicios del Equipo Técnico

Desde el inicio del procedimiento, el menor tiene derecho a asistencia afectiva y psicológica por parte del Equipo Técnico, como ya ha quedado explicado en el epígrafe relativo a este órgano.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el derecho que tiene el menor a la asistencia del Equipo Técnico es un derecho-deber. Es decir, se trata de un derecho absolutamente irrenunciable para el menor, pues el Equipo Técnico le asistirá en todo caso, aunque este se niegue, ya que es un requisito imprescindible del procedimiento el informe que este órgano elabora sobre las circunstancias del menor.

Los dos últimos son los derechos más específicos del menor imputado y se caracterizan por su naturaleza asistencial.

Finalmente, hay que hacer referencia al representante del menor. En numerosos trámites del proceso se alude a la necesidad de que el menor acuda con su representante legal. Por ello es importante determinar quién ostenta la representación legal del menor de dieciocho años. Para dar respuesta a esta cuestión se acudirá a la normativa civil sobre la materia. En principio, habrá de asistir al menor el representante de la patria potestad, o sus padres naturales o adoptivos y, en defecto de estos, los tutores, guardadores o acogedores.

El art. 17 LORPM recoge que en los supuestos de detención, cuando el menor no esté asistido por sus representantes legales, será representado por el Fiscal, si bien deberá tratarse de un Fiscal distinto del instructor del expediente.

4. DESARROLLO DE LA INSTRUCCIÓN

4.1. Diligencias Preliminares

La fase de instrucción se inicia con un acuerdo expreso del Fiscal en tal sentido. La apertura de esta fase, mediante la incoación del Expediente de Reforma, no es la consecuencia inmediata y necesaria de la recepción de la *notitia criminis*, sino sólo una posibilidad. Es decir, no toda noticia delictiva que llega a conocimiento de la Fiscalía determina la incoación automática del Expediente de Reforma, sino que dicha información debe ser analizada por el Ministerio Fiscal.

La decisión de iniciar la fase de instrucción, como indica la Circular de la FGE 1/2000, se ha de fundamentar en un doble juicio de valor: de un lado, que los hechos que han llegado a su conocimiento resulten verosímiles, tengan relevancia penal e incriminen a una o varias personas menores de edad; y, de otro, que el interés de tales menores no aconseje evitar la incoación del proceso y su potencial efecto estigmatizador, remitiendo la corrección del menor al ámbito de la propia familia o a las instituciones de protección.

Si bien es posible que estos extremos resulten suficientemente claros a partir de la propia denuncia o atestado, lo habitual es que el Ministerio Fiscal se vea obligado a practicar ciertas diligencias para comprobar su concurrencia y así poder decidir con fundamento si procede o no incoar el Expediente de Reforma. Estas son las llamadas Diligencias Preliminares.

Es decir, debido a los importantes efectos que lleva aparejada la incoación del Expediente, se desaconseja el dictado de esta resolución si se duda razonablemente acerca de la concurrencia de cualquiera de los elementos reseñados anteriormente. Este es el fundamento de la fase preliminar.

Estas diligencias no están expresamente reguladas en la LORPM, por lo que les es de aplicación lo previsto en la LECrim para las diligencias preliminares en el proceso de adultos. No obstante, en la LORPM encontramos una referencia a ellas en su art. 16.2, al disponer que el Ministerio Fiscal “practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido”.

Luego, ante la recepción de una *notitia criminis*, el Fiscal debe decidir si procede o no admitirla a trámite. El Ministerio Público podrá inadmitirla *ad limine* cuando los hechos en ella relatados ni siquiera indiciariamente sean constitutivos de infracción penal, de modo que no llegaría a decretarse la incoación de las Diligencias Preliminares. Por el contrario, si admite a trámite la denuncia, dictará el Decreto de incoación de Diligencias Preliminares y practicará las que estime pertinentes para comprobar el hecho y la responsabilidad del menor.

En cuanto a la práctica de estas diligencias, como se ha indicado, el objeto de las mismas será la realización de una serie de indagaciones que le reporten los datos fácticos y jurídicos necesarios para poder valorar si concurren o no los presupuestos legales para acordar la incoación del Expediente de Reforma. Es decir, con ellas se pretende que el Fiscal disponga de los datos que le permitan decidir razonablemente si procede o no abrir la fase de instrucción, evitando, en su caso, que el menor tenga que sufrir las consecuencias perjudiciales que conlleva la apertura contra él de tal Expediente si éste está abocado al archivo.

En consecuencia, esta actividad investigadora preliminar sólo estará justificada en la medida en que exista la necesidad de despejar ciertas dudas iniciales y razonables que la *notitia criminis* pueda suscitar en torno a la verosimilitud de la imputación, la identidad y edad de los partícipes o la tipicidad penal de la conducta imputada.

Por tanto, como señala la mayor parte de la doctrina⁵³, esta fase previa no puede aprovecharse para llevar a cabo una investigación completa y anticipada de los hechos a espaldas del menor, pues en tal caso se vulneraría su derecho de defensa, ya que es posible que en ese momento no haya sido todavía informado de los hechos que se le imputan, ni de los derechos que le asisten, ni se haya designado abogado defensor. Por tanto, el mantenimiento artificial de esta fase previa puede ser generador de indefensión y podría dar lugar a nulidades del procedimiento.

Tras las averiguaciones realizadas mediante estas diligencias, el Fiscal debe efectuar una valoración sobre si los hechos son delictivos o no, y sobre si tienen autor conocido.

⁵³ Véase a GRANDE SEARA, P. en VV.AA., *Proceso penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 118.

Luego, las Diligencias Preliminares de la Fiscalía pueden concluir de tres formas: decretándose el archivo de las mismas, decretándose el desistimiento de la incoación del Expediente o decretándose la incoación del Expediente de Reforma.

Conforme a lo previsto en el art. 16.2 LORPM, el Fiscal podrá decretar el archivo de las Diligencias Preliminares en dos casos: cuando los hechos imputados al menor no constituyan delito o falta, o bien cuando los hechos no tengan autor conocido. En caso de que no exista certeza sobre estos extremos, la Circular de la FGE establece la posibilidad de que se acuerde el archivo provisional de las diligencias, sin perjuicio de su reapertura posterior si se localizaran nuevos datos o fuentes de conocimiento⁵⁴.

Ahora bien, si existen dudas sobre la verosimilitud de los hechos, la identidad y edad de los partícipes en su ejecución o la tipicidad penal de la conducta denunciada, se deberán seguir practicando las diligencias de investigación que el Fiscal estime pertinentes.

Por otro lado, y como analizaremos detalladamente en epígrafes siguientes, en virtud del principio de oportunidad reglada o intervención mínima que informa el proceso penal de menores, el Fiscal está facultado para desistir de la incoación del Expediente de Reforma cuando, aun concurriendo todos los presupuestos para la apertura del mismo, se cumplan las condiciones previstas en el art. 18 LORPM.

