

Relación de Títulos
publicados de la Colección
EL JUSTICIA DE ARAGÓN

1. La Fiducia Sucesoria.
José Luis Merino
2. El Consorcio Foral en el
Derecho Civil Aragonés.
Carmen Sánchez-Friera González
3. La Protección Internacional
de los Derechos del Niño.
Natalidad Fernández Sola
4. Informes del Seminario (1954-1958).
*Comisión Organizadora del
Derecho Foral Aragonés*
5. La Edad en el Derecho Civil Aragonés.
Francisco Mata Ruiz
6. El Testamento Mancomunado: estudios
de documentos notariales aragoneses
desde el siglo XVI hasta la actualidad.
Elena Belloch Fernández de Palencia
7. La Junta de Parientes en el
Derecho Civil Aragonés.
Rafael Bernad Maimó
8. Los Antecedentes Históricos
de la Justicia Constitucional
en el Reino de Aragón.
José Iglesias Ceballos
9. De la Protección de la Infancia
a la Prevención de la Delincuencia.
María José Benítez Benítez
10. Pactos o Capitulaciones Matrimoniales
en Derecho Internacional Privado.
María del Pilar Diego Diego
11. El Consorcio Foral (Tras la reforma
del Instituto por Ley 1/1999,
de 24 de febrero, de Sucesiones
por causa de muerte).
Carmen Sánchez-Friera González
12. Historia del Reinado de Don Pedro III
El Grande, de Aragón, y de los orígenes
de la penetración aragonesa en Italia.
Manuel de Sarca y Fierola
13. El Protonotario de Aragón 1472-1707.
La Cancillería aragonesa en la Edad
Moderna
Juan Francisco Baltar Rodríguez

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES



Coordinadora:

Carmen Samanes Ara

Profesora Titular de Derecho Procesal

Autores:

FIDEL ÁNGEL CADENA SERRANO

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

REGINA GARCIMARTÍN MONTERO

Profesora Titular de Derecho Procesal Universidad de Zaragoza

MARÍA ROSA GUTIÉRREZ SANZ

Profesora Titular de Derecho Procesal Universidad de Zaragoza

CARMEN SAMANES ARA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Zaragoza, febrero de 2003

Título: La Responsabilidad Penal de los Menores

Autores: Fidel Ángel Cadena Serrano, Regina Garcimartín Montero,
María Rosa Gutiérrez Santz y Carmen Samanes Ara

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón.

D.L.: Z-876/2003

I.S.B.N. 84-89510-47-4

Imprime: San Francisco, Artes Gráficas

ÍNDICE

ABREVIATURAS	8
PRESENTACIÓN	9
PRÓLOGO.....	13
CAPÍTULO PRIMERO:	
Ámbito de aplicación de la LORRPM y normas de competencia <i>(Regina Garcimartín Montero)</i>	21
I. Ámbito de aplicación de la Ley	21
1. Criterio objetivo.....	22
2. Criterio subjetivo.....	23
A) La edad del presunto delincuente. Cómputo.....	23
B) Los tramos de edad contemplados en la Ley.....	27
a) El menor de catorce años.....	29
b) El menor entre catorce y dieciocho años.....	30
c) El sujeto entre dieciocho y veintiún años.....	30
II. Determinación de la competencia	37
1. Competencia objetiva	38
2. Competencia funcional.....	39
3. Competencia territorial	39
4. Tratamiento procesal de la falta de competencia	41
III. Intervención del Ministerio Fiscal	44
CAPÍTULO SEGUNDO:	
Las medidas previstas en la LORRPM <i>(Fidel Ángel Cadena Serrano)</i>	45
I. Principios inspiradores de la Ley del Menor y doctrina constitucional	46
1. El superior interés del menor.....	47
2. El principio de igualdad del menor	48
3. El Ministerio Fiscal y los principios de oportunidad e intervención mínima.....	50

4. El principio de legalidad.....	52
5. El principio de proporcionalidad.....	52
6. Otros principios básicos.....	53
7. Orientaciones normativas internacionales.....	54
II. Legislación internacional.....	55
1. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.....	55
2. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia a menores.....	58
3. Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.....	59
4. Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.....	61
5. La Resolución nº 78 (62) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre transformación social y delincuencia juvenil.....	62
6. La Recomendación nº 20 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales de la delincuencia juvenil.....	62
III. Naturaleza jurídica de las medidas de la vigente Ley del Menor.....	64
IV. Perspectiva histórica.....	67
V. Clases y elenco de medidas.....	70
1. Medidas de internamiento.....	73
2. Internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio.....	80
3. Asistencia a un centro de día y permanencia de fin de semana.....	83
4. Libertad vigilada.....	85
5. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.....	88
6. Prestaciones en beneficio de la comunidad.....	90
7. Realización de tareas socio-educativas.....	93
8. Amonestación.....	93
9. Privación del permiso de conducir vehículos de motor y ciclomotores de licencias administrativas de caza y armas.....	94
10. Inhabilitación absoluta.....	95
VI. Principio acusatorio.....	96
VII. Reglas de aplicación de las medidas.....	97
1. Reglas generales.....	97
2. Prescripción y supuestos concursales.....	102

CAPÍTULO TERCERO:

La instrucción del procedimiento (<i>Carmen Samanes Ara</i>).....	105
I. Principios, garantías y formas del procedimiento	106
1. Principio de oportunidad y principio del superior interés del menor.....	107
2. Garantías constitucionales del menor en el proceso.....	109
3. Formas del procedimiento	111
II. Los sujetos intervinientes en la instrucción	116
1. El Fiscal.....	116
2. El Juez	118
3. El Equipo Técnico.....	120
4. El perjudicado.....	122
5. El menor, su representante y su Abogado.....	123
III. La incoación y el posible desistimiento de la incoación del Expediente	125
IV. Efectos de la incoación del Expediente.....	132
V. La averiguación de los hechos	135
VI. Las medidas cautelares.....	144
1. Detención de los menores.....	144
2. Otras medidas cautelares.....	151
VII. Sobreseimiento del Expediente.....	156
1. Sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima	156
2. Sobreseimiento a propuesta del Equipo Técnico	160
VIII. Conclusión del Expediente y remisión al Juez.....	160

CAPÍTULO CUARTO:

La fase de audiencia (<i>Regina Garcinartín Montero</i>)	163
I. Los escritos de alegaciones	164
II. La conformidad	166
1. Conformidad previa a la audiencia.....	167
2. La conformidad manifestada en la audiencia.....	169
III. Posibles decisiones del Juez ante los escritos de alegaciones.....	171
1. Convocatoria de la audiencia.....	172
2. Sobreseimiento.....	173
3. Remisión al Juez competente	176
4. Práctica de nuevas pruebas	177

IV. Celebración de la audiencia.....	177
1. Asistentes y publicidad	178
2. Desarrollo de la comparecencia	181
A) Debate preliminar	182
B) Práctica de pruebas.....	185
C) Conclusiones y última palabra	185
CAPÍTULO QUINTO: La sentencia (M.^a Rosa Gutiérrez Sanz).....	187
I. Marco legal de la sentencia de menores	187
II. Estructura y motivación de la sentencia.....	189
III. Contenido de la sentencia	193
IV. La sentencia oral.....	199
V. El lenguaje de la sentencia	200
VI. Plazo para dictar la sentencia.....	201
VII. El registro de las sentencias.....	202
VIII. La suspensión de la ejecución del fallo.....	204
CAPÍTULO SEXTO:	
Los recursos en la LORRPM (M.^a Rosa Gutiérrez Sanz).....	211
I. Marco legal de los recursos.....	211
II. Recurso de reforma	212
1. Resoluciones recurribles.....	212
2. Plazo de interposición	212
3. Órgano competente.....	213
4. Procedimiento	213
III. Recurso de apelación	214
1. Resoluciones recurribles.....	214
2. Plazo de interposición	218
3. Órgano competente.....	218
4. Procedimiento	220
IV. Recurso de queja.....	222
1. Resoluciones recurribles.....	222
2. Plazo de interposición	223
3. Órgano competente y procedimiento.....	223
V. Recurso de casación para la unificación de doctrina.....	225
1. Resoluciones recurribles.....	227
2. Motivos del recurso	228

3. Procedimiento.....	229
A) Fase de preparación e interposición.....	229
B) Fase de admisión.....	231
C) Vista del recurso.....	232
D) Fase de decisión.....	232
CAPÍTULO SÉPTIMO: La ejecución de las medidas	
<i>(M.ª Rosa Gutiérrez Sanz y Fidel Ángel Cadena Serrano)</i>	235
I. Reglas generales de la ejecución.....	236
1. El principio de legalidad.....	236
2. Competencia Judicial.....	237
3. Competencia administrativa.....	242
II. Reglas para la ejecución de las medidas.....	244
1. Declaración de firmeza de la sentencia y aprobación del programa de ejecución.....	244
2. Liquidación de la medida.....	244
3. Traslado a la Entidad Pública competente para la ejecución.....	246
4. Designación de técnicos o de centro.....	247
5. Ejecución de varias medidas.....	249
6. Expediente del menor sometido a la ejecución de una medida.....	251
7. Informes sobre la ejecución.....	252
8. Quebrantamiento de la ejecución.....	253
9. La responsabilidad derivada del quebrantamiento.....	257
10. Sustitución de las medidas.....	257
11. Conciliación del menor con la víctima.....	259
12. Interposición de recursos.....	262
13. Archivo definitivo de la causa.....	264
III. Las reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad.....	265
CAPÍTULO OCTAVO:	
La responsabilidad civil <i>(Carmen Samanes Ara)</i>	269
I. Consideraciones preliminares.....	269
II. Las partes en la pieza separada de responsabilidad civil.....	271
III. Las pretensiones ejercitables.....	279
IV. El procedimiento.....	281
V. La sentencia.....	286

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CFGE	Circular de la Fiscalía General del Estado
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LCS	Ley del Contrato de Seguro.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Lecrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORRPM.....	Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional

PRESENTACIÓN

El mismo día que tomé posesión de esta Institución anuncié que pensaba ocuparme de todos aquellos asuntos que me plantearan los aragoneses; pero especialmente de los menores, los discapacitados y las personas de edad muy avanzada, porque son los que tienen muchas menos posibilidades de defenderse por sí mismos.

Hace unos días presentamos un libro, que ha dirigido el profesor García Cantero, en el que un numeroso grupo de entonces estudiantes, hoy ya licenciados, se ocupa de estudiar la Ley aragonesa 12/2001 de 2 de julio de la Infancia y la Adolescencia en Aragón que regula los derechos de los menores y su protección.

Pero hay otros casos en los que los menores no respetan las normas de convivencia y ciertos principios que la sociedad considera básicos. Desgraciadamente, han aumentado en los últimos años. Han influido en ello diversos factores: en primer lugar la pérdida de valores, sin haber sido sustituidos por otros; también, un cambio en la forma de educar: antes el niño pasaba muchas horas con su madre y hoy, por algo positivo como es que ella trabaja, está en la escuela o viendo la televisión; y en tercer lugar el que no se eduque en el esfuerzo razonable. Por otra parte se da lo que algunos llaman la reuniónitis: nadie quiere asumir la responsabilidad de llevar la contraria, dentro de unos límites razonables, a los niños o de educar en la frustración.

Se produce una trivialización de la violencia que, a fuerza de repetirse en algunos ámbitos, acaba pareciendo normal. No se ol-

vide que el que de joven ve pegar a su padre o sus hermanos, o él es objeto de malos tratos, es más fácil que de mayor se convierta en una persona agresiva o maltratadora.

En esos casos la sociedad no puede permanecer impasible, debe de evitar que se repitan, entre otras cosas porque hay víctimas, y al mismo tiempo tiene que tratar de reeducar y reinsertar en la vida social a los menores. Ambas cosas son especialmente importantes con los menores. Por eso deben ser tenidas en cuenta desde el momento en que el menor es sorprendido cometiendo un hecho ilícito. De ahí que el proceso sea diferente desde el inicio. Por eso se le concede al Fiscal el principio de oportunidad, y el interés del menor siempre hay que tenerlo en cuenta, especialmente a la hora de tomar medidas de internamiento, terapéutico o ambulatorio, asistencia en centros de día, libertad vigilada, convivencia con otra persona, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socio educativas.

De todo esto se ocupa este libro, magníficamente dirigido por la Profesora de Derecho Procesal y perteneciente a la Carrera judicial, D.^ª Carmen Samanes Ara y en el que también han participado D. Fidel Cadena Serrano, D.^ª Regina Garciamartín Montero y D.^ª M.^ª Rosa Gutiérrez Sanz. Unos son Fiscales, otros de la Carrera judicial y también hay profesores de la Universidad con lo que se consigue algo deseable para que sea útil: unir la experiencia teórica con la práctica. Con su esfuerzo contribuirán a facilitar el de otros y a dar seguridad jurídica a una materia que, por ser nueva, permite en algunos casos diversas interpretaciones.

En este libro también se tiene en cuenta la protección de la víctima en lo que hace referencia a la responsabilidad civil. No cabe duda de que la que menos culpa tiene y sufre más las consecuencias de determinados delitos es la víctima. El gran déficit de los últimos veinte años ha sido olvidarse de ella, pensando que a quien había

que proteger era exclusivamente al autor de un delito. Durante el proceso la víctima requiere protección y el acusado garantías; otra cosa es luego. Determinar el lugar que ocupa el interés superior del menor cuando colisiona con otros también protegibles como pueden ser los de las víctimas de sus actos o el principio de presunción de inocencia cuando él es la víctima, plantea muchas cuestiones, nada fáciles de resolver si se parte de que no hay ningún derecho absoluto.

Zaragoza, 12 de marzo de 2003

Fernando García Vicente
JUSTICIA DE ARAGÓN

PRÓLOGO

La lectura de un libro –se ha dicho– suscita frecuentemente en el lector el deseo de escribir otro libro sobre lo mismo. Quizá este deseo comienza a alimentarse cuando, durante la lectura, se subrayan ciertas palabras, o frases, se acotan párrafos, o se dispone discretamente al lado del libro una libreta para tomar notas sumarias. No se ha explicado –a mi parecer– satisfactoriamente el porqué de este impulso. Quizá puedan aventurarse algunas hipótesis. Aunque no tengo el propósito de llevar a cabo una abultada formulación de hipótesis, quiero referirme a algunas. Puede suponerse que, si el libro está bien escrito, el tema elegido es interesante y está bien tratado, la misma obra invita a pensar (*sapere audere*) y escribir otra vez sobre lo mismo o a prolongar el tema con nuevos desarrollos sugeridos por la lectura; puede decirse que el libro ha fecundado nueva vida en la inteligencia del lector. Si el libro es malo –mal escrito, oscuro, con un desarrollo incompleto, tortuoso o torpe, si es que, por desgracia, se concitan todas estas circunstancias sobre una misma labor, lo que no es tan raro–, no es preciso perder tiempo, ni extenderse en buscar razones para justificar el imperio que determina a la voluntad para escribir sobre el tema de nuevo e intentar tratarlo con mayor acierto. Hay libros que, por su oscuridad, requieren inmediatamente de ser escritos un elucidario que facilite acceder a lo que en ellos se ha querido escribir o decir. No cabe desechar la hipótesis de que no ocurra lo que acabo de suponer, porque, sencillamente, el lector no ha sido removido por el contenido de la obra que acaba de leer. Posiblemente, algún día el antiguo lector decida escribir sobre el tema aparentemente ya olvidado, hallándose sorprendido, porque repita –escriba– viejos argumentos, conclusiones conocidas. La lectura ha producido un efecto tardío; pero éste es

otro asunto, sobre todo, si falta el reconocimiento del origen de lo que se presenta como novedoso. Aún es posible entretenerse en indagar otras razones, apoyándose en diversas hipótesis. Sin embargo, no suele ser habitual llegar al final de la lectura del libro y escuchar al lector que, sin hipérbolo, afirma de manera concluyente: sobre esto ya no se puede escribir más ni mejor. Esta expresión –si se oye– puede responder a motivos de afecto incontrolado, o deslumbramiento inesperado que se produce en el ánimo del lector, cuando no se esconden detrás de esa enfática conclusión interesadas zalemas que están orientadas a fines no confesados seguidamente.

Este deseo de volver a escribir sobre el mismo tema puede manifestarse de diversas maneras; se puede quedar en un buen propósito que no es acompañado de la voluntad de cumplirlo; se afronta con resolución la tarea de escribir y da como resultado un pequeño ensayo, una obra mayor que la leída inicialmente; o, simplemente, a veces se escribe el prólogo del libro.

Las consideraciones antecedentes pueden servir para explicar determinadas –no he de examinar tampoco todas– actitudes en los redactores de los prólogos de los libros. No es infrecuente descubrir en algunos prólogos –que siempre se escriben después de haberse escrito y leído el libro–, entre otras, una de estas dos posturas. La primera lleva a aprovechar la ocasión para que el prologuista exponga su propia opinión, no sobre lo que dice el libro, sino sobre el tema de que trata, al margen de lo que ha escrito el autor. Así convierte el prólogo en una versión compendiada de lo que podría constituir el germen del otro libro. La “obrita” contenida en el prólogo, discurre con un discurso paralelo y quizá desconectado de los argumentos sustentados por el autor de libro. La segunda postura conduce a convertir las primeras palabras –prólogo–, que va a encontrar el lector en el libro, en la manifestación de los puntos en que el redactor del prólogo discuerda del autor del libro. En estos dos casos la decisión del redactor del prólogo –legítima sin lugar a dudas– debería llevar a la decisión del editor de privar al prólogo de

su carácter isagógico y asignarle un lugar al final del libro, a guisa de escatocolo de lo escrito en un documento. Un añadido para recoger conclusiones, apostillas, escolios y comentarios.

Este prólogo no se escribe con el designio de hacer méritos para ser colocado al final de esta obra, sino en el lugar que le corresponde. En él no se va a comentar con exceso sobre lo que los autores han escrito y razonado, ni a copiar textos para ponerlos de relieve. Perseguimos otra finalidad más sencilla y justa.

En toda actitud creadora –en el autor– de la literatura –también la jurídica– existe originariamente un pensamiento: habrá un lector de esta obra. Esto ocurre incluso con el género de los “diarios secretos”. El autor escribe porque piensa que habrá un lector; alguien que esté interesado en conocer lo que cuenta o razona. El motivo del escribir está en el leer. Se escribe para que alguien lea. Pero, cuando se escribe y el escritor decide publicar lo escrito, todavía falta en esta tarea algo importante: captar al lector; atraerle para proponerle el interés del tema. El ciclo creador del autor se cierra cuando se halla al interesado por lo escrito y nace el lector. Acaban de confluír dos intereses parejos.

¿Puede corresponder al prólogo suscitar ese interés en quien se asoma a las primeras páginas del libro? Podría admitirse que éste es el oficio, buen oficio, que desempeña el prologuista. Sin embargo, después de volver a examinar la cuestión, pienso que esta tarea de crear el interés corresponde genuinamente al propio autor. Y, de esta manera, se puede concluir que, si la obra está bien introducida por el autor, que es tanto como decir que el tema está bien expuesto, delimitado, justificado y establece los objetivos que persigue, en principio, no haría falta ningún prólogo. Por tanto, es obligado concluir: si no me propongo volver a escribir sobre lo que los autores ya han escrito, ni exponer un punto de vista contrario a sus argumentos, ni siquiera discantar hasta producir aburrimiento, sobre lo que ya he leído ¿es preciso este prólogo?

Hay varias razones que justifican poner al principio de este libro una nota expresiva de algunas impresiones que ayudan a descubrir el porqué de su valor. Los autores de *La responsabilidad penal de los menores* antes de abordar la obra, pensaron que el tema a tratar tenía todos los atributos específicos para suscitar el interés del lector. Hacen falta valiosas aportaciones en relación con este tema. Pero en primer lugar suscitó su interés. Esto lo puedo afirmar no apoyándolo en indicios más o menos convincentes que pueden hallarse dispersos al leer los comentarios de los autores. En este punto debe admitírseme como testigo, porque, por razones de proximidad en el desempeño de las tareas académicas, conocí el proyecto de hacer esta obra cuando sólo era una idea. Los autores abrieron su capacidad para entender el "problema" de la Justicia *para* menores y *con* menores en todas las dimensiones que se reputan convenientes. Este es un buen principio para aprestarse a transmitir el resultado de su reflexión. Algo que puede resumirse en dos pensamientos —que he de anotar— ampliamente desarrollados por un pensador aragonés, cuya lectura y cita es común y del agrado de la coordinadora de esta obra la profesora Samanes Ara: "no puede ser entendido el que no es entendedor" (GRACIÁN, *El Discreto*, VIII). Éste es el primer pensamiento; el segundo, inserto en la misma línea discursiva, he de ofrecerlo oportunamente más adelante.

La Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal del Menor incide en el ámbito vital del menor, no sólo para ordenar lo concerniente a la responsabilidad de él, sino para regular la Justicia especializada *para* el menor y *con* el menor. En eso último hemos de detenernos, porque no es una simple matización o corrección deseable para el título oficial de la Ley; desde una perspectiva eminentemente procesal, introduce dos extremos de inexcusable análisis: el *para* hace referencia a la sentencia y el *con* la hace al proceso. La Justicia es *para* el menor porque, de la función propia de la jurisdicción que actúa va a resultar un pronunciamiento para el menor responsable. Estamos pensando en la sentencia y en el Juez, pero estamos pensando también en otros modos de terminación del proceso y en quienes

deban hacer efectivos los contenidos de la sentencia. Además, para llegar a la sentencia en que se declare la responsabilidad del menor es preciso desarrollar el proceso (con todos los intervinientes en el mismo) en que se debe contar *con* el menor; con la calidad de menor del sujeto pasivo del proceso. Al sujeto pasivo no sólo ha de prestársele atención por ser menor –quien no ha alcanzado la mayoría de edad–, sino por su sujeción a un proceso en el que se depura su responsabilidad por la comisión de un acto punible. Esta es la razón –apoyada en la normativa internacional– por la que se aprecia una específica faceta del menor procesal; menor es todo niño o joven que puede ser castigado por un delito en *forma* diferente a un adulto. No sólo el acto decisorio, sino el procedimiento –enjuiciamiento, considerado como un todo– importa ajustarlo a este postulado (Reglas de *Beijing*). Esta es la clave del sistema: el enjuiciado es un menor.

Los preceptos de la Ley que regulan la sentencia y el proceso deben ser consecuencia de haber tomado en consideración esta circunstancia. La Justicia *para* menores y *con* menores constituye un programa para el Estado. No es esto un simple dicho oportunista o vacío. Envuelve un proyecto vivo; algo en desarrollo. Más que pensar si la Ley ahora comentada es un logro, hay que ponderar que es un paso para lograr algo que todavía está por conseguir. Se considera que la Justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de la justicia social para todos los menores; es necesario perfeccionar la justicia de menores de manera continuada (Regla 1 de *Beijing*). Desde los primeros planteamientos en esta materia hasta el momento actual han evolucionado los criterios con que deben ser afrontadas las consecuencias del tratamiento de la responsabilidad del menor. La doctrina de la *situación irregular*, de corte señaladamente positivista, ha venido a ser sustituida por la doctrina de la *protección integral*, inspirada en los supuestos de la Convención sobre los Derechos del Niño. En Italia se ha considerado que el sistema de la Justicia para menores debe ve-

nir moderado por la justicia social. Así se presenta, en primer plano, el bienestar del menor. Es relevante el modo como acoge la Exposición de Motivos de la Ley estos criterios; el procedimiento es de naturaleza sancionadora-educativa con las garantías de nuestro ordenamiento constitucional en sintonía con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero y de las normas de Derecho Internacional. La Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad, las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (78) 62 y del Consejo de Ministros R(87), componen el "ambiente internacional" en que ha sido promulgada la Ley. Ofrecen el panel de referencias a tener en cuenta.

Esta normativa internacional señala un ámbito en el que debe construirse el sistema judicial para los menores; y además trata de marcar el ritmo expansivo que ha de motivar el perfeccionamiento de los derechos internos de los países respecto de los menores sujetos a procedimiento penal.

Si se considera que los objetivos de la Justicia para los menores es su bienestar y respetar el principio de proporcionalidad, no debe reputarse que se recurre a argumentos sonoros y abstractos para justificar cualquier construcción. En primer lugar, es lógico pensar que la "respuesta" judicial dada mediante la sentencia no deba apoyarse sólo en el dato objetivo de la gravedad del delito, sino en el aspecto subjetivo de las circunstancias personales del menor. Esto es especial; pero también se refleja esta situación en la concepción del procedimiento y en su desarrollo. En todas las fases del procedimiento han de verse respetados los derechos del menor, en general, y los que nacen de su sujeción al proceso. Si bien, como expone la Exposición de Motivos de la Ley, el proceso y las medidas apli-

cables a los infractores menores de edad tienen naturaleza formalmente penal, materialmente tienen naturaleza sancionadora-educativa. En la doctrina se ha puesto de relieve la función resocializadora del juez de menores.

La regla internacional de contraste ha sido progresivamente definida, a fin de que el legislador nacional pueda comparar la adecuación de su norma interna con el ordenamiento internacional. Pero su eficacia no queda sólo ahí. La llamada va dirigida también a los operadores jurídicos que intervienen en el proceso para menores y con menores. La realidad no se puede encubrir. También para quienes abordan el estudio de la Ley para comentarla, se erige esta circunstancia en pauta y referencia. Por eso, los autores de esta obra han ido construyendo sus comentarios a la luz de los principios explícitamente establecidos y conociendo en cada momento que, en todo caso, está instaurado el "superior interés del menor": han entendido cabalmente la dimensión del problema. Éste es uno de los méritos de la obra. Con esta advertencia –y consejo– debe ser leída. Además, la oportunidad de la obra se justifica no sólo desde el ámbito científico, ni por la indudable acogida que tendrá entre quienes frecuentan la Justicia con menores, sino porque se constituye en una sede de reflexión para establecer nuevas etapas en el inacabado perfeccionamiento de esta Justicia. A esta obra se le abren distintas estancias de las que habitualmente se destinan a la lectura en los más diversos lugares: donde se estudia, donde se consulta, donde se elaboran, donde se aplican las normas... sobre menores. Sin embargo, no nos extrañará verla introducida en otros ámbitos ajenos a la Justicia de menores. Esto ocurre con algunas obras, cuya proyección rebasa el planteamiento acotado del tema. A veces, descubrimos citas oportunas sobre ciertas obras hechas por autores que sitúan su ámbito de investigación en campos lejanos al tratado en aquéllas. Es el resultado de la incontenible fecundidad de los pensamientos. Cuando estos son elaborados intensamente y bien fundamentados, interesan no sólo respecto de lo que manifiestan inmediatamente, sino por lo que tienen de creador al mostrarse ex-

pansivamente de forma universal. La utilidad de esta obra viene determinada por la personalidad y formación de los autores. No falta en algunos de ellos el vislumbre sugerente del apetecible ángulo del conocimiento práctico del proceso penal; una buena práctica ilumina una buena y no falsa teoría. Esta visión es, al mismo tiempo, un letificante patrimonio y un eficaz corrector de la vanidad de un *conocer* –algo que (conviene recordarlo) es distinto del *saber*– estragada y únicamente intelectual.

Podría poner fin a este prólogo, porque, en lo que ha sido mi propósito, no queda más que decir. Sin embargo, falta todavía añadir el segundo pensamiento de GRACIÁN. En este punto, llega ahora exigido por la actitud de los autores al componer la obra. El sistema elegido para la exposición y la relación interna de los comentarios muestran el estimable grado de sintonía que existe entre los autores –no ofrecen tratamientos yuxtapuestos, sino una construcción orgánica–, pero hay algo más: la claridad expositiva y la ausencia de erudiciones baldías. Decíamos al principio que para ser entendido hace falta, en primer lugar, entender, pero aquí no termina el ciclo en la transmisión de *saberes*. Es importante saber exponer lo que se sabe y se quiere decir. Utilizar la palabra justa –la elocución oportuna– exige el *prius* de haber puesto atención; esto no suele ocurrir por accidente, es consecuencia de una actitud interna –compromiso– ante el saber. Por lo que respecta a los autores, puede afirmarse que, con su forma externa de tratar el tema, han mostrado –algo que lucran en su beneficio– la verdad que se encierra en este pensamiento: “saber una cosa y saberla mostrar es saber dos veces”.

Zaragoza, 29 de enero de 2003

Ángel Bonet Navarro

Catedrático de Derecho Procesal

Capítulo PRIMERO

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY Y NORMAS DE COMPETENCIA

REGINA GARCIMARTÍN MONTERO

Sumario: I. Ambito de aplicación de la Ley. 1. Criterio objetivo. 2. Criterio subjetivo. A) La edad del presunto delincuente. Cómputo. B) Los tramos de edad contemplados en la Ley. a) El menor de catorce años. b) El menor entre catorce y dieciocho años. c) El sujeto entre dieciocho y veintiún años. II. Determinación de la competencia. 1. Competencia objetiva. 2. Competencia funcional. 3. Competencia territorial. 4. Tratamiento procesal de la falta de competencia. III. Intervención del Ministerio Fiscal.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

El CP en su art. 19 establece que no serán responsables criminalmente con arreglo a tal cuerpo legal los menores de dieciocho años, para afirmar a continuación la posibilidad de que se les exija responsabilidad conforme a lo que regule la Ley correspondiente.

En consonancia con dicha norma del CP, el art. 1 LORRPM establece el ámbito objetivo de la Ley, que no es sino regular la res-

ponsabilidad de los menores cuya edad esté comprendida entre los catorce y los dieciocho años.

Dicho art. 1, además de aludir a la aplicación de la propia Ley a los menores de la citada edad, establece que se les aplicarán también las demás normas que regulan los derechos de los menores, haciendo mención expresa de las más importantes: Constitución, LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Lo cierto es que dicha afirmación puede considerarse superflua, ya que igualmente se aplicarían tales normas sin la manifestación en tal sentido realizada por el legislador¹. En todo caso, es amplio el número de disposiciones que tienen como objeto la garantía de los derechos del menor; no sólo en el ámbito nacional e internacional, como menciona el art. 1 LORRPM sino que tampoco hay que olvidar la normativa que en esta materia han producido las Comunidades Autónomas².

El ámbito de aplicación de la LORRPM, sin embargo, no se determina únicamente en función de la edad; sino que el legislador, además de este criterio subjetivo, en el art. 1 LORRPM establece otro criterio objetivo: que se haya cometido un hecho de los que tipifica como delito o falta el Código Penal.

1. Criterio objetivo

El ámbito objetivo de la LORRPM viene determinado *por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en las leyes penales especiales* (art. 1 LORRPM); redacción que, aunque *a priori* podría parecer excesivamente prolija, resulta adecuada en

1. GOMEZ RIVERO considera que el sentido de la alusión expresa al texto constitucional puede ser el insistir en que el menor gozará de todas las garantías reconocidas al delincuente mayor de edad. Vid. *Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, en *Actualidad Penal*, n.º 10, p. 165.

2. Dentro de la Comunidad Autónoma de Aragón conviene hacer referencia a la Ley 10/1989 de 14 de diciembre de Protección de Menores, que si bien no pertenece al ámbito penal sí se hace eco de alguno de los principios expresados.

una materia como la penal, en la que es aconsejable la precisión en el léxico y en la que las lagunas no son fáciles de cubrir por aplicaciones analógicas³. Se puede apreciar que las bases para exigir responsabilidad penal son las mismas que para los adultos⁴.

Conviene tener en cuenta que para determinados hechos delictivos comprendidos en el ámbito objetivo de la Ley el legislador establece un régimen específico; así, el art. 2.3 de la LO 7/2000 de 22 de diciembre reguladora de la responsabilidad penal de los menores en relación con los delitos de terrorismo, introduce una nueva Disposición Adicional (la cuarta) en la LORRPM por la cual se excluye la aplicación del art. 4 LORRPM (que permite, en determinadas circunstancias, la aplicación de la LORRPM a los menores de veintiún años) en los delitos de terrorismo y establece normas especiales a seguir en la exigencia de responsabilidad criminal a los menores por estos delitos.

2. Criterio subjetivo

A) La edad del presunto delincuente. Cómputo

El segundo criterio elegido por el legislador para establecer el ámbito de aplicación de la Ley se determina en función de la edad de los sujetos que han cometido el hecho delictivo. Lo cierto es que la razón de ser de aplicar la LORRPM a los menores que delinquen, radica en la peculiaridad de su posible falta de madurez a la hora de percibir lo que es ilícito y actuar en consecuencia. Esta circunstancia se podía haber tenido en cuenta bien determinando *ad casum* el grado de madurez del menor o bien estableciendo un criterio de

3. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad penal de los menores*, Madrid 2001, p. 76.

4. BOLDOVA PASAMAR, *Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho Penal juvenil español*, en *El nuevo Derecho Penal juvenil español*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º V, Zaragoza, 2002, pp. 44 y 45. El autor señala cómo también habría que aplicar las eximentes, las condiciones objetivas de procedibilidad, atenuantes y agravantes, que prevé el Código Penal, salvando las especialidades que la propia LORRPM establezca.

presunción de una cierta madurez a partir de una edad. Este último es el criterio elegido por el legislador, por tanto, es la edad del presunto delincuente la que determinará la aplicación de la Ley.

Este criterio tiene el peligro de ser excesivamente rígido, puesto que en el fondo descansa en el postulado de que exactamente a partir del momento en que el menor cumple catorce años, adquiere la capacidad de discernir, lo cual obviamente no es así. La adquisición de la capacidad de comprender la ilicitud de un hecho y comportarse con arreglo a esa percepción de lo ilícito es gradual y distinta para cada persona, hasta el punto que la jurisprudencia ha llegado a afirmar que la *expresión "mayor de edad" (es) más un concepto jurídico civil que un dato fáctico* (STS -Sala Segunda- de 15 de junio de 1998 -RA 5320-). En todo caso, hay que tener en cuenta que en alguna de sus normas la LORRPM matiza este criterio biológico estableciendo diferencias en función de la edad, siempre dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la Ley (arts. 9.4º y 5º y 25 LORRPM); también se posibilita la aplicación de la LORRPM a personas comprendidas entre los dieciocho y los veintinueve años en determinadas circunstancias.

No cabe duda de que la opción alternativa tampoco está exenta de riesgos. Dejar en manos de un órgano (habitualmente el juez) la decisión en torno a la capacidad de comprensión del menor de cara a la aplicación de una u otra norma supone una inseguridad jurídica que en materias penales resulta especialmente indeseable, amén de otros inconvenientes de no menor entidad que en su momento analizaremos⁵.

