



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Administrativo, Financiero y Procesal

Área de conocimiento: Derecho Procesal

Curso 2016/2017

Estudiante: Carmen Sánchez Rodríguez

Tutora: Isabel Huertas Martín

Febrero de 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Administrativo, Financiero y Procesal

Área de conocimiento: Derecho Procesal

El proceso penal de menores

(Especial referencia al principio de oportunidad)

Spanish juvenile justice system

(Special mention to alternative dispute resolutions)

Estudiante: Carmen Sánchez Rodríguez

e-mail: carsanrod0@gmail.com

Tutora: Isabel Huertas Martín

RESUMEN

El presente trabajo trata de analizar cómo está constituido el proceso penal de menores en España, desde el momento de la incoación del expediente, en su caso, de un menor que presuntamente ha delinquido, hasta el de aplicación de medidas “punitivas” por parte de los tribunales especializados.

Se analizará el concepto de responsabilidad penal, no sólo tal y como se entiende en el Derecho español sino también en el Derecho comparado, para así explicar la importancia de la existencia de un sistema independiente y específico para los casos de comisión de delitos por menores, garantía protectora y diferenciadora respecto de la responsabilidad criminal de los adultos.

El estudio se centrará en las novedades establecidas por la LO 8/2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y en la introducción de mecanismos alternativos al sistema tradicional punitivo, como son la conciliación, mediación y, especialmente, el principio de oportunidad, estrictamente ligado con el principio de proporcionalidad en las medidas sancionadoras y con el interés superior del menor, cuya protección debe primar en todo el proceso.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal del menor; Principio de oportunidad; Conciliación y mediación; LO 5/2000; LO 8/2006

ABSTRACT

The objective of this paper is to explain how a separate justice system for all children should be established. This should be engaged from the first moment of contact, throughout all involvement with the juvenile judicial system. It should apply regardless of the nature of the offence and should consist of separate and specialist authorities and institutions, including separate units within police stations and separate courts which furnished and arranged in a child-friendly manner and staffed by specialized judges.

As often as possible cases should be dealt with, without resort to judicial proceedings but instead through alternative dispute resolution, diversion and different community-based sentences for children who are found to have committed a crime.

I will analyze how all these elements work in the juvenile justice system under Spanish Law, and a constructive comparison between this and other systems will be established. In order to explain these points, we will focus on the OL (organic law) 8/2006, which compiles all Juvenile Justice Regulations as a single and complete system, and which establish that justice for juveniles is to be administered by a separate system within the general legal system with its own specific court.

KEYWORDS: Spanish Juvenile Justice System; Youth Crime; Mediation; Alternative dispute resolution; OL 5/2000, OL 8/2006.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

1.1.- Fuentes inspiradoras de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores.....Pág. 4

1.2.- Delimitación de la edad del menor infractor a efectos de responsabilidad penal. Derecho comparado: delimitación de la edad en otros sistemas europeos.....Pág. 6

2. LA REFORMA DE LA LO 8/2006

2.1.- El sentido de la LO 8/2006 y otras reformas anteriores.....Pág. 11

2.2.- Ámbito sustantivo de la Ley. Novedades.....Pág. 13

3. EL PROCESO PENAL DEL MENOR.

3.1.- La instrucción. El papel del Fiscal.....Pág. 17

3.2.- El principio de oportunidad en el proceso:

- 3.2.1.- El principio de oportunidad.....Pág. 20

- 3.2.2.- El principio de oportunidad en la LORPM.....Pág. 25

- 3.2.3.- Otras reflexiones sobre el proceso penal de menores.....Pág. 28

4. CONCLUSIONES FINALES.....Pág. 31

BIBLIOGRAFÍA.....Pág. 33

ANEXO. El principio de oportunidad en el Derecho penal juvenil europeo.....Pág. 37

1. INTRODUCCIÓN.

1.1.- Fuentes inspiradoras de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

A principios del siglo XX surge en la tradición jurídica tanto anglosajona como continental el objetivo de establecer una jurisdicción específica orientada a los menores, basada en una intención protectora y diferenciadora de la responsabilidad criminal de los adultos.

Esta corriente se va desarrollando y empieza a materializarse a través de distintas regulaciones que constituyen las fuentes inspiradoras de nuestra Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM).

Entre las fuentes más actuales encontramos, en primer lugar, las denominadas “Reglas de Beijing”, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores. Fueron aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985 y podemos destacar de su contenido las siguientes cuestiones:

1.- Se aplicarán a los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2.- Establece una definición de menor, delito y menor delincuente (nuestra normativa se acomoda a tal definición) y conmina a los poderes públicos a establecer leyes específicas para la delincuencia juvenil y órganos judiciales propios y especializados en menores.

3.- La normativa de cada Estado miembro sobre justicia juvenil hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes sea en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

4.- Destaca la necesidad de que la justicia juvenil contenga suficiente margen para la flexibilización de las normas penales y de la ejecución de las medidas impuestas, de tal forma que garanticen la aplicación de las normas atendiendo a la diversidad de menores y sus circunstancias (la regla habla de “facultades discrecionales”).

5.- Hay un conjunto de normas que obligan a los Estados miembros a incorporar de forma expresa en la normativa procesal y penal derechos tales como la presunción de inocencia, derecho a defensa letrada, principio acusatorio, a la contradicción, derechos durante la detención, especialización policial, derecho a un juicio imparcial y justo, a la presencia de sus padres, a los derechos del niño, garantías del derecho a su intimidad, duración mínima de la prisión preventiva, etc. Huelga decir que todos estos derechos forman parte de la Constitución y las leyes penales y procesales de nuestro ordenamiento jurídico.

6.- Se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito...¹

De destacada importancia es la Regla 17, que establece los principios rectores de la sentencia y la resolución:

17.1 La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;

b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;

d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

17.2 Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital.

17.3 Los menores no serán sancionados con penas corporales.

¹ BLANCO BAREA, J. A., "Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho Penal español", *Revista de Estudios Jurídicos* n° 8/2008 (Segunda Época), 2008, p. 2.

17.4 La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.

Asimismo, se facilita al Juez de Menores un abanico amplio de medidas alternativas a la de privación de libertad (libertad vigilada, sanciones económicas, tratamientos psicológicos, prestaciones en beneficio de la comunidad, etc.) y se obliga a garantizar determinados mínimos durante la ejecución de estas medidas (registros, asistencia social y sanitaria, atención psicológica, orientación hacia la reeducación, garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para fomentar la resocialización).

La legislación española recoge en su integridad las 30 Reglas y, del mismo modo, cada una de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y las Directrices de Riad (Directrices de la ONU para la prevención de la delincuencia juvenil). Asimismo, la normativa penal y procesal de menores vigente recoge los principios, mandatos y espíritu de la legislación sobre menores de nuestro propio ordenamiento jurídico, siendo su máximo exponente la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En este sentido, el art. 1.2 de la LORPM determina expresamente que: *Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.*

1.2.- Delimitación de la edad del menor infractor a efectos de responsabilidad penal.
Derecho comparado: Delimitación de la edad del menor infractor en otros sistemas europeos.

Si bien es cierto que la delincuencia juvenil es similar en los países europeos, al analizar diferentes ordenamientos jurídicos apreciamos que la respuesta de cada uno varía en función de su historia, cultura y tradición jurídica. Las mayores diferencias aparecen respecto a la edad de fijar la responsabilidad penal de los menores, así como de la competencia de los tribunales de menores y el régimen sancionador aplicable.

Observamos también una serie de características comunes, entre las que destacamos las siguientes:

En primer lugar, prácticamente todos los países europeos han modificado su legislación penal juvenil de forma que ésta se adecue y adapte a las recomendaciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa. Se refuerza así el reconocimiento de los derechos y garantías del menor, al mismo tiempo que se afirma una mayor responsabilidad de éste en relación con el desvalor de su acción.