Por último, si tras la práctica de las Diligencias Preliminares, el Fiscal constata que los hechos son constitutivos de delito o falta, que está identificado el presunto autor de los mismos y que se trata de un sujeto de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años; deberá dictar el Decreto de incoación del Expediente de Reforma, salvo que se trate de alguna de las excepciones anteriormente comentadas.

Con esta decisión del Ministerio Fiscal se abre la fase de instrucción propiamente dicha del proceso penal de menores y, como consecuencia, a partir de ese momento, el menor adquiere formalmente la condición de imputado y gozará plenamente de los derechos que le reconoce el art. 22.1 LORPM.

Finalmente, se debe tener en cuenta que el Decreto del Fiscal que pone fin a la fase preliminar, en cualquiera de los supuestos indicados, deberá estar suficientemente motivado, especificando con detalle las causas que han llevado a tal decisión.

4.2. Incoación del Expediente de Reforma

⁵⁴ La Circular de la FGE establece que el archivo provisional de las Diligencias Preliminares “no constituyen decisiones jurisdiccionales y como tales no implican un juicio definitivo sobre el fondo de la cuestión, por lo que nada impide su revisión futura si se localizan nuevos hechos o elementos probatorios que aconsejen la reapertura de las Diligencias Preliminares o la incoación del Expediente de Reforma”.

La incoación del Expediente de Reforma es el acto por medio del cual se abre la instrucción propiamente dicha, quedando las actuaciones posteriores sujetas a los principios y garantías de esta fase procesal. Es de gran importancia el deslinde de este momento especialmente porque los menores implicados en los hechos adquirirán la condición de imputados y, como tal, les serán reconocidos una serie de derechos.

El Expediente de Reforma se inicia con el Decreto del Fiscal por el que acuerda la incoación del mismo. Este Decreto es, en palabras de la Circular de la FGE 1/2000 “la expresión formal de una imputación delictiva sustentada por la autoridad del Ministerio Fiscal”.

Para que se dicte el Decreto de incoación del expediente es necesario que concurran los siguientes presupuestos⁵⁵:

1. Que llegue a conocimiento del Fiscal la *notitia criminis*,
2. Que los hechos puedan subsumirse en algún tipo penal (delito o falta),
3. Que se hayan cumplido las condiciones de procedibilidad exigibles,
4. Que los hechos no estén prescritos,
5. Que los hechos tengan visos de verosimilitud *prima facie*,
6. Que esté identificado el presunto autor como menor de dieciocho años y mayor de catorce al tiempo de comisión de los hechos.
7. Que el interés del menor no exija un desistimiento de la acción en los términos del art. 18.1, porque en tal caso habrá de optarse por el archivo en fase de Diligencias Preliminares.

El art. 20.1 LORPM dispone que se incoará un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de delitos conexos. Se sigue, por tanto, el criterio también observado en el art. 300 LECrim en el que se establece que “cada delito que conozca la Autoridad Judicial será objeto de un sumario”, alejándose del criterio tradicional en la justicia de menores recogido en el art. 159 del Reglamento de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores en el que se especificaba que en cada Tribunal se abriría un expediente por menor y no por cada hecho.

Inmediatamente después de adoptar la decisión de incoar el Expediente, el Fiscal deberá notificarlo al Juez de Menores, al menor imputado y al perjudicado por el hecho delictivo, del modo que se analiza a continuación.

4.2.1. Comunicación al Juez de Menores

Conforme al art. 16 LORPM, “el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes” y ordenará “la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil”.

⁵⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 (VI.2.A).

Pese a que la Ley utiliza la expresión “dará cuenta”, la Circular de la FGE 1/2000 matiza que tal comunicación “no puede ser entendida como un mero formalismo, pues desencadena importantes efectos jurídicos, en la medida en que precipita la constitución de la relación jurídico-procesal, fuerza la incorporación de los pasivamente legitimados como parte necesaria en la pieza principal, y marca el punto de inicio en la tramitación de las Diligencias judiciales y de la pieza separada de responsabilidad civil”.

Por ello, es preciso que el Fiscal remita al Juez de Menores testimonio del Decreto de incoación del Expediente de Reforma, acompañado, en su caso, de copia del atestado policial o de la denuncia recibida. Esta información es indispensable para que el Juez pueda ir adoptando a lo largo de la fase de instrucción las resoluciones que son de su competencia.

4.2.2. Notificación al menor imputado

Desde el mismo momento de la incoación del Expediente, el menor adquiere la condición de imputado y, como tal, se le reconocen una serie de derechos, detallados en el epígrafe desarrollado al efecto, que aparecen reflejados en el art. 22 LORPM y que son una específica manifestación de las garantías procesales consagradas en el art. 24 CE. Por ello, el Fiscal debe notificar inmediatamente la incoación del Expediente al menor imputado, salvo que, conforme al art. 24 LORPM, se hubiese solicitado y el Juez de Menores hubiese acordado el secreto del Expediente.

Con esta notificación, el Fiscal debe informar al menor, además, de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten. Junto con ello, le requerirá a él y a sus representantes legales para que en el plazo de tres días designen abogado defensor, advirtiéndoles que, si no lo hacen, se le nombrará de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados. Una vez notificada al Fiscal la designación del Abogado, aquél la comunicará al Juez de Menores.

4.2.3. Notificación al perjudicado

El art. 22.3 LORPM dispone que el Fiscal debe notificar a quien aparezca como perjudicado la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder, personándose ante el Juez de Menores en la pieza de responsabilidad civil. La Circular de la FGE 1/2000 añade que tal notificación también debe comprender información sobre el derecho a personarse en la pieza principal, como acusador particular, en los términos del art. 25.

Luego, en relación con la acusación particular, el art. 25 LORPM dispone que una vez admitida por el Juez de Menores su personación, se le dará traslado de todas las actuaciones y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses. No obstante, esta disposición ignora que en la fase de instrucción es el Fiscal el que conoce de la causa y, en términos de estricta lógica es al mismo a quien le compete adoptar una resolución sobre la procedencia o no de la personación. La atribución de la competencia al Juez rompe con la coherencia sistemática y procesal de la LORPM⁵⁶.

En todo caso, pues, conforme al tenor literal de la Ley, el que pretenda personarse como acusador particular habrá de dirigirse al Juez de Menores aunque el procedimiento se encuentre en fase de instrucción. Por tanto, esta regulación nos lleva necesariamente a la conclusión de que no podrá personarse el acusador particular en fase de Diligencias Preliminares, pues en esa fase el Juez de Menores no tiene ni constancia ni intervención alguna en el procedimiento.

4.3. Diligencias de instrucción

En el proceso de menores el Fiscal, como director exclusivo de la instrucción, está facultado para practicar u ordenar que se practiquen las diligencias de investigación que considere oportunas para comprobar la perpetración del hecho delictivo, la participación del menor en el mismo y poder proponer medidas de contenido educativo y sancionador más adecuadas a las circunstancias de ese menor.