La Ley ofrece una regulación muy parca para una situación que puede darse con relativa frecuencia en la práctica y es la posibilidad de que un hecho delictivo se cometa por una pluralidad de

5. En definitiva la opción por el criterio biológico supone dar primacía a los valores de certeza y seguridad jurídica para eludir la dificultad que entraña conocer el grado de madurez de cada sujeto; vid. LANDROVE DIAZ, *Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, en La Ley, nº 5084, 27 de junio de 2000, p. 1668.

sujetos siendo algunos de ellos mayores y otros menores. Tan sólo alude a ella en el art. 16.5 LORRPM, según el cual cuando un hecho delictivo se cometa conjuntamente por mayores y menores de edad, el Juez de instrucción tan pronto como compruebe que en el hecho delictivo hay menores imputados remitirá testimonio de las actuaciones al Fiscal encargado de la instrucción del procedimiento de menores. En estos casos, por consiguiente, por un mismo hecho delictivo se tendrán que iniciar dos procesos penales: uno para el menor y otro para el mayor. El hecho de que llegue a haber dos órganos distintos instruyendo y conociendo un mismo delito puede causar graves problemas que merecían una regulación más detenida que la que ofrece el legislador⁶.

Siendo la opción de la Ley el acudir a un criterio objetivo ello nos obliga a determinar cómo ha de computarse la edad del sujeto que eventualmente puede quedar sometido a la LORRPM.

Entiendo que, por su afinidad, nos puede proporcionar pautas válidas la jurisprudencia producida en torno al cómputo de la edad para la determinación de la mayoría de edad penal o para la aplicación de la circunstancia atenuante contemplada en el art. 9.3 del CP 1973.

De este modo, y por lo que se refiere al *dies a quo* en el cómputo de la edad penal, el Tribunal Supremo ha señalado que, en materia criminal no cabe aplicar el criterio establecido en el art. 315 CC para el cómputo de la mayoría de edad, según el cual a tales efectos se ha de incluir completo el día del nacimiento. Señala a tal efecto dicho Tribunal, citando el Preámbulo de la Ley de 13 de diciembre de 1943, que introdujo dicha norma, que su razón de ser es *favorecer a los jóvenes que así quedaban emancipados de la patria potestad en edad más temprana. Tal criterio, por el contrario, no favorece a los jóvenes desde el punto de vista de sus posibles responsabilidades criminales* (STS –Sala

6. DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Elcano 2001, p. 61.

Segunda- de 26 de mayo de 1999 –RA 5258-)⁷. No siendo válido el criterio civil en esta materia, hay que entender que el cómputo de la edad ha de hacerse en materia penal, como señala la citada sentencia *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*.

El momento del nacimiento se ha de acreditar como señala el art. 375 Lecrim: mediante certificación de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil y, en su defecto, de la partida de bautismo y, cuando no se pudieran lograr dichos documentos, se acudiría a dictamen médico. A pesar de que el art. 375 Lecrim parece otorgar prevalencia a la inscripción del Registro o la partida de bautismo, la STS (Sala Segunda) de 29 de mayo de 1993 (RA 4287) da clara preeminencia al dictamen médico en detrimento de la segunda en caso de discrepancia⁸.

Puede suceder que alguno de dichos medios de determinación de la edad no permitan conocer la hora en que nació el menor. En aquellos casos en que no se puede determinar la hora del nacimiento y el delito se comete en el mismo día en que se cumplen los años se realizará la aplicación de la normativa más beneficiosa durante todo el día en que cometió el hecho delictivo; en definitiva, si no consta la hora del nacimiento se entenderá siempre que es posterior a la comisión del delito, puesto que ésa es la interpretación acorde con el principio *in dubio pro reo* (SSTS –Sala Segunda- de 14 de enero de 1988 –RA 247- y 24 de septiembre de 1992 –RA 7258-).

Por lo que respecta al *dies ad quem* de este plazo es el del momento de la comisión del hecho delictivo, y puede plantear ciertos problemas en aquellos casos en que se produce un delito continuado o permanente.

7. Vid. también SSTS –Sala Segunda- de 14 de enero de 1988 (RA 247), 24 de septiembre de 1992 (RA 7258), 29 de mayo de 1993 (RA 4287) y 13 de abril de 1994 (RA 3283).

8. La citada sentencia afirma: *el médico forense, de la máxima confianza de la Sala, describió rotundamente que la procesada pudiera tener la edad de la partida de bautismo, pues según esa pericial tendría el 22-12-1987, fecha de la comisión del delito, 17 años, 10 meses y 17 días*.

La CFGE 1/2000 (apdo. II.4) proporciona pautas para determinar el momento de Comisión del hecho delictivo en estos casos. De este modo, en el caso del delito continuado, entiende que los hechos cometidos por el sujeto una vez alcanzados los dieciocho años –los veintiuno si se aplica el art. 4 LORRPM- no podrán ser enjuiciados con arreglo a la LORRPM.

Por lo que se refiere al delito permanente, la citada Circular (apdo. II.4) estima que la LORRPM no podrá ser aplicada cuando el correspondiente límite de edad se haya rebasado antes de que fuera eliminada la situación ilícita⁹; solución a la que se llega por aplicación analógica del art. 132 CP relativo a la prescripción.

La aplicación de las reglas jurisprudenciales en torno al cómputo de la edad tienen especial importancia en relación con quienes cumplen catorce años el día de comisión del hecho delictivo, para saber si es aplicable la LORRPM. Por lo que se refiere a la aplicación del CP a aquellos que cumplen dieciocho años el día del delito puede no resultar tan trascendental si tenemos en cuenta que la LORRPM flexibiliza la aplicación del CP a quienes tengan más de dieciocho años y menos de veintiuno; y el cumplir dieciocho años el día en que se comete el delito bien puede ser una circunstancia a ponderar por el Juez que ha de pronunciarse en torno a la aplicación de la LORRPM.

B) Los tramos de edad contemplados en la Ley

El legislador ha dispuesto en el art. 1.1 LORRPM que esta Ley se aplique a aquellos menores de edad que hayan cumplido los catorce años. Queda así claramente determinado el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley. Esta afirmación requiere sin embargo una inmediata matización, en la medida en que, por un lado, en deter-

9. Vid. STS (Sala Segunda) de 24 de junio de 1995 (RA 5167), de nuevo se trata de una resolución que no se produce en aplicación de la LORRPM sino que es referida a la aplicación del CP a quien cumple dieciocho años durante el lapso de tiempo que dura la actividad delictiva.

minadas circunstancias se permite que les sea aplicada la LORRPM a aquellos sujetos que tienen entre dieciocho y veintiún años y, por otro lado el legislador establece *de facto* en el articulado de la Ley una nueva subdivisión en dos tramos de edad: de catorce a dieciséis años y de dieciséis a dieciocho años, puesto que en ocasiones establece normas distintas para cada uno de ellos¹⁰.

Antes de entrar a analizar estas divisiones establecidas por el legislador, conviene aludir a una precisión terminológica que la Ley realiza en el art. 1.4 LORRPM. En dicha norma, se dispone que el término *menores* se empleará en la Ley para aludir a quienes tienen menos de dieciocho años y el de *jóvenes* para referirse a los mayores de esta edad, si bien, a pesar de dicha matización, el término *menor* podrá usarse genéricamente aludiendo a todos los comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley.

Esta "aclaración" en torno al sentido de los términos que realiza el legislador, merece una valoración negativa en la medida en que luego no corresponde con el uso que de dichos vocablos se realiza en el texto de la Ley, sino que, como ha puesto de manifiesto la doctrina¹¹, tendremos que estar a lo que establece cada norma para ver si realmente el legislador se refería a menores –en sentido estricto- o a jóvenes. Por otra parte, al afirmar que el término *menor* puede aplicarse a todos los comprendidos en el ámbito de la Ley, el legislador está realizando un uso indebido de la noción legal de menor puesto que la amplía a quien no lo es¹².

Llama la atención que, tras esta discutida precisión terminológica, el legislador utiliza el término *joven* únicamente en dos artículos de la Ley: el art. 20.2 y el art. 47.5; en el segundo caso lo hace de

10. La existencia de estos tres tramos de edad puede responder a la finalidad de conjugar dos aspectos: graduar la respuesta del Derecho Penal a la evolución del menor y atender a las circunstancias del delincuente, de forma que la mayor edad no lo excluya de forma inexorable del sistema de justicia juvenil. Vid. GOMEZ RIVERO, *Algunos aspectos...*, cit., p. 172.

11. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 80 y PEREZ MARTEL, *El proceso del menor*, Pamplona, 2002, p. 179.

12. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 80.

forma correcta pero en el primero se refiere a *menor o joven*, contraviniendo su propia indicación según la cual cuando se refiera simplemente a *menor* estará aludiendo a ambos.

a) El menor de catorce años

Al menor que no ha cumplido todavía catorce años no se le aplicará la LORRPM. El límite previsto por el legislador no es del todo pacífico, en la medida en que la experiencia demuestra que cada vez existe una mayor precocidad para delinquir, sin embargo, la mayoría de la doctrina considera adecuado no exigir ningún tipo de responsabilidad a quienes no han cumplido catorce años¹³. En derecho comparado, no obstante, se puede apreciar una tendencia a promover la actuación del Estado desde una edad aún más temprana¹⁴.

A pesar de que los menores de catorce años no quedan sujetos a la LORRPM ésta prevé una norma que les es aplicable: el art. 3 LORRPM. Dicho artículo establece que cuando sea autor del hecho delictivo un menor que todavía no ha cumplido catorce años, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio a la entidad pública de protección de menores, la cual *habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél* según prevé la LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor. Aparentemente la LORRPM se limita a remitirse a la LO 1/1996 de 15 de enero; sin embargo, conviene destacar el sentido imperativo del citado art. 3; de los términos utilizados por el legislador, parece sugerirse claramente que la adopción de una de las medidas previstas en la LO

13. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 72 y PEREZ MARTEL, *El proceso...*, cit., p. 180. Hay algún autor que considera incluso que la edad de 14 años puede ser un poco prematura para la exigencia de responsabilidad penal; vid. LANDROVE DIAZ, *Marco operativo...*, en *La Ley*, cit., p. 1669.

14. En Francia, la Loi n° 2002-1138 d'orientation et de programmation pour la justice, con fecha de 9 de septiembre de 2002, prevé la posibilidad de adoptar ciertas medidas a partir de los diez años de edad.

1/1996 de 15 de enero no es facultativa para la entidad, sino que deberá acordarla necesariamente¹⁵.

b) El menor entre catorce y dieciocho años

Los menores entre catorce y dieciocho años son los principales destinatarios de la LORRPM, puesto que para sujetos de otras edades la LORRPM no se aplica o, en caso de aplicarse, tiene carácter restrictivo o excepcional.

La Ley establece, sin embargo, en algunos de sus artículos, normas distintas para aquellos menores que no alcancen los dieciséis años de edad respondiendo estas normas a la intención del legislador, reflejada en la Exposición de Motivos de la LORRPM, de tratar a los menores que tienen catorce y quince años de forma distinta a aquellos que tienen dieciséis y diecisiete años *por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico un tratamiento diferenciado* (apartado II.10 Exposición de Motivos).

Este tratamiento diferenciado se refleja en tres normas de la Ley: art. 9 (duración de las medidas), art. 25 (participación del perjudicado en el procedimiento) y Disposición Adicional 4ª (duración de la medida de internamiento).

c) El sujeto entre dieciocho y veintiún años

Los sujetos mayores de dieciocho años quedan fuera del ámbito de subjetivo de la LORRPM ya que en este caso los cuerpos legales cuya aplicación será procedente serán el CP y la Lecrim –junto con las leyes especiales correspondientes-. Sin embargo, el legislador ha considerado oportuno que el límite de dieciocho años no

15. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 94 y ORNOSA FERNANDEZ, *Derecho Penal de menores*, Barcelona, 2001, p. 156; ésta última autora critica la obligatoriedad de la medida ya que en ocasiones puede resultar oportuno no imponerla, con lo que la Ley debería haber permitido un cierto margen de discrecionalidad en la decisión al respecto.

opere de forma rígida sino que, en determinadas circunstancias, quienes superen dicha edad pero en ningún caso rebasen la de veintiún años, puedan quedar sujetos al régimen de la LORRPM.

No obstante, conviene tener en cuenta la recomendación contenida en la CFGE 1/2000 (apdo. III) en el sentido de que la aplicación de la LORRPM a los mayores de dieciocho años en los supuestos que permite la Ley ha de considerarse excepcional, siendo la norma general la sujeción al régimen general de los mayores de edad. Por ello se encarece a los Fiscales que eviten que de forma automática se remitan a la jurisdicción de menores todas las causas por delitos cometidos por personas entre dieciocho y veintiún años¹⁶.

Lo cierto es que la aplicación de las normas de la LORRPM a las personas de edad comprendida entre dieciocho y veintiún años quedó suspendida hasta transcurridos dos años después de la entrada en vigor de dicha Ley, en virtud de lo contemplado en la Disposición Transitoria Unica de la LO 9/2000 de 22 de diciembre, que fue dictada –como puede apreciarse– días antes de la fecha prevista para que entraran en vigor tales normas. Sin embargo, la LO 9/2002, de 10 de diciembre sobre sustracción de menores ha establecido una nueva suspensión de la entrada en vigor de la LORRPM en este punto, hasta el 1 de enero de 2007 (DT Unica).

El legislador hace depender la aplicación de la LORRPM a los sujetos que tienen entre dieciocho y veintiún años de la concurrencia de tres circunstancias recogidas en el art. 4.2 LORRPM:

En primer lugar se requiere que el delito o falta cometidos se haya realizado *sin violencia ni intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas*. La doctrina la-

16. En el mismo sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO señala que si se produce una aplicación masiva de la LORRPM a los sujetos que tienen entre dieciocho y veintiún años, en realidad nos acabaríamos encontrando ante una tática ampliación de la mayoría de edad penal a los veintiún años, vid. *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 106.

menta que el legislador no haya incluido también la exigencia de que no se haya producido violencia psíquica¹⁷; opinión que comparto ya que efectivamente, la violencia psíquica puede llegar a tener una gravedad pareja a la violencia física, sin embargo, la Ley es clara a este respecto y la mención se hace de forma exclusiva a la violencia física, lo que impide una aplicación extensiva a otros supuestos.

La CFGE 1/2000 (apdo. III.1) entiende que estas dos circunstancias no es necesario que concurren cumulativamente, basta que se dé una de ellas para que no proceda la aplicación de la LORRPM; como ejemplo se citan los delitos contra la seguridad del tráfico, que en ocasiones pueden suponer un grave peligro para la vida.

En segundo lugar, se refiere la Ley a que el imputado no ha de haber sido *condenado en una sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años*; CONDE-PUMPIDO¹⁸ hace notar cómo el legislador no alude a la reincidencia (art. 22 CP) sino que basta que se haya cometido cualquier hecho delictivo. Por otra parte, señala el mismo autor que nada dice la norma sobre procesos pendientes que no han finalizado¹⁹; por tanto, tampoco podrán ser tenidos en cuenta.

Finalmente, el número 3º del art. 4.2 LORRPM señala como tercera condición *que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe*. Nos encontramos ante la única condición de las establecidas en el art. 4 que no tiene un carácter objetivo, lo que puede dar lugar a mayores problemas en torno a la aplicación de esta norma. La doctrina mayoritaria señala los peligros que puede acarrear la excesiva flexibilidad de esta condición, como también coincide en afirmar la importancia

17. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 104 y DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal del menor*, Valencia, 2000, p. 47.

18. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 105.

19. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *loc. cit.*

del informe del equipo técnico en relación con la concurrencia de la misma, hasta el punto que de la Ley parece deducirse que lo habitual ha de ser seguir la recomendación del equipo técnico y sólo por causas muy justificadas debería el Juez apartarse de lo aconsejado en el mismo²⁰.

La decisión en torno a la procedencia de la aplicación de la LORRPM al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno corresponde obviamente al Juez de instrucción que resulte competente, él es quien deberá ponderar la concurrencia de las condiciones del art. 4.2 LORRPM y si justifican la aplicación del régimen de menores al mayor de edad y su consiguiente remisión al Juez de menores correspondiente. Lo más criticable de esta previsión legal es que el procedimiento a seguir –y el órgano competente– ya no quedan predeterminados por la Ley, sino que su determinación se deja al criterio del Juez instructor; esta situación puede conculcar el principio de igualdad y su constitucionalidad es dudosa en la medida en que lesiona el derecho al Juez predeterminado por la Ley²¹.

Por otra parte, no deja de resultar llamativo que la decisión en torno a la aplicación de la LORRPM al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno se adopte sin la posibilidad de que el Juez de menores se pronuncie en torno a su conveniencia ya que, como establece el art. 4 LORRPM, *ésta Ley se aplicará cuando el Juez de instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el art. 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto*. Tal norma no prevé que el Juez de menores pueda oponerse a que el proceso se tramite por los cauces de la LORRPM por considerarlo inadecuado –ya sea de oficio o a instancia del Fiscal de menores–; ante ese silencio, parte de la doctrina es-

20. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 108; HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español de justicia juvenil*, Madrid 2002, p. 152 y PEREZ MARTEL, *El proceso del menor*, cit., p. 182.

21. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 99 y HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, Madrid 2002, p. 126.

tima que hay que llegar a la conclusión de que el Juez de menores no puede rechazar la remisión del asunto realizada por el Juez de instrucción²²; mientras que otros autores defienden la posibilidad de acudir en este caso a lo previsto en el art. 21 LORRPM, según el cual *cuando el conocimiento de los hechos no corresponda a la competencia de los Juzgados de Menores, el Fiscal acordará la remisión de lo actuado al órgano legalmente competente*²³, o bien a lo establecido en el art. 33.d LORRPM, que dispone que el Juez de menores –de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal– puede remitir las actuaciones al Juez competente para el conocimiento del asunto cuando considere que él no lo es²⁴.

Con respecto a estos dos últimos artículos, a pesar de que su literalidad nos permite defender que sean aplicables al supuesto que nos ocupa, lo cierto es que su ubicación dentro del texto legal conduce a la conclusión de que no era intención del legislador permitir la posible inhibición de la causa remitida al Juez de menores por parte del Juez de instrucción. No es razonable pensar que el legislador tuviera intención de introducir una norma destinada a regular una eventual intervención del Fiscal en conflictos de competencia y situara dicha norma en la regulación del inicio de la instrucción, ya que en ese caso, lo procedente hubiera sido que la norma se hubiera situado a continuación del artículo regulador de la competencia.

Ésta es la postura que parece desprenderse también de la CFGE 1/2000 (apdo. III.5), según la cual puede suceder que se produzca una cuestión de competencia entre el Juez de menores y el Juez de instrucción pero únicamente en aquellos casos en que los requisitos 1º y 2º del art. 4.2 LORRPM *resulten desmontados en algún momento de la tramitación ante la jurisdicción de menores en virtud de la aparición de nuevos elementos de juicio*.

22. ORNOSA FERNANDEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 162.

23. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 112.

24. DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad...*, cit., p. 48.

No obstante lo anteriormente afirmado, la letra de los arts. 21 y 33 d LORRPM no limita la aplicación de los mismos a ningún supuesto concreto, con lo cual no se le podría impedir al Juez o al Fiscal de menores que -amparados en dichas normas- remitieran de nuevo el asunto al Juez de instrucción.

Por lo que se refiere a una posible remisión efectuada por el Fiscal de menores al amparo del art. 21 LORRPM, estimo que afortunadamente la aplicación práctica de la Ley propiciará poco una actuación de este tipo, ya que el Fiscal que ejerce su función en el juzgado de menores y el Fiscal informante ante el Juez de instrucción vienen obligados, en virtud del principio de unidad, a mantener unidad de criterio²⁵, lo que limitará en cierta medida la posibilidad de que surja un conflicto.

Contra el auto dictado por el Juez de instrucción en torno a la aplicación de la LORRPM al joven entre dieciocho y veintiún años cabrá recurso de apelación en el plazo de tres días, como señala el art. 4 LORRPM; recurso del que conocerá la Audiencia Provincial²⁶. Entiendo que tienen legitimación para interponer el recurso tanto el encausado como aquéllos que estén personados como acusadores -quizá, incluso, los meros actores civiles, a quienes conviene más el régimen de los mayores-, en la medida en que estimen que resulta injustificada la aplicación del régimen de menores al imputado²⁷.

La doctrina ha puesto de manifiesto cómo el legislador al regular el régimen del recurso se aparta de la regla general de la LORRPM (la Disposición Final 1ª establece como régimen supletorio el del procedimiento abreviado), ya que se remite en lo relativo

25. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p.112.

26. La LORRPM establecía en un primer momento la competencia de la Sala de Menores del TSJ correspondiente para conocer de este recurso; sin embargo, la Disposición Adicional 2ª de la LO 9/2000 de 22 de diciembre modificó tal norma al prever que todas las referencias que en la LORRPM se hicieran a esa Sala deberían entenderse realizadas a las Audiencias Provinciales.

27. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 103.

a la sustanciación del recurso al régimen general establecido en la Lecrim (por tanto, al procedimiento ordinario por delitos graves)²⁸. Sin embargo, hay que tener en cuenta que este recurso no se incardina en el proceso para exigir responsabilidad penal al menor, sino que tiene lugar dentro del proceso penal correspondiente que se haya incoado teniendo como imputado al mayor de edad; por tanto, estimo que lo oportuno hubiera sido hacer la remisión al régimen de recursos del procedimiento que se hubiera incoado frente al joven con respecto del cual se suscita la controversia.

Dos cuestiones plantea la regulación de la Ley en torno a la tramitación del recurso. La primera es si la norma del art. 4 –que alude a la posibilidad de interponer recurso de apelación *sin previo recurso de reforma*– prohíbe o sólo exime de la obligación de utilizar tal recurso. La falta de claridad de la Ley en este punto creo que debería conducir en la práctica a la admisión del recurso de reforma cuando la parte haya decidido interponerlo, me inclino, por tanto, por la segunda de las posturas señaladas²⁹.

La segunda cuestión radica en determinar si el recurso ha de producir efectos suspensivos. La LORRPM, en relación con la resolución de este recurso indica que: *Del mencionado auto, una vez firme, se dará traslado al Ministerio Fiscal para la tramitación del procedimiento previsto en la presente Ley* (art. 4.3 LORRPM). Considero que este inciso no proporciona ningún argumento ni a favor ni en contra del efecto suspensivo del auto: únicamente indica cuándo se ha de producir el cambio de procedimiento, pero no si el procedimiento seguido hasta entonces debe suspenderse o seguir adelante el tiempo que dura la tramitación del recurso. Ante el silencio de la LORRPM, la CFGE 1/2000 (apdo. III.3) estima en este punto que hay que aplicar de forma analógica el art. 622 Lecrim y por tanto

28. PEREZ MARTEL, *El proceso del menor*, cit., p. 183.

29. Vid. también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 109 y CFGE 1/2000 (apdo. III.3), la cual sin embargo aconseja a los miembros del Ministerio Fiscal que si optan por la interposición de la reforma interpongan de forma conjunta el recurso de apelación para evitar posibles inadmisiones.

entender que el proceso seguirá su curso hasta que finalice la instrucción, y únicamente llegada la fase intermedia se hace oportuna la suspensión del procedimiento. Por otro lado conviene tener en cuenta que el efecto suspensivo supondrá asimismo que no se iniciará el proceso a seguir con arreglo a lo dispuesto en la LORRPM, sino que tal proceso comenzará -en su caso- una vez haya sido resuelto el recurso.

II. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

La creación de los Juzgados de menores está contemplada en la LOPJ, su art. 26 lo enuncia dentro del elenco de órganos judiciales y los arts. 96 y 97 establecen su competencia territorial y objetiva. Son, por tanto, órganos que se incardinan en el orden jurisdiccional penal pero que tienen una competencia especial³⁰. También se refiere la LOPJ a la competencia que poseen las Audiencias Provinciales en esta materia, puesto que establece en el art. 82.3 que les corresponde conocer de los recursos frente a las resoluciones dictadas por estos Juzgados (art. 82.3). La Ley 38/1988 de 28 de diciembre de Demarcación y Planta Judicial contemplaba también los Juzgados de Menores en sus arts. 8.2, 19 y 46 a 48.

La DF 3ª de la LORRPM, modificó sin embargo los órganos judiciales competentes en materia de menores tal y como estaban previstos en la LOPJ, puesto que preveía la creación de una Sala de Menores en los TSJ -lo que requería la correspondiente reforma de la LOPJ- con competencia para conocer de los recursos de apelación frente a las sentencias dictadas por los jueces de menores; se alteraba por tanto, la norma de competencia funcional que contenía el art. 82.3 LOPJ.

30. La STC 36/1991, de 14 de febrero, con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, afirma en relación con los jueces de menores: *son miembros integrantes del Poder Judicial, por lo que son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, siendo los Juzgados de Menores Juzgados ordinarios y especializados.*

Sin embargo, esta norma de competencia no llegó a entrar nunca en vigor, puesto que antes de que terminara el periodo de *vacatio legis* –y antes de que se produjera la modificación de la LOPJ que la entrada en vigor requería– se produjeron dos nuevas reformas legislativas que volvieron a introducir modificaciones en la planta de los órganos judiciales de menores.

De este modo, la LO 9/2000 de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, concede de nuevo a las Audiencias Provinciales las competencias que la LORRPM había atribuido a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia³¹; se vuelve, por tanto, a la regla contemplada en el art. 82.3 LOPJ –que en definitiva nunca llegó a ser derogado–.

Con la misma fecha que la LO 9/2000 se promulgó la LO 7/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. En esta Ley se crea un nuevo órgano: el Juzgado Central de Menores, órgano unipersonal con jurisdicción en todo el territorio nacional y sede en Madrid (art. 96.2 LOPJ) que conocerá de los delitos de terrorismo cometidos por menores. Se añade así mismo una nueva Disposición Adicional a la LORRPM en la cual se regulan ciertas especialidades que tienen los procesos de responsabilidad penal del menor por delitos de este tipo.

1. Competencia objetiva

El legislador establece en el art. 2 LORRPM una norma en la que se refiere a la competencia para conocer de asuntos de menores. La competencia objetiva se determina en función del ámbito de la Ley tal y como aparece expresado en su art. 1; ya que el art. 2 dis-

31. La DA 2ª de la LO 9/2000 de 22 de diciembre dispone: *Todas las referencias a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia contenidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, deben entenderse realizadas a las Audiencias Provinciales.*

pone que los jueces de menores tienen competencia *para conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el art. 1 de esta Ley*, lógicamente el legislador se está refiriendo no a cualquier hecho sino a hechos delictivos.

Por otra parte, el art. 2 en su apartado 2º extiende la competencia de los juzgados de menores a las responsabilidades civiles que puedan derivar de tales hechos delictivos³².

2. Competencia funcional

Por lo que se refiere a la competencia funcional, conviene señalar que cuando el art. 2 LORRPM se refiere a que corresponde a los jueces de menores *conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el art. 1 de esta Ley*, hay que interpretar el término *conocer* en su sentido estricto en el proceso penal, es decir, que tienen competencia exclusivamente para la fase de enjuiciamiento y fallo del asunto, puesto que la instrucción viene encomendada casi totalmente al Ministerio Fiscal, peculiaridad del proceso penal del menor en la que abundaremos posteriormente.

Por otra parte, el art. 1 LORRPM concede también al Juez de menores competencia *para ejecutar sus sentencias*, se sigue de esta forma lo que es también norma general en la Lecrim cuyo art. 984 concede competencia para ejecutar las sentencias penales al órgano judicial que estuvo encargado de la fase de conocimiento y fallo del asunto.

3. Competencia territorial

La norma que determina la competencia territorial en el proceso de menores es la establecida en el art. 2.3 LORRPM completada por el art. 20.3 de la misma Ley.

De este modo, el art. 2.3 establece como criterio de determinación de la competencia territorial el *forum commissi delicti*, regla que por otra parte, es la que establece también nuestro ordenamiento

32. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 85 y ss.

para los procesos penales con carácter general (art. 14 Lecrim). La determinación del lugar de comisión del hecho delictivo ha planteado ya en la jurisdicción penal no pocos problemas sobre los que se ha pronunciado extensamente la jurisprudencia, doctrina que puede ser igualmente aplicable a los procesos de menores³³.

No establece el legislador fueros subsidiarios para aquellos supuestos en que no conste el lugar de comisión del hecho delictivo; una posible solución sería la de acudir supletoriamente a las normas de competencia que establece el art. 15 Lecrim para la determinación de la competencia territorial cuando se desconoce la circunstancia que conduce a la aplicación del fuero principal.

Entiendo sin embargo, que es defendible que subsidiariamente al lugar de comisión del delito se aplique el fuero del domicilio del menor. Esta es la norma que establece el art. 20.3 LORRPM para determinar la competencia en casos de conexidad de delitos y una aplicación analógica de este artículo está justificada porque la competencia del Juez del domicilio del menor es más favorable a éste que la aplicación de las normas de competencia que establece el art. 15 Lecrim el cual, antes que al lugar del domicilio, da preferencia al lugar donde se hallaren pruebas materiales del delito y al lugar donde se aprehendiera al imputado. Esta es la opinión que sostiene la Fiscalía en su Circular 1/2000 (apdo. IV.2) al afirmar que *en todo caso, las dudas acerca de la competencia territorial se resolverán siempre a favor de la competencia del Juez del lugar de domicilio del menor*. Por otra parte, también hemos de tener en cuenta que si bien es cierto que la DF 1ª LORRPM establece como norma supletoria la Lecrim, también lo es que esa supletoriedad se establece esencialmente en relación con las normas reguladoras del procedimiento.

El propio art. 2.3 LORRPM remite al art. 20.3 LORRPM, regulador del principio de unidad de Expendiente, que establece una

33. Esta conclusión es la que alcanza la CFGE 1/2000 (apdo. IV.2) cuando afirma *los problemas que se pueden plantear sobre la determinación del lugar de comisión son iguales a los que se suscitan en la jurisdicción de mayores*.

norma para determinar la competencia en aquellos supuestos en que los delitos cometidos sean varios y en distintos lugares; en estos casos se tomará en consideración el domicilio del menor a efectos de determinación del órgano judicial competente, así como de los órganos públicos que habrán de encargarse en su caso de la ejecución de las medidas. En esta ocasión el legislador realiza una remisión expresa a las reglas del art. 18 Lecrim que se aplicarán con carácter subsidiario. Sin embargo, esta norma resulta inaplicable en aquellos casos en que haya una pluralidad de menores delincuentes y tengan domicilios distintos³⁴.

El legislador, por tanto, ante la pluralidad de hechos delictivos, sigue el principio del interés del menor que inspira la Ley, y este interés aconseja que el menor, durante el tiempo que dura el enjuiciamiento del hecho delictivo y de la ejecución de la medida que se le pueda imponer esté lo más cerca posible de su entorno habitual³⁵, lo que justifica la preferencia, en caso de duda, por otorgar la competencia al Juez del domicilio del menor.

No podemos dejar de mencionar una peculiaridad que deriva del hecho de que la instrucción del proceso esté encomendada al Ministerio Fiscal, y es que en estos casos para saber a qué funcionario del Ministerio Fiscal corresponde instruir el asunto debemos de aplicar la norma de competencia que determina el Juez encargado del conocimiento y fallo del asunto y el Fiscal será aquel que corresponda según el Juez competente³⁶.

4. Tratamiento procesal de la falta de competencia

El hecho de que el Ministerio Fiscal sea habitualmente el primer órgano público que interviene en el proceso en el que se juzga la responsabilidad penal del menor, da lugar también a que pueda ser precisamente este órgano el que advierta situaciones en las que

34. HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 133.

35. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad...*, cit., p. 89.

36. DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal del menor*, cit., p. 105.

se ha producido una defectuosa determinación del órgano judicial competente –e indirectamente, por tanto, del funcionario del Ministerio Fiscal encargado de la instrucción–.

Esta situación hace que se plantee la duda de cómo se articulan en el proceso del menor las cuestiones de competencia, cuestión que ya hemos tratado parcialmente al aludir a posibles discrepancias del Juez de menores con la decisión del Juez de instrucción de someter al proceso del menor al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno³⁷. Como indiqué entonces, la LORRPM contempla la posibilidad de una discrepancia en la competencia en el art. 21, que dispone la remisión del asunto por parte del Fiscal al Juez competente cuando considere que el conocimiento del asunto no corresponde al Juez de menores.

La ubicación de este artículo, sin embargo, hace pensar que fue previsto por el legislador para una situación distinta. Efectivamente, la norma que nos ocupa se sitúa en sede de regulación del inicio de la instrucción; en un momento, por tanto, en que el Fiscal de menores encargado de la instrucción de la causa comienza a tener conocimiento de las circunstancias en que se produjo el hecho delictivo *presuntamente cometido por un menor de dieciocho años* (art. 16.2 LORRPM). Si de esas primeras averiguaciones se deduce que quien cometió el hecho delictivo no es menor de edad, o que el hecho cometido no es delictivo y da lugar únicamente a la exigencia de responsabilidad civil, en principio procede que el Fiscal archive la causa. Es en estas circunstancias en las que el art. 21 LORRPM está llamado a desplegar sus efectos de forma más lógica³⁸.

Sin embargo, aún tomando en consideración esta interpretación, cabe hacer alguna objeción a esta norma. De este modo, se puede comprobar que en definitiva la actuación del Fiscal en este

37. Vid. *supra* epígrafe 2.2.C.

38. LORCA MARTINEZ, sin embargo, estima que –aunque no esté prevista en la Ley– es también defendible que el Juez de menores controle la competencia territorial durante la instrucción del Expediente. Vid. *El sistema español...* (Dir. HERNANDEZ GALILEA), cit., p. 229.

caso es una inhibición; pero en puridad este acto procesal no debería corresponder al Ministerio Fiscal sino al órgano judicial. Es el órgano judicial quien está dotado de jurisdicción y por tanto a quien corresponde la competencia, lo cual no sucede con el Fiscal en la medida en que no es su función la de ejercer el poder judicial. La peculiaridad deriva sin duda de las amplias prerrogativas que al Fiscal atribuye esta Ley, pero en todo caso, resulta llamativa la posibilidad de actuación que el art. 21 permite al representante del Ministerio Fiscal puesto que del artículo se desprende claramente que es el Fiscal quien adopta la decisión en torno a la competencia del órgano judicial.

Por otra parte, y aún entendiendo como interpretación idónea del art. 21 LORRPM aquella según la cuál éste sería aplicable únicamente cuando el Fiscal conozca hechos durante la investigación que determinen la competencia de un órgano judicial distinto del Juez de menores, cabe preguntarse qué solución existe para aquellos casos en que el problema de competencia se presenta de otra forma. Por ejemplo, cuando se plantea una cuestión de competencia territorial.

Lo cierto es que el legislador sólo menciona la posibilidad de poner de manifiesto la falta de competencia en los arts. 21 LORRPM –ya mencionado– y 33, que alude a la posibilidad de que el Juez de menores –ya sea de oficio ya a instancia del Ministerio Fiscal– envíe las actuaciones al Juez competente para conocer del asunto si entiende que él no lo es.

A pesar de que para el art. 21 estimamos oportuna la interpretación antes sostenida, lo cierto es que la Ley no discrimina entre la posibilidad de hacer uso del trámite del art. 21 o el 33 LORRPM. Ello supone que el texto legal permite que una cuestión de competencia sea planteada tanto por el Fiscal de menores como por el órgano judicial –aunque éste en un momento muy tardío ya que la posibilidad prevista en el art. 33 LORRPM está prevista para el inicio de la fase de audiencia–.

III. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Una de las características más señaladas de la LORRPM es la amplitud de las atribuciones que el legislador encomienda al Ministerio Fiscal y que aparecen recogidas genéricamente en el art. 6 LORRPM. Muchas de ellas no son más que una concreción para el proceso penal del menor de las atribuciones que ya menciona el legislador en el art. 3 EOMF: defensa de los derechos de los menores, vigilar la observancia de las garantías del procedimiento, etc. Sin embargo, una de ellas llama la atención por su carácter novedoso y es la de dirigir *personalmente la investigación de los hechos* que aparece concretada en los arts. 16 y ss LORRPM.

A pesar de que el proceso penal del menor es una de las materias en las que resulta más idóneo conceder una mayor intervención al Ministerio Fiscal lo cierto es que esa amplitud de atribuciones no ha estado exenta de polémica. Así parte de la doctrina ha señalado como las decisiones que la LORRPM encomienda al Ministerio Fiscal en ocasiones pueden afectar al derechos procesales, lo que hace improcedente que su decisión quede exenta en estos casos de control judicial³⁹.

Por lo demás, esta alusión genérica a la intervención del Ministerio Fiscal realizada en el art. 6 LORRPM no goza de una ubicación correcta en la Ley, puesto que se halla situada dentro del Título destinado a regular el ámbito de aplicación de la Ley⁴⁰.

39. PEREZ MARTEL, *El proceso del menor*, cit., p. 192 y ORNOSA FERNANDEZ, *Derecho Penal...*, cit., pp. 172 y ss. Estas situaciones se pueden dar, por ejemplo, en los arts. 16, 17 o 22.

40. ORNOSA FERNANDEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 172.

Capítulo II

LAS MEDIDAS PREVISTAS EN LA LEY DEL MENOR

FIDEL ÁNGEL CADENA SERRANO

Sumario: I. Principios inspiradores de la Ley del Menor y doctrina constitucional. 1. El superior interés del menor. 2. El principio de igualdad del menor. 3. El Ministerio Fiscal y los principios de oportunidad e intervención mínima. 4. El principio de legalidad. 5. El principio de proporcionalidad. 6. Otros principios básicos. 7. Orientaciones normativas internacionales. II. Legislación internacional. 1. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989. 2. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia a menores. 3. Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. 4. Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. 5. La Resolución n° 78 (62) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre transformación social y delincuencia juvenil. 6. La Recomendación n° 20 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales de la delincuencia juvenil. III. Naturaleza jurí-

dica de las medidas de la vigente Ley del Menor. IV. Perspectiva histórica. V. Clases y elenco de medidas. 1. Medidas de internamiento. 2. Internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio. 3. Asistencia a un centro de día y permanencia de fin de semana. 4. Libertad vigilada. 5. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. 6. Prestaciones en beneficio de la comunidad. 7. Realización de tareas socio-educativas. 8. Amonestación. 9. Privación del permiso de conducir vehículos de motor y ciclomotores de licencias administrativas de caza y armas. 10. Inhabilitación absoluta. - VI. Principio acusatorio. VII. Reglas de aplicación de las medidas. 1. Reglas generales. 2 Prescripción y supuestos concursales.

I. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LEY DEL MENOR Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Como expresamente se señala en la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2000, constituye objetivo de dicha norma asentar firmemente el principio de que la responsabilidad penal del menor presenta frente a la del adulto un carácter primordial de intervención educativa, que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina sensibles diferencias entre las sanciones de uno y otro sector. Con todo, el predominio del fin de la prevención especial, en tanto se busca básicamente la resocialización del menor tratando de evitar conductas delictivas posteriores, se encuentra complementado con los fines retributivos y de prevención general, cual se infiere de la simple lectura de las previsiones incorporadas por la L. O. 9/2000, respecto de los delitos previstos en los artículos 138,139,179,180 y 571 a 580 del Código Penal y otros sancionados con pena de prisión igual o superior a quince años.

Es también característica primordial de esta jurisdicción especial el señalamiento del límite mínimo a partir del cual comienza la posibilidad de exigir responsabilidad al menor, edad que se ha fijado en catorce años, desde la doble consideración de que son muy escasos los supuestos en los que las infracciones cometidas por éstos pueden producir alarma social y de que, en todo caso, pueden recibir adecuada respuesta en los ámbitos familiar y de asistencia social, sin necesidad de intervención del aparato judicial sancionador del Estado¹.

Asimismo, han resultado criterios orientadores de la L.O. 5/2000, los contenidos de la doctrina del Tribunal Constitucional, reflejados singularmente en los fundamentos jurídicos de las sentencias 36/1991, de 14 de febrero y 60/1995, de 17 de enero, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales del menor y que permiten redefinir la finalidad del proceso de menores como el procedimiento encaminado a la adopción de medidas, no represivas, sino de índole preventivo-especial orientadas hacia la reinserción y el interés superior del menor².

Desde estas premisas nos proponemos destacar algunos de los principios básicos orientadores de la jurisdicción.

1. El superior interés del menor

Tal principio ha de primar como elemento determinante del procedimiento y de las medidas a adoptar. Debe ser valorado con

1. En el ámbito doctrinal la edad límite para ser objeto de responsabilidad penal juvenil ha sido muy discutida. No existe consenso doctrinal. Se han alzado voces proponiendo elevarla a los 16 o 18 años. En la doctrina española se ha sugerido colocarla en 13 o 14 años. SILVA SÁNCHEZ propuso incluso situarla en 12 años, con la posibilidad de rebajarla hasta los 10 años. Véase sobre el particular a GARCÍA PÉREZ, *Los actuales principios rectores del Derecho Penal Juvenil. Un análisis crítico*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, enero 1999, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

2. Véase sobre el tema más ampliamente la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la Ley antedicha.

criterios que trascienden el ámbito de las ciencias jurídicas. El interés ha de ser conectado con pautas técnicas y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el marco de las ciencias no jurídicas, aunque posteriormente la aplicación de las medidas aconsejadas por los expertos deba ser adecuada a los principios generales tales como el acusatorio, el de defensa o el de presunción de inocencia.

El preconizado interés del menor jugará un papel determinante en la diferenciación de tramos a efectos procesales en la ejecución de las medidas, en la adecuación de éstas al entorno familiar y social del joven infractor, en la correspondiente proporcionalidad entre la gravedad del acto antijurídico y la respuesta jurídica a su autor e incluso en la evidente relación que siempre debe existir entre el bien jurídico lesionado por el delito y el bien jurídico reparado por la medida³. Por otra parte, sin que suponga merma del interés del menor, la víctima tiene entrada en el proceso, cuando éste se incoe por hechos tipificados como delito y se atribuyan a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión, y sean realizados con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida e integridad física de las personas, interviniendo en las actuaciones procesales, proponiendo y practicando pruebas, formulando conclusiones e interponiendo recursos, además de ejercitando acciones civiles, aunque no se permita el ejercicio de las acusaciones particular y popular⁴. En todo caso la víctima conserva la facultad del ejercicio de acciones civiles conforme a lo prevenido en el artículo 61.1 de la Ley.

2. El principio de igualdad del menor

Este principio elevado al rango de derecho público, subjetivo y fundamental en el artículo 14 CE, imponía la necesidad de que el

3. Exposición de Motivos LO 5/2000.

4. Artículo 25 de la LO 5/2000, en relación con los artículos 61.1 y 41.1 de la misma Ley Orgánica.

niño, por razón de su edad, no fuese objeto de discriminación negativa y, en consecuencia, de que los derechos básicos consagrados en el artículo 24 CE fuesen respetados también por el legislador en el proceso seguido contra menores infractores. No siempre había sido así en la legislación patria, pues dicho principio de igualdad en la ley comenzó a instaurarse en el derecho positivo español con la Ley 4/1992, reguladora de la competencia y el procedimiento ante la jurisdicción de menores. Antes, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del Pleno de 14 de febrero de 1991, había tenido que declarar la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, precisamente por desconocer las garantías básicas de contradicción y defensa en favor del menor⁵.

En la vigente L.O. 5/2000 y posteriores modificaciones, los principios fundamentales de legalidad, tipicidad, contradicción, defensa, oralidad, principio acusatorio, tutela judicial efectiva, juez ordinario predeterminado por la Ley y derecho a un proceso sin dilaciones indebidas han resultado ser obviamente de inexcusable aplicación, así como el corolario de aquéllos: el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE. Sólo el principio de publicidad en el curso de la instrucción y, fundamentalmente, en el ámbito del juicio oral puede ser objeto de limitación, en concordancia con las excepciones que dicho principio admite en el artículo 120.1 CE, en el artículo 233 LOPJ o en la Regla 8 de Beijing, siempre en aras de garantizar la intimidad y la libre imagen del menor, así como de evitar un proceso de difamación del joven infractor. En ese sentido, la L.O. 5/2000, en su artículo 1.3 dispone que los menores gozarán de todos los derechos reconocidos en la CE, en la L.O. 1/1996, de Protección del Menor, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20.1.1989 y en los Tratados Internacionales vigentes en la materia y que formen parte de nuestro derecho interno. Aunque, por otra parte y en concordancia con los Textos Internacionales, se prevé la limitación del principio de publicidad tanto en

5. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores*, Barcelona 2001, pp. 79 y ss.

interés del menor como de la víctima, enfatizándose que, en ningún caso, los medios de comunicación social podrán obtener o difundir imágenes del menor o datos concretos del mismo que favorezcan su identificación y puedan propiciar su estigmatización como delincuente juvenil. La sentencia 36/1991 del Tribunal Constitucional, desde este punto de vista, también justificó la restricción del principio de publicidad de las actuaciones en beneficio del interés del menor o de la víctima⁶.

3. El Ministerio Fiscal y los principios de oportunidad e intervención mínima.

La posición del Ministerio Fiscal, órgano institucional del Estado, sujeto en su actuación a los principios de legalidad e imparcialidad y autoridad máxima del proceso, junto con el Juez, se torna capital. Se le encomienda la función de promover la acción de la justicia y la defensa de la legalidad, atribuyéndole la instrucción del procedimiento y el monopolio de la acusación y, al propio tiempo, la defensa preferente de los derechos del menor, que antes que nadie tiene encomendada desde la lectura del artículo 124 CE y del artículo 3 de su propio Estatuto Orgánico. El Ministerio Fiscal, en cada una de las fases del proceso, velará por el preponderante interés del menor. Es precisamente ese interés angular el que debe hacer cohonestar, en el presente procedimiento, los principios de legalidad y seguridad jurídica con el principio de oportunidad, entendido por GIMENO SENDRA como la facultad básica otorgada al titular de la acción penal de desistir de su ejercicio bajo ciertas condiciones, con independencia incluso de que se hubiera acreditado la realización de un hecho punible y la participación en él de un autor conocido.

6. Reconocen también la restricción del principio de publicidad el art.14 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Las Reglas de Beijing ya hacían pública manifestación del principio de oportunidad en su punto 11.2. La Ley Orgánica 5/2000, desde este punto de vista, permite al Ministerio Fiscal inadmitir a trámite la denuncia cuando el hecho no sea indiciariamente constitutivo de delito, desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación u optar por la no incoación o sobreseimiento del expediente e incluso por la no finalización de la ejecución de la medida, con base en presupuestos de reparación del daño causado o de conciliación de los intereses del delincuente y la víctima.

En cuanto al principio de intervención mínima, básico en el derecho penal de adultos, se consolida también como eje central en el derecho penal juvenil. Se trata, con dicho principio, de otorgar respuesta jurídica sancionadora sólo a las formas más graves e intensas de lesión de los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal y las Leyes penales especiales.

En concordancia con los principios apuntados de mínima intervención y de oportunidad la Recomendación 87(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, desde su magisterio y autoridad, alentaba a los Estados miembros al desarrollo de procedimientos de desjudicialización y mediación a nivel incluso de órgano de persecución procesal - Fiscal y Juez -, a fin de evitar a los menores la asunción del sistema de justicia penal, siempre que por parte de los mismos se aceptasen las eventuales medidas que condicionaran la desjudicialización. Las Reglas de Beijing, en su artículo 3.3, llegan incluso a recomendar que los principios básicos del derecho penal juvenil se extiendan a los delincuentes adultos jóvenes.

Pese al laudable propósito de introducir el principio de oportunidad y de permitir su ejercicio reglado y nunca discrecional al Ministerio Fiscal, como no podía ser de otra manera, han surgido voces críticas al hecho de dejar en manos del mismo la posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción penal. Tales críticas son discu-

tibles, pues en la LO 5/2000, no se acompaña la posibilidad de desistir de la incoación del expediente del artículo 18 o la posibilidad de sobreseimiento del artículo 19, ambas perfectamente regladas y otorgadas al Ministerio Público, con la facultad de poder imponer medidas formales o informales al menor, supuesto que sí entrañaría lesión de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado reservada en exclusividad a jueces y magistrados.

4. El principio de legalidad

Según este principio, que constituye exigencia básica de la seguridad jurídica, no puede existir delito o falta ni medida aplicable a menores infractores sin previa ley penal. La tipificación de las conductas sancionables se verifica, en nuestra normativa interna, en el Código Penal y en las Leyes penales especiales. Las medidas a imponer se encuentran ordenadas en el artículo 7 de la LO 5/2000, y en este trabajo serán objeto de especial atención. La LO 5/2000 comprende, por otra parte, todas las garantías básicas del principio de legalidad: la garantía criminal (exigencia de que el delito se halle determinado por la ley), la garantía penal (necesidad de que la medida se encuentre igualmente configurada en la ley), la garantía jurisdiccional (exigencia de que el delito y la imposición de la medida se determinen por medio de una sentencia judicial y de un procedimiento legalmente establecido) y la llamada garantía de ejecución (sujeción de la medida a una ley que la regule). Constituye la LO 5/2000, con el apoyo complementario del Código penal y las Leyes penales especiales, la *lex previa, scripta y certa* que salvaguarda la virtualidad del principio de legalidad en la materia.

5. El principio de proporcionalidad

En función de este principio la gravedad de la medida a imponer debe ser proporcionada a la del hecho cometido. A nivel del derecho penal de adultos, la necesidad de proporción entre el hecho y la pena se funda en la conveniencia de la prevención general, tanto negativa o intimidatoria, como positiva o afirmadora de la vigencia

de las normas en la conciencia colectiva⁷. En el derecho penal de menores, en el que apenas tiene preponderancia alguna el fin de la prevención general, la proporcionalidad en la respuesta jurídica al menor infractor debe estar basada en la intervención de naturaleza educativa con el mismo.

6. Otros principios básicos

A tenor de la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2000 pueden destacarse otros principios inspiradores de la Ley, tales como los siguientes:

- A) Su naturaleza formalmente penal, pero materialmente educativa.
- B) La diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores. La Ley extiende su ámbito de aplicación, en primer término, a los mayores de 14 años y menores de 18 años (menores). Existe un segundo ámbito de aplicación constituido por los mayores de 18 años y menores de 21 años (jóvenes), que se regula en el artículo 4, aunque la L.O. 9 /2000 haya suspendido la posibilidad de tal aplicación hasta el 13.1.2003, y la L.O.7/2000 haya dispuesto que dicho régimen no será de aplicación a los mayores de 18 años imputados por los delitos de homicidio (art.138), asesinato (art.139), agresiones sexuales (179 y 180) y terrorismo (arts. 571 a 580), o por aquellos otros delitos sancionados con pena de prisión igual o superior a 15 años (n^o1 Disposición Adicional 4^a L.O.5/2000). Por último, dentro del tramo de 14 a 18 años, la Ley otorga tratamiento diferenciado a los grupos de 14 a 16 años y de 16 a 18 años.
- C) Flexibilidad judicial en la aplicación de las medidas y en su adaptación a la personalidad y características concretas del menor, incluso en la fase de ejecución.

⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 3^a edición, Reppertor, Barcelona 2002, pp. 87 y ss.

- D) Competencia de las autoridades autonómicas para la ejecución de las medidas, pero supeditada al control judicial.

7. Orientaciones normativas internacionales

GARCÍA PÉREZ destaca que en el ámbito de la normativa internacional se recomienda la introducción de los principios de descriminalización (*decriminalization*), desjudicialización (*diversion*), desinstitucionalización (*deinstitutionalization*) y de un proceso justo (*due process*). Es el llamado modelo de las 4D, a las que podríamos añadir otras D, como desformalización, desregulación y discrecionalidad, desde la lectura de Kaiser⁸. Para GARCÍA PÉREZ, la *despenalización* comportaría desarrollar un programa que redujese la intervención penal en el ámbito de los menores, vía que debería ir acompañada simultáneamente de la disminución de la intensidad de las medidas y de la opción por programas sustitutivos del internamiento cerrado. El objetivo de la despenalización es contemplado, bien subjetivamente elevando la edad límite de responsabilidad penal juvenil, bien objetivamente estableciendo un catálogo más reducido de tipos penales y aumentando el marco de las eximentes específicas.

En el plano procesal, considera el mismo autor que *el derecho al proceso justo*, debe traducirse en el reconocimiento a las garantías básicas procedimentales del menor y en el respeto a sus derechos fundamentales.

Con el propósito o criterio rector de *la desjudicialización* fundamentalmente se busca introducir mecanismos en el proceso penal que conduzcan al precipitado fin del mismo, tales como el principio de oportunidad en la persecución de los delitos, la renuncia al proceso por la conciliación de los intereses de la víctima y el autor o el sobreseimiento de la causa por la adecuada reparación del perjuicio ocasionado al sujeto pasivo y/o perjudicado. El peligro de la desju-

8. GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

dicialización, no obstante, no es desdeñable, puesto que en los países donde se ha experimentado han podido aumentar los mecanismos administrativos de vigilancia y control al menor y ha terminado por producirse una simple transferencia entre instituciones competentes, disminuyendo el número de los jóvenes ingresados en centros de internamiento, pero aumentando, paralela y correlativamente, el de los menores objeto de tratamiento en instituciones privadas y clínicas psiquiátricas⁹.

La desinstitucionalización parte de la premisa de que las sanciones más graves no resultan más eficaces en el proceso rehabilitador del menor que las más benignas, por lo que tratan de potenciarse las medidas ambulatorias, de libertad vigilada, de tareas en beneficio de la comunidad y otras análogas, sobre las de internamiento privativo de libertad.

II. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Son varias las disposiciones normativas vigentes en el ámbito internacional del derecho penal juvenil, que han proclamado los principios inspiradores de la actual regulación del derecho positivo español. Veámoslas.

1. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

Más allá del carácter programático propio de las Declaraciones de Derecho internacionales, la Convención estudiada supone, para los países que la han ratificado – todos, menos Estados Unidos y Somalia; España firmó el Convenio el 26.1.90, lo ratificó el 6.12.90 y fue publicado en el BOE el 5.1.91 – un Texto de obligado cumplimiento, en virtud de los artículos 10.2 y 96.1 CE, así como la lla-

9. Ver con amplitud en GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

mada culminación del proceso de positivación de los derechos del niño¹⁰.

De su elenco normativo merecen destacarse, como tres apartados distintos, *las obligaciones impuestas al Estado en el ámbito de los derechos fundamentales del niño, las garantías básicas del procedimiento y las características de las consecuencias jurídicas aplicables al menor infractor.*

En sede de *derechos fundamentales*, la Convención proclama los siguientes:

- a) Prohibición de sometimiento del niño a torturas o penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes.
- b) Prohibición de imponer al menor la pena capital o la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por hechos cometidos antes de los 18 años.
- c) La detención, encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y sólo se aplicarán como último recurso y durante el periodo más breve que proceda.
- d) El niño privado de libertad estará separado del adulto y será tratado con el respeto que merece la dignidad inherente a todo ser humano.

En el *capítulo procedimental y de sus garantías básicas*, han de reseñarse éstas:

- a) Prevalencia del angular principio del superior interés del menor.
- b) Proclamación del principio de legalidad, pues no podrá ser objeto de acusación ni ser declarado culpable ningún menor por la realización de actos u omisiones que no estuvie-

10. Véanse LANDROVE DÍAZ, *Derecho Penal de menores*, Valencia, 2001, pp. 115 y ss y M^o L. ÁLVAREZ VÉLEZ y E. CALVO BLANCO, *Derechos del niño*, Madrid 1998.

ren prohibidos por las leyes en el momento de su comisión.

- c) Presunción de inocencia del menor mientras no se demuestre la culpabilidad del mismo.
- d) Derecho a ser informado de manera inmediata y personalmente, o cuando proceda en las personas de sus padres o representantes legales, de las pruebas existentes contra el referido menor en el procedimiento. Derecho a la asistencia gratuita inmediata en la preparación de su defensa.
- e) Derecho a la asistencia jurídica inmediata, en cuanto se decrete su privación de libertad, así como a impugnar la legalidad de la medida de privación de libertad ante otro Tribunal o Autoridad distintos, imparciales e independientes.
- f) Derecho a que la causa sea dirimida por Autoridad u órgano judicial competentes e imparciales, en audiencia equitativa, conforme a la ley, con asistencia de un asesor jurídico y un representante del menor. Derecho a los recursos.
- g) Derecho a no declararse culpable. Derecho a presentar testigos de descargo y a interrogar a los testigos de cargo.
- h) Derecho a la asistencia gratuita de intérprete si no comprende el idioma utilizado.
- i) Derecho al pleno respeto a su vida privada en todas las fases del proceso.

En el apartado de *las consecuencias jurídicas de las infracciones delictivas del menor*, la Convención dispone un arsenal de medidas varias caracterizadas por la búsqueda de posibilidades alternativas al internamiento en instituciones cerradas o semiabiertas y por la necesidad de promover recursos tales como el asesoramiento, las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, la acogida

en hogares de guarda y la participación en programas de enseñanza y formación profesional.

2. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia a menores

Son también llamadas Reglas de Beijing y fueron aprobadas por la Resolución de las Naciones Unidas de 29.11.1985.

Las Reglas, divididas en seis partes, constituyen un catálogo de principios básicos para la administración de la justicia penal juvenil. Pueden resumirse, siguiendo el esquema de la Convención de Derechos del Niño, en tres capítulos: *derechos del menor, garantías procedimentales básicas y singularidades de las medidas que como consecuencias jurídicas son susceptibles de aplicación en el derecho penal juvenil.*

En el ámbito de *los derechos del menor*, las Reglas insisten en la prohibición de las penas corporales y de la pena capital, en el carácter proporcionado de la respuesta al delito, en la excepcionalidad de la privación de libertad personal del menor y de la prisión preventiva, sólo aplicables como último recurso y en el respeto a la dignidad del menor, que no podrá ser objeto de discriminación negativa, por razones de raza, sexo, cultura, religión o por cualquier otro condicionamiento social, económico o político.

En materia de *garantías procedimentales*, las Reglas enfatizan los siguientes derechos del menor:

- a) Presunción de inocencia.
- b) Derecho a no declararse culpable.
- c) Derecho a la celebración de un juicio imparcial y equitativo basado en principios de contradicción, defensa, bilateralidad y doble instancia.
- d) Derecho a la notificación inmediata de la detención a sus padres o tutores, y a que el juez u organismo competente examinen sin demora la posibilidad de su libertad.
- e) Derecho al carácter excepcional de la prisión preventiva.

Por último, diremos que tal vez sea en el marco de *las respuestas jurídicas al delito* donde las Reglas de Beijing alcancen una mayor concreción de propósitos y aspiraciones de armonización legislativa por parte de los Estados que deseen incorporarlas a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Así, tras proclamarse el principio de proporcionalidad en la respuesta al delito y la importancia de los servicios sociales y la especialización de los órganos intervinientes en la jurisdicción, se concibe la justicia de menores como una parte integrante del desarrollo nacional de cada país, que deberá administrarse << en el marco de la justicia social para todos los menores, contribuyendo a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden jurídico pacífico de la sociedad>>.

La medida de privación de libertad se concibe sólo como último recurso, y es aplicable únicamente en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o reincidencia en cometer delitos. De adoptarse la medida de privación de libertad la autoridad pertinente recurrirá en cuanto sea posible a la libertad condicional, procurándose el establecimiento de sistemas intermedios de internamiento del menor, tales como establecimientos de transición, hogares educativos y centros de capacitación diurnos. Para evitar en lo posible la medida de internamiento las Reglas de Beijing invitan a la adopción en los sistemas normativos nacionales de respuestas como la libertad vigilada, las órdenes de orientación, supervisión y atención, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, las sanciones económicas, las órdenes de tratamiento intermedio y la participación en establecimientos o programas educativos, comunidades de vida y hogares de guarda.

3. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad

Fueron aprobadas por la Resolución 45/113, de 14.12.1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas y constituyen una in-

vitación a los Estados miembros a acomodar a las mismas su legislación interior. El objetivo de estas Reglas es << establecer normas mínimas para la protección de los menores privados de libertad... compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración del menor en sociedad >>. A los efectos de las presentes Reglas se entiende por menor toda persona que no haya cumplido los 18 años de edad, debiendo fijarse por ley la edad mínima por debajo de la cual no se permita privar a un niño de libertad. La privación de libertad se define de un modo muy amplio como << el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa o pública >>.

En el área, excepcional siempre, de la privación de libertad, las Partes I, II, IV y V de las Reglas se refieren a todos los centros de internamiento donde haya menores privados de libertad por condena, en tanto que la Parte III, más específica, se ocupa de los menores detenidos en espera de juicio.

En cuanto a los menores ya declarados culpables y privados de libertad por la aplicación de la medida de internamiento, las Reglas proclaman los siguientes derechos de los mismos:

- a) Derecho a que el menor sea clasificado según exigencias de edad, sexo, personalidad o tipo de delito.
- b) Derecho a un plan de tratamiento rehabilitador individual.
- c) Derecho a la separación de adultos.
- d) Derecho a la organización de centros de internamiento abiertos y con acceso al entorno social y familiar.
- e) Derecho a la intimidad, a locales dormitorios individuales o en pequeños grupos y a una alimentación adecuada.
- f) Derecho a recibir educación, enseñanza y formación profesional adecuadas a sus capacidades.

- g) Derecho a una ocupación remunerada.
- h) Derecho a disponer de actividades recreativas, a cumplir sus obligaciones religiosas y a satisfacer sus necesidades espirituales.
- i) Derecho a comunicaciones y visitas. Derecho a tratamiento sanitario.
- j) Limitación del recurso a procedimientos de coerción y fuerza frente al menor.
- k) Derecho a personal especializado, tales como psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales, educadores y asesores.
- l) Derecho a la tramitación de un expediente sancionador conforme a ley.

En cuanto a los menores en detención o prisión preventivas en espera de juicio, las Reglas destacan la necesidad de separar a los mismos tanto de adultos como de menores ya condenados, e insisten en la tramitación preferente y urgente de esas causas, en el establecimiento de un plazo breve de detención provisional y en la búsqueda y aplicación de medidas sustitutivas de la privación momentánea de libertad en cuanto sea posible.

4. Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil

Son conocidas como las Directrices de Riad y fueron aprobadas por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1990 (Resolución 45/112).

Las Directrices, partiendo del presupuesto sociológico universal del elevado número de jóvenes en situaciones marginales de conflicto familiar, desatención, abandono, maltrato, o iniciación en hábitos de droga y explotación social, pretenden establecer criterios y estrategias de prevención de la criminalidad juvenil. Desde ese planteamiento centran su especial atención en propulsar políticas que favorezcan la socialización e integración de todos los niños y jóvenes, destacando el papel primordial de la familia, la escuela, la

comunidad, la formación profesional y el medio laboral en la prevención delictual y recuperación rehabilitadora de los menores en conflicto legal o social. Así, desde las indicadas Directrices, se pone énfasis en la promulgación de leyes, que alcancen o pretendan los siguientes objetivos:

- a) Fomentar y proteger los derechos del menor.
- b) Prohibir los malos tratos, victimización y explotación de los niños.
- c) Prohibir la utilización de menores en actividades delictivas y sancionar la transgresión de dicha norma prohibitiva.
- d) Controlar el acceso de los jóvenes a las armas de fuego.
- e) Evitar el consumo de drogas por los menores y la utilización de éstos por los traficantes.

5. La Resolución n° 78 (62) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre transformación social y delincuencia juvenil

La Resolución fue aprobada el 29 de noviembre de 1978 y constituye una recomendación a los Estados miembros sobre la oportunidad de armonizar su ordenamiento jurídico interno con la adopción de determinadas medidas en el ámbito de la política penal. Destacan entre esas medidas las de velar por la protección de los derechos fundamentales del menor, reforzar el carácter educativo y resocializador de las sanciones impuestas al menor, limitar en lo posible las medidas privativas de libertad, fomentar la participación de la comunidad en la aplicación de las medidas, asegurar la coordinación de todos los organismos responsables de la asistencia al menor y lograr la participación de la familia y personas voluntarias en el proceso rehabilitador del menor infractor.

6. La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales frente a la delincuencia juvenil

La Recomendación n° 87 (20) fue adoptada el 17 de septiembre de 1987. Se divide en cinco partes claramente diferenciadas, que son

las siguientes: Prevención, Desjudicialización, Justicia de Menores, Intervenciones e Investigaciones.

En sede de Prevención, el Comité recomienda a los Estados miembros favorecer la inserción social de los jóvenes mediante la introducción de programas especializados a nivel escolar, la potenciación de organizaciones juveniles o deportivas y la adopción de concretas políticas de prevención de las ocasiones que colocan a los jóvenes ante la invitación a delinquir.

En el apartado de Desjudicialización se incentiva el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y mediación a nivel policial o de órgano de persecución penal – Fiscal o Juez- a fin de evitar a los jóvenes las consecuencias nocivas del sistema judicial penal, debiendo concederse atención adecuada en esta vía de conciliación de intereses en conflicto, tanto a los pretensiones de justicia de la víctima, como al preponderante principio de protección al menor.

En el capítulo de la Justicia de Menores, la Recomendación insiste en la especialización de la jurisdicción, en la protección de los derechos fundamentales del menor, en el respeto a las garantías básicas del procedimiento, en la importancia de la formación especializada del personal en contacto con el menor- Juez, policía, abogado, trabajadores sociales – y en el carácter excepcional de las medidas cautelares o definitivas de privación de libertad.

En el marco de las Intervenciones, la Recomendación plasma el carácter excepcional del internamiento privativo de libertad, enfatiza su dimensión educativa cuando resulte indispensable y sugiere un amplio abanico de medidas alternativas a la reclusión.

Por último, en el objetivo de Investigaciones, la Convención propulsa como novedades la creación de la institución del Defensor del Menor, postula procedimientos de reconciliación entre jóvenes delincuentes y sus víctimas y alienta el estudio de las relaciones entre criminalidad y factores demográficos, destacando el papel de los medios de comunicación en el ámbito de la delincuencia juvenil y de las reacciones frente a la misma.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS DE LA VIGENTE LEY DEL MENOR

El artículo 7 de la Ley enumera la naturaleza y efectos de las medidas previstas como aplicables a los menores de dieciocho y mayores de catorce años que cometan los hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en las Leyes penales especiales, régimen sancionador extensible a los mayores de dieciocho y menores de veintiuno en quienes concurren las condiciones reguladas en el artículo 4.2 de la referida Ley Orgánica 5/2000¹¹. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores son ordenadas en aquel artículo 7 según la restricción de derechos que comportan, de mayor a menor intensidad de limitación de posibilidades de actuación del sujeto tributario de las mismas, escapando de ese orden prelativo la medida de inhabilitación, lógicamente más restrictiva que la que le precede en el elenco normativo.

El sistema de consecuencias jurídicas diseñado por el legislador para el menor infractor puede ser examinado, doctrinalmente, desde tres grandes modelos: educativo, de protección y de responsabilidad. Según el primero, trata de evitarse el contacto del menor con la maquinaria penal, procurando su formación integral educativa sin eliminar la conexión necesaria con su entorno vital. El segundo, participa de la filosofía que contempla al joven delincuente como un enfermo que debe ser protegido del entorno hostil que propició su conducta delictiva, asumiendo el Estado un papel paternalista en el que permanecen excluidas las tentaciones garantistas y en el que trata de conseguirse la reeducación de su personali-

11. De conformidad con la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, se suspende la aplicación de la Ley del Menor 5/2000, respecto de los infractores mayores de 18 y menores de 21 años por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma. Por su parte, la Disposición Adicional Cuarta de la LO 5/2000, añadida por la L.O. 7/2000, preceptuó que lo dispuesto en el artículo 4 de la LO 5/2000, no resultará de aplicación a los mayores de dieciocho años por la comisión de los delitos previstos en los artículos 138,139,179,180,571 a 580 y cualquier otro sancionado en el Código penal con pena igual o superior a quince años. La competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

dad desviada. Ocurre, no obstante, que la medida de desafección del menor de su patología social suele ser el internamiento en reformatorios, circunstancia que justifica las críticas doctrinales sobre el llamado fraude de etiquetas, dadas las exiguas diferencias entre el internamiento y esa odiosa forma de reclusión en decimonónicos centros de reforma. El modelo de responsabilidad implica que el Estado, pese a reconocer la necesidad del trato diferencial entre el adulto y el menor delincuentes, no renuncia al sistema garantista de imposición de sanciones para reparar la ofensa de los bienes jurídicos. Para lograrlo, amén de establecer edades límites de responsabilidad penal y fijar criterios rectores de intervención mínima y flexibilidad en la imposición de las medidas, relegando a supuestos de gravedad extrema la aplicación de la modalidad del internamiento, ofrece al menor delincuente el amplio espectro de las garantías procesales, sustantivas y constitucionales inherentes al enjuiciamiento de los adultos¹².

Expresado lo anterior, diríase que la Ley se esfuerza por lograr una simbiosis entre los modelos de responsabilidad y educativo. Así, en su Exposición de Motivos reconoce el legislador, en primer término, la naturaleza de disposición sancionadora de la presente norma, pues desarrolla la exigencia de una verdadera *responsabilidad jurídica* de los menores infractores, mas pretendiendo en todo caso que la reacción jurídica dirigida al menor infractor posea *naturaleza educativa, renunciando a otros fines del derecho penal de adultos como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción y la intimidación de los destinatarios de la norma*. En otro pasaje de la Exposición de Motivos, el legislador proclama, como luego hará el artículo 3 de la norma, que siguiendo la doctrina recogida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1991 y 60/1995, se han extendido al procedimiento regulado las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que imperan en el procedimiento ordinario de adultos,

12. GÓMEZ RIVERO, *Algunos aspectos de la Ley O. 5/2000, de 12 de enero, regulación de la responsabilidad penal del menor*, Actualidad Penal, n.º 10, semana del 5 al 11 de marzo de 2001, pp. 163-187.

si bien las medidas a imponer, *fundamentalmente, no pueden ser re-
presivas, sino preventivas especiales, orientadas a la efectiva reinserción y
el superior interés del menor.*

Las garantías a favor del menor están, desde luego, plena-
mente respetadas por la Ley, como ya adelantábamos al comienzo
de este trabajo, desde la lectura del artículo 3 y la proclamación de
principios básicos garantistas del derecho penal, tales como el de *le-
galidad en la descripción de las conductas sancionadoras* (art.1.1), *tipici-
dad* (STC 36/91), *proporcionalidad* (art.8.2), *intervención mínima* (arts.
18, 19 y 27.4), *que llega casi a desplazar al principio de proporcionalidad
del derecho de adultos, legalidad en la ejecución de las penas*(art. 43),
acusatorio(art.8), *igualdad del menor ante la ley* (art.1), *publicidad* (art.
40 de la Convención sobre Derechos del Niño y Regla 8 de Beijing), *con-
tradicción, defensa, derecho al juez ordinario predeterminado por la ley,
presunción de inocencia y de interés del menor en la elección de medidas*
(art.7.3).