Es decir, en la mayoría de Estados hay una transición de los modelos tutelares o de protección a modelos de mayor responsabilidad del menor.

Respecto al procedimiento, se opta por un sistema más flexible, en el que todos los órganos de control social formal intervinientes en el sistema de justicia juvenil deben ostentar la condición de especialistas, en el que la figura del Fiscal o Ministerio Público adquiere cada vez más importancia, y en el que se debe atender no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.

Finalmente, se manifiesta también una mayor vigencia de los principios de oportunidad, intervención mínima y *ultima ratio*. El Derecho penal y procesal juvenil intervendrá principalmente en casos de cierta gravedad, y se otorga al Juez, al Ministerio Fiscal (en adelante, MF), e incluso a la policía, un gran abanico de posibilidades para archivar las actuaciones y no continuar el proceso, favoreciendo el papel de la mediación y la conciliación-reparación entre el autor y la víctima, como una forma procesal o extra-procesal de terminación del conflicto, y la utilización de sanciones privativas de libertad únicamente en aquellos casos en que sea estrictamente necesario.²

Por otra parte, observamos que se dan varios criterios a la hora de establecer los límites de edad para delimitar la mayoría de edad penal o la responsabilidad penal juvenil. Existe, así, un **criterio biológico** o cronológico en España y Portugal, que prima razones de certeza y seguridad jurídica estableciendo una edad fija para todos los menores, sin atender a aspectos como la madurez o personalidad del menor.

² VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad penal de los menores en Europa”, disponible en <http://es.scribd.com/doc/36994042/Vasquez-Carlos-Responsabilidad-penal-de-los-menores-en-Europa> (última fecha de consulta: 10/06/16).

De forma opuesta, otro criterio denominado **criterio mixto** o biopsicológico aboga porque los menores, además de tener una determinada edad, muestren un grado de madurez acorde a esa edad para asegurar su capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta. Este criterio está arraigado en países como Italia³ o Alemania⁴.

En nuestro sistema jurídico se establecieron originariamente en la Ley tramos de edades que determinaban la aplicación de distinto régimen jurídico en caso de comisión de un hecho tipificado en el CP o en alguna de las leyes especiales como delito o delito leve.⁵ Encontrábamos así tres grupos de sujetos, distinguidos en el primigenio art. 1 de la LO 5/2000:

1. Menores de 14 años. Ante la comisión de un delito, el Fiscal valorará la procedencia de remitir los particulares que considere necesarios a la entidad pública de protección del menor. La remisión se efectuará en favor de la entidad pública del lugar del domicilio del menor.⁶
2. Mayores de 14 años y menores de 18, a los que se denomina propiamente “menores”.
Existe, a su vez, una subdivisión: 14 y 15 años, por un lado, y 16 y 17, por otro, en tanto que la duración máxima de determinadas medidas será diferente en ambos casos, y además la participación del perjudicado en el expediente penal sólo será posible bajo determinadas condiciones si el autor fuese mayor de 16 años. Este tratamiento penal en cuanto a la duración de la medida persiste, no así lo relativo a la intervención en el proceso; ahora, el ofendido puede actuar en todo caso.
3. Mayores de 18 y menores de 21, denominados “jóvenes” (art. 1.4).

Actualmente, no obstante, esta separación de edades está derogada; encontramos el ámbito subjetivo de aplicación de la LORPM, o lo que es lo mismo, la determinación exacta de sus destinatarios, entre los menores de entre 14 y 18 años (art. 1.1) que hayan ejecutado un hecho tipificado como delito o delito leve (tras la supresión de las faltas

³ Art. 98 CP italiano: “*Es imputable quien, en el momento en que ha cometido el hecho, haya cumplido catorce años, pero no aún dieciocho, si tenía capacidad de entender y querer...*”

⁴ §3 JGG alemana: “*El joven (mayor de 14 y menor de 18 años) es jurídico-penalmente responsable cuando en el momento del hecho es suficientemente maduro según su desarrollo moral y mental, para comprender el injusto del hecho y actuar conforma a esa comprensión.*”

⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de Enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, p. 9.

⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, cit., p. 10.

por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP) en el CP o en las leyes penales especiales.

Es importante dejar claro que tanto los menores de 14 años como aquellos de edad comprendida entre los 18 y los 21 permanecen al margen de su ámbito de aplicación. Estos últimos que, como ya hemos mencionado, antes de la derogación se denominaban “jóvenes”, no quedan sometidos al imperio de la LORPM a pesar de que esa fue la idea inicial. Respecto a los denominados “niños” (menores de 14 años) en virtud del art. 3 de la Ley, aun cuando realicen un hecho tipificado como infracción penal, no responderán conforme a la misma; se aplicará, en cambio, lo dispuesto en las normas de protección de menores del Código Civil y otras disposiciones vigentes. Esto conlleva la actuación conjunta del MF y las entidades públicas de protección de menores. Asimismo, el art. 5.3 dispone que *“las edades indicadas se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida a los Jueces y Fiscales de Menores.”*

En este sentido, es de importancia la STS de 26 de mayo de 1999, sobre la forma de cómputo de la edad del supuesto infractor que, aunque aplicaba el CP de 1973 (donde la edad penal no se encontraba en los 14 sino en los 16 años) puede extrapolarse a la actualidad en lo relativo a esta materia del ámbito subjetivo.

Básicamente, se discute la existencia de responsabilidad del acusado al coincidir el hecho enjuiciado con el día en que este cumplía la edad exigida a efectos penales; se alega, en su defensa, lo dispuesto en una anterior Sentencia de esta misma Sala de 24 de septiembre de 1992, que proclama que *“sería desvirtuar esa finalidad beneficiadora de los adolescentes aplicar ese cómputo del artículo 315 del C.C.⁷ a los supuestos de determinación de los 16 o los 18 años como causas de exención o de atenuación de la responsabilidad penal, pues ello perjudicaría al delincuente joven, al adelantar el cumplimiento de esas edades al momento de terminar el día anterior al del correspondiente aniversario (véase la sentencia de esta Sala de 25-2-64). El criterio del art. 315 que es beneficioso en materia civil, pues adelanta la adquisición de la plena*

⁷ Este art. del C.C. establece que para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento, y que se alegó por la acusación.

capacidad de obrar (art. 322), no lo sería en el aspecto ahora examinado. Por todo ello, el cómputo de esta materia penal ha de realizarse de momento a momento, teniendo en cuenta la hora en que ha de reputarse cometido el delito y aquella otra en que se produjo el nacimiento (...). Se acordó, pues, que si no consta la hora del nacimiento, tal omisión probatoria ha de beneficiar al acusado (“in dubio pro reo”), de modo que se ha de entender que nació en una hora posterior a aquella en que se produjo el hecho delictivo. Así, la aplicación de la anterior doctrina al presente caso llevó directamente a la absolución del menor acusado.

Por último, es de gran actualidad la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, que tiene por objeto establecer garantías procesales para los menores sospechosos o acusados en los procesos penales de los países miembros, y que establece criterios como el que señala que sus disposiciones *también deben aplicarse a los sospechosos o acusados en procesos penales y a las personas buscadas que fueran menores en el momento en que quedaron sujetas a dichos procesos, pero hayan alcanzado posteriormente la edad de 18 años* (Considerando 11).

Asimismo, establece que respecto al supuesto de que, en el momento de convertirse en sospechosa o acusada en un proceso penal, una persona haya alcanzado los 18 años de edad, pero la infracción penal se haya cometido cuando la persona era menor, se insta a los Estados miembros a aplicar las garantías procesales previstas por la Directiva hasta que la persona cumpla la edad de 21 años, al menos en lo que respecta a las infracciones penales cometidas por el mismo sospechoso o acusado y que se investiguen y juzguen conjuntamente por estar inextricablemente ligadas a infracciones penales por las que se hubiese iniciado un proceso penal contra dicha persona antes de que cumpliera la edad de 18 años (Considerando 12).