Esta facultad que ostenta el Fiscal sólo presenta una limitación: no puede practicar por sí mismo ni ordenar la práctica de diligencias de investigación que sean restrictivas de Derechos Fundamentales, pues como ya se ha expuesto en epígrafes anteriores, éstas deben ser autorizadas por el Juez de Menores mediante auto motivado.

Ahora bien, a la hora de acordar la práctica de las diligencias de investigación, el Fiscal también deberá tener presente la indicación de la Circular de la FGE 1/2000 en el sentido de que sólo se deben practicar aquellas diligencias “absolutamente imprescindibles” y que “no se deben reiterar diligencias que la Policía haya practicado en el atestado correspondiente o que el Fiscal haya verificado en fase preliminar”. Con ello se pretende que la tramitación de los Expedientes de menores se realice de forma expedita y sin dilaciones indebidas, lo que implica prescindir de trámites y diligencias innecesarias y, en especial, la erradicación de la viciosa práctica de ratificar o reiterar diligencias que ya han sido llevadas a cabo anteriormente.

⁵⁶ En este sentido, véase LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.*, Ed. Comares, Granada, 2004, pág. 193

Es decir, la instrucción del Fiscal debe tender a la sencillez, principalmente debido a que en el proceso de menores el tiempo juega un papel vital. De hecho, la doctrina⁵⁷ ha resaltado la obligación específica del Ministerio Fiscal de luchar contra las dilaciones. Por ello, no sólo los plazos de prescripción son mucho más breves, sino que, como ya se ha señalado, incluso puede acordarse el desistimiento con base en el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos.

En otro orden de cosas, al margen de las diligencias de investigación que pueda acordar el Fiscal de oficio, el art. 26.1 LORPM prevé que las partes, así el letrado del menor como el de la acusación particular, podrán solicitar la práctica de cuantas diligencias consideren necesarias. En tal caso, el Ministerio Fiscal deberá decidir sobre su admisión o rechazo mediante una resolución motivada.

A los efectos de adoptar esta decisión, el Fiscal, como director de la instrucción, goza de una amplia discrecionalidad, debiendo valorar la pertinencia y utilidad de las diligencias que se le solicitan. Sólo existe una diligencia que, en virtud del derecho de defensa, el Fiscal no podrá rechazar, la declaración del menor.

Como se ha señalado anteriormente, si el Fiscal denegare la práctica de alguna de las diligencias solicitadas por las partes, su decisión no es susceptible de recurso alguno, pero los solicitantes podrán reproducir la petición de diligencias ante el Juzgado de Menores en cualquier momento de la instrucción.

De acuerdo con la LORPM, si el Juez de Menores, contradiciendo el criterio del Fiscal, estima pertinentes las diligencias de investigación solicitadas por las partes, las podrá practicar por sí mismo, tras lo cual dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y a las partes personadas antes de iniciar las sesiones de audiencia.

En caso de que las diligencias de investigación solicitadas por las partes afecten a Derechos Fundamentales, la petición debe pasar por un doble filtro, ya que es necesario que el Fiscal estime la pertinencia de la solicitud y que luego el Juez de Menores acuerde la práctica de la diligencia. No obstante, si la práctica de la diligencia es rechazada por el Fiscal, los interesados la podrán reproducir ante el Juez de Menores.

Por tanto, como ha quedado de manifiesto por todo lo expuesto, pese a ser el Ministerio Fiscal el órgano público que tiene legalmente atribuida la dirección de la instrucción en el proceso penal de menores, determinadas actuaciones de esta fase procesal están encomendadas, por imperativo constitucional, a un órgano jurisdiccional, y en concreto, al Juez de Menores.

⁵⁷ DE URBANO CASTRILLO, E Y DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La responsabilidad penal (...)*, Op. cit., pág. 130.

Por otro lado, aunque la LORPM no establece cuáles son estas diligencias de investigación que puede realizar el Fiscal en el curso del Expediente del Reforma, a la vista de las prescripciones legales reguladas en la LECrim (aunque no son *numerus clausus*), cabe concluir que podrá llevar a cabo, al menos, las diligencias que a continuación se exponen:

- Práctica de la prueba anticipada
- Detención
- Intervención de las comunicaciones
- Realización de ruedas de reconocimiento
- Realización de diligencias de careo

4.3.1. Prueba anticipada

La prueba anticipada es un acto de investigación cuya práctica es ordenada de forma anticipada por el Juez de Menores, pues existen una serie de causas que suponen la irrepitibilidad de la prueba en el acto de juicio oral. Luego, su finalidad es asegurar el resultado probatorio.

Respecto a su naturaleza jurídica, hay diversas posiciones. Autores como ALCALÁ ZAMORA⁵⁸ entienden que la prueba anticipada tiene la consideración de medida cautelar, puesto que pretende asegurar la condena del inculpado. Otro grupo de autores, entre los que podemos destacar a ORTELLS RAMOS⁵⁹ o BARONA VILAR⁶⁰, afirman que la prueba anticipada es provisional y se adopta por motivos de urgencia, por lo que no va destinada en ningún momento a asegurar la efectividad de la sentencia, sino que tan sólo va dirigida a asegurar un hecho del proceso como es el resultado probatorio. A mi parecer, y coincidiendo con la opinión de este último grupo de autores, la prueba anticipada no puede ser considerada una institución cautelar, sino un modo de aseguramiento del resultado probatorio.

No cabe duda de que se trata de un acto urgente y excepcional, dirigido básicamente a recoger las declaraciones de testigos de los cuales exista la sospecha de que no puedan acudir al acto del juicio oral. Por tanto, la prueba anticipada introduce este material en la celebración del juicio oral, pero sin valorar si el mismo es necesario cuando se dicte la sentencia.

⁵⁸ ALCALÁ ZAMORA, N., *Derecho Procesal Penal*. Vol. II, Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, pág. 300.

⁵⁹ ORTELLS RAMOS, M. Y CALDERÓN CUADRADO, M. *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*, Ed. Comares, Granada, 1996, pág. 10.

⁶⁰ BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*. Ed. Comares, Granada, 1995, pág. 15.

Dada la gran importancia que tiene la prueba anticipada, debe ser realizada necesariamente con la intervención del Juez de Menores⁶¹. No obstante, las Audiencias Provinciales, en alguna resolución⁶², han admitido el valor como prueba anticipada de la declaración prestada ante el Fiscal en el proceso de menores, siempre que se respete la contradicción y se proceda a su posterior lectura en el acto de la audiencia.

En la LORPM no se apunta ninguna regulación sobre la posible prueba anticipada, por lo que deberá estarse a lo dispuesto en el art. 777.2 LECrim.

4.3.2. Detención

La detención es una diligencia que consiste en una restricción de libertad de movimientos por una persona autorizada por la ley, en forma de coacción y utilizando la fuerza si es necesario, sobre otra persona presuntamente responsable de un hecho punible por el CP, o bien que se encuentra fugada del centro donde cumplía una resolución privativa de libertad.