Mas volviendo a las medidas, es claro que en ellas se advierte
naturaleza sancionadora y el siempre latente conflicto entre los in-
tereses de prevención general y de prevención especial, pues aún
predominando éstos de forma notoria, buscándose de manera
prioritaria la satisfacción de los fines de reeducación y reinserción
del joven delincuente (véanse los artículos 7.3 y 27.4 de la Ley), tam-
bién existen concesiones a los objetivos clásicos de la prevención ge-
neral, tanto en su faz negativa de intimidación del resto de meno-
res, como en su aspecto positivo de reafirmación del ordenamiento
jurídico frente a la sociedad en su conjunto. Como expone GÓMEZ
RIVERO, la prevención general negativa está presente en las medi-
das de internamiento en régimen cerrado y la positiva en la expresi-
ón de determinados artículos, como el 14.1 o el 51.2 que apelan al
reproche merecido por el autor del delito. Más claramente aparece refle-
jada la defensa casi única de intereses de prevención general en las
normas que regulan los supuestos concursales y los límites relativos
y absolutos del cumplimiento sucesivo de las medidas, así como,
fundamentalmente, en la extensión dosimétrica que las mismas al-

canzan en los supuestos de extrema gravedad del artículo 9.5 y de la Disposición Adicional Cuarta letra c.

En el derecho histórico y en el derecho comparado el *nomen iuris* otorgado a las medidas, y que puede ayudarnos en el intento de indagar sobre su naturaleza jurídica, ha sido diverso. Así, el Borrador de la Ley Penal de Menores de 1987 prefirió el término sanciones sobre el de medidas y el Anteproyecto de Ley Orgánica Juvenil y del Menor de 1995 distinguía entre medidas educativas y medidas disciplinarias, antinomia rechazada por la doctrina, en tanto en cuanto toda medida puede participar en adecuada simbiosis de ambos caracteres. Es la apelación al llamado castigo positivo de GARCÍA PABLOS, para quien más allá de la dimensión afflictiva del castigo, que debe ser captada por los destinatarios de la norma como auténtica restricción de derechos, existe otra dimensión educativa y pedagógica inherente a su cumplimiento efectivo¹³. Por otro lado, la Ley alemana de los Tribunales para la Juventud de 1984, a la que siguió sin citarla el Anteproyecto de 1995, establecía la distinción en el catálogo de consecuencias jurídicas aplicables al menor delincuente de medidas correctivas, educativas y la llamada pena juvenil. Pese a ello y huyendo de la servidumbre respecto de la legislación y dogmática alemanas, tan frecuente en estos lares, la vigente Ley opta por el término medidas y reconoce en ellas efectos sancionadores y correctivos de las aptitudes del menor en orden a su integración social definitiva, por lo que habrá de convenirse, siguiendo el dictado del T.C. en su sentencia 36/91, que no son penas, sino en verdad medidas de sanción y corrección del menor orientadas, fundamentalmente, al logro de fines de prevención especial.

IV. PERSPECTIVA HISTÓRICA

Los principales hitos de la evolución legislativa en el derecho penal juvenil, o más adecuadamente, en el régimen penal aplicable a los menores de edad, han sido los siguientes:

13. CEZÓN GONZÁLEZ, *La nueva ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Barcelona, 2001, pp. 53 y 54.

- A) El Código Penal de 1822 fijó en siete años la mayoría de edad penal, pero en el tramo de edad comprendido entre 7 y 12 años supeditaba la responsabilidad penal a la existencia o capacidad de entender y de querer, de tal manera que si se acreditaba por el examen de discernimiento la ausencia de imputabilidad en el menor quedaba éste exento de sanción penal.
- B) El Código Penal de 1848 estableció la edad penal en 9 años y extendió la prueba de discernimiento a los quince años, con idéntica posibilidad de exención de pena por ausencia de imputabilidad. Además, en el ámbito de las atenuantes de la responsabilidad penal se introdujeron dos relacionadas con la edad. La primera constituía una atenuante privilegiada aplicable al mayor de nueve años y menor de quince en quien se estimase concurrente la capacidad de discernimiento. La segunda era una atenuante genérica que se aplicaba a todo menor de 18 años.
- C) La Ley de Bases de 3 de agosto de 1918 desarrollada por Decreto Ley de 28 de noviembre del mismo año, sometió al conocimiento de los "Tribunales para Niños" los hechos punibles cometidos por menores de 14 años.
- D) El Decreto Ley de 14 de noviembre de 1925 elevó la mayoría de edad penal a los 16 años y extendió la aplicación ope legis de la remisión condicional, aunque no concuriesen los requisitos de dicha institución, a todo mayor de 9 años y menor de 16, que hubiese actuado con discernimiento.
- E) El Código Penal de 1928 siguió el régimen del apartado anterior.
- F) El Código Penal de 1932 trató, en espera de la constitución definitiva de los Tribunales de Menores y de los centros de internamiento adecuados a los mismos, de establecer medidas aplicables a éstos, como la libertad vigilada o la re-

clusión correccional del menor en establecimientos separados de adultos delincuentes.

- G) La Ley de Vagos y Maleantes de 1933 sometía a la jurisdicción de los Tribunales de Menores a los menores de 18 años incurso en los estados peligrosos prevenidos en dicha ley.
- H) El Código Penal de 1944 estableció la mayoría de edad penal en 16 años y creó la atenuante muy cualificada de los artículos 9.3 y 65 aplicable a todo menor de 18 años y obviamente mayor de dieciséis, que se traducía en la posibilidad de bajar la pena uno o dos grados o de decretar su internamiento en un centro especial de reforma o educativo.
- I) La Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 disciplinó el procedimiento en materia de menores, atribuyendo a los Tribunales Tutelares de Menores la competencia para conocer de los delitos y las faltas cometidos por los menores de 16 años, sin otra excepción que la determinada en la jurisdicción militar para los menores infractores. En el ámbito de reforma dicha Ley establecía, en su artículo 17, las siguientes medidas aplicables al menor: 1. Amonestación o breve internamiento, 2. Libertad vigilada, 3. Colocación bajo la custodia de otra persona, familia o una sociedad tutelar, 4. Ingreso en establecimiento oficial o privado de observación, de educación, de reforma de tipo educativo, de reforma de tipo correctivo o de semilibertad, 5. Ingreso en establecimiento especial para menores anormales. La Ley establecía también un régimen de protección de los menores.
- J) En la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que dio nueva redacción al artículo 17 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, y que continuó con el mismo régimen de la Ley de 1948, las medidas previstas en el ejer-

cicio de la facultad de reforma respecto de menores eran las siguientes: 1. Amonestación o internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana. 2. Libertad vigilada. 3. Acogimiento por otra persona o núcleo familiar. 4. Privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores. 5. Prestación de servicios en beneficio de la Comunidad. 6. Tratamiento ambulatorio o ingreso en un centro de carácter terapéutico. 7. Ingreso en un centro abierto, semiabierto, o cerrado. La Ley de 1992, que nació con vocación de provisionalidad, constituyó la respuesta del legislador a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la ley de 1948.

- K) El Código Penal de 1995, no sin cierta contradicción, tras establecer en su artículo 19 que los menores de dieciocho años no serían responsables con arreglo a dicho Código y que el menor de esa edad sería responsable conforme a la ley que regule la responsabilidad del menor, como quiera que ésta todavía no se había aprobado, declaraba en su Disposición Derogatoria Única que continuaban en vigor entre otros los artículos 8.2, 9.3 y 65 del Código Penal publicado por Decreto de 14.9.1973.

Frente a los textos históricos mencionados, el actual elenco de medidas aparece recogido en el artículo 7 de la Ley, donde son clasificadas en orden a la restricción de derechos que comportan.

V. CLASES Y ELENCO DE MEDIDAS

La clasificación de las medidas puede establecerse con base en diferentes criterios. Teniendo en cuenta su *forma de imposición*, las medidas se dividen en *principales y complementarias o accesorias*. La clasificación tiene su importancia, pues partiendo de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley, donde se establece que en los supuestos de infracción continuada o de una sola infracción con pluralidad de víctimas, se impondrá al menor una sola medida, debe inferirse que

tal ocurrirá, a mayor abundamiento, en los casos de comisión de una única infracción. Para precisar más el concepto diremos que por la realización de una sola infracción se puede imponer una medida principal y única, aunque nada se opone a que la medida principal pueda ir acompañada de otra u otras accesorias o complementarias. Sentado ello, debe significarse que todas las medidas del artículo 7 pueden ser impuestas como principales, menos la de inhabilitación absoluta, que necesariamente debe ser accesoria o complementaria. La medida de privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor o del derecho a obtenerlo, o de privación de las licencias administrativas para caza o para cualquier tipo de armas, puede imponerse como principal, pero también como accesoria cuando el delito o falta se hubiese cometido utilizando ciclomotor, vehículo a motor o arma respectivamente. La medida de realización de tareas socio-educativas puede ser accesoria de la permanencia de fin de semana. Las medidas de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio pueden también imponerse como principales o complementarias de otra. La medida de libertad vigilada es asimismo accesoria de la de internamiento, en cuyo caso el Juez establecerá en la sentencia la duración de cada fase, teniendo en cuenta que la duración total no podrá exceder de lo prevenido en el artículo 9 y en la Disposición Adicional Cuarta. Opina, además, CEZÓN GONZÁLEZ¹⁴, que la medida de libertad vigilada puede complementar a otra cuando resultare necesaria como refuerzo de la principal en aras del llamado interés del menor. La reflexión debe apoyarse si se parte del principio de flexibilidad en la elección de la consecuencia jurídica imponible y se repara en la importancia de la medida de libertad vigilada, llamada por algunos auténtica medida reina de la Ley del Menor.

En atención al criterio de su *concreta naturaleza*, las medidas pueden dividirse en *privativas de libertad* (las de internamiento de los apartados a, b y c del número primero del artículo 7, la de in-

14. CEZÓN GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 52.

ternamiento terapéutico del apartado d y la de permanencia de fin de semana del apartado g) y *restrictivas de derechos* (las de tratamiento ambulatorio, asistencia a centro de día, libertad vigilada, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socio-educativas, privación del permiso de conducir ciclomotores, vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o armas y la inhabilitación absoluta, de los apartados e, f, h, i, j, k, m y n respectivamente del número primero del artículo 7). Tendría la consideración de *admonitoria* la medida del apartado l del número primero del artículo 7, medida que en el derecho juvenil suizo existe en forma escrita y no solamente verbal.

ORNOSA FERNÁNDEZ¹⁵ establece, por su parte, otra clasificación, similar a la propuesta en el párrafo precedente, pero en la que extrae de las medidas restrictivas de derechos a la de convivencia con otra persona, familia o grupo, a la que dota del carácter de *protectora*.

Distínguese, asimismo, entre *medidas voluntarias*, que exigen la prestación de consentimiento del menor para que éste quede sometido a ellas, y *medidas obligatorias*. Desde este prisma jurídico, todas las medidas son obligatorias, con la excepción de la de prestaciones en beneficio de la comunidad y las de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio, en los supuestos de realización de un tratamiento de deshabituación. También se ha denominado medida terapéutica de socialización a la de convivencia con otra persona, familia o grupo del apartado i del artículo 7. Por último, el artículo 5.2 de la Ley denomina medidas terapéuticas a las de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio.

En relación con el elenco del artículo 7, ha de significarse que las medidas no están determinadas para cada delito o falta de forma concreta, cual ocurre en el Código Penal o en las leyes penales especiales, y es que debe entenderse que la indeterminación es

15. ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 189.

consecuencia de la exigencia legal de adecuar a la personalidad del menor la medida elegida. En cualquier caso, la facultad discrecional del Juez en la determinación de la medida no es absoluta, sino reglada, al venir condicionada por los principios acusatorio y de proporcionalidad y por las reglas de aplicación del artículo 9 de la Ley¹⁶. Pese a esa premeditada inconcreción, el catálogo de medidas del artículo 7 cumple con la obligación asumida por los Estados miembros, en el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Veamos, ahora, una a una las medidas del artículo séptimo de la Ley.

1. Medidas de internamiento

Son de tres clases: internamiento en régimen cerrado, internamiento en régimen semiabierto e internamiento en régimen abierto¹⁷. Poseen como nota común que los menores residen en el interior de los Centros, estribando la diferencia entre ellas en la forma y lugar de desarrollo de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio de los menores internos. Así, en las medidas de internamiento en régimen cerrado todas las actividades se desarrollarán en el interior del Centro, mientras que en las medidas de internamiento en régimen abierto dichas actividades se cumplirán en el exterior, en los servicios normalizados del entorno. En un terreno intermedio se mueven las medidas en régimen semiabierto, pues parte de las actividades programadas para la educación y recuperación del menor fijadas como objetivo en la sentencia se realizarán en el entorno exterior y parte en el interior del Centro. Esto permite inferir que en los Centros de internamiento en régimen abierto no existirán servicios educativos propios. Según la Expositiva

16. ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.* p. 181.

17. La medida de internamiento terapéutico por sus especiales características, en cuanto aplicable a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, o de la percepción, o que se hallen en un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes será estudiada junto con la de tratamiento ambulatorio.

ción de Motivos de la Ley, el internamiento en régimen cerrado pretende la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitirle un comportamiento responsable en la comunidad, así como que las condiciones de estancia de los menores sean adecuadas para completar su proceso de formación psicológica.

En relación con estas medidas de internamiento, debe recordarse que de conformidad con el artículo 7.2 de la Ley, ya en la sentencia deberá quedar fijada, previo informe del equipo técnico, la duración de cada uno de los dos periodos en que las mismas se dividen: el de internamiento propiamente dicho y el de libertad vigilada subsiguiente¹⁸. La duración total de la medida de internamiento, incluidas ambas fases, no podrá exceder en ningún caso del tiempo que se expresa en el artículo 9 de la Ley. Como regla general, las medidas de internamiento no podrán exceder de dos años, computándose al respecto el tiempo cumplido por la aplicación de la medida cautelar adoptada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley. En el caso de personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos el plazo de duración de las medidas de internamiento podrá alcanzar un máximo de cinco años, siempre que el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida e integridad física de las mismas. Excepcionalmente, y en los supuestos del párrafo anterior, si los hechos realizados revistiesen extrema gravedad¹⁹, el Juez podrá imponer junto a la medida de internamiento en régimen cerrado por cinco años la sucesiva de libertad vigilada por otros cinco años²⁰. En este caso, sólo podrá ha-

18. Debe tenerse en cuenta que ex artículo 14 de la Ley puede anticiparse la conclusión del periodo de internamiento y el inicio de la libertad vigilada, pero nunca podrá ampliarse el periodo inicial de internamiento.

19. Según la Ley son siempre supuestos de extrema gravedad aquéllos en los que se apreciare reincidencia.

20. Según el párrafo tercero del artículo 9 de la ley se entenderán por supuestos de extrema gravedad aquéllos en los que se apreciare reincidencia, según redacción dada a dicho párrafo por el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre.

cerse uso de las facultades del artículo 14 y 51.1, de sustituir, modificar o dejar sin efecto la medida, una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. A los efectos del artículo 9 se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad, aquéllos en los que se apreciare reincidencia. Por último, la Disposición adicional Cuarta de la Ley, introducida por la ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, dispone, en su apartado c que cuando el delito cometido sea alguno de los previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y en general todos aquellos sancionados en el Código penal con pena de prisión igual o superior a quince años, y el responsable del delito sea mayor de dieciséis años el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, completada en su caso, con una medida de libertad vigilada por otros cinco años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla quinta del artículo 9 de la Ley. La medida de internamiento, en este caso, no podrá ser modificada, sustituida o dejada sin efecto sino transcurridos cinco años de cumplimiento efectivo de la misma. Si los responsables de estos delitos son menores de dieciséis años y mayores de catorce, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, complementada en su caso por otra de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años, con el cumplimiento de los requisitos del párrafo segundo de la regla quinta del artículo 9 de la Ley. En este supuesto último, de menores de dieciséis años, al no decir nada la Ley, entiendo que, sin exigencia de un periodo previo de internamiento efectivo, podrá hacerse uso de la facultad del artículo 14 en cualquier momento.

En el estadio superior de su exasperación, la medida de internamiento en régimen cerrado puede alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los mayores de catorce, cuando fueren responsables de más de un delito y alguno de ellos estuviere calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años y fuese alguno de los delitos de terrorismo de los artículos 571 a 580 del Có-

digo penal²¹. Entiendo que, este supuesto, al constituir una agravación de los dos párrafos precedentes del apartado tercero de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley, es tributario del tipo básico de los anteriores, en el sentido de implicar la necesidad de cumplir cinco años efectivos de internamiento antes de poder hacerse uso de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley, cuando se trate de mayores de dieciséis años, y de no comportar exigencia alguna de efectivo cumplimiento para poderse aplicar el referido precepto, cuando de menores de dieciséis años se trate.

En atención a lo dispuesto en el artículo 7.2, el Juez al imponer la medida debe atender al interés del menor y de conformidad con el artículo 39.1, al establecer en sentencia las medidas concretas, deberá razonar y motivar, la finalidad que con ellas persiga.

Hemos dicho también que el Juez, en cualquier momento, podrá dejar sin efecto, sustituir por otra, modificar o reducir la duración de la medida impuesta²². Cuando el menor alcance la mayoría de edad en periodo de cumplimiento de la medida, continuará cumpliéndola, pero si las medidas han sido impuestas a quien haya cumplido 23 años o cumpla dicha edad en fase de ejecución, el Juez, oído el Fiscal, podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley o bien ordenar su cumplimiento en Centro penitenciario. En el ámbito del derecho internacional, tanto las llamadas Reglas de Beijing, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, destacan que la privación de libertad de un menor, máxime en régimen de internamiento cerrado, deberá decidirse como último recurso y por el periodo mínimo y necesario, limitándose a casos excepciona-

21. Cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, el juez podrá imponer una pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre 4 y 15 años al de duración de la medida.

22. Obviamente han de recordarse en este punto las limitaciones ya explicadas que la aplicación del artículo 14 experimenta en los casos del artículo 9, regla 5ª y de la Disposición adicional Cuarta apartado c) de la Ley.

les. También proclaman las normas internacionales citadas que la duración de la sanción será determinada por la autoridad judicial competente, sin excluir la posibilidad de que el menor sea liberado antes de ese tiempo. De ahí la importancia que en la Ley española cobra el vigente artículo 14, con su genérica posibilidad de reducir, limitar o dejar sin efecto la medida de internamiento previamente acordada sin haber llegado a su límite postrero. Desde este punto de vista es constante en las Reglas de Beijing la alusión a la posibilidad de que las autoridades judiciales puedan conceder la libertad condicional de los menores afectos al cumplimiento de medidas de internamiento, en lugar de permitir el cumplimiento íntegro de la misma²³. Esa es la razón que movió, también, al legislador español a establecer en dos fases o periodos el cumplimiento de las medidas de internamiento, debiendo ser el último de libertad vigilada con o sin aplicación de reglas de conducta.

Debe recalcar que las medidas de internamiento, máxime la de régimen cerrado, han de ser de aplicación excepcional, constituyendo la respuesta última del sistema frente a los hechos cometidos por el menor. Sólo se optará por ellas, en ausencia de recursos de corte más eficaz, cuando se prevean estériles a los fines de la reinserción y educación del menor las demás alternativas. Bien se sabe que para la elección de las medidas se valorarán de modo flexible la prueba, la gravedad de los hechos, y, especialmente la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. Éste constituirá un límite genérico y primero para la imposición del internamiento, mas existen otros. Así, el artículo 9, que más tarde veremos, establece tres restricciones a la posibilidad del Juez para elegir la medida de internamiento: la primera, al prohibir la aplicación de la misma a las faltas; la segunda, al prevenir que las

23. La regla 28 de Beijing proclama la necesidad del recurso genérico al régimen de la libertad condicional en el cumplimiento de las medidas. Naturalmente ello procederá cuando se tengan pruebas de un proceso satisfactorio hacia la rehabilitación del menor, incluso cuando se trate de delincuentes peligrosos en el momento de su confinamiento en un centro penitenciario.

acciones u omisiones imprudentes no podrán nunca sancionarse con la medida de internamiento en régimen cerrado; y, la tercera, al concretar la elección de la medida de internamiento cerrado a los supuestos en que el hecho realizado implicase el empleo de violencia o intimidación en las personas o (repárese en la conjunción disyuntiva) la actuación con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas.

Con todo, son susceptibles de crítica algunos aspectos concretos de la regulación de las medidas de internamiento. En primer término, en los supuestos de la regla quinta del artículo 9, permanece en indeseada inconcreción el elemento normativo "extrema gravedad". Constituye un concepto jurídico indeterminado, que puede violentar el principio de legalidad en la determinación de las conductas sancionadoras. La ausencia de taxatividad, en este punto, deberá subsanarse con el recurso tópico de buscar su soporte descriptivo en el párrafo precedente y entender, por tanto, que son casos de extrema gravedad aquéllos en los que la violencia o intimidación en las personas empleada o la actuación desarrollada con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas alcancen cotas de extraordinaria lesividad para dichos bienes jurídicos. En segundo lugar, es censurable que a los efectos del artículo 9 todo supuesto de estimación de reincidencia sea equiparable a extrema gravedad, aunque se entienda por reincidencia la existencia de una condena previa por el procedimiento de la Ley del menor y por delito del mismo Título y de la misma naturaleza. Piénsese, por ejemplo, en la segunda sustracción con ánimo de utilización temporal de un vehículo de motor, habiendo sido condenada por sentencia firme la primera. Es desproporcionado entender el supuesto anterior como extremadamente grave. Con todo habrá de recordarse que, en dicho caso, y aunque prosperase esa forma de entender la reincidencia, conforme al párrafo segundo del artículo 8 de la Ley, nunca podría la duración de la medida exceder de la extensión de la pena privativa de libertad que se le hubiese impuesto a un sujeto mayor de edad por el mismo hecho. Pese a dicho límite garantista, creo preferible entender circunscrita la reincidencia a los supuestos

de condena previa por delito de los expresados en el párrafo 4º de la Ley, no desconectándose la misma de la reiteración en las infracciones delictivas cometidas por mayores de dieciséis años, con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida e integridad física de las mismas. En tercer término, es de ver en la relación de delitos incluidos en el ámbito de la Disposición Adicional Cuarta una discutible referencia al artículo 180 del Código Penal. En efecto, al recoger dicho precepto las circunstancias especiales de agravación de la violación (art. 179) y de la agresión sexual básica (art. 178), parece que debe entenderse en el sentido de incluir a las agresiones sexuales cualificadas de los artículos 178 y 180 en el ámbito de la meritada Disposición Adicional. Complementa esa reflexión el argumento económico del legislador, propio de la tópica jurídica, pues la mención del artículo 180 sería innecesaria, si tan solo se refiriese a los supuestos de violación, ya que todos los casos del artículo 180 -subtipo agravado- cobijan en su seno los del artículo 179 -tipo básico-. Y si optamos, como parece deducirse, por la inclusión de los delitos de agresión sexual cualificados, no constitutivos de violación, en el radio de cobertura de la Disposición, acontecerá, por ejemplo, que un beso dado por un menor a una mujer e impuesto a ésta contra su voluntad por la sujeción física de que fuera objeto por un segundo coautor connivente, implicaría la aplicación de todas las consecuencias procesales y sustantivas de la indicada Disposición. Creo, que tal equiparación es, nuevamente, desproporcionada.

Por último, diré que no comparto las críticas al principio de flexibilidad en la aplicación de las medidas del artículo 7.3 de la Ley, referidas a la imprevisión de valoración de los grados de ejecución del delito, formas de participación o concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad del menor en la elección de la consecuencia jurídica adecuada, pues al margen de poder ser tenidas en cuenta con el parámetro normativo *valoración jurídica de los hechos*, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 8 siempre limitarán el alcance de la duración de la medida a imponer. En efecto, cuando el artículo 8.2 apela al límite irrebalsable de la pena que se hubiese impuesto al autor de los mismos hechos de haber sido ma-

yor de edad, debe entenderse que tal referencia se hace a la pena en concreto y no a la pena en abstracto, con valoración, por tanto, de grados de ejecución, formas de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad concurrentes en el autor o partícipes.

Es loable que, incluso la medida de internamiento en régimen cerrado, esté dotada siempre de un contenido educativo concreto.

2. Internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio

Ambas medidas son denominadas como terapéuticas en el artículo 5.2 de la Ley y a las dos se refiere la Exposición de Motivos para describir sus efectos. Como prólogo de su estudio conviene hacer un breve recordatorio de la teoría general del delito. Los conceptos de imputabilidad, antijuridicidad o inculpabilidad, como las excusas absolutorias o los requisitos objetivos de procedibilidad poseen plena aplicación en el ámbito de la Ley del menor. De tal manera que las conductas típicas, por ejemplo, en las que concurren las causas de justificación del derecho penal de adultos (legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), no serán obviamente antijurídicas. En relación con la imputabilidad, la Ley del Menor ha establecido la presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad del menor de catorce años, mas también ha extendido los supuestos de inimputabilidad, y ello nos conecta directamente con las medidas estudiadas, a aquellos casos en los que el menor infractor esté incurso en alguna de las circunstancias primera, segunda o tercera del artículo 20 del Código Penal, a saber: eximentes de anomalía o alteración psíquica y de trastorno mental transitorio, eximente de intoxicación o síndrome de abstinencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o análogas y eximente de alteración grave de la conciencia de la realidad²⁴.

24. Operarán también las causas de inculpabilidad: estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, inexigibilidad de otra conducta y el error invencible de prohibición. Serán

Cuando concurra alguna de las tres referidas eximentes de los números primero, segundo o tercero del artículo 20 del Código penal, sólo podrá aplicarse a los autores menores, si resulta necesario, alguna de las dos medidas estudiadas. No será posible, en aquel caso, apreciar e imponer cualquier otra medida. De no concurrir las eximentes completas de los tres números del artículo 20, sí que será posible cuando el menor esté afecto a la patología descrita en las medidas de tratamiento ambulatorio o internamiento terapéutico optar por la aplicación de éstas, no sólo como únicas, sino como complementarias o accesorias de cualesquiera otras del elenco del artículo 7. Expresado así su radio de aplicación, veamos ahora sus características.

La medida de internamiento terapéutico se cumplirá en centros de esa naturaleza y se concretará en una atención educativa especializada o en un tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones de la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Para el legislador el internamiento terapéutico se prevé para aquellos casos en que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o las drogas, bien por cualquier otra deficiencia del psiquismo, precisen de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación tera-

de aplicación, igualmente, las excusas absolutorias, como el encubrimiento entre parientes del artículo 454 del Código penal o la propia de los delitos patrimoniales cometidos por las personas designadas en el artículo 268 del C.P. En cuanto a los delitos y faltas privados de injurias y calumnias deberá entenderse que el Ministerio Fiscal posee la facultad de recibir las quejas de los particulares ofendidos e incluso la querrela formulada ante él por éstos e instar la incoación del expediente oportuno de reforma para la persecución de ese delito privado. Para otros la prohibición del ejercicio de acciones penales por los particulares establecida en el artículo 25 de la Ley, supone la despenalización de los delitos y faltas privados, ya que dicha acción sólo puede ejercerse por la persona ofendida mediante querrela privada (arts. 215 C.P. y 104 Lecrim.), prohibiendo al Ministerio Fiscal el ejercicio de la misma. De la misma manera, en los delitos perseguibles previa denuncia del perjudicado u ofendido, el Ministerio Fiscal podrá recibir esa denuncia e iniciar tras ello el expediente de reforma para la exigencia de responsabilidad del menor denunciado.

péutica, no dándose las condiciones idóneas para que el menor pueda en su entorno vivir en régimen de tratamiento ambulatorio, ni tampoco razones de especial peligrosidad para optar por la medida de internamiento en régimen cerrado.

Las personas sometidas, en cambio, a la medida de tratamiento ambulatorio deberán acudir al centro especializado que se designe en sentencia con la periodicidad requerida por los facultativos que les atiendan y seguir las pautas fijadas por éstos para el adecuado tratamiento de su anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones de la percepción que padezcan.

Una y otra medidas son las únicas que pueden imponerse cuando se aprecie alguna de las circunstancias eximentes de los números 1º, 2º, o 3º del artículo 20 del Código Penal, cual ya dijimos.

¿Pueden también imponerse estas medidas si se han estimado concurrentes circunstancias eximentes incompletas del artículo 21 del Código Penal, en relación con los tres primeros números del artículo precedente, atenuantes analógicas de éstas, o la atenuante del número segundo del artículo 21 del mismo Cuerpo Legal? La respuesta, como ya adelantábamos, debe ser positiva, cual se infiere del hecho de que ambas medidas puedan imponerse complementariamente con otras de naturaleza no terapéutica. Este es el criterio de la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado y el que resulta de la simple literalidad de las letras d y e del número 1 del artículo 7 de la Ley.

En una y otra medidas la Ley contempla el tratamiento diferenciado de las anomalías o alteraciones psíquicas o de la percepción y de las adicciones a bebidas alcohólicas o drogas tóxicas o psicotrópicas. En el primero de los supuestos, la patología propia de los menores afectos obligará a prescindir de su consentimiento para la aplicación de las medidas determinantes de su tratamiento terapéutico, en tanto que en el segundo de los casos, debe recabarse la aquiescencia del menor para su sometimiento al tratamiento de deshabitación. El rechazo del menor a su programa deshabitador

puede manifestarse antes o después de la sentencia, incluso en fase de ejecución de la misma, en cuyo caso la medida correrá la suerte de su sometimiento a las pautas del artículo 14 de la Ley. Es de compartir, en este punto, la teoría de CEZÓN GONZÁLEZ según la cual es el presente uno de los dos supuestos en los que cabría la *reformatio in peius* en la sustitución de las medidas. El otro sería el de quebrantamiento de medida no privativa de libertad²⁵.

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los menores privados de libertad se establece que los servicios médicos a disposición de los menores deberán tratar y prevenir toda enfermedad física o mental, todo uso indebido de sustancias químicas y cualquier otro estado que pueda constituir un obstáculo para la integración del joven en la sociedad. Así mismo se indica en ellas que todo menor que sufra una enfermedad mental deberá ser tratado de ésta, debiendo igualmente organizarse en los centros de menores servicios y programas de prevención del uso indebido de drogas y de rehabilitación administrados por personal cualificado²⁶.

Las medidas que nos ocupan en cuanto constituyan consecuencias jurídicas de los supuestos de inimputabilidad serán asimilables en todo a las medidas de seguridad que la legislación penal de adultos reserva a los mayores inimputables en los artículos 101, 102 y 103 del Código Penal.

3. Asistencia a un centro de día y permanencia de fin de semana

Las personas sometidas a la medida de asistencia a centro de día residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, que esté integrado en la comunidad, a realizar las actividades de apoyo, educativas, laborales y de ocio, asignadas en la sentencia y que formen parte de su proyecto resocializador. La naturaleza de esta medida se entiende no privativa de libertad sino restrictiva de dere-

25. CEZÓN GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 76.

26. Véase en este sentido lo dispuesto en las Reglas Mínimas 50, 51 y 54 de las Naciones Unidas para los menores privados de libertad.

chos. Para GÓMEZ RIVERO²⁷, la medida de asistencia a centro de día no es sino una suave modalidad de libertad vigilada. La verdad es que se aprecian muy escasas diferencias entre esta medida y las de realización de tareas socio-educativas y de libertad vigilada acompañada de la regla de conducta de sometimiento a programas de tipo formativo, educativo, cultural o profesional. Lo característico del centro de día es que en ese lugar es donde toma cuerpo lo esencial del proyecto socio-educativo del menor, si bien éste puede asistir también a otros centros para hacer uso de complementarios recursos culturales o de ocio. El sometido a la medida puede continuar residiendo en su familia, hogar o centro de acogida. Para la efectividad de la medida se reclama que exista un control judicial a través de informes de control y evolución que le remitan los responsables de su aplicación.

La medida, en cambio, de permanencia de fin de semana implica que los sometidos a ella permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas fijadas por el Juez. En esta medida, el menor puede ser derivado a un centro plenamente integrado en la comunidad, donde se realizarán actividades educativas de apoyo a su competencia social. Sirve al propósito de proporcionar al menor un ambiente estructurado buena parte del día, en el que se llevarán a cabo actividades educativas y formativas que puedan compensar las carencias afectivas y estructurales del ambiente familiar de aquél. Diremos, asimismo, en relación con esta medida de permanencia de fin de semana, que puesto que la Ley habla de un periodo de permanencia máxima, entrará dentro de las facultades del Juez limitar o reducir dicho periodo. La medida puede imponerse como única o complementariamente con la de realización de tareas socio-educativas de la letra k, en cuyo caso ésta será la accesoria de aquélla. La medida de permanencia de fin de se-

27. GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 180.

mana se contemplaba ya en la Ley 4/1992 y se denominaba de internamiento de fin de semana, por lo que se suscitaban dudas sobre si debía cumplirse en un centro o en el propio domicilio. Las dudas fueron resueltas por la Instrucción 1/1993 de la Fiscalía General del Estado que optó por aceptar ambas posibilidades. Hoy la Ley para evitar equívocos apela a la doble alternativa de ejecución. La medida poseerá una duración máxima de ocho fines de semana, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9, regla tercera, mas dicha norma posee dos excepciones: una, en las faltas, donde su extensión no será superior a cuatro fines de semana; y, otra, en los supuestos del artículo 9, regla cuarta, en los que podrá alcanzar la duración límite de dieciséis fines de semana. La medida, por último, ha generado críticas en la doctrina por su corta duración, incompatible, en principio, con sus posibilidades educativas, aunque también se ha reconocido por el propio legislador su aptitud para sancionar los actos de vandalismo y para servir de ejemplo disuasivo a los menores que, por vez primera, cometan un delito o falta de escasa trascendencia.

4. Libertad vigilada

En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la persona sometida a ella, de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, procurando ayudarle a superar las causas determinantes de la comisión de la infracción que provocó la aplicación de la misma. La persona sometida a la medida quedará obligada a seguir las pautas socio-educativas señaladas por la entidad pública o el profesional que le siga y a mantener con éste las entrevistas fijadas en el programa elaborado por el Juez en su sentencia o en el auto que remodele el cumplimiento de la misma.