2. LA REFORMA DE LA LO 8/2006.

2.1.- El sentido de la LO 8/2006 y otras reformas anteriores.

El modelo tradicional de justicia penal juvenil, el modelo “de protección”, fue el que inspiró las leyes anteriores pero, como ya hemos dicho, las diversas reformas que se van produciendo en el ámbito penal y la aprobación de la LORPM suponen un punto de inflexión en el tratamiento del menor que delinque, abandonándose así este modelo tradicional de justicia penal juvenil.

Este modelo “de protección”, aparentemente atractivo, suponía una ausencia total de las garantías propias del Derecho Penal y Procesal de adultos; el menor se sometía a un proceso carente de éstas y desde el punto de vista penal sustantivo la medida fundamental era el internamiento en un centro reformativo por tiempo indeterminado. Se puede observar, por tanto, el incumplimiento de principios como el de proporcionalidad.

En lo relativo a este tema, encontramos la primera jurisprudencia en los años 60, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano, en 1967, en el caso *In re Gault*, cuando declara inconstitucional el sistema de justicia de menores allí vigente, reclamando la aplicación de las garantías del debido proceso en Derecho a los menores. Este fue el punto de partida del cambio que comenzó a producirse también entre algunos países europeos. En España, no obstante, esta corriente llegó mucho después, también a raíz de una Sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 36/1991, de 14 de febrero, que declara inconstitucionales varios artículos de la entonces vigente Ley de 1948 (en particular el art. 15, contrario a los principios del debido proceso en Derecho constitucionalizados en el art. 24 CE). Se obliga así a la reforma de esta Ley, que llega con la LO 4/1992, la cual precede a la actual.

El modelo “de justicia” o “educativo-responsabilizador”, por su parte, supone reconocer las garantías del debido proceso en Derecho al menor, de la misma forma en que operan en el Derecho Procesal de adultos (derecho a un proceso contradictorio, derecho de defensa, principio acusatorio, etc.).

Con respecto al Derecho Penal sustantivo, explica SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *la responsabilidad del joven pasa a primer plano y el hecho cometido será, junto con las necesidades educativas del menor, el punto de referencia del proceso y de las*

*medidas a aplicar. De ahí la denominación del modelo como «educativo-responsabilizador»: el componente de exigencia de responsabilidad proporcionada al hecho y el componente educativo son los dos que marcan la respuesta al menor que delinque. Si bien pervive la orientación educativa del modelo anterior, el reconocimiento del menor como sujeto de derechos determina la intervención del principio de proporcionalidad entre la sanción y el hecho cometido y la exclusión de las sanciones de duración indeterminada.*⁸

Pasamos, pues, de un modelo “de protección” o “tutelar” a uno denominado “de justicia” o “educativo-responsabilizador”, con su base en las distintas fuentes que se han mencionado anteriormente -instrumentos internacionales como la Convención de Derechos del Niño de 1989 de las Naciones Unidas (y anteriormente en las conocidas como Reglas Beijing -«Conjunto de reglas mínimas de las Naciones Unidas relativas a la administración de justicia para menores»- de 1985).⁹

Con la LO 8/2006 tiene lugar la última de las sucesivas reformas que en un periodo relativamente breve de tiempo han ido cambiando el perfil de la LO 5/2000. La Ley ha sido reformada en tres ocasiones en sólo 6 años: en primer lugar, por la LO 7/2000, y después por la LO 15/2003, observándose en todas ellas el endurecimiento de la respuesta penal frente al menor imputado, junto con otras modificaciones de cuestiones técnicas. La segunda reforma ya marcaba el camino de la actual, conforme a la disposición adicional sexta de la LORPM introducida por la LO 15/2003, *“el Gobierno impulsará las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal. A tal fin se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios”*.

Como señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *la LO 8/2006 comienza en su Exposición de Motivos recordando ese singular mandato para justificar las reformas*

⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 97.

⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Minoría de edad y derecho penal juvenil: aspectos político criminales”, *Revista Técnica del Ertzaina*, 1999, p. 38.

*que introduce, además de invocar también en su apoyo un supuesto aumento de las cifras de delincuencia juvenil, cuya realidad ha sido muy cuestionada a tenor de las propias estadísticas oficiales.*¹⁰

2.2.- Ámbito sustantivo de la Ley. Novedades.

En lo que se refiere al ámbito penal sustantivo, encontramos en la reforma una serie de medidas susceptibles de imposición, que se tratan en el Título II de la LORPM, donde el art. 7 proporciona una relación de las mismas, así como una breve definición de cada una, y las separa en dos grandes grupos: privativas [art. 7.1.a) a d)] y no privativas de libertad.

Un desarrollo ulterior encuentran en los arts. 16 a 28 del Reglamento (Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LORPM) Las modificaciones más significativas son las siguientes:

- Se establece la posibilidad de que la medida de internamiento terapéutico se cumpla alternativamente en régimen cerrado, semiabierto o abierto [art. 7.1.d)]. Esto se contemplaba anteriormente para la medida de internamiento ordinario, esto es, el no terapéutico, habiéndose introducido ahora esta triple modalidad también respecto de este último.

- Se incorpora, a las medidas no privativas de libertad, una nueva: la inhabilitación absoluta [art. 7.1.e) a ñ)]. Esta medida se introdujo por la LO 7/2000 y tenía su origen pensando en los delitos de terrorismo particularmente. La reforma es consecuente con la nueva redacción dada al art. 579.2 del CP por el apartado 10º del art. 1º de la LO 7/2000, relativo a la imposición de esta pena para delitos de terrorismo cometidos por adultos. El contenido de la entonces introducida Disposición Adicional 4ª 2.c), último párrafo, pasa ahora al nuevo art. 10.3, conforme al cual en el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los arts. 571 a 580 del CP (delitos de terrorismo), el Juez Central de Menores -órgano competente para conocer de los mismos tras la modificación del art. 2 LORPM por la LO 8/2006- sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre 4 y 15 años al de la

¹⁰ Cfr. el *Voto particular que formulan los vocales Fernando Salinas Molina, Félix Pantoja García, Alfons López Tena, y Monserrat Comas de D'Argemir i Cendra al punto i.28.º del orden del día de la sesión plenaria de fecha 23 de noviembre de 2005.*

duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

- Otra de las medidas que se introducen es la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez [art. 7.i)]. Esta impide al menor establecer con estas personas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Ahora bien, si esta medida implicara la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el MF deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

Se busca que la previsión de penas de esta medida sea similar a la de las penas en el Derecho Penal de adultos. Este ha visto su uso potenciado por diversas reformas, y se orienta a la tutela de la víctima en delitos contra las personas y de forma particular de aquellos de lesiones, contra la libertad e indemnidad sexuales y de violencia doméstica.

Por este mismo motivo, esta medida de alejamiento incorpora una alusión al centro escolar, que se introdujo a sugerencia del Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley hecho en 2005, señalando la habitualidad, en estos casos, de que la víctima sea precisamente otro menor en edad escolar, como ocurre en las conductas de acoso escolar que adquieren relevancia penal. No obstante, señala el Informe, *su aplicación en este contexto planteará los problemas que ya vislumbra el Consejo, el conflicto de intereses entre agresor y víctima que comparten unos mismos recursos educativos, pues el alejamiento del acosador representará de hecho su expulsión del centro educativo, al que no podrá regresar en tanto no se alce la medida.*¹¹

Con respecto a los criterios que el Juez de Menores (o, en su caso, el Juez Central de Menores) debe seguir para determinar la medida a imponer y su gravedad,

¹¹ Informe al Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, del Consejo General del Poder Judicial, de 23 de noviembre de 2005, pp. 17 y ss.

establecidos en los arts. 7.2 a 4, 8, 9 y 10 LORPM, se introducen múltiples cambios relativos a la duración máxima de la medida a imponer. Así, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ señala la siguiente distinción:

a. Regla general. En términos generales rige la nueva regla del art. 9.3, de acuerdo con la cual *“la duración de las medidas no podrá exceder de 2 años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana”*.