La figura de la detención está prevista en el art. 17 CE. Además, para el caso de los menores, el art. 37 del Convenio sobre los Derechos del Niño establece que la detención debe efectuarse como último recurso e, igualmente, en el art. 13 de las Reglas de Beijing se indica que dicha detención debe ser comunicada a su representante legal, utilizándose la máxima diligencia para evitar que la misma se alargue de forma excesiva y, en todo momento, debe procurarse el bienestar del menor.

Esta diligencia lo que pretende es la identificación de la persona privada de libertad (en este caso, el menor), la comprobación de su participación en la actividad delictiva contraria al ordenamiento jurídico de la que se cree responsable, recoger si existen los objetos que se hayan utilizado para su perpetración junto con las declaraciones que le incriminan y, finalmente, su puesta a disposición del órgano instructor. Una vez comprobada la participación del menor, se informa a sus representantes legales y al Ministerio Público. Posteriormente, el Fiscal debe decidir si el menor es dejado en libertad o es puesto a disposición judicial.

⁶¹ La STC 40/1996, de 27 de febrero, exige como requisito para admitir este tipo de pruebas el de “que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de instrucción”.

⁶² “La Ley Orgánica 5/2000 ha introducido una novedad en nuestro ordenamiento procesal penal, pues otorga la instrucción al Ministerio Fiscal. El TC en su doctrina exige que la prueba preconstituida se practique ante el instructor y con carácter excepcional puede practicarla, por razones de urgencia la policía. El fundamento de esa exigencia está en que el Juez instructor es el garante de los derechos del imputado, pero el Ministerio Fiscal ha sustituido al instructor y ha asumido, conforme al art. 6º, la defensa de los derechos de los menores, defensa que ya está contemplada en el art. 124 CE, y en el Estatuto del Ministerio Fiscal, por ello, la prueba practicada por el Ministerio Fiscal, siempre que reúna los requisitos establecidos por el TC, tendrá valor de prueba preconstituida, y en definitiva valor de prueba de cargo.” STS 114/2002. Pte: Ingelmo Fernández, Ana.

Al igual que ocurre en el proceso de adultos, en el proceso de menores es necesario que concurran determinados presupuestos para poder llevar a cabo la detención. Estos presupuestos consisten en el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Es decir, la detención debe estar, en todo caso, justificada.

La detención no contiene la característica de la jurisdiccionalidad, toda vez que no se acuerda como consecuencia de una resolución judicial ni tampoco a consecuencia de un proceso pendiente⁶³. Suele llevarse a efecto por miembros y fuerzas de la seguridad del Estado, denominada detención gubernativa, o incluso por particulares. Luego, cuando se practica la detención estamos en presencia de una actuación fáctica que, por su urgencia, se adopta sin contradicción ni soporte documental que disponga qué requisitos concurren para privar a una persona de su libertad. Es por ello por lo que parte de la doctrina⁶⁴ ha descrito la detención como una medida cautelar provisionalísima, en lugar de como una diligencia de instrucción, puesto que tiende a asegurar la incoación del proceso.

En lo relativo al tiempo que debe durar la detención del menor, la LORPM impone dos plazos máximos. En primer lugar, prevé un plazo máximo de 24 horas, destinado a que los funcionarios o autoridades pongan al menor, una vez sea detenido, a disposición del Ministerio Público. El segundo plazo máximo previsto es de 48 horas, a computar también desde el mismo momento de la detención, para que el Fiscal resuelva si el menor es puesto en libertad o si solicita la adopción de una medida cautelar personal ante el órgano competente con el fin de asegurar la eficacia del proceso.

El art. 17.2 CE establece que el plazo máximo de detención es de 72 horas. Por ello, ha surgido la problemática de si debe prevalecer el plazo establecido para los menores o el indicado en nuestra Ley fundamental. En la situación actual, al estar en presencia de una Ley especial, el legislador ha considerado que entre las diligencias policiales y las actuaciones del Ministerio Público, no se pueden superar las 48 horas a partir de la detención del menor. Ahora bien, existen opiniones en contra de esta situación⁶⁵, pues hay quien considera que ambos plazos se tienen que sumar, de forma que se igualarían al límite de las 72 horas que establece el propio art. 17.2 CE y estaría dentro del marco constitucional.

Los plazos dispuestos por la Ley no deben agotarse si no es estrictamente necesario, pues la detención sólo durará el tiempo suficiente para identificar y consignar los hechos cuando se esté en presencia policial y para adoptar una medida cautelar personal cuando esté a disposición del Ministerio Público. En caso de que se sobrepase el tiempo regulado en la LORPM, la detención se convierte en ilegal.

⁶³ ASENSIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 195.

⁶⁴ Véase ALCALÁ ZAMORA, N., *Derecho Procesal (...)*, Op. cit., pág. 273.

⁶⁵ CEZÓN GONZÁLEZ, C. *La nueva Ley Orgánica de la responsabilidad penal de los menores*, Ed. Bosch, Madrid, 2001, pág. 83.

En cuanto la forma en que se lleva a cabo la detención del menor, el legislador, siguiendo los Textos Internacionales⁶⁶, ha establecido que debe realizarse del modo que menos perjudique al menor, utilizando siempre un lenguaje que se acomode a la comprensión de éste. Es más, el art. 3 RLORPM indica que una vez detenido el menor mientras esté bajo la guarda de los funcionarios de la Policía, que es aconsejable que no vistan uniforme para no estigmatizarlo, deberá ser conducido a un lugar destinado específicamente para ellos que estará separado del de los adultos. El mismo precepto impone la obligación de que mientras dure la privación de libertad se le ofrecerán al menos unas condiciones de intimidad, sanidad, vestimenta y alimentos adecuados.

Por último, respecto a la declaración del menor detenido, como así indica el art. 17.2 LORPM, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor. En defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por una persona distinta del instructor del expediente. Es decir, concurrirían dos Fiscales con papeles teóricamente antagónicos en un mismo acto procesal.

Para que la infracción de las disposiciones sobre la declaración del menor detenido pueda generar nulidades es necesario que se acredite haber ocasionado indefensión. En todo caso, habrá de considerarse nula y no podrá otorgársele ningún valor probatorio a la declaración del menor ante la Policía sin asistencia letrada y sin la presencia de familiares o del Fiscal.

Como se ha mencionado en epígrafes anteriores, tras la reforma LO 8/2006 se introduce un párrafo segundo al art. 17.2 conforme al que el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.

4.3.3. Intervención de las comunicaciones

Por intervención de las comunicaciones se entienden todos aquellos actos de investigación tendentes a obtener datos referidos a un sujeto imputado y un concreto delito partiendo del contenido de su correspondencia, bien sea ésta postal, telegráfica o telefónica⁶⁷.