Recuerda la Circular 1/2000, de la Fiscalía General del Estado que en aras de salvaguardar el principio de legalidad deben definirse con el contorno más preciso, en la sentencia que se dicte, las llamadas reglas de conducta susceptibles de imponerse complementariamente con la medida estudiada. Ello no es óbice para que en fase de ejecución de la medida, y a la vista de la evolución del

sancionado, pueda imponerse por el Juez la observancia de determinadas reglas de conducta no previstas inicialmente en la sentencia. Argumento que se ve reforzado por la remisión expresa que el artículo 9, regla 5° de la Ley efectúa al artículo 105 del Código Penal y por la flexibilidad de criterio que debe otorgarse al Juez para atemperar las reglas de conducta a la evolución positiva o negativa del menor sancionado. Las reglas de conducta se dividen, en orden a su naturaleza, en obligaciones y prohibiciones. Así, entre las primeras, existen las de asistir a centros docentes con regularidad, someterse a programas de tipo formativo, educativo, cultural, de educación vial, sexual, etc, residir en lugar determinado, comparecer ante el Juzgado los días que se le indiquen, o, en general cuantas se estimen convenientes por el Juez de oficio o a instancia del Fiscal. Entre las segundas, las de *acudir* a determinados lugares, establecimientos o espectáculos y la de ausentarse del lugar de residencia sin autorización previa del Juez.

La laxitud de la regla de conducta séptima, que permite acompañar la libertad vigilada de cualquier otra obligación que el Juez, de oficio, o a instancia del Fiscal, estime conveniente para la reinserción social del menor, no ha de verse como potencialmente lesiva de los principios de tipicidad y de taxatividad en la descripción de los tipos y de sus consecuencias legales, pues como expresó la Sentencia 36/91 del T.C. *respecto del principio de tipicidad ha de admitirse en este ámbito una flexibilidad mayor que en el penal, de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales del menor.* En la misma resolución se apela al *mayor peso que en las medidas existe respecto de las penas de la finalidad de readaptación social.*

En los textos internacionales es tónica la referencia a la posibilidad de limitar o reducir el cumplimiento de las medidas de internamiento, otorgando facultades a la autoridad judicial para conceder, ora la libertad condicional, ora la libertad vigilada, en atención a la satisfactoria respuesta del menor al programa de reintegración y con la facultad de supeditar las mismas al establecimiento de reglas de conducta complementarias. Resulta figura esencial en el

éxito de la medida, el llamado por la Ley Catalana " delegado asistencial del menor", o si se prefiere, delegado competente o profesional encargado del seguimiento del menor. Para GÓMEZ RIVERO²⁸, es vital que dicho delegado actúe con proximidad geográfica respecto del menor, creando distritos en que aquéllos trabajen y en los que sean asignados éstos en razón del sector o zona en que habiten con carácter permanente. El número de delegados deberá aumentar en función de la delincuencia y marginalidad de los distritos territoriales. Parece asimismo que deberán ser dichos delegados cualificados profesionales: educadores, psicólogos, sociólogos, con titulación profesional bastante. Por último, se requerirá la coordinación de los profesionales que laboren con el menor y la búsqueda de cooperación de otros trabajadores o asistentes sociales.

Como advierte CEZÓN GONZÁLEZ la medida guarda estrecha relación con la "probation" anglosajona y con el "*sursis avec mis à l'épreuve*" del derecho continental, aunque en estas instituciones la libertad vigilada sea una forma de suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad y, aquí, una consecuencia jurídica directa del delito. Por razón de esa proximidad conceptual, en el éxito de la medida será primordial la labor del profesional responsable. Dicha labor para resultar eficaz habrá de ser desarrollada en tres ámbitos: el del menor, el de su propia familia y el de los servicios públicos de protección y reforma corresponsables del éxito del programa rehabilitador. En el ámbito del menor, se trabajará en la superación de las causas que le llevaron a delinquir y en la potenciación de las habilidades, capacidades y aptitudes de su persona necesarias para su correcto desarrollo individual y social. En el área familiar, el educador se comprometerá en la búsqueda de soluciones que palien el desarraigo, las carencias afectivas o el orden equivocado de valores transmitidos al menor y que pudieran estar en la génesis del conflicto exteriorizado con la comisión delictiva. En el estadio de los servicios públicos, el funcionario de seguimiento, no

28. GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 179.

debe limitarse a la corrección de aquellas deficiencias personales y familiares, sino que debe procurar la adecuada formación escolar, educativa o profesional del menor, para lo cual resulta imprescindible tener acceso a esa infraestructura básica de aulas ocupacionales, escuelas, talleres de oficio, centros de terapia social, que están en la esencia de las reglas de conducta de la libertad vigilada. Convergen aquí también las responsabilidades del Juez en el diseño, ejecución o remodelación de la medida y de sus obligaciones accesorias, así como en el control de su evolución (art.45-1), las del Fiscal en la postulación de iniciativas de ejecución alternativas (art.7, h, 7ª) y las de la Comunidad Autónoma respectiva, en la creación de centros o entidades públicas capaces de ofertar el amplio elenco de posibilidades del artículo 7, letra h, o de establecer conciertos con entidades privadas que los garanticen en su efectividad real.

De la importancia de la medida presente da fe el hecho de que sea contemplada como medida principal, fase o periodo de la medida de internamiento, medida cautelar e instrumento de control de la efectividad de la suspensión de ejecución de la medida impuesta en sentencia.

En la regulación de la medida de libertad vigilada, como segundo periodo de la de internamiento en régimen cerrado de la regla 5ª del artículo 9, es censurable que se diga que su ejecución se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas (no es una pena), conforme a lo establecido en el artículo 105.1 del Código Penal (dicho artículo está destinado a las medidas de seguridad y no a las penas, a las que parece referirse sólo una frase antes), y, resultando que, además y para término del despropósito el artículo de remisión se refiere a las medidas de seguridad no privativas de libertad.

5. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo

La medida comporta que el menor sometido a ella deba convivir, durante el tiempo determinado por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, ade-

cuadramente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización. La medida, novedosa, enlaza en su finalidad orientadora de la personalidad del menor con los criterios establecidos en las Reglas de Beijing²⁹ y, en su dimensión ejecutiva y resocializadora con la pluralidad de respuestas alternativas a la privación de libertad. Es de notar cómo se apela a la directa participación de la comunidad en la efectiva aplicación de las medidas alternativas al internamiento, que debe ser impuesto cuando no exista otra posibilidad de sanción o respuesta. Tal y como se previene en el párrafo primero del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la familia se concibe como el "elemento natural y fundamental de la sociedad", lo cual implicará que los padres, desde el ejercicio de la patria potestad responsable, asuman la obligación preferente de asistir, atender y supervisar a sus hijos. Ahora bien, excepcionalmente, y en sintonía con la regla 18-2 de Beijing, cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, podrá separarse al hijo respecto de los propios padres, aplicando esta medida. Piénsese, por ejemplo, en supuestos de delitos de malos tratos o de agresión o abuso sexuales, en los que los menores sean víctimas de sus propios progenitores. En los supuestos de desamparo del artículo 172 del Código civil o de inadecuado cumplimiento de los deberes legales inherentes a la patria potestad, la asignación del menor a otra persona, familia o grupo educativo debe ser precursora de las medidas de acogimiento automático y tutela *ex lege*, que más tarde se ejerciten en la jurisdicción iusprivatística. El derecho internacional insiste en este punto en la importancia de sensibilizar e involucrar a la sociedad en la participación en el proceso de reintegración a la misma del menor que se autoexcluye con la comisión del delito. La Exposición de Motivos de la Ley establece como presupuesto de aplicación de la medida las carencias afectivas y educativas del menor en la familia de origen y como objetivo

29. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre.

de la misma procurar su resocialización con el alejamiento de ese núcleo que distorsiona o pervierte su proyecto vital o de integración en la sociedad, con participación de sus valores. La medida se estructura como propia de reforma y su diferencia, por tanto, con las de protección del menor por aplicación del artículo 172 del Código Civil, radica en que en aquélla es la acción del menor y no la dejación de sus progenitores lo que justifica su imposición. Con todo, hay una estrecha relación entre ambas.

La medida, en suma, intenta proporcionar al menor un ambiente de socialización positivo, mediante su convivencia por el periodo de tiempo que se determine, con una persona, familia, o grupo educativo, que suplan en el menor las carencias afectivas de su familia originaria. Si bien con una distinta denominación, la medida encuentra su origen en la Ley 4/92, donde se preveía el acogimiento por persona o núcleo familiar. En relación con ésta, ya la Fiscalía General del Estado, en su Instrucción 1/1993, concluyó que el núcleo de acogida podía ser también de carácter no familiar. Por las implicaciones de la medida, el proyecto del Grupo de Estudios de Política Criminal entendió que la misma debería quedar condicionada al consentimiento del menor. La Ley, en cambio, no lo exige, aunque sí debería ser oído el menor, de conformidad con el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y con el artículo 22.1.d, de nuestra vigente Ley Penal del menor.

6. Prestaciones en beneficio de la comunidad

La imposición de esta medida exige el consentimiento del menor. Su contenido implica que el afectado deba realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, tanto en beneficio de personas en situación de precariedad, como en favor de la propia sociedad. La medida deberá estar en relación con el delito cometido, de tal manera que la prestación a realizar sea concorde con la lesión del bien jurídico protegido. Se trata de educar al menor en el valor social del bien infringido. Así, por ejemplo, si el menor ha cometido un delito de incendio de masas forestales o montes del artí-

culo 354 del Código Penal, podría aplicarse la medida de integración en servicios de cultivo, forestación, protección de flora en peligro de extinción u otros semejantes dependientes de la Administración estatal o autonómica. El artículo 18.1.c de las Reglas de Beijing aconseja, entre la pluralidad de medidas alternativas a la de internamiento, la de sometimiento a prestaciones en beneficio de la comunidad. De conformidad con el artículo 39 de la L.O. 5/2000, en la sentencia que se dicte se deberá hacer indicación expresa del contenido, duración y objetivos a alcanzar con esta medida.

El preconizado carácter supletorio del Código Penal, solemnemente proclamado en la Disposición Final primera de la Ley del Menor, nos obliga a recordar, en este punto, que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad constituyó una de las novedades más importantes del sistema de penas en el vigente Código penal. Como señala BOLDOVA PASAMAR con esta pena pretendió evitarse caer en alguno de los inconvenientes de las penas privativas de libertad. Su virtualidad máxima venía representada, y esto es extensible a las medidas, por evitar la separación del delincuente de la sociedad, y, al mismo tiempo, hacerle partícipe de los intereses públicos, al tener que cooperar en actividades de valor común. Naturalmente esta medida se ejecutará bajo el control directo del Juez de menores, que a tal efecto podrá recabar informes de la Administración y entidades públicas o de interés general colaboradoras en el proceso de reintegración del menor. La Ley del Menor, por otra parte, huye expresamente de la utilización del término trabajo, prohibido según las leyes laborales para todos aquéllos que todavía no han cumplido dieciséis años. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá nunca atentar contra la dignidad del menor, debiendo recordarse que el propio artículo 45.3 de la Ley del Menor proclama la necesidad de que las Administraciones autonómicas competentes para la ejecución de las medidas establezcan convenios o acuerdos de colaboración con otras entidades tanto públicas y dependientes de la Administración del Estado, Local, o de otras Comunidades Autónomas, como privadas sin ánimo de lucro. No hay que olvidar que la ejecución de todas las medidas corresponde

por expreso deseo del legislador a las Comunidades Autónomas respectivas y a las ciudades de Ceuta y Melilla, con arreglo a la Disposición Final vigésimo segunda de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor. Quédanos por decir que la prestación en beneficio de la comunidad nunca podrá ser una actividad prohibida por las leyes laborales en orden a su práctica por menores. Ha de decirse, que conforme al artículo 25.2 de la C.E. esta medida no podrá imponerse con carácter forzoso y que la misma nunca podrá suponer una interferencia en la actividad escolar y educativa del menor, limitando, por ejemplo, su obligación de asistir a clase. Así lo prevé el artículo 48.2 de la ley 1/98, de 20 de abril de la Comunidad Autónoma Andaluza. La medida está llamada también a aplicarse en los delitos en que no exista una víctima concreta.

La duración de la medida no podrá exceder, como regla general, de cien horas, según el art. 9.3 de la Ley, mas con dos excepciones: las faltas, donde la medida no excederá de cincuenta horas; y, los delitos de la regla cuarta del artículo 9, en los que podrá llegarse al límite de doscientas horas. Además y como quiera que la Exposición de Motivos de la Ley alude al cumplimiento de la medida en sesiones, resultaría conveniente que, en la propia sentencia, se especificase tanto el número de sesiones como el de duración de la medida en horas, concretándose cuántas sesiones y con qué extensión temporal deberán realizarse para dar por ejecutada la medida. Entiende, con indudable acierto, ORNOSA FERNÁNDEZ que las sesiones deberían realizarse en fines de semana, para ser compatibles con el horario escolar o laboral del menor, y en ejecución continuada, para no perjudicar la eficacia pedagógica y educativa de la medida.

Por otro lado, como la medida está supeditada a la prestación de consentimiento del menor y éste puede ser revocado en fase de ejecución de la misma, sería conveniente que el Juez fijase también en la sentencia la medida sustitutiva de la misma. Cuando la medida se cumpla por mayores de dieciséis años, éstos gozarán de los derechos de seguridad social que reconocen a todo trabajador las le-

yes laborales, según se desprende del supletorio artículo 49 del Código Penal.

7. Realización de tareas socio-educativas

La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo, encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social. La medida, carente de cualquier finalidad retributiva o reparadora, se enmarca en el ámbito del llamado interés del menor, que como criterio rector de la jurisdicción es proclamado en los Textos internacionales. El legislador español parece seguir en este punto el dictado de la regla 18.1. f de Beijing, en cuanto apela como medida alternativa a las órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas. Como se dice en la Exposición de Motivos, con la medida se pretende que el menor realice actividades educativas que favorezcan su reinserción social. Dicha medida puede imponerse como principal o formar parte de otra más amplia, y puede concretarse en obligaciones tales como asistir a talleres de aprendizaje, aulas de educación, cursos de empleo o simplemente a escuelas donde aprender a leer, escribir, multiplicar, etc. Esta medida puede ser complementaria o accesoria de la de permanencia de fin de semana, integrarse con la de asistencia a centro día e incluso constituir una de las reglas de conducta de la medida de libertad vigilada.

8. Amonestación

Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender al menor la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que de los mismos podrían derivarse para sí y los demás. Así mismo se instará al menor a dejar de cometer hechos análogos en el futuro. No debe olvidarse que en toda la jurisdicción de menores late el principio de la benevolencia en la imposición de la sanción por las características especiales de una personalidad no desarrollada com-

pletamente, y, por tanto, en proceso de formación. Por ello con la medida se pretende utilizar en beneficio del menor el argumento de la reflexión de una de las personas constituidas en autoridad del proceso. La medida es una suerte de reprensión privada, erradicada del Código Penal de adultos desde la década de los ochenta, concretamente por la reforma de 21 de junio de 1989, y aparece como la plasmación de una opción alternativa de resocialización del menor delincuente. Sugiere proximidad con las llamadas órdenes de atención, orientación y supervisión del menor de las reglas de Beijing. Para el legislador, con esta medida se pretende que el Juez haga ver al menor el carácter antisocial de sus actos, las consecuencias negativas que para él le reporta y las expectativas de futuro que se le abren de modificar sus pautas de actuación.

9. Privación del permiso de conducir vehículos de motor y ciclomotores y de las licencias administrativas de caza y armas

La medida de privación del permiso de conducir vehículos de motor y ciclomotores se extiende a la privación del derecho a obtenerlos cuando se carezca de ellos. No así las de privación de las licencias administrativas de caza y armas, que no alcanzan a la privación del derecho a obtenerlas. No se olvide dada la aplicación supletoria del Código Penal, que aplicando *mutatis mutandi* el artículo 47 del mismo " *la imposición de la medida de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores inhabilitará para el ejercicio de ambos derechos* ". La aplicación de la medida de privación de los permisos o licencias administrativas citados ha de estar relacionada con el delito cometido, de tal manera que sólo es plausible su imposición, ya como principal, ya como accesoria, en los supuestos en que la infracción haya sido cometida utilizando vehículo o arma, respectivamente. Piénsese por ejemplo en la comisión de un delito de homicidio por imprudencia, en el curso de determinada actividad cinagética y con uso de un rifle de precisión. En esta medida la Ley del Menor salva la contradicción subsistente en el Código Penal, ya que permite su imposición como accesoria también en los

delitos dolosos y no únicamente en los culposos. Recordemos que según el Código Penal, podrá privarse del permiso de conducir al autor de un delito de homicidio por imprudencia, pero no al sujeto activo de un delito doloso de homicidio perpetrado con el vehículo a motor. Entendemos que la exigencia de que el hecho delictivo cometido esté relacionado con el uso de vehículos o armas rige no sólo cuando la medida se impone como accesoria (art. 7, letra m), sino también cuando se impone como principal³⁰.

La regla primera del artículo 9, cuando establece en el ámbito de las faltas, que, respecto de ellas, podrá imponerse la medida de privación del permiso de conducir, obligará a entender por respeto al principio de tipicidad y de legalidad en la determinación de las medidas, que no permite la aplicación de esta medida en su dimensión de privación del derecho a obtenerlo.

10. Inhabilitación absoluta

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley, la medida presente, tan sólo aplicable en los supuestos de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, produce el efecto de la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre los que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, empleos o cargos públicos y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

La duración de la medida, en los supuestos indicados, lo será por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor. La expresión del legislador, no muy afortunada, parece que apela a que la medida de inhabilitación resultará de cumplimiento sucesivo

30. En sentido contrario GÓMEZ RIVERO, *op.cit.*, p. 176.

respecto de la de internamiento. Tampoco precisa, si su extensión temporal, presumiblemente, de 4 o 15 años, deberá computarse desde el fin del periodo de internamiento o desde el término total de la medida principal, computado el tiempo de libertad vigilada. Si el Juez hiciese uso de la facultad del artículo 14, para sustituir, modificar o dejar sin efecto la medida de internamiento, el *dies a quo* para el comienzo de la medida de inhabilitación, parece que será el del Auto que en aquél sentido se dicte, salvo que la sustitución, modificación o dejación sin efecto afectase también a la presente medida.

VI. PRINCIPIO ACUSATORIO

Según el artículo 8 de la Ley, el Juez no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Así mismo la duración de las medidas privativas de libertad de internamiento en régimen cerrado, internamiento en régimen semiaabierto, internamiento en régimen abierto, internamiento terapéutico y permanencia de fin de semana, en ningún caso, podrá exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiese impuesto por el mismo hecho a un mayor de edad, declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

Son, por tanto, tres las limitaciones derivadas del principio acusatorio. En virtud de la primera, el Juez no puede imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos que la interesada por el Ministerio Público. Para valorar la gravedad deberá atenderse al catálogo de medidas del artículo 7 y entender que el mismo supone una ordenación en escala de mayor a menor gravedad. Así, solicitada una medida de libertad vigilada por el Fiscal, no podría el Juez acordar las que le preceden en el elenco del artículo 7. La segunda limitación comportará que el Juez de Menores no podrá imponer una medida por un tiempo superior al pedido por el Fiscal. Entiendo que al no estar las medidas divididas en mitades ni tampoco en tramos, como las penas, el Juez estará limitado por la

extensión en concreto interesada por el Fiscal, sin que le sea dable recorrer el tramo íntegro de su dimensión legal, superando el específico *petitum* del Público Ministerio.

Además, tal y como indica la Circular nº1 del 2000 de la Fiscalía General del Estado, ambos límites operan conjuntamente. De tal manera que si se ha pedido una medida de libertad vigilada por un año, no podrá imponerse ni la medida de internamiento por tiempo menor, ni la de realización de tareas socio-educativas por dos años.

El tercero de los límites, derivado tanto del principio acusatorio como del principio de legalidad, afecta en exclusividad a las medidas de internamiento y de permanencia de fin de semana, y se traduce en que las mismas no pueden tener una duración superior que la de la pena privativa de libertad que le hubiese sido impuesta según el Código Penal a quien, mayor de edad, hubiese hipotéticamente cometido el mismo delito. La comparación ha de hacerse con la pena *in concreto y no in abstracto*, debiendo concretarse en la sentencia en función del grado de ejecución del delito, formas de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad concurrentes, la pena a la que podría haberse llegado, que constituirá un límite irrebalsable en la fijación dosimétrica de la medida.

VII. REGLAS DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS

1. Reglas generales

De la lectura del artículo 9 de la L.O. 5/2000 pueden destacarse las siguientes reglas de aplicación de las medidas:

- A) La regla primera del artículo 9 dispone que cuando los hechos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas. Ya hemos adelantado que la alusión exclusiva a

la medida de privación del permiso de conducir, impedirá por respeto al principio de legalidad extender su imposición a la privación del derecho a obtenerlo, en este ámbito contravencional.

- B) La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia, intimidación en las personas o se ha actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. El término violencia, en mi opinión, debe ser entendido como sinónimo de *vis physica, absoluta o atrox*, sin incluir la *vis in rebus*. Como expone la Circular n.º 1 de 2000 de la Fiscalía General, del elemento normativo "violencia" debe excluirse igualmente a las faltas o infracciones leves. Ni la violencia ni la intimidación tienen por qué ser graves. La utilización de la conjunción disyuntiva "o", por otra parte, comporta que no tienen por qué concurrir, al mismo tiempo, la violencia o intimidación y el grave riesgo para la vida e integridad física. Piénsese, por ejemplo, en un delito del artículo 381 o bien del artículo 384 del Código Penal.
- C) La regla tercera fija unos límites máximos de duración de las medidas, que son los de dos años con carácter general para todas, y los específicos de cien horas para los trabajos en beneficio de la comunidad y de ocho fines de semana de permanencia. Estos límites operan conjuntamente con los establecidos en el párrafo segundo del artículo 8 para las medidas de internamiento y de permanencia de fin de semana. De modo similar a lo que dispone el artículo 59 del Código Penal, esta regla dispone que, en todo caso, se computará en la duración de las medidas el tiempo cumplido cautelarmente conforme al artículo 28.5 de la presente Ley.
- D) La regla cuarta representa una excepción a los límites del artículo anterior, pues permite que cuando el autor sea ma-

yor de dieciséis años en el momento de cometer los hechos, el delito cometido lo haya sido con violencia, o intimidación en las personas, o con grave riesgo para la vida e integridad física de las mismas y el equipo técnico lo aconseje, pueda extenderse el plazo de duración de las medidas hasta un máximo de cinco años, hasta 200 horas la extensión de la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad y hasta dieciséis fines de semana la duración de la medida de permanencia de fin de semana.

Se plantea la duda, aquí, de si en los casos de imposición de dos o más medidas en el mismo procedimiento, una por cada infracción cometida, pueden rebasarse los límites legales de cumplimiento de 2 ó 5 años fijados en el artículo 9º, de 8 ó 4 años y de 10 ó 5 años de la Disposición Adicional cuarta, - o de 8 y 16 permanencias de fin de semana y de 100 ó 200 horas de trabajos en beneficio de la comunidad -. Dada la significación plural de la locución "duración de las medidas", ha de convenirse en que no puede el total de efectivo cumplimiento de las medidas superar aquellos límites. Sí que será factible, si las medidas son susceptibles de cumplimiento simultáneo, su ejecución al unísono, siempre que no se rebasen aquellos límites de efectivo y real cumplimiento. Por ejemplo, una medida de libertad vigilada y otra de realización de tareas socio-educativas, impuestas ambas por dos años, en dos supuestos de la regla tercera del artículo 9º, y susceptibles de cumplirse simultáneamente, podrán ejecutarse ambas en su integridad. No así, dos o más medidas de cumplimiento sucesivo, cuya duración total exceda de los referidos límites. Por ejemplo, dos medidas de internamiento en régimen cerrado, de dos años de duración cada una, impuestas en dos supuestos de la regla tercera del artículo 9º, como son de cumplimiento sucesivo, agotarán su extensión efectiva y total de cumplimiento en dos años. A ello no se opone lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley, pues esa facultad de que impuestas

varias medidas, el tiempo total de cumplimiento pueda llegar al doble de la más grave de las acordadas, constituye un límite relativo, subordinado a los límites absolutos ya contemplados.

- E) La regla 5ª del artículo 9º constituye otra excepción, ya estudiada, a la duración genérica de la medida de internamiento en régimen cerrado. En virtud de ella, cuando los supuestos previstos en la regla 3ª del artículo 9 alcanzan extrema gravedad³¹, apreciada en la sentencia, el Juez podrá imponer aquella medida en la extensión de uno a cinco años de duración, complementada con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa, por idéntico periodo. En este caso, la medida de internamiento sólo podrá sustituirse, reducirse, modificarse o dejarse sin efecto, después de haberse cumplido, al menos, un año de manera efectiva en régimen cerrado. Todo ello sin perjuicio de lo ya visto y prevenido en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley, que fue objeto de especial estudio en el apartado correspondiente a la medida de internamiento, cuya extensión se exacerbaba en los supuestos excepcionales contemplados en la misma. Para la apreciación de la reincidencia a los efectos de la "extrema gravedad", que reclama la regla 5ª del artículo 9º, estimo obligada la referencia al nº 8 del artículo 22 del Código Penal, lo cual comportará que el menor haya sido condenado en sentencia firme por delito del mismo Título del Código y de idéntica naturaleza, que dicho delito lo sea de los prevenidos en la regla 4ª del artículo 9, además de requerirse que la condena firme anterior haya sido dictada en un procedimiento de menores. A esta interpretación no puede oponerse el hecho de que la Disposición Adicional Tercera de la Ley restrinja el uso de los Registros de sentencias firmes dictadas en el procedimiento

31. Son supuestos siempre de extrema gravedad, recordamos, aquéllos en los que se apreciare reincidencia.

de menores a determinados efectos, pues, como expresa la Circular n.º 1 de la Fiscalía General del Estado, el propio artículo 30 de la Ley obliga al Fiscal a reseñar en su escrito de alegaciones un breve resumen de los antecedentes personales del menor. Por otro lado, dada la aplicación supletoria del Código Penal, los antecedentes previos del menor deberán entenderse cancelados, a los efectos de estimar reincidencia, con trasunto de lo dispuesto en el artículo 137 de aquél, una vez cumplida o prescrita la correspondiente medida.

- F) En virtud de lo dispuesto en la regla 6.ª del artículo 9.º, las acciones u omisiones imprudentes – más bien debería decir los delitos o faltas imprudentes cometidos ora por acción ora por omisión - no podrán ser sancionados con la medida de internamiento en régimen cerrado.
- G) La regla séptima del artículo 9.º establece que apreciadas las circunstancias eximentes números 1, 2, y 3, del artículo 20 del Código Penal, sólo podrán imponerse las medidas de tratamiento ambulatorio o internamiento terapéutico.

Por otro lado, la flexibilidad en la ejecución de las medidas impuestas alcanza su máximo exponente en las facultades de modificación de aquéllas recogidas en el artículo 14 de la Ley, donde se dispone que el Juez, mediante auto motivado, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducirla, sustituirla, siempre que ello redunde en beneficio del menor.

Cuando, de otro lado, se alcance la mayoría de edad en el periodo de ejecución de la medida, continuará el cumplimiento de la misma hasta alcanzar los objetivos previstos en la sentencia; sin embargo, cuando las medidas de internamiento sean impuestas a quien haya cumplido los 23 años, o habiendo sido impuestas no haya finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el Juez,

oído el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las facultades de modificación, reducción o sustitución, podrá ordenar su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen ordinario.

2. Prescripción y supuestos concursales

En materia de prescripción la L.O. 5/2000 establece plazos especiales en su artículo 10, de manera tal que los delitos graves sancionados en el Código Penal con pena superior a diez años prescriben a los cinco años; los restantes delitos graves a los tres años; al año los delitos menos graves, y a los tres meses las faltas. En cuanto a las medidas, prescriben a los tres años cuando tienen un plazo de duración superior a los dos años; las restantes medidas prescriben a los dos años; excepto las de amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y el arresto con tareas de fin de semana, que prescribirán al año. La doctrina especializada entiende positivo que se aminoren notablemente los plazos de prescripción en relación con los establecidos por el Código Penal para mayores, dado el carácter educativo inherente a la jurisdicción especial estudiada³². Señala, en este punto, con rigor y acierto, BOLDOVA PASAMAR que puesto que la L.O. 5/2000 se aplica siempre en función de la edad del sujeto en el momento de cometer el hecho, aunque posteriormente, tanto antes del comienzo del procedimiento como durante la tramitación del mismo, rebase la edad competencial, si se atendiese a los plazos del Código Penal en materia de prescripción podría ocurrir, con grave disfunción del sistema, que el individuo en cuestión fuese juzgado en la jurisdicción de menores tras haber sobrepasado ampliamente el inicio de la mayoría de edad civil³³.

En sede concursal, el artículo 11, apartado primero de la Ley regula el concurso real de infracciones disponiendo que al menor

32. Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 213 y BOLDOVA PASAMAR, *Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho Penal Juvenil*, publicado en "El nuevo Derecho Penal Juvenil" Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2002, pp. 58 y ss.

33. BOLDOVA PASAMAR, *op. cit.*, p. 61.

responsable de una pluralidad de hechos se le impondrán una o varias medidas. En los casos de concurso ideal y concurso medial de infracciones, el artículo 11.2 de la Ley establece que se aplicará la medida correspondiente, teniendo en cuenta exclusivamente la más grave de las infracciones. Del referido artículo 11.2 se infiere, en buena lógica, que la imposición de varias medidas sólo será posible en los supuestos de concurso real de infracciones, pues sería contradictorio que una sola infracción pudiera ser castigada más gravemente que varias en concurso ideal o teleológico. Todo ello en el bien entendido supuesto de que sí que resultaría posible imponer por un solo hecho una medida principal única, o bien una medida principal acompañada de otra u otras accesorias³⁴.

El artículo 12 de la Ley, por su parte, regula los supuestos de infracción continuada e infracción con pluralidad de víctimas, disponiendo que en dichos casos el Juez impondrá al menor una sola medida, tomando como referencia el más grave de los hechos cometidos, en la máxima extensión de aquélla conforme a las reglas del artículo 9, salvo cuando el interés del menor aconseje la imposición de la medida en una extensión inferior. La expresión "infracción con pluralidad de víctimas" no se corresponde exactamente con el concepto de delito masa del artículo 74.2 del Código Penal y plantea problemas interpretativos. En principio, parece una expresión referida o próxima a los delitos patrimoniales, pero no puede equipararse al concepto de delito masa por la ausencia del parámetro de la notoria gravedad del perjuicio patrimonial. El ejemplo de la Circular 1/2000 de la F.G.E., "un delito que cause varias muertes" utilizado para ilustrar el contenido de la expresión "una sola infracción con pluralidad de víctimas", ofrece la dificultad de constituir en esencia un caso de concurso ideal, el cual posee su propia norma sancionadora. BOLDOVA PASAMAR entiende que los supuestos de hurto a un patrimonio colectivo o de estafa con pluralidad de perjudicados encajarían en la literalidad del precepto controvertido.

34. Véase BOLDOVA PASAMAR, *op.cit.*, p. 63.



Capítulo III

LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

CARMEN SAMANES ARA

Sumario: I. Principios, garantías y formas del procedimiento. 1. Principio de oportunidad y principio del superior interés del menor. 2. Garantías constitucionales del menor en el proceso. 3. Formas del procedimiento. II. Los sujetos intervinientes en la instrucción. 1. El Fiscal. 2. El Juez. 3. El Equipo Técnico. 4. El perjudicado. 5. El menor, su representante y su Abogado. III. La incoación y el posible desistimiento de la incoación del Expediente. IV. Efectos de la incoación del Expediente. V. La averiguación de los hechos. VI. Las medidas cautelares. 1. Detención de los menores. 2. Otras medidas cautelares. VII. Sobreseimiento del Expediente. 1. Sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. 2. Sobreseimiento a propuesta del Equipo Técnico. VIII. Conclusión del Expediente y remisión al Juez.

I. PRINCIPIOS, GARANTÍAS Y FORMAS DEL PROCEDIMIENTO

La legislación preconstitucional¹ instauró un procedimiento de menores coherente con el sistema tutelar, en el que se atribuía a los Tribunales unas funciones educativas, de protección y de reforma de los menores. Esa inspiración tuitiva determinaba que los miembros de dichos Tribunales no pertenecieran a la Carrera Judicial, siendo elegidos entre "personas de moralidad y vida familiar intachables", y de los que sólo el presidente y el vicepresidente debían ser licenciados en Derecho; no estaban sometidos a las normas procesales aplicables al orden jurisdiccional penal, y sus decisiones no se plasmaban en sentencias sino en "acuerdos". Las medidas aplicables no estaban limitadas en cuanto a su duración, con la única salvedad de que la facultad reformatora no podía extenderse más allá de la mayoría de edad civil². Puesto que se partía del carácter

1. En España, el primer Tribunal Tutelar de Menores se creó por la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 y Real Decreto de 25 de noviembre del mismo año. Tras ello se sucedieron diversas disposiciones hasta que, para sistematizar toda la normativa sobre la materia y armonizarla con el CP de 1944, se aprobó el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, de 11 de junio de 1948. Mucho después, la LOJ de 1985 instauró la judicialidad del sistema, creando los Jueces de Menores dentro de la Carrera Judicial, si bien seguían ajustando su actuación al procedimiento de la Ley de 1948. Posteriormente, el Pleno del TC en su STC 36/1991, de 14 de febrero, declaró inconstitucional el art. 15 de la LTTM, regulador del procedimiento, por su discordancia palmaria con los Derechos Fundamentales que garantiza el art. 24 de la CE y con lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como por la vulneración del derecho a un Juez predeterminado por la Ley. Así, para adecuar el procedimiento a las exigencias de la Constitución, se promulgó la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Esta Ley, sin embargo, no constituía una regulación completa, sino parcial, de la materia. Se llega así a la vigente LO 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

2. Art. 18 LTTM: *Siempre que estos Tribunales adopten medidas prolongadas de vigilancia, de guarda y educación, o de reforma, ejercerán su acción tutelar sobre el menor de un modo permanente, hasta que acuerden el cese de vigilancia, alcen la suspensión del derecho de los padres o tutores o decreten la libertad definitiva, pero sin que esta acción tutelar pueda exceder de la mayoría de edad civil, tanto en la facultad reformatora como en la de protección. Y en el art. 23 párrafo 2º: *Los acuerdos que tuvieren el carácter de apelables, y en los que se apliquen medidas duraderas de vigilancia o internamiento, deberán ser revisados por el Tribunal cada tres años, si durante este término no se hubiere modificado la situación del menor.**

no represivo del procedimiento, se prescindía en él de las garantías procesales, como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar y a no confesarse culpable, o el derecho a asistencia letrada³. Frente a tal situación, en el actual proceso -si bien está diseñado en función del interés del menor, más bien que en la defensa social, y tiende a obtener su recuperación social y a solucionar el conflicto subjetivo entre el menor y la víctima- se aprecia, como expondré en las páginas que siguen, una inspiración claramente garantista.