Antes de la reforma, estos límites máximos eran diferentes en función de la franja de edad en que se situaba el menor, 14-15 años o bien 16-18. Como vemos esos límites ahora se han unificado, excepto en lo que se refiere a delitos de particular gravedad conforme se indica a continuación.

b. Excepción: delitos de particular gravedad. Cuando se trata de alguno de los delitos indicados en el art. 9.2, que son los delitos graves conforme al CP o las leyes penales especiales, o aquellos en cuya comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para su vida o su integridad física, o se ha actuado en el marco de un grupo o una asociación criminal, el art.10 LORPM establece ahora diferentes límites máximos de cumplimiento en atención a la edad para las medidas de internamiento en régimen cerrado, prestaciones en beneficio de la comunidad, permanencia de fin de semana y libertad vigilada.¹²

Mención aparte merece, por su carácter esencial, la nueva regulación de la acusación particular que introdujo, junto con otras reformas procesales, la LO 15/2003 y que culmina con la LO 8/2006. El art. 25 LORPM, dedicado íntegramente a esta parte procesal, se mantiene incólume en la redacción dada por LO 15/2003. La reforma 8/2006 prácticamente se limita a retocar el articulado para aclarar las facultades que se reconocen a la acusación particular a lo largo del *iter* procedimental, colmando las omisiones en que incurrió la reforma 15/2003, que no tuvo en cuenta que el complejo engranaje de la Ley exigía su reajuste global una vez modificada una de las piezas del sistema. En este sentido pueden consignarse las aclaraciones relativas a la habilitación

¹² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “La reforma de..., op. cit., p. 28.

de la acusación particular para tener vista del expediente (art. 23.2), para interesar el secreto de las actuaciones (art. 24), para solicitar en fase de instrucción diligencias (art. 26), para formular escrito de alegaciones (art. 31), para participar en el debate preliminar (art. 37.1), y para informar oralmente tras la práctica de la prueba (art. 37.2).¹³

¹³ Circular 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, p. 11.

3. EL PROCESO PENAL DEL MENOR.

Una vez introducido el marco de la reforma de la LO 8/2006 y los cambios respecto de las medidas en esta recogida, pasaremos a analizar el proceso penal del menor. Más concretamente, nos centraremos en dos cuestiones que parecen clave para entender su configuración: el papel del MF y el principio de oportunidad.

3.1.- La instrucción. El papel del Fiscal.

La fase de instrucción, llevada a cabo por el MF y con una relevante actuación del denominado Equipo Técnico, es la fase más interesante del proceso y en la que nos centraremos a continuación. Las funciones más importantes, asignadas por la LORPM al MF y a este Equipo Técnico, tienen lugar en este momento. Esto es así porque el Equipo Técnico planteará la posibilidad de llevar a cabo actividades conciliadoras o reparadoras y una intervención socio-educativa sobre el menor, así como la posible conveniencia de no continuar con la tramitación del expediente en interés del menor.¹⁴

Esto supone una auténtica novedad en nuestro ordenamiento procesal penal, con su antecedente inmediato en la LO 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, siendo el único proceso penal vigente en el que instruye el MF con plena vigencia del principio de contradicción, lo que permite preservar la imparcialidad del Juez de Menores (como consecuencia del principio acusatorio), pues este intervendrá en la fase instructora solamente para adoptar las medidas cautelares y las diligencias restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, ya que su adopción está expresamente vedada al MF (art. 23.2 LORPM).

Cuando hay indicios racionales de que un menor ha participado en un delito y un riesgo de eludir la acción de la justicia por parte de éste, el MF puede solicitar al Juez de Menores la adopción de medidas cautelares para la custodia y la defensa del menor expedientado. Estas medidas deben ser siempre garantistas de la presencia del menor en el procedimiento, de forma que se le proporcione custodia y defensa al mismo tiempo.

Así, pueden darse una serie de medidas cautelares personales, entre las que destacamos la **detención**, que deberá acordarse sólo en los casos en que sea estrictamente necesario y durar solamente el tiempo imprescindible, de la forma que

¹⁴ DÍAZ, L., *Introducción al Derecho Penal de Menores*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 9.

menos perjuicio acarree para el menor, y que es la única medida cautelar que puede adoptar el MF. Acorde con el art. 17.2 CE, *“la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”*, el tiempo máximo de duración de la detención constitucionalmente establecido sufre una notable reducción en el ámbito de los menores, puesto que, con arreglo al art. 17.4 LORPM, la detención policial durará el tiempo estrictamente necesario y, en todo caso, nunca más de veinticuatro horas; y, una vez puesto el menor a disposición del MF, este habrá de resolver en el plazo de cuarenta y ocho horas -contado a partir del momento de la detención- en alguno de los sentidos que dispone el art. 17.5 LORPM.

El art. 17.3 CE, por su parte, exige que se respete el derecho del menor a ser informado de los hechos que se le imputan, las razones de la detención y los derechos que le asisten: *“Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”*. Además, la Ley exige que las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor le hablen en lenguaje claro y comprensible para su edad (art. 17.1 LORPM).

Al hilo de la detención, la Directiva (UE) 2016/800 a la que ya se ha hecho alusión anteriormente, contiene una serie de preceptos de gran interés para la defensa de las garantías de los menores. Así, remarca que los menores se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad cuando se encuentran privados de libertad y que, por este motivo, deben realizarse esfuerzos especiales para evitar la privación de libertad; en particular, la detención de los menores en cualquiera de las fases del proceso antes de la decisión definitiva de un órgano jurisdiccional que determine si el menor en cuestión ha cometido la infracción penal, dados los posibles riesgos para su desarrollo físico, mental y social, y porque la privación de libertad podría dificultar su reinserción social. Destacamos los siguientes puntos:

(Considerando 45) (...) *Los Estados miembros podrían establecer disposiciones prácticas, como directrices o instrucciones para los agentes de policía, sobre la*

aplicación de esa exigencia a las situaciones de custodia policial. En cualquier caso, esa exigencia se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que agentes de policía u otras autoridades policiales detengan a un menor en situaciones en que a primera vista se presuma necesario, por ejemplo, en caso de flagrante delito o inmediatamente después de la comisión de una infracción penal.

(Considerando 46) Las autoridades competentes deben considerar en todo momento medidas alternativas a la detención (medidas alternativas) y hacer uso de ellas cuando sea posible. Tales medidas alternativas podrían incluir la prohibición de que el menor acuda a ciertos lugares o la obligación del menor de residir en un lugar determinado, limitaciones relativas al contacto con personas concretas, la obligación de informar a las autoridades competentes, la participación en programas educativos o, previo consentimiento del menor, la participación en programas terapéuticos o de tratamiento de la drogodependencia.

Otras garantías que se proponen son la revisión periódica de la detención, la estricta separación de menores y adultos durante la detención (excepto en el caso de adultos jóvenes siempre que no suponga un perjuicio para el interés del menor), etc.

No obstante estas indicaciones contenidas en la Directiva, la mayoría de las mismas -si no todas- se encuentran ya recogidas en nuestro ordenamiento (art. 17 LORPM y arts. 2 y 3 Reglamento LORPM).

Volviendo a la LORPM, el MF asumiría la representación del menor, en su declaración, si no se encontrara presente su representante legal (padres, tutores, guardadores...) pero siempre en presencia de su letrado. La LORPM le atribuye, en su art. 6, “*la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos...*”.