El sujeto pasivo de esta diligencia habrá de ser un menor de edad en la fecha de comisión del hecho investigado, debiendo ser al mismo tiempo titular del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque no tiene que coincidir necesariamente con el

⁶⁶ Principio 10 de las Reglas de Beijing, Recomendación R(87)20 sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil de 17 de septiembre de 1987, art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y la Recomendación Rec(2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su punto III.15.

⁶⁷ ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal (...)*, pág. 179.

dueño del teléfono intervenido, en cuyo caso habrá la Policía de abstenerse de escuchar y grabar conversaciones ajenas al destinatario de la medida⁶⁸.

Lógicamente, se solicitará simultáneamente a la intervención telefónica la declaración de secreto del expediente a fin de evitar la frustración de la efectividad de la medida, puesto que si el imputado tiene acceso a las actuaciones y conoce la diligencia acordada, ésta carecerá de sentido.

Distinta a la intervención de comunicaciones es la problemática derivada del examen de memoria del teléfono móvil, que ha sido abordada por la jurisprudencia del TC y del TS en numerosas sentencias⁶⁹, partiendo de que “la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza el proceso de comunicación del mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”. Luego, en este contexto, la injerencia en el derecho a la intimidad “puede ser realizada por la Policía Judicial cuando exista un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”. Estos mismos criterios son aplicables a la intervención del correo electrónico.

4.3.4. Ruedas de reconocimiento

El reconocimiento en rueda es un acto de investigación que consiste en que la víctima o el testigo del delito cometido reconozcan a su autor entre un grupo de personas. Si esta diligencia se practica con todas las garantías, goza de valor probatorio, siempre y cuando el testigo se ratifique en su reconocimiento en el acto del juicio oral a los efectos de permitir su contradicción.

Esta diligencia no es preceptiva, sino que el Juez la acuerda de oficio o a petición de las partes sólo cuando existan dudas de identidad, por lo que no será necesario cuando los testigos o sujetos pasivos del hecho delictivo reconozcan y señalen de manera inequívoca y firme a la persona imputada, de tal manera que resulte redundante la práctica de tal diligencia⁷⁰.

Se ha planteado por la doctrina⁷¹ y la jurisprudencia si esta diligencia puede realizarse en el proceso de menores. Esta cuestión ha recibido una respuesta positiva por parte del Auto de 25 de abril de 2000 emitido por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el cual deja claro que es factible practicar esta diligencia en el procedimiento

⁶⁸ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal (...)*, Op. cit., pág. 74 con cita de la STS de 25 de junio de 1993.

⁶⁹ SSTC núm. 70/2002 y 120/2002, y SSTS núm. 316/2000, 1235/2002, 1086/2003 y 1397/2005.

⁷⁰ Véase SAP Madrid, sec. 4ª, núm. 75/2004, de 20 de abril.

⁷¹ DE URBANO CASTRILLO, E Y DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La responsabilidad penal (...)*, Op. cit., pág. 135.

de menores al entender que no conculca el derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor, ni atenta al interés superior de éste.

La materia ha sido expresamente abordada por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio que en su art. 2.10 establece que “cuando para la identificación de un menor haya de acudir a la diligencia de reconocimiento prevista en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dicha diligencia solo podrá llevarse a cabo con orden o autorización del Ministerio Fiscal o del Juez de Menores según sus propias competencias”.

4.3.5. Diligencias de careo

La LORPM es reticente a la utilización de la diligencia de careo entre el menor y su víctima, tanto en la fase de instrucción como en fase de audiencia, y así, al reglamentar las posibilidades de proposición de prueba del acusador particular personado, aclara que “el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si ésta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos”.

Por medio de este precepto el legislador parece que trata de proteger al menor infractor evitando una confrontación directa con la víctima.

4.4. Conclusión de la instrucción

La Circular de la FGE 1/2000 señala, en su apartado VI.4, que “la instrucción concluye tan pronto como el Fiscal ha conseguido reunir los datos de hecho y elementos de juicio precisos para resolver sobre la prosecución del procedimiento”. Por tanto, practicadas las diligencias de investigación que se hayan estimado pertinentes y aportados los informes técnicos necesarios para alcanzar los fines de la instrucción, el Ministerio Fiscal ha de resolver sobre la procedencia de concluir la instrucción incoada.

Con la conclusión de la instrucción se abre la fase equivalente a la denominada fase intermedia en el proceso de adultos. En el proceso de menores presenta la importante peculiaridad de que no es el Juez el encargado de determinar cuándo finaliza la instrucción, sino el Fiscal. Luego, la competencia para decidir sobre la finalización de la instrucción queda en manos del Fiscal, sin que sea posible legalmente que éste sea requerido por el Juez para que remita el expediente.

La resolución por la cual se acuerdan estos extremos debe ser comunicada a las partes personadas, tanto a la acusación particular como a la defensa, aunque la omisión de esta comunicación no arrastra necesariamente un vicio de nulidad⁷².

Esta resolución es irrecurrible, sin perjuicio de los mecanismos que la LORPM otorga al Letrado del menor y a la acusación particular para plantear ante el Juez las denegaciones de diligencias por parte del Fiscal.

La consecuencia inmediata de la conclusión de la instrucción será la remisión de lo actuado al Juez de Menores. Previamente a esta remisión, el Fiscal habrá de formular un escrito de alegaciones, equivalente al escrito de calificación previsto en el art. 650 LECrim para el proceso de adultos, aunque modulado por las peculiaridades de la jurisdicción de menores. La Circular de la FGE 1/2000 señala que este escrito de alegaciones se fundamenta en un doble juicio de valor:

- a) Que la participación del menor en los hechos punibles denunciados aparece suficientemente justificada con base en el número y calidad de las diligencias de investigación reunidas,
- b) Que las circunstancias personales y sociales del menor aconsejan la imposición de alguna de las medidas educativas previstas en la Ley.

En caso de que el primer juicio de valor resulte negativo, porque a la vista de las diligencias practicadas se aprecia la concurrencia de alguna de las causas de sobreseimiento previstas en los arts. 637 y 641 LECrim, el Fiscal habrá de remitir el Expediente al Juez de Menores acompañado de una propuesta de sobreseimiento, libre o provisional, y archivo de las actuaciones. Junto a esta petición de sobreseimiento se prevé también la posibilidad de remitir los particulares necesarios a la entidad pública de protección de menores en su caso; es decir, cuando concurra una situación de desamparo o riesgo para el menor. No obstante, esta posibilidad de remitir testimonio a efectos de protección también puede realizarse cuando se formule escrito de alegaciones, si las circunstancias así lo exigen o aconsejan.

Cualquiera de estas decisiones del Ministerio Fiscal determina la conclusión de la fase de instrucción y la apertura de la denominada fase intermedia, cuyo objeto es que el Juez de Menores valore las circunstancias del caso y los escritos de alegaciones presentados por las partes a efectos de decretar la apertura de la audiencia o, en su caso, el sobreseimiento de la causa.