1. Principio de oportunidad y principio del superior interés del menor

En el proceso penal de adultos rige el principio de legalidad, que recoge el art. 100 de la LECrim al establecer que "De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible".

El principio de legalidad obliga al Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, a ejercitar todas las acciones penales que considere procedentes. Frente a este principio, el de oportunidad consiste, como expresa MONTERO AROCA⁴, en reconocer al Ministerio Fiscal la facultad para disponer, en determinadas circunstancias, del ejercicio de la acción penal con independencia de que se haya acre-

3. Art. 15 de la LITM: *En los procedimientos para corregir y proteger a 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 haya de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse.* Art. 16: *Los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal o en Leyes especiales que se atribuyan a los menores de dieciséis años serán apreciados por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores los hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código Penal y en las mencionadas Leyes especiales.*

4. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, Valencia 1997, p. 71.

ditado la existencia de un hecho punible cometido por un autor determinado.

La presencia de este último principio como informador del procedimiento instaurado por la LORRPM deriva de la vigencia de otro, cual es el del superior interés del menor⁵. Éste, a su vez, no sólo se manifiesta en la configuración legal de las consecuencias de la infracción penal como medidas sancionadoras-educativas, sino además, en la concepción legal del propio proceso como un mal para el menor, y por tanto, de deseable elusión, por la estigmatización que comporta y por las consecuencias que para la personalidad de aquél puede suponer el verse sometido a un proceso penal. Manifestaciones de este principio se encuentran en los preceptos de los artículos 17.5, 18, 19, 27.4, 33, 36.2⁶.

5. Este principio está ya recogido en la Declaración de los Derechos del Niño, de 20-11-1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19-12-1966, las Reglas de (Reglas Mínimas para la administración de la justicia de menores adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29-11-1985), la Convención de los Derechos del Niño de 20-11-1989, y la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 8-7-1992.

6. En realidad, la regulación de un proceso inspirado en el interés del menor está condicionada por la idea -que en cada momento histórico domine- acerca de la manera más adecuada de satisfacer ese interés. No parece que pueda dudarse de que cualquier decisión relativa a un menor con problemas, debe estar orientada a conseguir su madurez personal, el desarrollo integral de su personalidad, y, en definitiva, a su educación, de manera que devenga en un adulto responsable y apto para desenvolverse con normalidad en la sociedad. Las divergencias pueden suscitarse a propósito de los mecanismos concretos que permitan alcanzar tal fin educativo. Como hace notar DÖLZ LAGO (*El Fiscal y la Reforma de Menores: Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992, La Ley 1996-1*, p.1593), hasta ahora se entiende que no es bueno para el interés del menor ni para su educación ni para el libre desarrollo de su personalidad darle un tratamiento penal a esas conductas delictivas, siendo considerada esta cuestión, tal y como actualmente está regulada, como una mejora de nuestro sistema histórico, en una de las regulaciones más progresistas de nuestro entorno. Por ejemplo, en Francia la Ley 2002-1138 de 9 de septiembre de 2002, de orientación y de programación para la justicia, junto a las dos categorías previstas en el texto original de la Ordenanza de 1945 relativa a la infancia delincuente (medidas educativas, aplicables a los menores capaces de discernimiento, y penas, a menores a partir de 13 años), crea una nueva categoría de sanciones educativas aplicables a los menores de edades comprendidas entre 10 y 18 años. Un enfoque aún más riguroso de la cuestión es el reflejado en la Exposición de Motivos de la controvertida Proposición de Ley -presentada por el Diputado MF Vansson a la Asamblea Nacional francesa- tendente a modifi-

La finalidad referida trata de alcanzarse en la Ley, fundamentalmente, a través del fortalecimiento de las facultades del Ministerio Fiscal, pero también, en las que se otorgan al Juez para dictar sentencia de conformidad o para suspender o sustituir por otras las medidas impuestas. Ha de advertirse, sin embargo, que doctrinalmente se ha puesto de relieve el peligro que implica la utilización excesiva de los criterios de oportunidad, ya que posibilitan la vulneración de los principios de seguridad jurídica, tipicidad, igualdad y tutela judicial efectiva, cuestionándose la conveniencia de la instauración de tal principio en cuanto traslada la función de aplicación del derecho penal, del Juez al ejecutivo⁷.

2. Garantías constitucionales del menor en el proceso

Ciertamente, la CE no explicita las garantías que deben observarse en este procedimiento. Sin embargo, dada la naturaleza penal, aunque especial, del mismo, y el derecho del menor a la igualdad, proclamado por el art. 14 de la Carta Magna, el desarrollo del procedimiento del menor debe acomodarse a las mismas garantías que los demás procesos penales, es decir, los que tienen como sujetos pasivos a personas adultas. De ahí que se indique en la E de M de la LORRPM, que han sido criterios orientadores de la misma los contenidos en la doctrina del TC, singularmente en los fundamentos de la Sentencia 35/1991 de 14 de febrero, y, consiguientemente, que se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso. Efectivamente, en dicha STC (FD 6^o) se afirma

cár la citada Ordenanza en el sentido de rebajar la edad de responsabilidad penal a los diez años-, y en la que se expresaba: *La inmadurez de la que se benefician los criminales de trece años contribuye a desarrollar y reforzar la idea de una impunidad insostenible para las víctimas. La morosidad de sanción es indispensable para que el criminal tome conciencia de la gravedad de la falta que ha cometido. Por ello, conviene responder sistemáticamente desde el primer acto punible, lo que producirá el efecto de evitar el auge de ciertos menores en la delincuencia.*

7. MONTERO AROCA, *Principios...* cit., pp.73-76.

que, tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como de la carta de los Derechos del Niño, resulta inequívocamente que el procedimiento de menores no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar, de modo que los derechos fundamentales que consagra el art. 24 de la CE han de ser reconocidos también en el proceso seguido contra menores a efectos penales.

De acuerdo con todo ello, en el art. 1.3 de la LORRPM se establece 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.*

Algunas de estas garantías se enuncian de modo expreso en la Ley, y así:

En el art. 17 se establece el derecho de asistencia letrada al menor detenido, así como el reconocimiento de los demás derechos que atribuye al detenido, con carácter general, el art. 520 de la Lecrim. En dicho art. 17 se contienen además referencias expresas a la salvaguarda del derecho fundamental del menor a su libertad, y en concreto a la duración máxima de dicha medida cautelar (24 horas), y al procedimiento de *habeas corpus*.

Por su parte, el art. 22.1.d) de la LORRPM reconoce al menor, desde el mismo momento de la incoación del Expediente, el derecho a ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.

En el art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se establece que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en lo que se comprende el derecho a la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el del secreto

de las comunicaciones. Consiguientemente, cualquier restricción de este derecho llevada a cabo en el desarrollo de la instrucción, deberá comportar la observancia de las garantías previstas en el Título VIII del Libro II de la Lecrim, que es de aplicación supletoria.

Además, la LORRPM reconoce otras garantías, propias de este procedimiento especial, y que encuentran su razón de ser precisamente en la condición de menores de edad de quienes son sus sujetos pasivos. Así, se reconoce al menor, mientras esté detenido, el derecho a recibir los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requiera, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales (art. 17.3), y asimismo, en cualquier estado y grado del procedimiento, el derecho a la 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.

Con todo, resulta chocante, al examinar la Ley bajo el prisma de las garantías procesales del menor, que el derecho de éste a un Juez imparcial, -que forma parte del conjunto de garantías a las que se refiere el art. 24.2 de la CE- puede verse en peligro si se atiende a algunos de los cometidos que se asignan al Juez en esta fase instructora, como más adelante se expondrá.

3. Formas del procedimiento

Las singularidades procedimentales que se observan el proceso objeto de estudio obedecen a que el mismo presenta, como la propia Ley se encarga de advertir en su E de M, una naturaleza *formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa*⁸.

La configuración del procedimiento de menores como un auténtico proceso penal se considera como beneficioso, a la postre,

8. Para ALASTUEY DOBÓN ("Alternativas al procedimiento y a la ejecución de las medidas en la Ley Orgánica 5/2000", p. 199, en *El nuevo Derecho Penal Juvenil Español*, VVAA, Zaragoza 2002) a pesar de la innegable ambigüedad de esa expresión de la E de M, se viene a reconocer el carácter penal de la intervención, aunque dentro de los fines de las reacciones que presentan esa naturaleza se otorgue un papel primordial a los fines de la prevención especial.

para el propio menor, pues de otro modo podría llegar a justificarse cualquier acción al socaire de su finalidad educativa, con lo que se perpetuaría el sistema tuitivo y correccional de la vieja Ley de Tribunales Tutelares. En lugar de esto, cuando el menor se ve sometido a este procedimiento, sabe y conoce desde su inicio que se encuentra ante una justicia penal, y que en su caso deberá responder de su conducta punible ante la sociedad, mediante el cumplimiento de una medida sancionadora-educativa⁹.

La estructura formalmente penal del proceso de menores comporta, además de las garantías a las que he hecho referencia más atrás, que el mismo adopte la forma contradictoria del proceso, de modo que en él aparecen una dualidad de sujetos procesales en posturas opuestas, en tanto que el Juez permanece como espectador¹⁰. Cuando se habla de forma contradictoria del proceso, o de principio de contradicción, se hace referencia a un modo de organizar el proceso en el que se respete el derecho fundamental de defensa¹¹, de suerte que se permita el uso de todos los medios lícitos de defensa que puedan encaminarse a desvirtuar la presunción de inocencia (desde el lado de los acusadores) o a destruir la acusación (desde el lado del acusado)¹².

La regulación de un proceso, de cualquier proceso penal, con observancia de la forma contradictoria, debería hacerse concediendo a cada parte o sujeto procesal las mismas posibilidades y facultades, por lo que la forma contradictoria lleva aparejada la necesidad de colocar a todos ellos en condiciones de igualdad. Esto es lo que ocurre ordinariamente en los procesos de adultos. Sin embargo,

9. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, Barcelona 2001, p. 89.

10. Se confunde a veces la forma contradictoria con el principio acusatorio como uno de los modos configuradores del proceso penal, olvidando que el proceso penal sólo puede ser acusatorio, pues el inquisitivo, como expone MONTERO AROCA (*Principios...* cit., pp.27-30), no es un verdadero proceso.

11. MONTERO AROCA, *Principios...* cit., p. 145.

12. DE URBANO CASTRILLO, *El principio de contradicción en el proceso penal*, La Ley n° 5474 de 4 de febrero de 2002.

en el proceso de menores, y en razón de la perseguida finalidad sancionadora educativa, se aprecian quiebras importantes en dicha configuración. Conviene observar, de entrada, que, para que pueda hablarse de igualdad de las partes en el proceso, es premisa previa el reconocimiento de la posibilidad de constituirse efectivamente en parte activa de aquél (con las reservas con las que es dable utilizar el concepto de *parte* en penal) de acuerdo con el reconocimiento del derecho constitucional del art. 125 CE. Pues bien, la regulación examinada empieza por excluir la posibilidad de ejercicio de acciones penales por particulares (art. 25). Esto no quiere decir que el perjudicado esté en todo caso ausente en este proceso, pues en determinadas condiciones se admite su intervención, aunque con posibilidades limitadas de actuación.

Por otro lado, la igualdad de las partes debería partir de una definición clara de sus respectivas posturas procesales y consiguiente delimitación de los papeles que a cada una le son propios, es decir, de ataque o de defensa. Sin embargo, las previsiones legales sobre la actuación del Ministerio Fiscal en este ámbito no se ajustan a este planteamiento. Así, la norma contenida en el art. 6 LORRPM, a la vez que le asigna (como ya se hiciera en la LO 4/1992) la función instructora en estos procesos, le encomienda - lo que por otra parte está en consonancia con la previsión del art. 7.3 de su Estatuto Orgánico- la defensa de los derechos del menor y la observancia de las garantías del procedimiento.

De la naturaleza sancionadora-educativa, derivan también otras formas del proceso que le confieren su singularidad en relación con los procesos penales de adultos, como expondré a continuación.

El art. 24 LORRPM, incluido en el Título III (De la Instrucción) se dedica al "secreto del Expediente", según reza su enunciado. A mi juicio, esta expresión es equívoca, y lo mismo ocurre con el texto del artículo. Frente a lo que ocurre en la segunda fase de los procesos penales, o fase de plenario, donde la publicidad es la regla, por imperativo de la norma del art. 120.1 de la CE, en la fase instructora

ria las actuaciones son secretas, y así lo prevé el art. 301 Lecrim. Esto encuentra su razón de ser, como se expresa en la E de M de este texto legal, en la "necesidad de impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público". Por otra parte, el secreto, mientras duran unas actuaciones que han de servir para proporcionar soporte a una eventual acusación, es también garantía de derechos fundamentales del imputado, y en concreto de su derecho al honor. Pues bien, no debe ser de otro modo en el proceso de menores. Por una parte, no debe olvidarse que es de aplicación supletoria la Lecrim. Por otra parte, esas mismas razones que, justifican el secreto de las diligencias de instrucción en los procesos de adultos valen en este otro, incluso reforzadas. Fácil es comprender lo indeseable de que trascienda la realización de unas actuaciones que en alguna medida, comprometen el buen nombre del menor, que está protegido por la presunción de inocencia, y que tiene derecho a que se respete su vida privada en todas las fases del procedimiento¹³.

Es frecuente en la doctrina, al referirse a los arts. 301 y 302 Lecrim¹⁴ afirmar que el primero excluye la publicidad respecto de los terceros (público en general) y el segundo la excluye respecto de las partes. Esto es comprensible si se piensa que la *publicidad* se contrapone al *secreto*, y que efectivamente, el citado art. 302 alude al secreto para todas las partes personadas. Pero es más correcto expre-

13. Conforme a la regla VII del art. 40.2 de la Convención de Derechos del Niño.

14. Art. 301 Lecrim: *Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley...*

Art. 302 Lecrim: *Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.*

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.

sar que lo que establece la norma del párrafo 2º del art. 302 es la posibilidad de limitar la contradicción, a los mismos fines de asegurar el buen fin de las diligencias, de modo que permanezcan reservadas no sólo para el imputado, sino también para el acusador particular, en previsión de que éste pudiera ser un fingido perjudicado que pudiere confabularse con aquél.

Dando por sentado, por los motivos expuestos, que es regla sin excepciones la ausencia de publicidad en la instrucción, la mención que el precepto del art. 24 LORRPM hace al secreto del Expediente, hemos de entenderla hecha al segundo de los aspectos referidos, es decir, que de lo actuado únicamente deberá tener conocimiento el Fiscal y el Juez, pero no la parte pasiva del procedimiento (si bien, como la propia norma prevé, quizá superfluamente, el Letrado del menor ha de conocer íntegramente el Expediente antes de evacuar el escrito de alegaciones). En consecuencia, aludir, en este sentido, al secreto del Expediente, es lo mismo que hacerlo a la ausencia de contradicción.

La LORRPM en su art. 20, incorpora una norma que impone la unidad de objeto en estos procedimientos, con la excepción de los delitos conexos, a imagen y semejanza de lo previsto en el art. 300 Lecrim. El fundamento de esta disposición se encuentra, como observa DE LA OLIVA SANTOS¹⁵, en exigencias de orden público, pues la recta y acertada impartición de la justicia penal exige que, de ordinario, sólo sea enjuiciado un solo y único complejo histórico procesalmente objetivado. El criterio según el cual el proceso penal no debe abarcar mayores complejidades que las producidas en la realidad extraprocesal se configuraría así, como una garantía para el justiciable.

El sistema anterior a la actual Ley, de Expediente por menor y no por hecho delictivo, presentaba la ventaja de que en el mismo se hacía constar todo el historial delictivo de aquél, lo que permitía el

15. DE LA OLIVA SANTOS en AAVV, *Derecho Procesal penal*, 9ª ed., Madrid 1999, p. 230.

conocimiento de las circunstancias personales y sociales del menor y su evolución, así como las medidas que le hubieran sido impuestas, con lo cual se facilitaba una respuesta certera y adecuada por parte del Juzgador. Pues bien, con la vigente Ley esa finalidad se logra mediante aplicación de la disposición contenida en el art. 20.2, que prevé la apertura de un Expediente personal, tanto en la Fiscalía como en el Juzgado de Menores, en los que se archivarán todos los procedimientos tramitados a un mismo menor o joven, lo que redundará en una mejor realización, para Juez y Fiscal, de sus respectivos desempeños.

II. LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA INSTRUCCIÓN

Si como tantas veces se ha dicho, es inconveniente hablar de partes en relación con los procesos penales en general, el concepto es todavía de peor encaje, por las razones que enseguida se verán, en el proceso de menores. Más adecuado resulta referirse simplemente a los sujetos, públicos o privados, que llevan a cabo distintas actuaciones en esta primera fase del procedimiento. Así, además del Juez, aparecen, en el lado activo de la relación jurídico procesal, el Ministerio Fiscal, y, eventualmente, el perjudicado. Frente a éstos, se sitúa el propio menor, su representante y su Abogado. Preciso es mencionar también, por la importancia de su intervención en esta fase del procedimiento, al llamado Equipo Técnico.

1. El Fiscal

Se indica en la E de M de la Ley que, *la posición del Ministerio Fiscal es relevante, en su doble condición de institución que constitucionalmente tiene encomendada la función de promover la acción de la Justicia y la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos.* La mera lectura de esta declaración, sin embargo, no da idea de la realmente extraordinaria relevancia del papel del Fiscal en este procedimiento, mucho mayor que el que juega en los demás procesos penales, incluidos el proceso abreviado y el proceso ante el tribunal del jurado. Concretamente, y como ya

hiciera la LO 4/1992, se le atribuye de modo casi total la función instructora¹⁶, con la salvedad –como no podía ser de otro modo– de las decisiones restrictivas de derechos y libertades, materia reservada a los órganos jurisdiccionales (arts. 17.2; 18.2 y 3; 20.5, y 22.4 CE).

Esta opción legislativa está en la línea de las legislaciones de países con sistemas jurídicos próximos al nuestro, y posibilita la separación de las funciones instructora y juzgadora, garantizando así la imparcialidad del Juez, lo que se adecua a la jurisprudencia del TC (STC Pleno 145/1988, de 12 de julio). No es ésta, sin embargo, la única opción, y es muy discutible que sea la más atinada; de hecho, la conveniencia de encomendar las funciones instructoras al Ministerio Fiscal ha sido, y es, una cuestión vivamente debatida en la doctrina¹⁷. Prescindiré ahora de un examen profundo de las razones esgrimidas para apoyar las distintas posturas, pero conviene tener presente que uno de los argumentos más sólidos utilizados por los detractores de la instrucción del Fiscal, radica en su subordinación al Poder Ejecutivo. En el supuesto que nos ocupa, además, como ha quedado apuntado, el protagonismo del Ministerio Fiscal en la primera fase del proceso lleva aparejadas amplias facultades para decidir sobre el ejercicio de la acción penal. Y, como afirma MONTERO AROCA¹⁸, esto no es más que una manera de reducir el papel del Juez o Magistrado en la aplicación del derecho penal, a costa de aumentar el papel del Poder Ejecutivo.

Además de encomendarse al Fiscal la instrucción del procedimiento, como ha quedado dicho, se le asignan al mismo tiempo otros cometidos de no poca importancia. En concreto, y por un lado,

16. La Disposición Final Cuarta de la LORRPM, dispone que en todas las Fiscalías existirá una Sección de Menores compuesta por miembros de la Carrera Fiscal, especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos necesarios.

17. Sobre las distintas opiniones a favor y en contra puede verse la obra de SANCHÍS CRESPO, *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Granada, 1995, pp. 48-54.

18. MONTERO AROCA, *Principios...* cit., p. 76.

la defensa de los derechos de los menores, a cuyo fin practicará las actuaciones que deban realizarse en su interés (art. 6 LORRPM). Por otro lado, debe ejercitar la acción civil derivada del hecho delictivo salvo los casos de renuncia, reserva o ejercicio por el propio perjudicado (art. 61.1). Estas variadas funciones pueden resultar en la práctica de difícil conciliación, como se ha puesto de relieve por la doctrina¹⁹.

2. El Juez

Frente a la relevante función que cumple el Fiscal en la Instrucción, el Juez de Menores tiene en aquélla una intervención limitada. El legislador ha optado por excluirle de las labores de averiguación, con lo que se pretende preservar su imparcialidad, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 40.2 b) establece que "a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantizará, al menos lo siguiente: ...iii) (que) la causa será dirimida por una autoridad u órgano judicial (...) imparcial".

Así, los cometidos asignados al Juez en esta primera fase del procedimiento se cifan, en esencia, a los siguientes aspectos:

- a) en primer lugar, se le reserva el papel de garante de las libertades y derechos, de modo que debe resolver sobre la práctica de las diligencias instructoras que, siendo restrictivas de los derechos fundamentales, le sean solicitadas por el Fiscal (art. 23 LORRPM). Se comprenden pues, aquí, las diligencias de entrada y registro domiciliarios, intervención de comunicaciones, o las intervenciones corporales directas²⁰.

19. RICHARD GONZÁLEZ, *El nuevo proceso de menores*, La Ley 2000.4, p. 1679; DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Pamplona 2001, p. 175, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...* cit., p. 172.

20. Téngase en cuenta que, a tenor de lo dispuesto en el art. 40.3 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, modificado por

- b) en segundo lugar, es también al Juez a quien corresponde -lo que es comprensible, dado que ahí está en juego un derecho fundamental del menor, cual es su derecho a la libertad- la adopción de las medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado. (art. 28 LORRPM).
- c) en tercer lugar, incumbe también al Juez, en cuanto que es una medida potencialmente lesiva del derecho de defensa, resolver sobre la solicitud de secreto del Expediente (art. 24 LORRPM).
- d) en cuarto lugar, el Juez de Menores es el encargado de la tramitación del procedimiento para exigir la responsabilidad civil que pudiera derivarse de los hechos imputados (art. 64 LORRPM). Este procedimiento, de desarrollo paralelo al Expediente principal, se inicia tan pronto como el Juez recibe la noticia de la incoación de aquél (art. 16.4 LORRPM).

Para cada una de las actividades señaladas en los cuatro antedichos apartados, el Juez abrirá una pieza separada, a la que se llevarán todas las incidencias que surjan a propósito de las correspondientes cuestiones.

En alguna de las actuaciones referidas, existe un claro riesgo de "contaminación" del Juez, puesto que, para adoptar cabalmente su resolución, deberá hacer uso de la información obrante en la instrucción²¹.

el Reglamento 1/2001 de 10 de enero: igualmente constituirá objeto del servicio de guardia, cuyo Juez titular actuará a estos efectos en sustitución del correspondiente Juez de Menores, cuando en la demarcación de dicho Juzgado de Menores no exista un servicio de guardia propio de esta clase de órganos jurisdiccionales, la adopción de medidas cautelares respecto de las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, o la práctica de diligencias restrictivas de los derechos fundamentales de dichas personas, cuando su necesidad se suscite fuera de las horas de audiencia del correspondiente Juzgado de Menores. Adoptada la decisión que proceda, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá lo actuado al órgano competente y pondrá a su disposición, en su caso, al menor de que se trate.

21. Puede verse al respecto el interesante trabajo de SÁEZ GONZÁLEZ, *Jurisdicción y situaciones de contaminación en la Nueva Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Anuario de Justicia de menores n° 1° de 2002, pp. 55-79.

Si bien la decisión acerca de la conclusión de la instrucción es incumbencia del Fiscal, éste no puede por sí mismo, en su caso, decretar el archivo de las actuaciones, sino que debe solicitar el sobreseimiento del Juez (arts. 19.4, 27.4 y 30.4 LORRPM).

Además de lo expuesto, hay todavía otros aspectos en los que se da entrada a la intervención del Juez en la Instrucción, cuales son, por un lado, el pronunciamiento sobre la procedencia de admitir la personación del perjudicado en la fase instructora, en el caso de que ésta hubiese sido denegada por el Fiscal (art. 25 párrafo sexto); por otro, el relativo a las diligencias que, solicitadas por el Letrado del menor, hayan sido inadmitidas por el Fiscal, en cuyo caso aquél puede reproducir su petición ante el Juez (art. 26.1).

En algún caso, sin embargo, se otorgan al Juez, sin justificación aparente, cometidos que bien podrían ser asumidos por el Fiscal, que es quien dirige la instrucción. Es lo que sucede por ejemplo, con la autorización exigida para que persona distinta de los padres y a solicitud del menor, preste la asistencia afectiva a que tiene derecho con arreglo a lo dispuesto en el art. 22 LORRPM.

3. El Equipo Técnico

El art. 16 de las Reglas de Beijing, de 29 de noviembre de 1985, y para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, impone que *se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor*. A esta necesidad responde la intervención del llamado "Equipo Técnico", pieza fundamental en el desarrollo del proceso de menores y cuyo cometido principal es la elaboración de un informe no sólo sobre las circunstancias familiares y sociales que rodean al menor sino además, sobre su situación psicológica (art. 27.1 LORRPM). Además de esta actividad asesora, que se realiza también con carácter previo a la medida cautelar de internamiento (art. 28.2), y que se incardina en el ámbito propio de una función pericial, le están encomendadas

otras, relacionadas también con el carácter técnico de sus miembros. Así, la asistencia al menor (art. 22 f), la de realizar propuestas relativas a la intervención socio-educativa del menor (art. 27.2) o a la conveniencia de no continuar la tramitación del Expediente (art. 27.4) o la de mediar entre el menor y la víctima a los efectos de lograr una conciliación (art. 19.3). Además, tiene intervención destacada en la fase de ejecución (arts. 40.1, 47.3, 50.2, 51.1 y 2)²².

La actividad que desarrolla es en todo caso, de carácter auxiliar, por ello se establece (art. 27.1) la dependencia funcional del Equipo Técnico al Ministerio Fiscal, aunque tal dependencia se circunscribe al ámbito de esos informes solicitados por el Fiscal y no a otros cometidos, como se desprende de la utilización de la expresión "a estos efectos". Esta previsión es acertada, por cuanto el Equipo está llamado como se ha dicho, a desempeñar un papel, también importante, en las fases posteriores a la instrucción, tanto en el momento de dictar resolución, como más tarde, durante la ejecución de las medidas impuestas²³. A todos los demás efectos se le asigna una dependencia funcional de los Juzgados de Menores²⁴. Orgánicamente dependen, conforme a la Disposición Final Tercera apdo. 3 LORRPM, del Ministerio de Justicia o, en su caso, de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, a través de las correspondientes Conserjerías.

22. En el art. 2.1 del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la LORRPM se prevé, además, como función propia del "Equipo Técnico", la orientación a las víctimas de los delitos y faltas cometidos por menores, para la superación de los daños emocionales sufridos.

23. En este sentido se pronunció el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, emitido por el Pleno del CGPJ, y en el que se sugirió añadir la expresión *a estos efectos*, que no estaba contenida en la redacción original.

24. En este mismo sentido PERIS RIERA (*El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley orgánica 5/2000, La Ley 2001-2*, p. 1651), quien considera que la referencia que efectúa el nº 1 del art. 22, al relacionar los derechos que asisten al menor desde el mismo momento de la incoación del Expediente, contemplando el derecho de aquél a la asistencia de los servicios del Equipo Técnico, es inequívoca al añadir, también con clara rotundidad, *adscrito al Juzgado de menores*.

La Ley no resuelve, como hubiese sido deseable, las cuestiones atinentes a la composición y estatuto del Equipo Técnico²⁵. Y ocurre que, el apartado quinto de la Disposición Final Tercera LORRPM, que preveía la adopción de *las disposiciones oportunas para la creación de Cuerpos de Psicólogos y Educadores y Trabajadores Sociales Forenses*, fue suprimido por la Disposición adicional cuarta de la LO 9/2000.

4. El perjudicado

Como quedó apuntado en páginas anteriores, en este procedimiento se excluye absolutamente el ejercicio de acciones por particulares (art. 25 LORRPM), lo que ha sido objeto de vivas críticas doctrinales²⁶.

En la E de M de la LORRPM tras afirmar que *Esta Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas, ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos*, continúa diciendo: *Sin embargo, esta participación se establece de un modo limitado...*

En efecto, si atendemos a lo prevenido en el art. 25 de la Ley, vemos que el derecho de participación a las víctimas en la instruc-

25. En el art. 2.4 del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la LORRPM antes citado, se expresa que *Los equipos técnicos están compuestos por psicólogos, educadores y trabajadores sociales, según la regulación legal y reglamentaria de dichas profesiones, siendo el número de cada uno de dichos profesionales, al menos, igual al de Fiscales instructores con que cuenta la Sección de Menores de la Fiscalía. También formarán parte de los equipos técnicos los médicos forenses, con preferencia aquellos que acrediten experiencia en psiquiatría infanto-juvenil, en número, al menos, de uno por Sección de Menores.*

26. En los siguientes términos se expresa RÍOS CABRERA (*Algunas consideraciones sobre la inexistencia de acusación particular y popular en el proceso penal de menores: la "extraña" figura del conyacente*, Anuario de Justicia de Menores n.º 1 de 2002, p. 85): *...no alcanzamos a comprender la supuesta incompatibilidad existente entre la admisión de las acusaciones no oficiales y las finalidades educativas tanto del proceso cuanto de las medidas a imponer al menor que haya delinquido. Con las debidas garantías y cauteles... debiera admitirse la participación activa de la víctima y de las ciudadanas, mucho más allá de la simple denuncia arbitrada por la normativa vigente.*

ción (cuestión diferente es el ejercicio de la acción civil en la pieza separada) de ninguna manera puede calificarse de "amplio". En primer lugar, porque la posibilidad de personarse no se admite en todo caso, sino sólo cuando se den dos circunstancias: a) que el menor infractor hubiese cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos; b) que los hechos se hayan cometido con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o la integridad de las personas. En segundo lugar, porque, el perjudicado, aunque puede personarse en la fase de instrucción, no lo hará en calidad de acusador particular, sino que su actividad en dicha fase debe ceñirse, en su caso, a las facultades cuyo ejercicio le permite el precepto del art. 25.

Por otro lado, y según se expresa en la CFGE 1/2000, de 18 de diciembre (apdo. VI.3.A), la Ley no establece reglas específicas de postulación procesal, y, a diferencia de lo que prevé para la pieza separada de responsabilidad civil, no hace excepción expresa del régimen general de postulación procesal previsto en la Lecrim, por lo que hay que entender que el perjudicado no podrá personarse en la pieza principal si no está asistido de Abogado y representado por Procurador. Creo que no cabe en este punto otra interpretación, pues ello conduciría a tener que admitir que el propio perjudicado fuese quien, en su caso, por ejemplo, interrogase al menor, lo que no tendría sentido alguno.

5. El menor, su representante y su Abogado

El menor es el sujeto pasivo del procedimiento, en torno a cuyo interés giran todas las actividades que constituyen el desarrollo de la instrucción. La incoación del Expediente por el Ministerio Fiscal le sitúa ya en el *status* de imputado, momento a partir del cual el menor goza de los derechos que le confiere el art. 22.1 LORRPM.

La LORRPM no exige la representación por medio de procurador; en consecuencia, la intervención del menor en la instrucción se

verificará, salvo que esté emancipado²⁷, a través de sus representantes legales cuando se trate de actos para los que se precise la capacidad de obrar; en otro caso, actuará por sí mismo. Esto último ocurrirá, pues, en general, en los casos en que el *menor* sea mayor de 18 años²⁸.

Como observan DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA²⁹, la asistencia letrada obligatoria se instaura en este procedimiento de forma mucho más intensa que en el proceso de adultos, pues el menor va a estar asistido de Letrado desde el mismo momento que se incoa el Expediente, con independencia de que el mismo se siga por delito o falta y con independencia de que el asunto vaya a tener una solución extrajudicial a través de la conciliación o la reparación. Si ha existido detención, a partir de ese momento es preceptiva (art. 17.1 LORRPM en relación con el 520 Lecrim) la asistencia de Letrado. Si no la ha habido, la Ley impone que debe designarse Abogado en el plazo de tres días a partir del momento de la incoación del Expediente, salvo que éste haya sido declarado secreto (art. 22.2 LORRPM).

El art. 22.1 b) configura la designación de Abogado, es decir, de Abogado de su elección, como un derecho del propio menor, si bien

27. En Aragón, el menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la junta de Parientes (art. 5.1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón). Debe recordarse, empero, que esta peculiaridad del derecho aragonés no comporta en absoluto la desaparición de los deberes tuitivos de quienes ostenten la autoridad familiar o la tutela, lo que reviste importancia especial cuando el menor se vea involucrado en un proceso penal.

28. Téngase en cuenta que conforme a la Disposición transitoria única de la LO 9/2000, estaba prevista la suspensión de la aplicación del art. 4 de la LORRPM hasta el 13 de enero de 2003, si bien, y conforme a lo dispuesto en la Disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores, se suspende la LORRPM en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre dieciocho y veintidós años, hasta el uno de enero de 2007.

29. DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica...*, cit., p. 256.

en el apartado segundo del mismo artículo se prevé que el requerimiento que a tal fin ha de practicar el Secretario del Juzgado de menores ha de hacerse al menor y a sus representantes legales. Ante esto, podría pensarse que la norma contempla la designación por estos últimos con un carácter subsidiario, es decir, que los representantes legales pueden hacerlo en defecto de aquél. Pero esto no sería una interpretación lógica; la elección de Abogado debe ser realizada por dichos representantes, dado que es un acto que no parece que pueda incluirse en las excepciones del art. 162 del CC³⁰. Si tampoco lo hacen, entrará en juego la designación de oficio.

III. LA INCOACIÓN Y EL POSIBLE DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE

El art. 16.2 LORRPM parece contemplar únicamente la denuncia como vehículo de la *notitia criminis*. Sin embargo, los medios por los que el Fiscal puede obtener conocimiento del hecho delictivo son varios, los mismos que en los procesos penales de adultos (excepción hecha de la querrela del ofendido, que como ha quedado apuntado, no cabe en estos procesos). Así, el Fiscal podrá incoar el Expediente: a) en el caso de que tenga noticia del hecho directamente (lo que expresamente prevé, para el procedimiento abreviado, el art. 785 bis 1 Lecrim, de aplicación supletoria) es decir, por notoriedad o publicidad del hecho; b) en el caso de que le sea presentado atestado, que será lo más frecuente; c) cuando le sea remitido por el Juez de Instrucción el correspondiente testimonio de particulares, lo que puede ocurrir no sólo cuando los hechos hayan

30. Art. 162 del CC: *Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.*

Se exceptúan:

1º *Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.*

2º *Aquéllos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.*

3º *Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.*

sido cometidos conjuntamente por menores y mayores, que es lo que contempla el art. 16.5 LORRPM, sino en general, cuando abierta una causa criminal contra persona de edad no determinada inicialmente, se compruebe después que es menor.