Otras medidas cautelares que podrán adoptarse, pero ya siempre por el órgano jurisdiccional, serán: internamiento en centro en régimen abierto, cerrado, semiabierto o terapéutico (que, como ya mencionamos, podrá a su vez ser abierto, cerrado o semiabierto); libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la

víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (arts. 28 y 29 LORPM).

Otras actuaciones del MF en la instrucción, recogidas en el art. 23 LORPM, serán la de facilitar la vista del expediente al letrado del menor y, en su caso, a quien haya ejercitado la acción penal, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquel lo solicite.

Tal y como exige este precepto, toda la actuación instructora del MF se hará en un marco educativo a la vez que sancionador para el menor, buscando siempre la adecuación de las medidas a las circunstancias de hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del menor. Además, como ya se ha anotado, el MF 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.

3.2.- El principio de oportunidad en el proceso.

3.2.1.-El principio de oportunidad.

Centrándonos ahora en la búsqueda de espacios de consenso en el conflicto de la delincuencia juvenil, así como en las vías alternativas para la resolución de estos, cabe destacar las enmarcadas en el principio de oportunidad, considerado consecuencia derivada de la Recomendación del Comité de Ministros de Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la simplificación de la justicia penal.¹⁵ Este principio, que abarca mecanismos de desjudicialización o de no intervención, se basa en la flexibilidad en cuanto a las posibilidades procesales para que prime la satisfacción del interés superior del menor, así como los intereses del resto de actores del conflicto, si bien prevalece siempre el del menor sobre éstos. Estas soluciones alternativas implican en cierto modo la anticipación de la imposición y ejecución de sustitutivos penales¹⁶, pues el menor se obliga a cumplir ciertas prestaciones con la comunidad o con la víctima, para evitar su enjuiciamiento. Por supuesto, dichas prestaciones se orientan siempre a su rehabilitación y, a su vez, su propia protección.

¹⁵ BERZOSA FRANCO, M. V., “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas* / coord. por Joan Picó i Junoy, 2001, p. 14.

¹⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M. E., “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 79, pp. 85-86.

El denominado “interés superior del menor”, estrechamente ligado al principio de oportunidad, es considerado un principio general que, en pro de la efectiva protección del menor, abarca todos sus derechos fundamentales para posibilitar el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).

En los textos y resoluciones aparece a menudo como una cláusula abstracta o general, y esto favorece que no se dé una interpretación estática, sino que esta protección pueda ir perfilándose caso a caso. Se recoge en el art. 39 de la CE, en el art. 2 de la LO 1/1996 y en numerosos arts. del CC (92, 154, 170, etc.), así como en la exposición de motivos de la LORPM.

El principio de oportunidad trata, en síntesis, de buscar un proceso penal aplicable a los menores “sin vencedores ni vencidos, sin humillar ni someter al infractor, sin amenazar a éste con las «iras» o el «peso» de la ley, sin apelar a la «fuerza victoriosa del derecho»”.¹⁷

Entendemos, en sentido estricto, que es un mecanismo que otorga al titular del ejercicio de la acción penal la posibilidad de desistir del inicio del proceso penal, así como de procurar el sobreseimiento o preclusión en el curso de la actividad investigativa, y de disponer del contenido de la pretensión penal en cuanto a su supuesto y consecuencias, con fundamento en motivos definidos de manera inequívoca en la ley procesal.¹⁸ Asimismo, el principio de oportunidad se presenta como la antítesis del principio de legalidad en materia procesal penal.

En el sistema procesal regido por el principio de legalidad, un procedimiento penal debe incoarse ante la sospecha de comisión de cualquier hecho delictivo, sin que el MF pueda instar el sobreseimiento mientras subsistan los presupuestos que lo han originado y además, se haya descubierto a un presunto autor, es decir, exista un imputado en la causa.¹⁹

¹⁷ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*, Editorial Tirant lo Blanch, 5ª Edición, Valencia, 2014, p. 1134.

¹⁸ MOLINA LÓPEZ, R., “El principio de oportunidad en el proceso penal de menores”, *Nuevo Foro Penal*, No. 72, 2009, pp. 67-68.

¹⁹ TODOLÍ GÓMEZ, A., “Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por el ministerio fiscal”, disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4407-reflexiones-sobre-la-aplicacion-del-principio-de-oportunidad-en-el-proceso-penal-y-su-ejercicio-por-ministerio-fiscal/> (Última fecha de consulta: 10/06/16).

En el sistema procesal presidido por el principio de oportunidad, en cambio, siempre que se cumplan los presupuestos previstos por la norma, los titulares de la acción penal están autorizados a ejercitarla o no, incoándose así el procedimiento o facilitando su sobreseimiento.

Según señala GIMENO SENDRA, el principio de oportunidad implica “*la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado*”.²⁰

MOLINA LÓPEZ entiende también que, en un sentido amplio, el principio de oportunidad equivale al principio de necesidad de intervención penal, de índole penal sustantiva: *Así, dentro del principio de oportunidad, y dentro de la órbita del derecho penal sustantivo quedarían abarcadas hipótesis como aquellas que excluyen la imposición de la pena, la retractación en los delitos contra el honor, la obligación en los delitos que tienen señalada pena de multa, en los cuales la acción penal se extingue por el pago total de la hipotética multa; y de naturaleza procesal penal se aplicaría en supuestos como los del desistimiento de la querrela, la indemnización integral, la conciliación, la mediación, la conformidad simple o negociada, y aquellas hipótesis propias de la oportunidad específicamente reglada.*²¹

TODOLÍ GÓMEZ observa que, de forma opuesta al principio de legalidad, en el principio de oportunidad habría que buscar el fundamento en la utilidad pública o interés social, no solamente en motivos de descarga a la Administración de Justicia de los numerosos asuntos penales que no pueden tramitarse adecuadamente por falta de medios. Encontramos una amplia justificación a este principio en el Derecho comparado²²:

Un buen ejemplo se encuentra en Alemania, donde es posible acordar sobreseimientos con base en la “escasa lesión social” que se produce por la comisión de un delito, es decir, la falta de interés público de la persecución penal. En otras palabras, se posibilita el sobreseimiento por razones de oportunidad, del escaso interés o importancia de perseguir ciertos asuntos, dándose así el archivo del asunto siempre y

²⁰ GIMENO SENDRA/MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal. Proceso penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 56.

²¹ MOLINA LÓPEZ, R., “El principio de oportunidad...”, op. cit., p. 68.

²² Ver: ANEXO. El principio de oportunidad en el derecho penal juvenil europeo (p. 37).

cuando se cumplan determinadas condiciones. Vemos el reflejo de esto en los §§ 153 y 154 StPO (*Strafprozeßordnung*) que, no obstante, están sometidos al principio de legalidad. En palabras de TODOLÍ GÓMEZ, *esto produce una gran descongestión judicial, al eliminar, en gran medida, infracciones menores o faltas que, por ejemplo, en España, suelen terminar con una suspensión de la ejecución de las penas impuestas. En este país, el MF goza de tales potestades y funciones con base en una absoluta confianza jurídico-política en la institución, a pesar de que depende del Poder ejecutivo y está estructurado bajo los principios de unidad y jerarquía, como ocurre en España.*²³

En el caso de Italia, el “*patteggiamento*” recogido en el actual art. 444 del CPPI (Codice di Procedura Penale de 22 de septiembre de 1988) supuso la introducción de la posibilidad de aplicación de alguna pena sustitutiva a las penas cortas privativas de libertad, siempre y cuando el imputado no reincidente lo solicitara y se diera un acuerdo previo del Juez con el MF. Este tipo de penas, como semi-prisión o multa pretenden evitar los negativos efectos criminógenos de las penas privativas de libertad. La solicitud puede provenir también del MF, siempre con consentimiento del imputado pues, como ocurre en Alemania, el MF monopoliza el ejercicio de la acción penal, con la diferencia de que su estructura orgánica se encuentra en el marco de la Magistratura, con independencia del Poder ejecutivo y autonomía de cualquier otro poder, pero siempre sujeto al principio de legalidad.