4.5. Manifestaciones del principio de oportunidad

⁷² Véase SAP Madrid, sec. 4ª, núm. 75/2004, de 20 de abril y la SAP Madrid, secc. 4ª núm, 96/2005, de 26 de mayo.

Con base en el principio de oportunidad, se permite excepcionar la regla general de aplicación del principio de legalidad. Por consiguiente, se renuncia a llevar a cabo un proceso penal cuando sea político-criminalmente ineficaz, inadecuado o contraproducente. En tales supuestos, se acudirá a otros mecanismos que eviten estas indeseables consecuencias.

Esto es debido a que a través del Derecho Procesal Penal de menores no se trata sólo de ejercitar el *ius puniendi* estatal, sino de dar una respuesta resocializadora al menor infractor. En ocasiones, se considera que la finalidad retributiva del proceso se va alcanzar de modo más satisfactorio con otras medidas, de tal forma que la fase instructora *stricto sensu* del procedimiento no llegará a iniciarse.

No existe la finalidad de retribución, por lo que, si no se vislumbran posibles beneficios del procedimiento, la Ley autoriza a poner fin al mismo anticipadamente, de forma que no llegará a iniciarse.

En la fase de instrucción destacan por su importancia dos situaciones reguladas en los arts. 18 y 19 LORPM. El primer precepto regula el desistimiento de la incoación del expediente ante la escasa gravedad del hecho cometido por el menor. Por su parte, el art. 19 regula el sobreseimiento del procedimiento ya incoado, de someterse el menor a un proceso de conciliación o reparación con la víctima o perjudicado.

Por tanto, el principio de oportunidad se traduce en la posibilidad de no abrir el procedimiento o renunciar al mismo, en el resarcimiento anticipado o en la conciliación entre el infractor y la víctima.

4.5.1. Desistimiento de la incoación del Expediente de Reforma

El desistimiento de la incoación del expediente está regulado en el art. 18 LORPM. Este precepto es la máxima expresión del principio de oportunidad, ya que faculta al Ministerio Fiscal a no ejercer la acción penal pese a la existencia un hecho que reviste caracteres de delito y un autor conocido, exigiendo la concurrencia de unos presupuestos y de unos requisitos.

En virtud del principio de intervención mínima, los Textos Internacionales⁷³ aconsejan que para resolver los conflictos derivados de la comisión por un menor de una infracción penal se evite recurrir a los procedimientos judiciales siempre que sea posible. El art. 18 es una muestra de la desjudicialización.

Por tanto, este artículo introduce el principio de oportunidad y representa la discrecionalidad frente a la legalidad, pero una discrecionalidad reglada.

⁷³ Véase art. 40.3.c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, reglas 11 y 12 de las Reglas de Beijing, Resolución 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La decisión del Ministerio Fiscal de desistimiento ha de estar debidamente motivada, no sólo porque implica la no incoación del expediente, sino porque, sin intervención judicial, se atribuye al menor la comisión de un hecho punible y la consiguiente imposición de unas medidas atípicas. Luego, el desistimiento debe motivarse en el cumplimiento de una serie de requisitos, que son los siguientes:

- “Que los hechos constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas”⁷⁴.
- “Que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza”.

Este último requisito es objeto de debate, pues la interpretación del precepto plantea dudas. Se discute sobre la expresión “hechos de la misma naturaleza”. Un sector doctrinal⁷⁵ considera que debe ser interpretado en sentido estricto como carencia de antecedentes penales por hechos de la misma naturaleza, de tal manera que sólo la existencia de una sentencia condenatoria puede certificar que el menor ha cometido tales hechos.

En cambio, otro sector doctrinal⁷⁶, con el que coincido plenamente, entiende que la Ley no exige la necesidad de sentencia condenatoria, al considerar que el art. 18 se refiere a hechos, no a delitos por los que el menor ha sido ejecutoriamente condenado. Dada la redacción del mismo, que habla de “hechos” y no de delitos ejecutoriamente condenados, habrá de incluir todos aquellos de los que el Ministerio Fiscal hubiere tenido conocimiento por cualquier medio. A este respecto sería conveniente la creación de un sistema de registro único con comunicación inmediata y fluida entre Fiscalías, para que el Fiscal tuviera conocimiento de la comisión de hechos delictivos en varios territorios de la geografía nacional.

El desistimiento no supone la inexistencia de consecuencias jurídicas derivadas de la comisión del hecho por el menor infractor. De cumplirse los requisitos expuestos, se dará cuenta de los hechos a la entidad pública de protección de menores a efectos de aplicar al menor el régimen previsto en el art. 3, relativo a los menores de catorce años que cometen delitos. Pese a los términos taxativos e imperativos del precepto, ha de entenderse, por la mayoría de la doctrina y como hace la Circular de la FGE 1/2000, que dicho testimonio sólo deberá remitirse en los supuestos que de lo actuado se deriven

⁷⁴ Con respecto a las faltas, y dada la redacción de este artículo, pueden ser objeto de desistimiento todas las faltas, aunque en las mismas concurra violencia o intimidación, como por ejemplo, en las faltas de lesiones.

⁷⁵ Véase a POZUELO PÉREZ, L. en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Cizur Menor, 2008, pág. 270

⁷⁶ SANZ HERMIDA, A.M. en GÓMEZ RIVERO, C. (coord.), *Comentarios a la legislación penal de menores*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2007, págs. 181-182.

indicios para pensar que el menor pueda encontrarse en una situación de riesgo o desamparo que precisa de medidas de protección en el orden civil. Por tanto, deben arbitrase los mecanismos para que al menor se le apliquen las medidas que correspondan en el ámbito familiar o por parte de las entidades públicas competentes en materia de protección de menores.

En cuanto a la tramitación de la pieza de responsabilidad civil, la LO 8/2006 ha establecido que en caso de que se produzcan algún tipo de daños y perjuicios a reclamar por el perjudicado, no le quedará más remedio a éste que acudir a la jurisdicción civil ordinaria para su reclamación. De ahí que el propio art. 18 establezca la obligación al Ministerio Fiscal de comunicar a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.

4.5.2. Sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima

Se trata de otra manifestación del principio de oportunidad en la fase de instrucción. La conciliación o reparación del menor con la víctima tiene una singular importancia, siendo expresión de las modernas corrientes en Derecho Penal que abogan por la desjudicialización de las infracciones penales de menor entidad, reservando la intervención penal en sentido estricto para los casos de mayor gravedad en una clara aplicación del principio de intervención mínima.

El art. 19 LORPM da la posibilidad al menor de resolver los conflictos previamente sin que aparezca la presión de la sanción penal. El Fiscal puede desistir del expediente ya incoado cuando concurran los siguientes requisitos:

- El hecho imputado al menor ha de ser un delito menos grave⁷⁷ o una falta.
- Se tendrá en cuenta la falta de violencia o intimidación graves, si bien no es un requisito excluyente.
- La conciliación del menor con su víctima, el compromiso de reparar a la víctima o de cumplir la actividad educativa que le haya propuesto el Equipo Técnico en su informe.