La escueta referencia a la denuncia que hace el art. 16.2 LORRPM hay que integrarla con las correspondientes disposiciones de la Lecrim.

Así, en primer lugar, y a pesar de que aparentemente el citado precepto configura la denuncia como un deber, sin distinguir más, es preciso tener en cuenta las normas contenidas en los arts. 259 Lecrim (denuncia obligatoria, en caso de haberse presenciado el delito) 262 (deber cualificado de denunciar, en caso de que el conocimiento del delito esté relacionado con el cargo, profesión u oficio) y 264 (denuncia facultativa, a cargo de quien tenga conocimiento de los hechos por simple referencia, y a salvo el deber de colaboración establecido por el art. 118 CE)³¹.

En segundo lugar, la norma comentada suscita la duda acerca de los delitos o faltas cuya persecución se supedita a la petición de la parte ofendida. Por lo que hace referencia a los delitos semipúblicos, es decir, los que exigen como condición de procedibilidad la denuncia de la persona agraviada o de su representante, entiende la CFGE 1/2000 que el Fiscal no podrá incoar Expediente si no se cumple dicho presupuesto, de modo que si la denuncia proviene de persona distinta del legitimado, el Fiscal deberá acordar la incoación de Diligencias Preliminares, pero procederá a su inmediato archivo por no concurrir las necesarias condiciones de procedibilidad. Dicho decreto de archivo se notificará al agraviado o a su representante legal, informándole de que puede activar el proceso, si lo desea, formulando la oportuna denuncia ante la Fiscalía dentro del

31. El art. 2.1.1ª LO 4/1992, de 5 de junio, de Reforma de la Ley reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, distinguía entre la simple denuncia, y la efectuada por aquéllos que por razón de sus cargos tuvieron noticia del hecho, los cuales -especificaba- *deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal*.

plazo de prescripción del delito o falta previsto en el art. 10.1 LORRPM. Si el delito es de aquéllos en los que, junto a la denuncia del ofendido, cabe también la querrela del Ministerio Fiscal, el Fiscal decidirá sobre la incoación del Expediente tras la valoración de los intereses en conflicto. En cuanto a los delitos perseguibles sólo previa querrela del ofendido, y no admitiéndose en este procedimiento el ejercicio de acciones por particulares, se afirma en el citado documento que, corresponde al Fiscal el ejercicio en esos casos de la acción penal, conservando el ofendido su poder de disposición sobre la misma, en el doble sentido de que en todo caso será necesaria la expresa comunicación de la voluntad de perseguir el delito hecha por el ofendido al Ministerio Fiscal, y de que éste podrá otorgar su perdón en cualquier momento, extinguiendo así la responsabilidad penal.

Recibida por el Fiscal, a través de cualquiera de las formas referidas, la noticia del delito, sus primeras actuaciones necesariamente han de consistir en la verificación de una serie de extremos, que, de producir un resultado negativo, determinarán el agotamiento de la instrucción y el fin del procedimiento³², sin llegar a dictar el Decreto de incoación del Expediente. En efecto, para que éste llegue a dictarse, es preciso que los hechos sean indiciariamente constitutivos de delito (o falta, si el Fiscal no estima oportuno hacer uso de la facultad que le confiere el art. 18 LORRPM); que resulten verosímiles; que incriminen a uno o varios menores; finalmente, que aun cuando se den las circunstancias referidas en el art. 18, (es decir, que se trate de delitos menos grave o delitos para el que el CP prevea una pena de naturaleza menos grave, que no haya concurrido violencia o intimidación y que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza) el Fiscal no opte por el desistimiento.

32. En la CFGE 1/2000 (apdo. VI.2) se indica que toda denuncia o atestado motivará la incoación de las correspondientes Diligencias Preliminares, que constituyen una fase previa en la que se practican, en su caso, las actividades necesarias para resolver sobre la incoación o no del Expediente.

Alternativamente, si los hechos no constituyen delito o no tienen autor conocido, se decretará el archivo de las actuaciones, tal como se prevé expresamente en el art. 16.2 LORRPM. Lo mismo se hará, si el o los supuestos autores son mayores de edad, en cuyo caso, además, y de acuerdo con lo prevenido en el art. 21 de la Ley, se dará traslado de lo actuado al Juez de Instrucción que resulte competente. Si el carácter no delictivo de los hechos se infiere de la propia denuncia, se archivará directamente. En cualquier caso, la resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma (art. 16.2 inciso final LORRPM). Frente a esta resolución del Fiscal, nada puede hacer el denunciante, pues en este punto la Ley no contiene previsión análoga a la del art. 25 en su párrafo cuarto, que faculta al perjudicado cuya personación hubiese sido denegada por el Fiscal, para reiterar su petición ante el Juzgado de Menores. El decreto de archivo habrá de notificarse además, como indica la CFGE 1/2000 (apdo VI.2.B), a los perjudicados no denunciados, informándoles que con la notificación se reactiva el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción ordinaria.

Si por constituir los hechos denunciados delitos menos graves sin violencia o intimidación, o faltas, el Fiscal decide, haciendo uso de la posibilidad que le confiere el art. 18, desistir³³ de la incoación del Expediente, tal opción no le libera, a mi juicio, de la práctica de unas -quiera sean someras- comprobaciones o Diligencias Preliminares.

De acuerdo con lo prevenido en el primer párrafo del citado artículo, *El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del Expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificadas en el Código Penal o en las leyes penales especiales.*

33. El desistimiento es un término propio del ámbito procesal civil, y consecuencia del principio dispositivo que rige en los procesos civiles, por lo que resulta excepcional en un proceso penal, ordinariamente regido por el de oficialidad de la acción, y en el que aquella posibilidad es una manifestación del principio de oportunidad, también excepcional.

Como digo, incluso en estos casos será necesaria la práctica de algunas Diligencias Preliminares, en primer lugar, porque para el desistimiento es necesario que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, extremo respecto del cual la Ley exige la *constancia* (art. 18 párrafo segundo). La CFGE 1/2000 entiende, acertadamente, que no es necesario que exista una condena anterior a la decisión del Fiscal, pues la Ley se refiere a hechos, no a delitos ni a condenas ejecutorias. Por otro lado, como observa ALASTUEY DOBÓN³⁴, no basta con que se den los requisitos objetivos del precepto para que el Ministerio Fiscal deje de incoar el Expediente, sino que "éste ha de guiarse por los criterios que sirven de marco a la aplicación flexible de las distintas reacciones jurídicas previstas en la Ley, en particular, las circunstancias del hecho y del menor, así como su personalidad". En segundo lugar, la práctica de unas mínimas comprobaciones puede ser no prescindible si del hecho se han derivado perjuicios, porque, según creo, tendrá que haber alguna base para abrir la pieza separada de responsabilidad civil. Ocurre que, las normas contenidas en los arts. 16.4 y 64 regla primera, expresan que la apertura de dicha pieza la realizará el Juez tras recibir del Ministerio Fiscal el parte de la incoación del Expediente. Sin embargo, tal pieza se tramitará incluso en el caso de que el Fiscal desista de aquélla, como se indica en el inciso final del párrafo primero del art. 18.

Llegados a este punto se plantea un problema de nada fácil solución. El Juez de menores tiene una competencia adhesiva para resolver sobre la acción civil, como la tienen los órganos jurisdiccionales penales con carácter general, si bien a estos últimos, conforme al principio general de accesoriedad de la pretensión civil en el proceso penal, vigente en nuestro ordenamiento, les está vetado un pronunciamiento sobre la misma en los casos en que el proceso penal no acabe con una sentencia condenatoria³⁵. Frente a esto, la

34. ALASTUEY DOBÓN, *Alternativas al procesamiento y a la ejecución de las medidas en la Ley Orgánica 5/2000*, ... cit. pp.203-204.

35. Salvo las excepciones especificadas en el art. 118 del CP.

LORRPM está permitiendo lo contrario, al disponer la tramitación de la repetida pieza separada en los casos de desistimiento de la incoación del Expediente.

El referido principio general encuentra su fundamento en la necesidad de evitar la criminalización de conductas y la utilización de la vía penal para fines que no le son propios, objetivo que es también de deseable consecución en el proceso de menores. De hecho, con toda lógica, en la CFGE 1/2000 se afirma que en la pieza separada de responsabilidad civil "...se dilucidará la responsabilidad civil derivada de las infracciones penales cometidas por los sujetos a los que se les aplique el régimen de la Ley Orgánica 5/2000. No tienen cabida en este procedimiento las acciones para la reclamación de responsabilidad civil aquiliana o extracontractual" (apdo XII.1). Y poco después (apdo XIII.3.D) indica que "Cuando en el Expediente de menores se hubiere interesado por el Fiscal o acordado por el Juez el sobreseimiento libre por no constituir los hechos infracción penal o por estar acreditada la no producción de los hechos, el Fiscal habrá de desistir del ejercicio de la acción civil". Así las cosas, creo que lo procedente será hacer una interpretación restrictiva de la expresión *sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza*, y, consiguientemente, entender que habría que partir al menos de la verosimilitud de la infracción penal y sus circunstancias. Si efectivamente el Fiscal se persuade de esto, a través de las averiguaciones pertinentes, lo comunicará al Juez al tiempo que le comunica la resolución de desistimiento de la incoación del Expediente, para que éste, a la vista de lo actuado, decida sobre la procedencia o no de tramitar la pieza de responsabilidad civil.

En cualquier caso, preciso es insistir en que estas Diligencias Preliminares, deben ceñirse a las imprescindibles para cumplir su genuina finalidad, que no es otra sino despejar la duda en torno a la verosimilitud de la imputación delictiva y a la identidad y edad de los partícipes. Si por el contrario, al amparo de esas Diligencias se lleva a cabo el grueso de la instrucción, pueden verse conculcados los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y de defensa. Piénsese que, si en el seno de estas Diligencias el

Fiscal recibe declaración al menor, no será preceptiva la asistencia letrada, que el art. 22 sólo impone desde la incoación del Expediente. Y está también claro el riesgo de que un uso abusivo de este mecanismo puede convertirse (por ausencia de control) en fuente de dilaciones indebidas y en desprestigio, en último término, del modelo de instrucción por el Ministerio Público instaurado por esta Ley³⁶.

En el caso de que las Diligencias Preliminares arrojen un resultado positivo, el Fiscal, si no estima oportuno desistir de la incoación del Expediente, emitirá el correspondiente decreto de incoación, de lo que dará cuenta al Juez de Menores (art. 16.3).

Durante esta fase procedimental, la Ley prevé (art. 24) que el Juez pueda acordar, mediante auto motivado, el secreto del Expediente. Como quedó expuesto más atrás, referirse al secreto del Expediente, es lo mismo que hacerlo a la ausencia de contradicción. Entendidas así las cosas, resulta enigmática la legitimación que la norma confiere al menor o a su familia, para solicitar el secreto del Expediente. En todo caso, además, debería ser el Letrado del menor y no aquéllos quienes lo hicieran³⁷. Lo cierto es que, en el correspondiente texto del Proyecto de Ley, se preveía únicamente que la petición pudiese provenir del Fiscal, lo que sería mucho más lógico. Pero la redacción original se modificó durante el *iter* parlamentario, y creo que no es descabellado suponer que los autores de la enmienda que se propuso (y se aceptó), no distinguieron la publicidad (terceros) del secreto para las partes. Si esto fuera así, habría que prescindir de las menciones hechas al menor y a su familia. Sin embargo, se indica en la CFGE 1/2000 de 18 de diciembre (apartado VI.3.D) que parece que la Ley autoriza una declaración específica de secreto interno de las actuaciones frente a los perjudicados. Dicho

36. GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores*, La Ley n° 5386 de 1 de octubre de 2001, p. 2.

37. URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor...* cit. p. 259.

documento, sin embargo, trasluce una más que justificada prevención contra tal posibilidad, pues se apunta en el mismo que *las exigencias de motivación y de adecuada ponderación de los intereses en conflicto no serían menores en este caso, pues una declaración incondicionada o injustificada de secreto conduciría a una arbitraria suspensión de los derechos reconocidos a las partes personadas.*

Pero, si bien se mira, es difícil encontrar un fundamento que justifique la exclusión de la posibilidad, para el perjudicado, de tomar conocimiento de lo actuado, y eventualmente, ejercitar su derecho de contradicción. Ciertamente, no tiene la condición de parte acusadora. Pero su postura se asemeja a ésta por cuanto se le permite intervenir en las diligencias. Sin embargo, no se dan aquí las razones (el respeto a la intimidad del menor y el interés en preservar la eficacia de las diligencias) que abonan la exclusión de la publicidad y la contradicción. A mi modo de ver, ni siquiera cabría apoyarlo en el superior interés del menor, que parece suficientemente protegido en este sentido con las limitaciones que para la actuación de la víctima se establecen en el art. 25 LORRPM.

Pero, frente a lo que se prevé en el art. 302 de la Lecrim, y aquí es donde radica la diferencia entre uno y otro proceso, la LORRPM no establece un límite temporal del secreto, sino que deja la determinación de este extremo a la discrecionalidad del Juez, quien puede decretarlo durante un período limitado de la instrucción o bien mientras dure ésta, si bien en todo caso el secreto deberá alzarse —como no podía ser de otro modo— al tiempo de evacuar, el Letrado del menor, el trámite de alegaciones. Asimismo decidirá el Juez si el secreto ha de afectar a todo o parte de las actuaciones.

IV. EFECTOS DE LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE

La incoación del Expediente supone siempre la existencia de un menor conocido como presunto autor del hecho, y en torno al cual girará la instrucción, ya que de lo contrario las actuaciones deberán haber sido archivadas en cumplimiento de lo dispuesto en el

art. 16.2 de la LORRPM. En consecuencia, a partir de dicha incoación el menor queda colocado en la posición de imputado. De ahí que en el art. 22 de la Ley se prevean desde ese mismo momento³⁸ una serie de garantías para el menor de acuerdo con ese *status*:

- Designar Abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración.

- Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias.

- Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.

- La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia.

- La asistencia de los servicios del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de Menores.

Las previsiones que dicho art. 22 contiene, a los fines de enterar al menor de sus derechos, no son, sin embargo, del todo afortunadas. Lo lógico hubiese sido, me parece, que -y puesto que el disfrute de los derechos se le reconoce desde el mismo momento de la incoación del Expediente- la correspondiente notificación, y la información de los derechos que le asisten, fuera concomitante y efectuada por un mismo sujeto. Pero no es así. La Ley prevé que la información referida se practique bien por el Juez, por el Ministerio Fiscal o por agente de policía. Lo normal, sin embargo, será que

38. En el AAP (Sección Primera) de Jaén nº125/2001 de 10 de octubre (FD 2º), se expresa: "...cualquier duda acerca del momento en que se desencadenaría ese torrente de derechos irrenunciables que asisten al menor había que situarse no tanto tomando como referencia un acto formal, sino cuanto la práctica de cualquier acto de imputación material que fuera referido al menor".

quien lleve a cabo esa información sea el Fiscal, que es el único que *en el mismo momento* de la incoación del Expediente conoce su existencia, precisamente por haberla ordenado él mismo. El Juez interviene en un momento siempre posterior (a partir de la comunicación prevista en el art. 16.3). El agente de la policía suele intervenir antes de la incoación, en cuyo caso no han surgido todavía los derechos del art. 22, aunque si ha habido detención, habrá de informar al menor de los derechos del detenido conforme al art. 520 de la LECrim, al que se remite el art. 17 LORRPM. Y por otro lado, el art. 22.2 ordena que el Expediente sea notificado al menor por el Secretario del Juzgado de Menores, trámite que, además de innecesario, dado que el menor ya conoce tal hecho, forzosamente ha de ser posterior a la información practicada por el Fiscal, puesto que aquél ha debido recibir previamente el parte de incoación, como la propia norma prevé³⁹. *A tal fin* -expresa la citada norma con no muy afortunada redacción- es decir, al fin de notificar el Expediente, el Secretario requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen Letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, aquél le será designado al menor de oficio. En la práctica puede ocurrir que, en el momento en que el menor ha sido informado por el Fiscal del que es su primer derecho, se produzca ya la designación de Abogado de confianza, en cuyo caso no tendrá sentido practicar dicho requerimiento. Sería más lógico, que lo hiciera el propio Fiscal, si ha lugar a ello, es decir, si no se produce el nombramiento de Abogado elegido por el menor o su representante⁴⁰. Frente a esto, curiosamente, la norma del apartado tercero del repetido art. 22 pone a cargo del Ministerio Fiscal la notificación al perjudicado de la posibilidad de ejercitar acciones civiles.

39. Téngase en cuenta, en todo caso, que el artículo séptimo de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la LOPJ, añade un apartado 5 al art. 476 de esta última, con la siguiente redacción: "Cuando existan, las Secretarías de las Secciones de Menores de las Fiscalías se cubrirán con funcionarios de la segunda categoría. En caso contrario, serán asistidas por los Secretarios de los Juzgados de Menores".

40. Así lo entiende también ORNOSA FERNANDEZ, *Derecho Penal de Menores...* cit. p. 262.

Otro problema es si la declaración de secreto del Expediente debe comportar la falta de notificación del Expediente al menor, como parece dar a entender el inciso primero del apartado 2 del art. 22 LORRPM, y como entiende algún autor⁴¹. A mi juicio, el Expediente debe ser notificado en todo caso al menor, pues no es posible materialmente que el art. 24 tenga aplicación en ese momento, ya que para ello es preciso que al Fiscal pida y el Juez conceda la declaración de secreto, lo que requiere un mínimo de tiempo, durante el cual el Expediente ya tendrá que haber sido notificado al menor (*desde el mismo momento*). Este, a partir de entonces, debe tener derecho a nombrar Abogado o a que se le nombre de oficio, si bien lógicamente y por su propia naturaleza, la declaración de secreto supondrá una restricción en los derechos del menor, señaladamente los comprendidos en las letras c y d del art. 22.

V. LA AVERIGUACIÓN DE LOS HECHOS

La Ley no determina cuál debe ser el contenido de la instrucción, limitándose a señalar que corresponde al Fiscal dirigir personalmente aquélla, así como ordenar a la policía judicial la práctica de las actuaciones necesarias para la comprobación de los hechos y de la participación del menor en los mismos (art. 6). Realmente, esto es lo propio de cualquier actividad instructoria, no así, sin embargo, la valoración de la participación del menor en los *hechos para expresarle el reproche que merece su conducta*, aunque así lo ordene, con bien poca fortuna, el precepto del art. 23.1. Como se señalaba en el Informe al Anteproyecto de la Ley, emitido por el CGPJ, no puede ser objeto de la actuación instructora expresar al menor el reproche que merece su conducta, puesto que tal finalidad es propia de la fase de enjuiciamiento, por parte del órgano jurisdiccional, por lo que se proponía la supresión de la citada locución en el texto.

41. MARCHENA COMEZ, *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, (dir. CONDEPUMPIDO FERREIRO...) cit., p. 279

En todo caso, una de las diligencias básicas de la instrucción debe ser la declaración del menor, a pesar de que la LORRPM no lo impone, si bien reconoce como uno de los derechos del menor ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente (art. 22.1.d). Y, por otra parte, el menor puede asimismo declarar ante el Fiscal cuantas veces quiera, tal como reconoce para la instrucción en el proceso ordinario el art. 400 Lecrim, y como viene a autorizar el art. 26.2 LORRPM: *...cuando el Letrado proponga que se lleve a efecto la declaración del menor, el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el Expediente, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el Expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores.*

Las más recientes leyes procesales penales –así, por ejemplo, la Ley del Jurado– se orientan hacia un diseño de la fase instructoria reducida al mínimo, en la que se practiquen únicamente aquellas actuaciones que resulten necesarias para decidir sobre la apertura de la fase de juicio oral. Se intenta con ello evitar que en dicha fase se anticipen la pruebas, que tienen su escenario propio en la vista oral. En esta misma línea, la CPGE (apdo VI.3.B) expresa que el Fiscal debe limitarse a practicar las que estime absolutamente imprescindibles para una formulación bien fundada del escrito de alegaciones o para obtener un criterio razonable de terminación del proceso y derivación del asunto hacia soluciones extraprocesales. De este modo, se viene a decir en el citado documento, diligencias tales como la tasación de los daños o la determinación de los días de incapacidad del lesionado, son prescindibles, salvo que la información correspondiente determine la tipificación del hecho como delito o falta.

Una de las actuaciones que llevará a cabo el Fiscal en desarrollo de su labor instructora del procedimiento es la petición del informe técnico a que hace referencia el art. 27.1 LORRPM, lo que permitirá valorar adecuadamente la personalidad del menor a efectos de su adecuado tratamiento e imposición de medidas. El informe podrá extenderse, según se señala en los apartados 2, 3 y 4 del citado artículo, a la proposición de una intervención socio-educativa

sobre el menor; a la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima; y a la conveniencia de no continuar la tramitación del Expediente en interés del menor.

Podrá además el Fiscal practicar las diligencias instructorias previstas con carácter general en la Lecrim, para la averiguación de los hechos y la determinación de su autor, tales como la declaración de testigos, informes periciales, o inspección ocular⁴². De acuerdo con el criterio expresado en la ya citada CFGE, no se deben reiterar diligencias que la Policía haya practicado en el atestado correspondiente o que el Fiscal haya verificado en fase preliminar, pues tanto unas como otras quedan incorporadas al Expediente tan pronto como se acuerda su incoación⁴³. En algún caso, y por los efectos negativos que pudieran tener sobre el menor, existen restricciones para su efectiva realización, lo que ocurre con la diligencia de careo, de carácter generalmente violento, por lo que sólo deberá realizarse cuando resulte fundamental para los fines de la instrucción, como se desprende de lo dispuesto en el párrafo quinto del art. 25. Por lo que hace a la práctica de las ruedas de reconocimiento, entiende con razón ORNOSA FERNÁNDEZ⁴⁴ que, dado que para que puedan

42. A tenor de lo prevenido en el art. 5 del EOMF, todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozan de la presunción de autenticidad. A partir de ahí, se indica en la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que las diligencias de procedimientos de menores necesariamente han de ser practicadas siempre ante el Fiscal instructor, y no requerirá para su validez de la intervención de ningún otro funcionario, debiendo observarse en la forma de esos actos todas las garantías legales. No obstante, «sigue diciendo el documento citado» en determinadas actuaciones de la instrucción del Expediente de menores (diligencias de reconocimiento, inspecciones oculares...) la presencia de Secretario puede adquirir otra dimensión.

43. En la práctica, lo habitual es que el Expediente se incoe a partir del atestado, donde se recogen ya una serie de actuaciones investigadoras llevadas a cabo por la policía, tales como inspecciones oculares, toma de muestras, declaraciones de los presuntos responsables y testificales, análisis de balística, en su caso... Y esto se completa en Fiscalía con la certificación del menor declaración, informe del Equipo Técnico y poco más. (Puede verse al respecto DOLZ LAGO, *El Fiscal y la Reforma de Menores: Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992...* cit., pp.1596-1598).

44. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...* cit., p. 272.

practicarse es necesaria la presencia de otros menores, que se ven involucrados en unas diligencias de carácter penal, deben reducirse a los casos absolutamente necesarios, para evitar consecuencias negativas sobre la personalidad de aquéllos.

Cuando las diligencias a practicar afecten a derechos fundamentales (entrada y registro domiciliario, intervención de comunicaciones, o intervenciones corporales directas que puedan lesionar el derecho a la intimidad) del menor o de terceros, deberán ser autorizadas por el Juez (art. 23.3 LORRPM). Por lo que hace a registros domiciliarios, en su práctica deberá estar presente además del titular del domicilio, el menor afectado por la diligencia⁴⁵.

Con independencia de la actividad investigadora que pueda desarrollarse por la propia iniciativa del Fiscal, el art. 26.1 LORRPM prevé que el Letrado del menor podrá solicitar (*solicitará*, según la expresión literal de la norma), la práctica de cuantas diligencias considere necesarias. Solicitadas, el Fiscal habrá de resolver sobre la procedencia de su práctica, es decir, valorará si son o no conducentes a los fines de la investigación, teniendo además en cuenta el interés del menor. A pesar de que el precepto parece imponer en todo caso que la resolución del Fiscal sea motivada, entiendo que esto no debería ser necesario si aquella es positiva.

En relación con las diligencias denegadas (*con relación a las diligencias no practicadas*, dice la norma comentada), el Letrado podrá reproducir su petición ante el Juzgado de Menores. Se establece en el inciso final del apartado primero del artículo citado, que esta posibilidad de pedir las diligencias denegadas cabe *en cualquier momento*, por tanto, en principio, el Letrado del menor no ha de aguardar a la segunda fase del procedimiento. El problema, radica, sin

45. En la SAP de Cádiz (Sección Primera) de 5 de junio de 2001, (FD 7^o), se indica: *...entendemos no acarde a derecho el registro domiciliario practicado en este proceso habida cuenta que, aunque estuvo presente a madre de cada una de las menores de edad, no concurrían circunstancias especiales que impidieran la presencia, obligada también, de estas últimas, como afectadas por la medida y respecto de las cuales era obligado el agotamiento de su derecho de defensa y contradicción.*

embargo, en la respuesta que el Juez ha de dar a esta petición. Concretamente, la regulación suscita dudas acerca del momento en que ha de proveer sobre lo solicitado, de la naturaleza de las diligencias (instructoria o probatoria) que en su caso se practiquen, y del órgano al que incumbe su realización (Fiscal o Juez).

La norma del art. 33.e) LORRPM no contribuye a despejar tales incógnitas, de hecho, como señala la CFGE es un precepto cuya oscuridad "anuncia disparidad de criterios interpretativos". Abierta la fase de audiencia, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y del escrito de alegaciones del Letrado del menor, una de las posibles decisiones a adoptar por el Juez, es, a tenor de lo previsto en la norma citada, *practicar por sí las pruebas propuestas por el Letrado del menor y que hubiesen sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente Ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y al letrado del menor, antes de iniciar las sesiones de la audiencia.* Una interpretación literal de este precepto conduciría a entender que no cabe que el Juez acceda a la práctica de aquéllas en la fase instructoria. Así lo viene a afirmar TORRES ANDRÉS⁴⁶, para quien la resolución positiva del Juez en este punto debe hacerse en el propio auto de apertura de la audiencia, junto con las demás pruebas propuestas por las partes, que pueden llevarse a cabo en el plenario; y la práctica de las mismas tendrá lugar antes de las sesiones de la audiencia, entendiéndose dicho autor que el precepto en cuestión sólo se refiere a la realización de las pruebas anticipadas que no puedan tener lugar en el acto de la audiencia. SÁEZ GONZÁLEZ⁴⁷ considera también que se trata de prueba anticipada. Realmente, el apartado e) del art. 33 LORRPM parece considerar la práctica de las actuaciones en cuestión como una verdadera prueba anticipada, más bien que una instrucción

46. TORRES ANDRÉS, *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, (dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), Madrid 2001, pp.334-336.

47. SÁEZ GONZÁLEZ, *Imparcialidad y situaciones de contaminación...* cit., p. 65.

complementaria, lo que se deduce de la expresión utilizada en dicha norma: *que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia*.

A esta interpretación se opone, creo, el dato de que el supuesto de hecho del que parte la Ley no es la petición, por parte del Letrado del menor, de una prueba anticipada, sino la práctica de una diligencia de instrucción, cuya finalidad, si la solicita aquél, es bien distinta de la que se persigue con la práctica de pruebas anticipadas. Mientras que estas últimas se encaminan a atajar el peligro de que por una u otra razón la prueba no pueda practicarse en su momento, aquéllas tienden a acreditar que no existe base suficiente para abrir el juicio -fase de audiencia- contra el imputado. Y no debe olvidarse el dato de que no es posible recurrir contra la decisión del Ministerio Fiscal denegando la práctica de lo solicitado. Por otra parte, si se acepta que lo que regula el precepto del art. 33.c) es una prueba anticipada, no se comprende el sentido de la norma del art. 26.1 que permite verificar la petición "en cualquier momento", pues hubiese sido más coherente que la referencia legal se hubiese hecho al momento anterior a la audiencia.

Frente a aquellas opiniones, ORNOSA FERNÁNDEZ⁴⁸ se muestra partidaria de la posibilidad, para el Juez, de acordar la práctica de las diligencias pedidas, durante la instrucción, porque ello puede ser necesario para realizar los escritos alegatorios y para decidir sobre la continuación del procedimiento. Estima, en todo caso, dicha autora, que la práctica de la diligencia en cuestión deberá realizarse por el propio Fiscal, ya que si se hiciese por el Juez podría verse afectada su imparcialidad.

La CFGE (VL3.C) expresa que, *en la medida en que es la propia Ley la que traza una separación neta entre las funciones de instruir y juzgar, parece prudente entender que la intervención efectiva del Juez de menores en relación con las diligencias ordinarias de instrucción queda legalmente pospuesta hasta la apertura del trámite de audiencia (arts. 31 y 33*

48. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...* cit., p. 284.

c). Curiosamente, en dicho documento se indica, en la línea de *evitar el desarrollo de una instrucción judicial paralela a la del Fiscal*, que el problema *halla cauce procesal adecuado de resolución en el trámite del artículo 33.e)*, que *autoriza al Juez, una vez abierta la fase de audiencia, a practicar por sí dichas pruebas*. Esta posibilidad, *-sigue diciendo- se alza como alternativa a la convocatoria de audiencia -art. 33.a)- y al sobreseimiento -art. 33.b) y c)- y sirve para configurar un genuino trámite de instrucción judicial complementaria a instancia de la defensa cuyo objeto es dirimir la necesidad de proseguir el procedimiento*.

La solución al problema indicado no es fácil, pero puede resultar ilustrativo acudir a la doctrina sentada por el TC, señaladamente en las SSTC 145/1988 de 12 de julio, 136/1992, de 13 de octubre y 60/1995 de 17 de marzo.

En la primera de las sentencias citadas se parte de la necesidad de respetar, en los sistemas procesales vigentes, las garantías constitucionales que impone la Norma Suprema, entre las que figura la prevista en el art. 24.2 que reconoce el derecho a un juicio público con todas las garantías, en las que debe incluirse el derecho a un Juez imparcial. A partir de ahí señala que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Cita a continuación la doctrina del TEDH en su decisión sobre los casos *De Cubber* y *Piersack* en torno a la importancia de que los Tribunales de una sociedad democrática inspiren confianza a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Y la eventual prevención del justiciable se explica, como expone la misma STC, por la circunstancia de que las actividades instructorias no son públicas ni necesariamente contradictorias.

En la STC 136/1992 de 13 de octubre se expresa que la exigencia constitucional de que no se acumulen en un mismo órgano judicial las funciones de instrucción y enjuiciamiento ha sido afir-

mada por el TC únicamente respecto del acusado, por ser dicha exigencia una derivación del principio acusatorio. Y que, por el contrario, las exigencias derivadas del derecho al Juez imparcial consagrado en el art. 24.2 de la CE no son extensibles, sin más, a la parte acusadora, puesto que, por la propia naturaleza y finalidad de la instrucción preparatoria, ningún perjuicio o prevención puede nacer en el ánimo del Juez sentenciador en relación con la acusación por el solo hecho de haber instruido la causa. En consecuencia –se afirma en la citada resolución– la denominada “imparcialidad objetiva” sólo puede hacerse valer por el acusado.

En la STC 60/1995 de 17 de marzo, y concretamente en relación con el proceso de menores, se indica que la asunción por el Juez de determinadas actuaciones de preparación del juicio oral no ha de comprometer necesariamente su imparcialidad en la medida en que la realización de tales actos no suponga la asunción por el Juez de un determinado prejuicio sobre la culpabilidad del menor.

A la vista de la doctrina a la que acabo de referirme, la afirmación de la necesidad de alejar al Juez de la investigación cobra todo su sentido si pensamos en un modelo de instrucción de corte inquisitorial, marcado por un dominio completo del Juez sobre aquella, situado en el polo opuesto de la fase de juicio, en la que la característica es la existencia de un debate público y contradictorio. En dicho modelo –al que no parece que se acomoden los procedimientos penales españoles– el imputado tiene un papel mínimamente activo en la instrucción: más bien la sufre. El peligro, ahí, de que el Juez que lleva a cabo la averiguación, quede “contaminado” o prevenido por el resultado de su actividad, es más que evidente.

Estas consideraciones, a mi juicio, revelan que la cuestión es diferente si se contempla desde la óptica de la parte pasiva del procedimiento, que desde la parte activa. Dicho de otro modo: desde el punto de vista de las garantías del imputado, y en concreto de su derecho a un Juez imparcial, no parece que aquéllas puedan verse atacadas por la circunstancia de que el Juez haya llevado a cabo unas diligencias propuestas por él mismo o por su Letrado, y por

tanto, tendentes a proporcionar elementos de descargo. Por otro lado, si se tiene en cuenta lo expuesto más atrás en relación con el secreto del Expediente, fácil es observar que no podrá darse nunca en la práctica la realización de una diligencia instructoria solicitada por el Letrado del menor, sin posibilidad de contradicción por el Fiscal. Y es precisamente la vigencia o no de la contradicción, el dato relevante, junto con el de la publicidad de lo actuado, lo que determina la inocuidad de la intervención del Juez en esta primera fase del procedimiento. De hecho, y a propósito de la medida cautelar de internamiento del menor, ya había dicho el TC en la citada STC 60/1995 de 17 de marzo, que "...la asunción de la instrucción por el Ministerio Público, unida a la plena vigencia del principio de contradicción en la adopción de esta medida cautelar, dota al Juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente, y como tercero no comprometido en la investigación, el material de hecho exclusivamente aportado por el Ministerio Público instructor, la acusación y la defensa". En definitiva, creo que para tomar adecuadamente postura ante el problema planteado, debe partirse de que hay dos intereses encontrados: el derecho a la defensa del menor, por un lado, y el *desideratum* de que el Juez no llegue a la fase de juicio con un posible prejuicio -que, en nuestro caso, sólo podría ser a favor, del imputado. Y por otra parte, mucho más pueden contaminar al Juez los cometidos que la LORRPM le asigna en el tema de la responsabilidad civil, como en su momento se expondrá.

Por último, el perjudicado cuya personación hubiese sido admitida, por tratarse de hechos con las características señaladas en el párrafo segundo del art. 25, podrá también proponer diligencias 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. Como advierte MARCHENA GÓMEZ⁴⁹, la intervención del perjudicado nunca puede ir en contra de los derechos que definen el *status* del menor infractor, estando obligado el

49. MARCHENA GÓMEZ, *Ley de la responsabilidad...* cit, p. 294.

Fiscal a velar por que los fines propios del procedimiento de menores puedan verse frustrados por el excesivo apasionamiento de cualquiera de los perjudicados que se hubiesen personado en el Expediente.