TODOLÍ GÓMEZ aclara también que la aplicación de este principio, no obstante, no se encuentra sólo en Europa. Así, encontramos en algunos Estados de EE.UU. el concepto de “*plea-bargaining*”, para evitar que tras su estancia en prisión los jóvenes incrementen su peligrosidad. El MF puede llegar a pedir el sobreseimiento, si bien generalmente supone un proceso de negociación entre acusación y defensa para evitar el juicio y la reducción de los cargos si el acusado se declara culpable.

En España, la predominancia de una mentalidad tradicionalmente defensora del principio de legalidad entre la doctrina, en contraposición con esta tendencia europea al principio de oportunidad, ha generado discusión entre los partidarios de una y otra corriente. Además, se trata de un concepto que por el momento contempla la posibilidad de introducir distintas hipótesis, así como numerosos argumentos a favor y en contra, tal y como señala MOLINA LÓPEZ:

²³ TODOLÍ GÓMEZ, A., “Reflexiones sobre...”, op. cit.

Encontramos, a su favor, diversos argumentos que pueden clasificarse según los distintos enfoques que suponen.

Así, desde una **perspectiva jurídico-penal** se defiende que el proceso se convierte en un verdadero proceso preventivo-especial en el que se garantiza la proporcionalidad entre hecho y sanción, evitando la intimidación en los menores que supone el Derecho penal ordinario.

Desde un **enfoque estrictamente procesal** se argumenta que la aplicación de este principio facilita la flexibilidad en los procedimientos, al poder ser estos orientados no sólo a la sanción sino también a la protección del menor, en tenor de la satisfacción de sus intereses al estimular la pronta reparación de la víctima. Por esa vía se favorece el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.²⁴

Por último, desde una **perspectiva político-criminal** se considera que se ayuda a “respirar” o descargar el aparato judicial, incrementando su eficiencia y la imagen ante la comunidad; y un enfoque criminológico defiende que, a través de la aplicación del principio, se evitarán o al menos disminuirán considerablemente los efectos negativos, estigmatizantes y criminógenos del proceso y, en especial, de las sanciones sobre la libertad de los menores, que a menudo son causantes del incremento de la peligrosidad y que no generan sino consecuencias de mayor magnitud que el conflicto inicial.

En conclusión, en palabras de HASSEMER, *“las razones en favor del principio de oportunidad se fortalecen en la medida en que se entienda el Derecho Penal como orientado hacia las consecuencias jurídicas”*²⁵ que, respecto de los menores, son la protección, educación y resocialización orientadas a la *“realización de su proyecto de vida en la sociedad”*.

Por otro lado, el principio de oportunidad suscita también críticas o argumentos en contra. Desde el **punto de vista jurídico-penal**²⁶, se denuncia la desvirtuación del Derecho penal en el proceso, aludiendo a que a través del principio de oportunidad se evita la discusión, desde una perspectiva dogmática o de derecho sustantivo, de la

²⁴TODOLÍ GÓMEZ, A., “Reflexiones sobre...op, cit.

²⁵ HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, 1988, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/50/la-persecucion-penallegalidad-y-oportunidad.pdf> (Última fecha de consulta: 10/6/16), p. 9; citado por MOLINA LÓPEZ R., “El principio de oportunidad...”, op. cit., p. 71.

²⁶ MOLINA LÓPEZ, R., “El principio de oportunidad...”, op. cit., p. 71.

responsabilidad penal del menor. Así, se perjudica el mensaje preventivo que el legislador elabora.

Se alega también, **desde una perspectiva procesal**, que la aplicación de este principio supone una quiebra del sistema procesal penal o al menos de su concepción tradicional, fundada en la aplicación estrictamente jurisdiccional del *ius puniendi* del Estado, considerando las posibilidades de disposición de la persecución penal que tiene el MF, el cual termina ejerciendo facultades que son propias del Juez dentro de un Estado de Derecho, como lo es decidir de fondo sobre el objeto del proceso penal, apareciendo lo que parte de la doctrina ha llamado como “la figura del fisjuez”²⁷. Asimismo, se considera la seguridad jurídica, defendiendo que se ve afectada por la incertidumbre de que el órgano encargado persiga todo hecho delictivo; se añaden otros puntos como la disminución de la participación de la víctima, desvinculación general de las partes, agravio en las garantías del imputado al no existir criterios uniformes de actuación, etc.

Por último, a partir de **baremos político-criminales** se ataca el principio de oportunidad al achacársele la vulneración del principio de igualdad en la medida que legitima la selectividad del sistema penal formal cuando otorga facultades de discrecionalidad al Ministerio Público en la persecución penal. Por otro lado, se ve como una burla al sistema, en lo teórico, y una defraudación a la colectividad, promulgar públicamente las leyes penales por las que se crean nuevos delitos para excluirlas clandestinamente a través del proceso penal.²⁸

3.2.2.- El principio de oportunidad en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores.

En cuanto a la LORPM, se concede una gran discrecionalidad al MF para aplicar el principio de oportunidad, en lo relativo al inicio del trámite procesal y al ejercicio de la acción penal, así como posteriormente en el curso del proceso.

Observamos que, en la investigación, puede desistirse de la incoación del expediente en situaciones en que los hechos constituyan delitos leves o menos graves

²⁷ VARGAS, A., *La Fiscalía General de la Nación desde el “Sueño de la mariposa”*, Editorial Forum Pacis, 1998, p. 36, citado por MOLINA LÓPEZ, R., “El principio de oportunidad...”, op. cit., p. 72.

²⁸ HASSEMER, W., op. cit., p. 11, citado por MOLINA LÓPEZ R., “El principio de oportunidad...”, op. cit., p. 72.

sin violencia o intimidación en las personas, según establece el art. 18. Además, puede desistirse de la continuación del expediente en casos de delitos menos graves o leves siempre que haya conciliación, el menor procure la reparación de la víctima o se comprometa a cumplir la actividad educativa conforme a lo prescrito en el art. 19.

Una vez el MF formula su escrito de alegaciones y remite este al Juez de Menores, concluye la fase de instrucción y se abre la fase de audiencia, pero no siempre se da en el proceso penal del menor; es decir, en determinadas situaciones, como se ha visto, pueden archivarse las actuaciones por orden del MF cuando el hecho no constituye delito, no hay autor conocido (art. 16.2 LORPM) o el MF desiste de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 LORPM); o también posteriormente, por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (art. 19 LOPRM), o desistimiento de la continuación del expediente a propuesta del Equipo Técnico (art. 27.4 LORPM). Estas posibilidades constituyen una verdadera manifestación del principio de oportunidad en la fase de instrucción.

Respecto a las funciones del Equipo Técnico, el propio art. 27 de la LORPM las establece en sus apartados 1, 4, 5 y 6:

En el apartado 1 se establece que el MF requerirá del Equipo Técnico, *“que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriores emitidos, que deberá serle entregado en un plazo máximo de diez días, prorrogable por un periodo no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general, sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley.”*

Así, se obliga a poner en conocimiento del Equipo Técnico los hechos que se le imputan al menor, mencionados de forma genérica en una copia del atestado que se remite. A continuación, el Equipo Técnico elabora el informe, que podrá ser complementado por entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan el caso del menor expedientado, y que es remitido por el MF al Juez de Menores y al letrado del menor.

Llegado este punto, el Equipo puede proponer una intervención socio-educativa del menor, y poner de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención.