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. Sin embargo, debemos distinguir ambos procesos.

⁷⁷ A estos efectos, por delitos menos graves habrá de entenderse los que conforme a los arts. 13 y 33 CP merecen tal calificación.

La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse⁷⁸. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón.

En la reparación, el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones adaptadas a las necesidades del sujeto cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado⁷⁹. Todo ello con independencia del pacto al que hayan llegado las partes en materia de responsabilidad civil. Es decir, en el proceso de reparación normalmente se abordarán ambas cuestiones, sin embargo, no cabe confundirlo pues el proceso va dirigido de forma principal a la resolución del conflicto penal sin perjuicio que de forma accesoria se alcance un acuerdo respecto a la reparación civil.

Ahora bien, parece extraerse tanto del concepto de reparación como del de conciliación la necesidad de bilateralidad; es decir, parece necesario que exista perdón de la víctima. Se plantea la duda de qué ocurre cuando el menor reconozca y pida disculpas pero la víctima no las acepte. Para la realización de un proceso de mediación es necesaria la concurrencia de ambas voluntades. No obstante, en el supuesto de que la víctima no acepte las disculpas, el Fiscal valorará la actitud positiva del menor dispuesto a conciliarse a la hora de decidir sobre el sobreseimiento, si considera suficiente el reproche⁸⁰.

Es decir, para la LORPM lo esencial no es tanto que el menor haya logrado la conciliación o haya cumplido los compromisos de reparación asumidos con la víctima cuanto que efectivamente concurra en él la voluntad en cumplir esos objetivos. Luego, si existe plena disponibilidad del menor hacia la reparación, aunque no llegue a producirse, ésta puede desplegar su eficacia desjudicializadora.

De acuerdo con la LO 5/2000, los mediadores son los miembros del Equipo Técnico. Sin embargo, el Reglamento de la Ley hace referencia a otras personas que pueden llevar a cabo la mediación, como puede ser la Entidad Pública, que se entiende que son los organismos competentes de las Comunidades Autónomas, o incluso otras Entidades que la Comunidad Autónoma ponga a disposición de los Jueces y Fiscales.

El procedimiento de mediación lo inicia el Ministerio Fiscal a la vista de las circunstancias o bien a instancia del Letrado del menor. Se solicitará al Equipo Técnico un informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y de la víctima. El Equipo Técnico citará al menor, a sus

⁷⁸ COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal (...)*, Op.cit., Pág. 326.

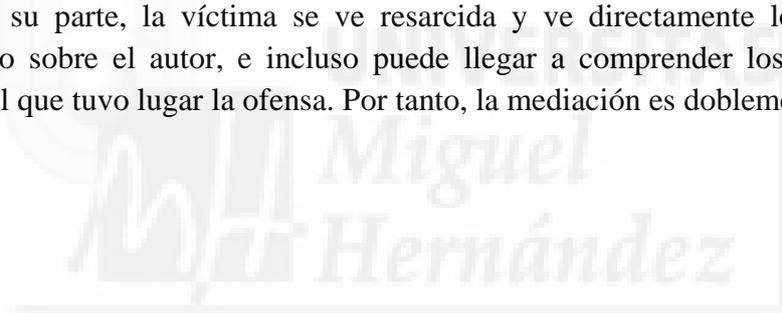
⁷⁹ PÉREZ MARTELL, R., *El Proceso del (...)* Op, cit., Pág. 240.

⁸⁰ COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal (...)*, Op.cit., Pág. 327.

representantes legales y a su letrado y les expondrá la posibilidad de iniciar un procedimiento de mediación. Si el menor y sus representantes aceptan, el Equipo Técnico se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o no con la mediación. Si ésta se muestra conforme, se citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. Finalmente, el Equipo Técnico pondrá en conocimiento del Fiscal el resultado del proceso de mediación, informando de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

Producida la conciliación o cumplidos los compromisos asumidos por el menor, o no pudiéndose cumplir por causas ajenas a su voluntad, el Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. En caso de no cumplir el menor con los compromisos adquiridos por causas a él imputables, el Fiscal continuará con la tramitación del expediente.

A mi parecer, el sobreseimiento por reparación o conciliación tiene una valoración muy positiva, pues con ella se puede atender de manera más satisfactoria los intereses tanto del menor responsable del hecho como de la persona ofendida por el delito. Con el procedimiento de mediación el menor se enfrenta al mal causado con su acción desde una perspectiva más socializadora y educativa que con la simple imposición de la sanción. Por su parte, la víctima se ve resarcida y ve directamente los efectos del procedimiento sobre el autor, e incluso puede llegar a comprender los motivos y el contexto en el que tuvo lugar la ofensa. Por tanto, la mediación es doblemente positiva.



5. CONCLUSIONES

1. Como se indica en su Exposición de Motivos, la LORPM tiene una naturaleza educativa. Sin embargo, la Ley no sólo tiene esta finalidad, ya que no se ajusta fielmente a tal resultado. Esto es debido a que, además de vocación educativa y de reinserción, la LORPM impone medidas de naturaleza formalmente penal, pues exige una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores.
2. Respecto de la franja de edad en la que deber ser aplicable la LORPM, se propone lo siguiente: 1) En la sociedad en la que hoy nos movemos, dominada por el flujo de las nuevas tecnologías, no puede seguir manteniéndose el límite mínimo de responsabilidad penal a los catorce años, puesto que los menores tienen una mayor conciencia de las conductas permitidas y prohibidas. Por ello, sería conveniente disminuir el límite mínimo a los doce años, edad en la que todos los ciudadanos tienen acceso a la información y, además, tienen capacidad de comprenderla. 2) El límite máximo de edad de aplicación de la LORPM debería rebajarse de los dieciocho a los dieciséis años, al menos en delitos más frecuentes a estas edades, como puede ser el acoso escolar o los abusos sexuales, ya que con dicha edad los menores son plenamente conscientes de sus actos y, por ello, se les debe exigir responsabilidad por sus hechos delictivos. Se entiende, pues, que a partir de los dieciséis años sería de aplicación el CP. 3) La LO 8/2006 suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la LORPM a los llamados “jóvenes”, que son los menores con edades comprendidas entre los dieciocho y los veintiún años. Es una decisión acertada puesto que los jóvenes son mayores de edad y, por consiguiente, no debe tratárseles como menores a efectos penales. Luego, ha de aplicárseles la LECrim exclusivamente.
3. La Fiscalía General del Estado debería reconsiderar su decisión de no admitir la iniciación del proceso de menores por querrela, pues al permitirse la personación del ofendido como acusador particular, carece de sentido que no se acepte esta forma de iniciación del procedimiento. El hecho de que los ofendidos tengan que presentar una denuncia o un escrito de personación ante el Juzgado de Menores para el ofrecimiento de acciones es una traba para el ejercicio de la acusación particular.
4. A la vista de lo preceptuado en el art. 25 LORPM, en función del cual la acusación particular debe personarse ante el Juez de Menores, se puede extraer la conclusión de que la víctima que pretenda participar en el proceso como acusador particular habrá de dirigirse únicamente al Juez de Menores y en ningún caso al Ministerio Fiscal, aunque el procedimiento se encuentre en la fase de instrucción. Por consiguiente, no podrá personarse el acusador en la fase de Diligencias Preliminares, pues en ella no tiene intervención el órgano judicial.