Este informe, a pesar de no ser vinculante para el Juez, tiene una importancia que lo hace determinante en el proceso de cara a concluir o continuar con las actuaciones y, en su caso, en relación con la medida a imponer, y esto se debe a que es una de las mayores garantías con las que cuenta el menor, pues su interés y circunstancias personales y sociales serán siempre valoradas con primacía. Se recogerá la posibilidad de que el menor realice actividades reparadoras o de conciliación con la víctima.

Para conocer la situación familiar y el entorno social del menor y reflejar esto en el informe, el Equipo Técnico llevará a cabo entrevistas para analizar la estructura y el comportamiento de los miembros de la familia, para así determinar cómo estos influyen en el del menor. Es decir, el informe no alcanza sólo al menor, sino que también a otros miembros familiares y de su entorno. Es necesaria esta “intromisión en la intimidad” del menor imputado, en favor de su interés.

MOLINA LÓPEZ señala cómo, en otras situaciones, el MF puede presentar escrito de alegaciones en conformidad con el menor, de acuerdo con los arts. 32 y 36, en los que se plasman situaciones de allanamiento frente a la imputación formulada y la medida solicitada.

En todo caso, el menor, en vez de allanarse, podrá también negociar con el MF, tal y como expone la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 801, donde se otorga, en los juicios rápidos, un beneficio punitivo que sería aplicable por la remisión que hace la LORPM a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por medio de la disposición final primera de aquella; se plantea una discusión respecto del ámbito de negociación en el contexto del trámite de un juicio rápido, pues el menor no negocia aquí una pena con sentido retributivo, como en el caso del proceso penal de los adultos, sino una medida que se aplica con finalidad preventivo especial y en aras de su protección.

Por último, es importante distinguir que en otros preceptos como los arts. 40 y 51, que comportan la suspensión de la ejecución y la sustitución de las medidas impuestas, al contrario de lo que pueda parecer, no se encuentra el principio de

oportunidad que hemos analizado, pues el presupuesto de las hipótesis aludidas es la extinción de la acción penal por agotamiento y, por tanto, es imposible realizar actos dispositivos de algo que no existe. Se trata, pues, de la aplicación judicial de verdaderos sustitutivos a las medidas impuestas al menor.²⁹

3.2.2.- Otras reflexiones sobre el proceso penal de menores.

Respecto al principio de oportunidad, MOLINA LÓPEZ observa una falta de desarrollo e incluso de definición propia para favorecer su aplicación en el proceso penal del menor, y esto no hace otra cosa que evidenciar que esta parcela del ordenamiento necesita todavía un desarrollo doctrinal mayor. En este clima de indeterminación, es vital reivindicar el papel del juez penal de menores para que, siempre bajo la protección del interés superior del menor, establezca cauces de aplicación de formas alternativas de finalización del proceso penal de los menores. Pueden encontrarse más dificultades, sin embargo, acerca del papel del MF, pues hay corrientes que denuncian la politización en la discusión de su rol.³⁰

En todo caso, un mayor desarrollo de los conceptos busca aclarar la estructura en la actuación de los sujetos procesales, así como la participación constructiva con la víctima, sin dejar de tener en cuenta sus derechos y pretensiones.

En lo relativo a la introducción de criterios de oportunidad, lo cierto es que existe un riesgo, al que también diversos autores han aludido a modo de crítica, a la politización o utilización de esta para obtener beneficios electorales, sin que realmente se dé una regulación de cara a la realidad y con un análisis previo acerca de las posibilidades de implantar una verdadera alternativa al proceso penal tradicional.

Con todo, los argumentos a favor de la introducción de este principio tienen más peso que los que se oponen a esta, pues a través de estas alternativas en el proceso puede verdaderamente combatirse el denominado “populismo punitivo” que, por medio del “Derecho penal del enemigo”, propicia la aplicación de medidas de tolerancia cero incluso en delitos de escasa gravedad, imposibilitando así la proporcionalidad y, más allá, una verdadera reeducación y reinserción social del menor.

²⁹ ZAFFARONI, E. /SLOKAR, A. / ALAGIA, A. *Derecho penal: parte general*, 2ª Edición, Buenos Aires, 1999, pp. 964 y ss., citado por MOLINA LÓPEZ R., “El principio de oportunidad...”, op. cit. p. 75

³⁰ MOLINA LÓPEZ, R., “El principio de oportunidad...”, op. cit. p. 78

Esta reflexión lleva a preguntarse, como han hecho ciertos autores, si la introducción de delitos para menores en la LORPM resultaría beneficiosa para el mayor desarrollo de sus garantías, reduciendo así la accesoriedad de esta Ley respecto del CP:

El art. 1 de la LORPM establece que la misma será aplicable para exigir responsabilidad a las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos o delitos leves en el CP o leyes penales especiales. Es decir, en lo que se refiere al catálogo de delitos que pueden cometerse por un menor, se deduce que éste puede ser autor de cualquiera de las figuras delictivas descritas como tales en el conjunto de la normativa penal española. No obstante, un análisis más realista basado en la experiencia muestra que las infracciones penales cometidas por los menores se circunscriben a unos determinados tipos (fundamentalmente, homicidio, lesiones, atentados contra la libertad sexual, hurto, robo, utilización ilegítima de vehículos de motor, daños y delitos contra la salud pública) e, incluso, que existen figuras de imposible ejecución por un menor, dada su incapacidad por edad para ocupar determinados puestos, como ocurre con los delitos cuyo sujeto activo debe ser un funcionario público, ya que sólo cabe acceder a la función pública una vez cumplidos los 18 años.³¹

Se ha propuesto, con esta base, la delimitación de una tipología propia de menores, la elaboración de un catálogo de infracciones que recoja las figuras penales que verdaderamente son de posible comisión por un menor. Así, se evitaría el recurso al Derecho penal de adultos y se excluiría del ámbito del Derecho penal del menor los tipos que los menores no estén capacitados para llevar a cabo. Esto implicaría, no obstante, un riesgo de laguna ante hechos que puedan no preverse pero que terminen siendo penalmente relevantes en el futuro.

JIMÉNEZ DÍAZ considera que el sistema actual es adecuado y proporciona una gran seguridad jurídica, puesto que no deja ningún espacio para la impunidad dependiendo de cuál sea la clase de infracción cometida. Y si el menor comete o no determinada clase de delitos o, en su caso, puede o no cometerlos dependiendo de la caracterización del sujeto activo o, incluso, de determinados rasgos propios de la conducta, no es motivo para complicar innecesariamente esta cuestión con la

³¹ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 31.

elaboración de una tipología específica para menores, habida cuenta de que el infractor menor sólo va a responder criminalmente si se subsume en un concreto tipo penal del CP o de alguna ley especial. En realidad, poco importa que la figura delictiva esté recogida en el Derecho penal de adultos, pues lo único relevante es que el menor no responda conforme a éste, sino con arreglo a las reglas específicas que se han regulado legalmente para someterlo a un régimen punitivo especial.

4. CONCLUSIONES FINALES.

Observamos que el proceso penal de menores se engloba en el marco desarrollado por la tendencia a establecer una regulación distinta a la configurada para los adultos, buscando así dar respuesta al objetivo de protección del menor y de su interés superior.

Así, nuestra normativa se nutre de diversos preceptos internacionales para establecer esta vital diferencia, definiendo qué se entiende por menor, delito y menor delincuente y la importancia de que existan leyes específicas para la delincuencia juvenil y órganos judiciales propios y especializados en menores. En este sentido, cobran importancia las “Reglas de Beijing” y otras fuentes como la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y las Directrices de RIAD, así como legislación de nuestro propio ordenamiento jurídico, que se inspira también en esos textos internacionales.

En lo referente a la delimitación de la edad de responsabilidad penal de los menores, el criterio biológico en el que se basa nuestro ordenamiento puede parecer de entrada un criterio poco adecuado para la efectiva protección del menor, pues por definición se establece una edad fija para todos los menores y no se atiende al grado de madurez y comprensión de la conducta realizada.

No obstante, esta problemática se palía a través de las garantías procesales de las que disponen los menores, cada vez más numerosas y avaladas no sólo a nivel interno sino también internacional. Precisamente las numerosas reformas que ha sufrido el proceso de menores en España se orienta a abandonar un modelo tradicional de justicia penal y su carácter punitivo, para dejar paso al modelo “educativo-responsabilizador” y al reconocimiento del derecho a un proceso contradictorio, derecho de defensa y principio acusatorio, entre otros.

Existen dos reflejos principales, en nuestra Ley, de este enfoque protector: el papel del MF y el principio de oportunidad, que constituye, bajo mi punto de vista, un logro en la regulación del proceso de menores, si bien es cierto que este principio requiere todavía de un mayor desarrollo y alcance para garantizar una mayor protección del menor en pro del ya estudiado concepto de su interés superior.

No obstante, mientras se da este mayor desarrollo normativo, sí se puede instar al MF a la utilización de los poderes de disposición que le ha ido otorgando la legislación- y también la jurisprudencia - en materia del objeto procesal penal para caminar hacia la obtención de una mayor y mejor aplicación de la rehabilitación del encausado así como de la protección de la víctima.

Estos dos objetivos, fundamentalmente, son los que deben armonizarse y cumplirse en un proceso con todas las garantías, que, en mi opinión, sólo se alcanzará velando por el efectivo desarrollo de las medidas alternativas de resolución brindadas bajo el principio de proporcionalidad. Sólo así se dará un proceso preventivo-especial, con garantía de la proporcionalidad y flexibilidad para disminuir los efectos negativos y la peligrosidad causada en menores por procesos exclusivamente punitivos.

Como aspecto más importante, se podrá satisfacer tanto la reparación como reeducación, así como la reinserción social, características de una verdadera sociedad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

DÍAZ, L., *Introducción al Derecho Penal de Menores*, Editorial Tiran Lo Blanch, Valencia, 2007.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., *La instrucción en el proceso penal de menores*, Editorial Constitución y Leyes, Alicante, 2003.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*, Editorial Tirant lo Blanch, 5ª Edición, Valencia, 2014.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal de menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007.

GIMENO SENDRA/ MORENO CATENA/ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal. Proceso penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

GONZÁLEZ PILLADO, E., *El proceso penal de menores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., “La instrucción en el proceso penal de menores”, Editorial Colex, 1ª Edición, Madrid, 2003.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal de menores*, Editorial Bosch, Barcelona, 2007.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Editorial Comares, Granada, 1998.

VARGAS, A., *La Fiscalía General de la Nación desde el “Sueño de la mariposa”*, Editorial Forum Pacis, Ibagué (Colombia), 1998.

ZAFFARONI, E. /SLOKAR, A. / ALAGIA, A. *Derecho penal: parte general*, 2ª Edición, Buenos Aires, 1999.

Artículos de Revistas y otras publicaciones en internet

BLANCO BAREA, J. A., “Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho Penal español”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 8/2008 (*Segunda Época*), 2008.

BERZOSA FRANCOS, M. V., “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas*, coord. por Joan Picó i Junoy, 2001.

FERNÁNDEZ MOLINA E., “La valoración del interés del menor en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en Martín Ostos, *Anuario de Justicia de Menores*, 2002.

GIMÉNEZ- SALINAS COLOMER, E., “Comentarios a la exposición de motivos y al título preliminar. Justicia de menores: una justicia mayor”, en Giménez-Salinas Colomer, E. (coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor*, Madrid, 2000.

HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, 1988, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/50/la-persecucion-penallegalidad-y-oportunidad.pdf> (Última fecha de consulta: 10/6/16).

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015.

JUNGER-TAS, J., “Improving Juvenile Justice- Working towards a more effective and more humane system”, 2006, disponible en <http://studylib.net/doc/8032527/improving-juvenile-justice---european-society-of-criminology> (Última fecha de consulta: 10/6/16)

MOLINA LÓPEZ, R., “El principio de oportunidad en el proceso penal de menores”, *Nuevo Foro Penal*, No. 72., 2009.

RECHEA ALBEROLA, C. & FERNÁNDEZ MOLINA E., “Juvenile justice in Spain: Past and Present. Journal of Contemporary Criminal Justice”, *Criminology Research Centre*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 2003.

ROY, N., “Justice Denied; The treatment of children in conflict with the law”. *Save the Children UK Juvenile Justice Global Review, Final Report*, 2010.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “La reforma de la ley penal del menor por la LO 8/2006”, *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 15, mayo 2008.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Minoría de edad y derecho penal juvenil: aspectos político criminales”, *Revista técnica del Ertzaina*, ISSN 1130-9628, N° 29, 1999.

TODOLÍ GÓMEZ, A., “Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por el ministerio fiscal”, disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4407-reflexiones-sobre-la-aplicacion-del-principio-de-oportunidad-en-el-proceso-penal-y-su-ejercicio-por-ministerio-fiscal/> (Última fecha de consulta: 10/06/16).

TORRES FERNÁNDEZ, M. E., “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 79, 2003.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad penal de los menores en Europa”, disponible en <http://es.scribd.com/doc/36994042/Vasquez-Carlos-Responsabilidad-penal-de-los-menores-en-Europa> (última fecha de consulta: 10/06/16).

Legislación

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016.

Otros documentos consultados

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.

Informe al Anteproyecto de Ley por el que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, del Consejo General del Poder Judicial, de 23 de noviembre de 2005.

Jurisprudencia

SSTC

STC 36/1991, de 14 de febrero.

STC 23/2016, de 23 de marzo.

SSTS

STS de 26 de mayo de 1999.

ANEXO – El principio de oportunidad en el Derecho penal juvenil europeo.³²

El principio de oportunidad en el Derecho penal juvenil europeo		
País	Regulación legal	Consecuencias
Alemania	§ 45 JGG	Renuncia a la incoación del procedimiento (Fiscal)
	§ 47 JGG	Archivo del proceso (Juez)
Austria	§ 7 JGG	Compensación extrajudicial del delito
Dinamarca	Sec. 722, Administration of Justice Act	No apertura o suspensión del procedimiento
España	Art. 19 LORRPM	Sobresimiento del expediente por conciliación o reparación (Fiscal)
	Art. 51.2 LORRPM	Cumplimiento de la medida por conciliación con la víctima (Juez)
Francia	Art. 12-1 Ord. 2 feb. 1945	Reparación y mediación penal (Juez)
Inglaterra	C&DA 1998 (sec. 65 y 66)	Desistimiento en la incoación del expediente (policía)
	C&DA 1998 (sec. 67 y 68)	Orden de reparación
Irlanda	ChildrenAct, 2001 (s. 98)	Orden de compensación
Italia	Art. 27, DPR 1988, n. 448	Irrelevancia del hecho (Juez)
	Arts. 28 y 29, DPR 1988, n. 448	Suspensión del proceso a prueba
	Art. 169 CP y art. 19, RDL 1934	Perdón judicial
	Art. 20 RDL 1934	Suspensión condicional de la pena
Portugal	Art. 84, Ley 166/99, Tutelar Educativa	Suspensión del proceso (Fiscal)
	Arts. 78.1 y 85.2, Ley 166/99, Tutelar Educativa	Archivo de las actuaciones

³² VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad penal de los menores en Europa”, disponible en <http://es.scribd.com/doc/36994042/Vasquez-Carlos-Responsabilidad-penal-de-los-menores-en-Europa> (última fecha de consulta: 10/06/16), p. 3.