5. El reconocimiento de los derechos de las víctimas se refuerza tras la última reforma de la LORPM, en la que se permite su personación en el proceso como acusación particular. Esta modificación de la Ley supone un paso adelante en la protección de las víctimas de los delitos cometidos por menores, sin que ello debilite el interés superior del menor, pues las medidas siguen manteniendo una finalidad educativa, con independencia de quién las solicite.
6. Como ocurre en el proceso de menores, en el resto de procesos penales también debería otorgarse la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal, dejando las restantes funciones de esta fase en manos del Juez. Se respeta en mayor medida la independencia del órgano jurisdiccional, al ser quien sostiene la acusación, es decir, el Ministerio Fiscal, el que se encargue de esclarecer los hechos. Con ello no sólo se evitan los efectos “contaminantes” de la instrucción sobre la imparcialidad del Juez, sino que también se concentra la actuación judicial en sus funciones típicas de enjuiciamiento y de protección de los Derechos Fundamentales a lo largo del proceso.
7. El Juez de Menores mantiene su imparcialidad objetiva porque tiene funciones diferentes en la fase de instrucción y en la fase de enjuiciamiento. Durante la fase de instrucción no realiza un examen exhaustivo sobre la culpabilidad del imputado, como sí hace en la fase de enjuiciamiento; ya que la naturaleza de las resoluciones dictadas en esta primera fase no es investigadora, sino que tiene carácter netamente formal, no llegando a pronunciarse sobre el fondo del asunto.
8. La Circular de la FGE 1/2000 establece que los Decretos que adopte el Fiscal en el curso del procedimiento no son susceptibles de recurso alguno. Cabría plantearse si ello vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto se impide a las víctimas ejercer su derecho a que el Juez revise una decisión. Por ello, debería permitirse, en todo caso, que los Decretos del Ministerio Fiscal sean recurribles, al ser decisiones con efecto en la causa y que afectan directamente a los derechos e intereses de las partes.
9. Cuando el art. 18 LORPM, relativo al desistimiento de la incoación del expediente, utiliza la expresión “hechos de la misma naturaleza” está haciendo referencia a hechos, no a delitos por lo que el menor haya sido condenado. Al no exigir la necesidad de sentencia condenatoria, habrá de incluir todos aquellos hechos de los que el Ministerio Fiscal hubiere tenido conocimiento por cualquier medio. Luego, sería conveniente crear un sistema de registro único con comunicación inmediata y fluida entre Fiscalías. Asimismo, el mencionado artículo es una muestra de la desjudicialización que aconsejan los Textos Internacionales en los conflictos derivados de la comisión por un menor de una infracción penal, ya que dicho precepto faculta al Ministerio Fiscal a no ejercer la acción penal y desistir de la incoación del expediente pese a la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y un autor conocido.

10. La mediación aporta una visión doblemente positiva, pues atiende de manera más satisfactoria a los intereses tanto del menor responsable del hecho como de la persona ofendida por el delito. Por un lado, la víctima se ve resarcida y ve directamente los efectos del procedimiento sobre el autor y, por otro, el menor se enfrenta al mal causado con su acción desde una perspectiva más socializadora y educativa que con la simple imposición de la sanción. Por tanto, sería conveniente su extensión al proceso de adultos.



BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA, N., *Derecho Procesal Penal*. Vol. II, Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., “Detención ilegal, agresión sexual y asesinato cometido por menores (Caso “Sandra Palo”)", *La Ley Penal*, núm. 1, enero 2004.

ALTAVA LAVALL, M.C., “Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española”, en *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Universidad Jaime I, 2006.

ALTAVA LAVALL, M.C., “El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes” en *Justicia penal de menores y jóvenes*, Ed. Dykinson, 2001.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

AYO FERNANDEZ, M., *Las garantías del Menor Infractor*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*. Ed. Comares, Granada, 1995.

CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica de la responsabilidad penal de los menores*, Ed. Bosch, Madrid, 2001.

COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, Ed. Civitas, Madrid, 2009.

DE URBANO CASTRILLO, E., “Comunicación los recursos en la LORPM” en *La Responsabilidad Penal de los Menores*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

DE URBANO CASTRILLO, E Y DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La responsabilidad penal de los menores*, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Ed. Tirant monografías, Valencia, 2005.

GARCÍA PÉREZ, O., “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Enero 1999.

GIMENO SENDRA, V., “El proceso penal de menores”, *Diario La Ley*, 2001, tomo VI, D-208.

GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Ed. Thomson Aranzadi, 2003.

HIGUERA GUIMERA, J.F., *Derecho Penal Juvenil*, Ed. Bosch, Madrid, 2003.

LANDROVE DÍAZ, G., “Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *La Ley*, año XXI, núm. 5084, 27 de junio de 2000, en <http://www.laley.net>.

LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.*, Ed. Comares, Granada, 2004.

MARTÍNEZ SERRANO, A., “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de menores establecidos en la LO 5/2000”, en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho judicial, Murcia, 2001.

MORENILLA ALLARD, P., *El proceso penal del menor*, Ed. Colex, Madrid, 2007.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal de menores*, Ed. Bosch, Madrid, 2007.

ORTELLS RAMOS, M. Y CALDERÓN CUADRADO, M. *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*, Ed. Comares, Granada, 1996.

PÉREZ MARTELL, R., *El Proceso del Menor*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

PORTAL MANRRUBIA, J., *Medidas cautelares personales en el proceso de menores*, Grupo Difusión, Madrid, 2008.

POZUELO PÉREZ, L. en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Cizur Menor, 2008.

SAMANES ARA, C en VVAA, *La responsabilidad penal de los menores*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal* núm. 33, Madrid, 2000.

SANZ HERMIDA, A., *El nuevo proceso penal del menor*, Editorial de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2002.

SANZ HERMIDA, A. en GÓMEZ RIVERO, C. (coord.), *Comentarios a la legislación penal de menores*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2007.

TAPIA PARREÑO, J.J., “El derecho al juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de los Juzgados de menores, su posible inconstitucionalidad y la

sentencia del Tribunal constitucional de 17 de marzo de 1995”, *La Ley*, Núm. 3805 de 20 de junio de 1995.

TOMÁS ANDRÉS. J.M., *Responsabilidad penal de los menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2003.

VV.AA., *Proceso penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