VI. LAS MEDIDAS CAUTELARES

El capítulo II de la LORRPM, integrado por dos artículos, se dedica a la regulación de las medidas cautelares atinentes al menor. Sin embargo, el estudio de éstas hay que completarlo con las disposiciones del art. 17 relativas a la detención, aun cuando ésta tenga, en ocasiones, el carácter de medida precautelat.

1. Detención de los menores

El art. 17 de la LORRPM contiene las especialidades que rigen en caso de detención de menores. Se aplicarán, por tanto, con carácter general, las normas de la Lecrim reguladoras de esta cuestión, remitiéndose en concreto el precepto citado a los derechos que a toda persona que se encuentre en tal situación, reconoce su art. 520. Aquella norma reitera, además, innecesariamente, el contenido de los primeros párrafos de los números 1.º y 2.º de esta última (obligación de practicar la detención en la forma menos perjudicial y de información al detenido de los hechos que se le imputan, razones de su detención y derechos que le asisten). Las especialidades, algunas de las cuales vienen a recoger y completar las exigencias contenidas en las Reglas de Beijing, son las siguientes:

a) En primer lugar, la policía deberá notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor fuera extranjero, y tuviese su residencia habitual fuera de España, o así lo solicitasen él mismo o sus representantes legales, la comunicación se hará también a las correspondientes autoridades consulares.

En el art. 520.2.d) de la Lecrim se contiene una norma semejante a la que acabo de mencionar que, sin embargo, no prevé la notificación al Fiscal, por lo que conviene preguntarse cuál es el sentido de esta comunicación en ese momento inicial, y habida cuenta de que en el apartado cuarto se prevé la puesta –en su caso– del menor detenido a disposición de aquél.

Para LÓPEZ LÓPEZ⁵⁰, a partir de ahí el Fiscal ha de valorar la procedencia de la detención, para lo cual la comunicación (normalmente telefónica) no puede quedarse en una mera formalidad, sino que han de ofrecerse a aquél los datos que permitan conocer la pertinencia de la medida acordada. Así, en ese mismo momento deberá acordar la inmediata libertad del detenido, con remisión del atestado a la Fiscalía, o su conducción a las dependencias de Fiscalía en el plazo máximo de 24 horas. Entiende este autor que, si el Fiscal, por la naturaleza de la infracción y las circunstancias personales del autor, considera probable un ulterior desistimiento, lo lógico es proceder a la inmediata libertad del detenido, sin esperar a que sea trasladado a la Fiscalía.

En efecto, el interés del menor exige que la situación de detenido sólo se mantenga por el tiempo imprescindible, y ha de estar plenamente justificada, de modo que si de la comunicación efectuada por la policía se deduce claramente que se trata de un delito de los contemplados en el art. 18.1 (menos graves sin violencia o intimidación) lo adecuado sería dejar sin efecto la detención practicada. Ahora bien, constatada la comisión de un delito, no es posible que, sin siquiera oír al menor, y ante la simple comunicación telefónica de los hechos por parte de la policía, el Ministerio Fiscal desista de incoar el Expediente. Será necesario practicar con carácter previo unas diligencias preliminares en cuyo seno se recibirá declaración al menor, y se comprobará si ha cometido o no con anterioridad otros hechos semejantes, a fin de establecer si es

50. LÓPEZ LÓPEZ, *Tratamiento policial de los menores de edad penal. Comentarios prácticos de la Ley Orgánica 5/2000, La Ley n° 5366*, p. 4.

aplicable el párrafo segundo del art. 18. Como se dice en la Instrucción 2/2000 de la FGE, de 27 de diciembre sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, *cuando la autoridad policial curse al Ministerio Fiscal la comunicación sobre detención y lugar de custodia de los menores (art. 17), se procederá a la apertura de diligencias preliminares por la Sección de Menores, quedando estas diligencias a la espera de la recepción del atestado policial*. Por ello, entiendo que lo razonable sería que, si a la vista de los datos suministrados por la información recibida, el Fiscal considera procedente la puesta en libertad del menor, en lugar de ordenar ésta y posteriormente, citarle para tomarle declaración, ordene su inmediata puesta a disposición a dicho fin. Este modo de proceder comportaría mayores garantías para el menor, pues declararía como detenido y, por tanto, con asistencia de Abogado. Y en cambio, si se le deja en libertad y posteriormente, es citado para prestar declaración, y puesto que entonces todavía no se habría incoado el Expediente, tal presencia de Letrado no sería, en rigor, preceptiva. En la citada Instrucción 2/2000 de la FGE, se indica que *En todo caso, la organización interna de cada Fiscalía deberá garantizar la disponibilidad de los Fiscales para atender de inmediato la puesta a disposición de los detenidos, contando igualmente con el personal colaborador preciso, teniendo en cuenta que el menor detenido debe permanecer en esta situación el tiempo estrictamente necesario a los fines de la investigación (arts. 17.4 y 5)*.

b) En segundo lugar, además de la necesaria presencia de Letrado, la Ley impone la de los padres (aunque no se diga expresamente, debería considerarse suficiente la presencia de uno de ellos), tutor o guardador de hecho o de derecho (salvo que, en este último caso, -tal como dice la norma- las circunstancias aconsejen lo contrario). Dispone el inciso final del art. 17 que, *en defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del Expediente*. Estas expresiones suscitan alguna duda interpretativa. Por un lado, qué

es lo que ha de entenderse por *estos últimos*. Por otro lado a qué situaciones se refiere la norma cuando dice *en su defecto*. Para SEBASTIAN OTONES⁵¹, se exige la presencia del Fiscal en *aquellos casos de ausencia de representantes legales, porque su presencia no resultaría aconsejable*. Pero parece más correcto entender que la presencia del Fiscal es necesaria en todo caso de ausencia de representantes legales, independientemente de los motivos de esa falta, dado que estamos ante una exigencia fundamentada en una mayor protección del interés del menor, que debe ser garantizada también en el caso de que los principalmente legitimados para concurrir a la diligencia, no puedan ser localizados, o sean renuentes a acudir a llamamiento que se les haga, o cuando haya razones que aconsejen no verificar ese llamamiento⁵². Así viene a interpretarlo también la Instrucción 2/2000 antes mencionada, que expresa, además, que dicha presencia también tendrá lugar cuando el Fiscal Instructor tome declaración al menor detenido (art. 17.2). Aparecerá así la chocante situación en la que dos miembros del Ministerio Fiscal concurrirán encontrándose en posiciones diversas, lo que con razón ha sido criticado por la doctrina⁵³.

c) En cuanto a las circunstancias en las que ha de tener lugar la detención, el art. 17.3, en consonancia con lo prevenido en el art. 13.4 de las Reglas de Beijing, dispone que los menores deberán ha-

51. SEBASTIÁN OTONES, *La instrucción penal en el nuevo procedimiento de menores*, La Ley nº 5371, p. 6.

52. Para ORNOSA FERNÁNDEZ, se darán las razones a las que alude la Ley en las situaciones de conflictividad familiar, en las que, incluso los padres, tutores o guardadores del menor pueden ser las supuestas víctimas del delito. (*Derecho penal de Menores...* cit., p. 238).

53. En este sentido, DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica...* cit., p. 210. Por su parte DOLZ LAGO observa que "...parece absurdo que si el Fiscal es el instructor del Expediente, vaya a comparecer en una dependencia policial otro Fiscal para asistir a un menor detenido, en una exploración, que debería hacer el propio Fiscal. Igualmente, más absurdo será que un Fiscal asista a un menor detenido mientras otro Fiscal lo explora, tratándose de una institución, como el Ministerio Fiscal, que se rige por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica". (*La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Valencia 2000)*, p. 132).

llarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad, y recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

d) Por lo que hace a la duración de la detención y actuaciones posteriores, también existen diferencias importantes con respecto a lo previsto para los adultos.

El plazo máximo de la detención de los menores practicada por funcionarios de policía se fija por la LORRPM en 24 horas, de modo que quedan clarificadas, para estos procedimientos, las dudas que para los procesos ordinarios suscitaron los distintos plazos que señalan el art. 17.2 de la CE y el 520.1 de la Lecrim por un lado, y el art. 496 de esta última, por otro (72 y 24 horas respectivamente). Frente a lo que ocurre con lo dispuesto para el proceso ordinario, el menor detenido no ha de entregarse al Juez sino al Fiscal, que debe adoptar una de las resoluciones mencionadas en el art. 17.5: puesta en libertad del menor, desistimiento del Expediente o incoación del mismo. Para ello, tiene un plazo de 48 horas a partir de la detención, por tanto, si la policía ha agotado el referido plazo de 24 horas, el Fiscal sólo tiene el resto (otras 24 horas) para resolver. Pues bien, si el Fiscal incoa el Expediente, cabe que decida solicitar del Juez la medida cautelar de internamiento del menor detenido. Si se da el caso, y puesto que el art. 28.2 no establece plazo alguno, se suscita la duda acerca del límite temporal que tiene el Juez para resolver. Para SEBASTIÁN OTONES⁵⁴ habrá de aplicarse analógicamente lo dispuesto en el art. 497 de la Lecrim, de manera que el Juez dispondrá de un plazo de 72 horas, desde que el menor fue puesto a disposición del Fiscal, para pronunciarse sobre la medida. Aún va más allá la Circular 1/2000 de la FGE (apdo VI.F.d), que entiende que en un plazo máximo de 72 horas *a partir de la puesta a disposición judicial*, deberá celebrarse la comparecencia prevista en el art. 28.2.

54. SEBASTIÁN OTONES, *La instrucción penal...* cit., p. 7.

De seguirse este criterio, habría que admitir que el menor puede permanecer detenido hasta un máximo de 120 horas en espera de que se resuelva definitivamente sobre su situación personal. Creo, por ello, que es acertada la opinión que considera que el Juez deberá convocar la comparecencia en el tiempo que reste para completar el lapso de 72 horas, a contar desde que el menor fue puesto a disposición del Fiscal⁵⁵.

En el caso de que la detención lo fuese por delito de terrorismo, se aplicará, a tenor de lo prevenido en el inciso final del art. 17.4, lo dispuesto en el art. 520 bis de la Lecrim, y por tanto, el plazo máximo de detención del menor ante la policía se eleva en tales casos a setenta y dos horas, al cabo de las cuales aquél habrá de ser puesto a disposición –hay que suponer que– del Fiscal. Y este plazo podrá prorrogarse por otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes.

Se indica que la competencia para las resoluciones judiciales previstas en el 520. bis es del Juez de Menores, si bien actualmente y a partir de la LO 7/2000 de 22 de diciembre (DA Cuarta, apdo. 2.g), corresponde al Juez Central de Menores.

e) Por último, en relación con el procedimiento de *Habeas Corpus*, la Ley contiene dos previsiones. Una relativa a la competencia,

55. Para ORNOSA FERNÁNDEZ (*Derecho penal...* cit, p. 302) el Juez de Menores dispone únicamente del plazo que reste, teniendo en cuenta las horas que hayan podido consumir la policía y el Ministerio Fiscal, (cuarenta y ocho como máximo) para completar el de setenta y dos horas que fija el art. 17 CE. Apoya esta opinión en la doctrina del TC, según la cual –afirma dicha autora– el plazo referido comprende el tiempo total que el detenido puede permanecer en tal situación. Sin embargo, es más cierto que lo que tiene declarado el TC (cf. STC 86/1996 de 21 de mayo y las allí citadas) sobre el plazo máximo de la detención, lo es con referencia a la detención policial: *El plazo de setenta y dos horas que establece la Constitución es un límite máximo de carácter absoluto para la detención policial, cuyo adunato resulta inequívoco y simple. Pero ese plazo es un límite del límite temporal prescrito con carácter general por el mismo precepto, sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo, el tiempo estrictamente indispensable para realizar el fin al que sirve la prevención cautelar de libertad (...).*

que viene a reproducir la regla del párrafo primero del art. 2 de la LO 6/1984. En consecuencia, no se observa ahí una especialidad de este procedimiento, sino que, precisamente lo que la Ley ha querido es que estas situaciones se sometan al régimen común, en lugar de atribuir la competencia al Juez de Menores. En mi opinión, la razón de este modo de disponer no debe buscarse en el temor a la "contaminación" del Juez de Menores⁵⁶, pues en el procedimiento de *Habeas Corpus* el órgano jurisdiccional no enjuicia los hechos supuestamente delictivos cometidos por el privado de libertad, sino que se limita a examinar la concurrencia o no de alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo primero de la Ley que regula el citado procedimiento. Y ello no tiene por qué comportar un riesgo para la imparcialidad del Juez, como tampoco el resolver sobre la petición de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, posibilidad que, sin ningún problema admite la LORRPM en el art. 23.3. Se trata, simplemente -me parece- de facilitar al máximo que la detención ilegal, o la mantenida en condiciones ilegales, finalice a la mayor brevedad; y uno de los resortes para conseguir esa finalidad es que el Juez que resuelva, y puesto que antes de hacerlo ha de oír a la persona privada de libertad, sea el más próximo⁵⁷.

El párrafo segundo del apartado sexto del art. 17 LORRPM si encierra, sin embargo, una verdadera especialidad en relación con el régimen común de la LO 6/1984, pues ésta prevé (art. 7) la intervención del Ministerio Fiscal *antes* (es decir, en cualquier momento anterior) de que el Juez dicte resolución. Frente a esto, ordena el art. 17.6 LORRPM que, cuando el procedimiento sea instado por el propio menor, tal extremo ha de notificarse a aquél *inmediatamente*. La Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LORRPM, indica que cuando se for-

56. De opinión contraria DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal...* cit., p. 136.

57. En este mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de la responsabilidad penal...* cit., p. 262.

mulen solicitudes de *Habeas Corpus* por menores detenidos gubernativamente o privados de libertad estando a disposición del Fiscal de Menores, intervendrá informando su sustanciación del Fiscal adscrito al Juzgado de Instrucción competente. Como observa LÓPEZ LÓPEZ⁵⁸, en estos casos difícil será compaginar posiciones jurídicas tan contrapuestas, con los principios de unidad y dependencia jerárquica que internamente gobiernan la actuación procesal del Ministerio Fiscal.

2. Otras medidas cautelares

El art. 28 LORRPM prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares en relación con el menor. Tales medidas podrán consistir, según la Ley, en internamiento en centro, en el régimen adecuado, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

La Ley establece, para poder pedir cualquier medida cautelar, el imperativo de la concurrencia de dos presupuestos, que se corresponden con los de toda medida cautelar, cuales son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*: la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia. A diferencia de lo que ocurre, en general, en la regulación de toda medida cautelar, donde se exige la concurrencia conjunta de ambos, el art. 28.1 parece reputar suficiente la de uno u otro. Sin embargo, dadas la naturaleza y el fundamento de las medidas cautelares, y puesto que en definitiva todas comportan una restricción, mayor o menor, en la libertad del menor, no parece razonable, a la luz de la doctrina del TC, afirmar la licitud de cualquier medida cautelar sino constando la apariencia de un delito grave y además el peligro de que puedan frustrarse los fines del procedimiento. Así es como lo interpreta, acertadamente, la CPGE 1/2000, de 18 de diciembre (apdo V.F.d).

58. LÓPEZ LÓPEZ, *Tratamiento policial de los menores de edad penal...* cit., p. 5.

Las medidas no pueden ser acordadas de oficio por el Juez, sino que han de ser solicitadas por el Fiscal, al que la LORRPM atribuye en exclusiva la legitimación para ello. A partir de ahí, el procedimiento difiere según sea la medida interesada.

Así, para decretar la libertad vigilada o la convivencia con otra persona, familia, o grupo educativo se exige simplemente oír al Letrado del menor, al Equipo Técnico y a la entidad pública de protección o reforma de menores.

Para la adopción de la medida cautelar de internamiento es necesario que la audiencia a los sujetos referidos (común a todas las medidas) se practique en el seno de una comparecencia, al modo de lo previsto por el art. 504 bis 2 Lecrim, para la prisión provisional. Y en dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes. Hay que suponer que el Juez admitirá las pruebas propuestas si son pertinentes, y lo serán cuando se dirijan a acreditar la existencia o no de los presupuestos que la ley impone para la adopción de la medida⁵⁹.

Antes de pronunciarse sobre la medida de internamiento solicitada, el Juez deberá por tanto, valorar, en primer lugar, la concurrencia de los presupuestos comunes a toda medida especificados en el apartado primero y que, como he dicho, deben darse conjuntamente. Además, atenderá, conforme a lo dispuesto en el apartado segundo, a la *gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida*. La mención de la repercusión es, me parece, superflua, pues o bien hay que entenderla referida a la repercusión de los hechos en relación con terceros, en cuyo caso viene a ser lo mismo que la alarma social, o bien a la repercusión en el propio menor. Y en tal caso es también innecesario puesto que es su interés lo que

59. La CFGE 2/1995 sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva estima que han de aceptarse aquellas pruebas que se propongan, que sean susceptibles de ser practicadas en el breve plazo previsto y que aparezcan como trascendentales a la hora de tomar una decisión sobre la situación del imputado.

ha de primar en la adopción de esta medida, como en todas las actuaciones del procedimiento, y como se indica de manera expresa en el primer párrafo del apartado segundo del artículo examinado.

La alusión a la alarma social como criterio a tener en cuenta por el Juez, se sitúa en una perspectiva que poco tiene que ver con la del interés del menor, referencia que como ha quedado reiteradamente expuesto, debe ser la fundamental a la hora de adoptar una decisión de esta naturaleza. Además, conviene tener presentes las consideraciones que acerca de este estándar ha hecho el TC: *...la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general– y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales) presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa*⁶⁰. En definitiva, estamos ante lo que GIMENO SENDRA⁶¹ ha denominado un presupuesto extravagante, es decir, que no tiene fundamento cautelar alguno, por lo que el Juez debe ser rigurosamente cuidadoso a la hora de utilizarlo como criterio para la adopción de la medida de internamiento.

A pesar del silencio de la Ley, no parece discutible –sobre todo a la vista de la doctrina sentada en la STC 47/2000, de 17 de febrero– que la resolución del Juez acordando la medida deberá revestir la forma de auto motivado.

En cuanto a la duración de las medidas, la regulación es diferente según se trate del internamiento o de las otras previstas en la

60. Cfr. STC 47/2000 de 17 de febrero y las ahí citadas. En esta sentencia se declara que los arts. 503 y 504 de la Lecrim vulneran el art. 17 CE y que esa vulneración pudo ser determinante de la actuación inconstitucional de los órganos judiciales, por lo que se está en el supuesto previsto en el art. 55.2 de la LOTC y que procede, por tanto, plantearse la cuestión de inconstitucionalidad relativa a dichos preceptos (FD11). En el momento de redactarse estas líneas no se ha producido aún la declaración de inconstitucionalidad de los citados artículos.

61. GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma de la prisión provisional*, La Ley n° 5411, Lunes 5 de noviembre de 2001, p. 5.

Ley, es decir, libertad vigilada o convivencia con persona, familia o grupo educativo. En estos últimos casos, se aplicará lo previsto en el inciso final del art. 28.1, conforme al que la medida cautelar adoptada *podrá mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia prevista en los artículos 31 y siguientes de esta Ley o durante la sustanciación de los eventuales recursos*. Pero si la medida que se acordó fue el internamiento, la Ley establece un límite de tres meses, prorrogable a instancia del Ministerio Fiscal y por auto motivado, por otros tres. Creo que por aplicación supletoria de lo dispuesto en el inciso final del párrafo cuarto del art. 504 de la Lecrim, antes de acordar la prórroga habrá de oírse al Letrado del menor. Concluido el plazo de tres meses y en su caso la prórroga, podrá el Fiscal, si lo estima oportuno, solicitar la adopción de otra de las medidas cautelares previstas en la Ley⁶².

En el art. 29 LORRPM, -de redacción ciertamente poco afortunada- se regulan las medidas cautelares en los casos de exención de responsabilidad. El precepto parte de la base de que en el transcurso de la instrucción quede suficientemente acreditado que el menor se encuentre en alguna de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º o 3º del artículo 20 CP, es decir, las causas de inculpabilidad que determinan (de acuerdo con lo que expresa el enunciado del artículo) exención de responsabilidad.

Acreditada la concurrencia de una de las referidas circunstancias, la actividad del Ministerio Fiscal, a tenor de lo dispuesto en el citado artículo, debe desplegarse en una doble dirección.

Por una parte, y además de realizar, en su caso, las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia de aquél conforme a los preceptos civiles aplicables. Realmente, y teniendo en cuenta que en estos casos procede

62. En las Conclusiones de las Jornadas de menores organizadas por el Servicio de Formación continua del CGPJ antes de la entrada en vigor de la LORRPM se recomendaba, en tales casos, el uso de la medida cautelar de libertad vigilada.

la conclusión de la instrucción, como la norma dice poco después, no es correcto hablar de medidas cautelares, si partimos de que éstas se encaminan a garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda dictarse. Sentado esto, la referencia a los preceptos civiles aplicables parece conducirnos a las normas del art. 763 LEC que prevé el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, o a las del 172 CC (guarda y acogimiento de menores) en su caso, lo que conecta con la remisión de los particulares necesarios a la entidad pública de protección de menores prevista en el art. 30.4 LORRPM.

Por otra parte, parece que en estos casos el Fiscal deberá solicitar el sobreseimiento por el motivo 3º del art. 637 Lecrim, como se colige de la expresión *sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción*, en relación con el precepto del art. 30.4 LORRPM ubicado en el Capítulo III (*De la conclusión de la instrucción*). Por lo que hace a los procesos de adultos, la jurisprudencia se ha mostrado restrictiva al interpretar ese tercer motivo, considerando preferible la celebración del juicio y la imposición de la medida de seguridad en la propia sentencia, para permitir así un mejor cumplimiento del principio de contradicción en el juicio oral. En el proceso que nos ocupa, sin embargo, parece que, no existiendo dudas sobre la inimputabilidad, lo adecuado es la no continuación del procedimiento⁶³, en consonancia con otras normas contenidas en la LORRPM tendentes a evitar al menor el trance de someterse a aquél⁶⁴.

63. La CFGE 1/2000 se plantea las posibilidades de control del juez en los casos de posibles errores en la petición de sobreseimiento, y concluye decantándose por la posibilidad -excepcional- de instar un pronunciamiento del superior jerárquico del Ministerio Fiscal a tenor de lo dispuesto en el art. 644 de la Lecrim.

64. Para ORNOSA FERNÁNDEZ (*Derecho Penal de Menores... cit.*, p. 310) en cambio, la norma posibilita que el Fiscal pueda continuar con la instrucción adelante, concluirla y efectuar alegaciones en las que se solicite la adopción de alguna medida terapéutica respecto al menor, lo que critica vivamente, pues entiende que si la culpabilidad no existe no cabe aplicarle una medida del art. 7 (cfr. ob. cit., p. 168). Estimo, no obstante, que es acertada la opinión de BOLDOVA PASAMAR (*El nuevo Derecho Penal Juvenil Español*, Zaragoza 2002, pp. 41 y 42) que considera que frente a lo que ocurre con las demás medidas, las terapéuticas son verdaderas medidas de seguridad.

El precepto prevé finalmente que el Fiscal efectúe las *alegaciones previstas en esta Ley conforme a lo que establecen sus artículos 5.2 y 9*, y que solicite *por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta Ley*. Las dudas que pueda suscitar la desdichada redacción de estas disposiciones⁶⁵, acerca de cuáles son las posibles medidas a adoptar, quedan despejadas si no se pierde de vista el calificativo *terapéutica*. Exclusivamente tienen este carácter las contempladas en las letras d) y e) del art. 7.1 LORRPM, es decir, el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio⁶⁶. Por tanto, la petición y correlativa resolución del Juez habrán de ceñirse a éstas.

VII. SOBRESIMIENTO DEL EXPEDIENTE

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

La LORRPM, en la línea de considerar que, en todo caso, el mero desenvolvimiento del procedimiento es algo contrario al interés del menor, prevé que la instrucción pueda alcanzar su término en ciertos casos en los que la entidad de la infracción cometida por el menor es escasa, y es además, patente, su voluntad de restablecer en lo posible el orden perturbado. Su art. 19 incorpora, así, y de acuerdo con las modernas tendencias del Derecho Penal de menores, la posibilidad de desjudicialización de la conducta.

Efectivamente, para que pueda producirse la posibilidad de desistimiento de la continuación del Expediente en los términos del art.19 LORRPM, son necesarios dos órdenes de circunstancias, unas de carácter objetivo, y otras de carácter subjetivo.

65. Véase MARCHENA GÓMEZ, *Responsabilidad penal...* cit., pp. 310-311.

66. Conforme a la DA Segunda de la LORRPM, *Cuando los jueces de Menores aplicaren alguna de las medidas terapéuticas a las que se refieren los artículos 5.2, 7.1 y 29 de esta Ley, en caso de enfermedades u otros riesgos para la salud de los menores o de quienes con ellos convivan, podrán encomendar a las autoridades o Servicios de Salud correspondientes su control y seguimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril (RCL 1315/ 1986) de medidas especiales en materia de salud pública.*

a) Así, el desistimiento sólo cabe cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta. No, por tanto, cuando se trate de delitos graves. Además, ha de atenderse –según se dispone en el apartado primero del art. 19 de una manera algo redundante– a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, y de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves.

b) Hace falta, también, según se ordena en el citado apartado primero, que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a aquélla o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico en su informe. El punto de partida es, pues, la propuesta de compromiso de reparación o de conciliación, o la propuesta de actividad educativa incluidas, en su caso, en el informe del Equipo Técnico (art. 27.3 LORRPM), al cual incumbe además, la labor de mediar entre el menor y la víctima o perjudicado a los fines de conseguir la conciliación o reparación, así como informar al Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento (apartado tercero)⁶⁷. En este punto conviene hacer referencia a algunas cuestiones.

Frente a lo que podría deducirse de la mera lectura del apartado primero, el contenido de los apartados segundo, cuarto y quinto dejan claro que no basta el compromiso, sino que la reparación o actividad educativa tienen que haberse producido efectivamente, al igual que la conciliación, en su caso, para que el Fiscal pueda desistir, salvo (en el caso de la conciliación o reparación) que no puedan llevarse a efecto por razones ajenas a la voluntad del menor.

Para que, a los efectos de desistir de la continuación del Expediente, se entienda producida la conciliación, exige la Ley una concurrencia de voluntades, es decir, no sólo se precisa que el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, sino que ésta (o su representante legal, a tenor de lo prevenido en el apartado

67. En el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la LORRPM se detalla (art. 5) el modo de proceder del Equipo Técnico en el ejercicio de su labor mediadora

sexto del art. 29) acepte esas disculpas. En este sentido se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley que *La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón*. Ahora bien, esa aparente rigidez del presupuesto legal se desvanece con la lectura de la norma contenida en el apartado cuarto, que ordena la conclusión de la instrucción incluso en el caso de que la conciliación no se hubiese logrado por causas ajenas a la voluntad del menor, lo que permite entender que la falta de cooperación de la víctima no debe repercutir negativamente en el menor que está dispuesto a conciliarse⁶⁸.

Puede también determinar el desistimiento del Fiscal en la continuación del Expediente, la reparación del daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o bien el cumplimiento de la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico en su informe.

En la reparación, como aclara también la Exposición de Motivos de la LORRPM, 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 el perjudicado*. Según esto, nos encontramos ante algo diferente a la reparación del daño en el sentido en el que tal expresión es utilizada por el art. 110 del CP, habitualmente identificada por la doctrina y la jurisprudencia con la indemnización de perjuicios, aunque en aquél se mencionen como cuestiones distintas. No se especifica, sin embargo, en la Ley, en qué puede consistir esa actividad reparadora, si bien es cierto que su contenido y finalidad pueden ser objeto de indica-

68. Así lo entiende ALASTUEY DOBÓN, *Alternativas al procedimiento y a la ejecución de las medidas en la Ley Orgánica 5/2000...* cit. p. 208. Y en el mismo sentido, PERIS RIERA, *El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000*, La Ley 2001-2, p.1650.

ción expresa en el informe del Equipo Técnico, como viene a establecerse en el art. 27.3. Y hay que suponer que el Fiscal ha de aprobar la realización de esa actividad como apta para producir los efectos que se anudan a dicha reparación. Lo que no sería aceptable, como observa MARCHENA GÓMEZ⁶⁹, es que se deje a la iniciativa del menor o de la víctima el contenido de ese compromiso, que sólo puede tener la amplitud que permiten la dignidad del menor y el conjunto de derechos irrenunciables que definen su *status* jurídico.

En todo caso, esa reparación tiene exclusivamente la virtualidad de resolver el conflicto y poner fin al procedimiento sin imposición de medida alguna, pero no de extinguir la acción civil para el resarcimiento de lo daños producidos, que permanece viva, aunque pueda el perjudicado renunciar a su ejercicio, o convenir de otro modo con el obligado, lo que prevé la LORRPM en su art. 19.2 inciso final⁷⁰.

Como ha quedado dicho, el sobreseimiento puede también conseguirse si el menor se compromete a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico en su informe. En este punto se suscita una duda acerca del posible contenido de esa actividad, pues es fácil que consista en algún tipo de colaboración que coincida con las que puedan realizarse al amparo de la medida prevista en el art. 7.1.k) LORRPM, lo que sería inaceptable, pues supondría que el menor cumpliera una sanción sin que se hubiese dictado sentencia⁷¹.

69. MARCHENA GÓMEZ, *Responsabilidad penal...* cit., p. 273.

70. ORNOSA FERNÁNDEZ (*Derecho penal de menores...* cit., p. 254) considera que la responsabilidad civil debería quedar extinguida en estos casos, parece que no comparto, pues de lo que se trata con el mecanismo de la conciliación o la reparación es de alcanzar un equivalente a la medida educativa, que es la consecuencia jurídica de la infracción del menor, y que es algo enteramente distinto de la consecuencia del daño, es decir, la obligación de repararlo. No estamos, por tanto, en tal caso, ante un "doble castigo".

71. Véase al respecto ALASTUEY DOBÓN, *Alternativas al procedimiento...* cit., p. 207.

2. Sobreseimiento a propuesta del Equipo Técnico

En el art. 27.4 de la LORRPM se contempla, además, la eventualidad de llegar a un sobreseimiento por razones de oportunidad. Así, el Equipo Técnico puede proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del Expediente en interés del menor, *por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos*. Si efectivamente hay una propuesta en dicho sentido, el Fiscal podrá remitir el Expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, pero sólo si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de la LORRPM. Realmente la razón última de esta posibilidad legal se encuentra en las circunstancias aludidas, es decir, en que, o bien los trámites realizados hasta el momento han producido ya el efecto de intimidación individual en el menor, o bien ha ocurrido que durante el tiempo transcurrido desde la comisión del menor éste haya evolucionado positivamente, supuestos ambos en los que puede ser conveniente al interés del menor la no continuación del procedimiento. De ahí que la referencia a los requisitos del art. 19.1 haya que entenderla hecha sólo a los de carácter objetivo, es decir, cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta⁷².

VIII. CONCLUSIÓN DEL EXPEDIENTE Y REMISIÓN AL JUEZ

En el art. 30 LORRPM se regula la conclusión de la instrucción y actuaciones posteriores, que vienen a constituir, al modo de lo que ocurre en el proceso de adultos, una suerte de fase intermedia, ya que se sitúa entre la de instrucción y la de audiencia.

Terminadas las diligencias instructorias, el Fiscal - mediante decreto - acordará la conclusión del Expediente, lo notificará al Le-

72. En este sentido lo interpretan ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...* cit., p. 294, GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores...* cit., p. 3, y ALASTUEY DOBÓN, *Alternativas al procedimiento...* cit., p. 210.

trado del menor, y lo remitirá al Juez de menores. Si el resultado de dichas diligencias es positivo, es decir, si estima que hay base suficiente para la celebración de la audiencia, formalizará un escrito de alegaciones semejante al de conclusiones del art. 650 Lecrim, con las peculiaridades que, derivadas de la especialidad del procedimiento de menores, se recogen en los tres primeros apartados del art. 30 LORRPM. Alternativamente, podrá solicitar del Juez de Menores el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos previstos en la Lecrim. Dispone el art. 30.4 LORRPM en su inciso final que, en su caso, se solicitará también la remisión de los particulares necesarios a la entidad pública de protección de menores. Hay que suponer que esta previsión se aplicará en el caso de que el motivo aducido esté en relación con las circunstancias mencionadas en el art. 29 o, en general, cuando se aprecie una situación de desamparo o de riesgo.

Capítulo IV

LA FASE DE AUDIENCIA

REGINA GARCIMARTÍN MONTERO

Sumario: I. Los escritos de alegaciones. II. La conformidad. 1. Conformidad previa a la audiencia. 2. La conformidad manifestada en la audiencia. III. Posibles decisiones del Juez ante los escritos de alegaciones. 1. Convocatoria de la audiencia. 2. Sobreseimiento. 3. Remisión al Juez competente. 4. Práctica de nuevas pruebas. IV. Celebración de la audiencia. 1. Asistentes y publicidad. 2. Desarrollo de la comparecencia. A) Debate preliminar. B) Práctica de pruebas. C) Conclusiones y última palabra.

El legislador denomina fase de audiencia a una serie de actuaciones procesales que se regulan en el Título IV LORRPM (arts. 31 a 37). Y lo cierto es que el legislador en realidad hace uso del término audiencia para referirse a dos trámites distintos: uno regulado en los arts. 31 a 34, que comprenden determinados actos procesales que se pueden adoptar una vez concluida la instrucción y, otro, la celebración de una comparecencia regulada en los arts. 35 a 37. De hecho el art. 31 tiene como rúbrica *apertura de la fase de audiencia* y el art. 33, entre las decisiones que puede acordar el Juez —ya dentro de esa fase— alude a *celebrar la audiencia* como una de las posibles decisiones; lo que refleja claramente que el legislador utiliza una misma

denominación para dos tiempos y actuaciones procesales distintas¹. En realidad, se puede apreciar aquí un cierto paralelismo con el proceso de adultos, en el cual la fase de juicio oral toma su nombre de uno de los actos insertos en ella.

Por lo demás nos adentramos a partir de ahora en una fase del proceso que tiene naturaleza eventual, puesto que no existirá cuando el Fiscal estime que los hechos no constituyen delito o bien cuando no tengan autor conocido².

I. LOS ESCRITOS DE ALEGACIONES

La fase de audiencia arranca con la recepción del Expediente que remite al Juez de menores el Fiscal que lo ha instruido, incluido el escrito de alegaciones del Fiscal que aparece regulado en el art. 30 LORRPM. Comienzan así una serie de trámites en los que se recibe la documentación procedente del órgano instructor y se decide en torno a si procede la apertura de la audiencia; ello lleva a algunos autores a afirmar que nos encontramos ante una fase intermedia –a pesar de que esté regulada dentro del título dedicado a la fase de audiencia³.

Tras la recepción, el Juez ha de dar traslado del escrito del Ministerio Fiscal al Letrado del menor para que formule a su vez escrito de alegaciones y proponga prueba. A pesar de que los términos utilizados por el legislador difieren de los del proceso penal ordinario, lo cierto es que se puede considerar que los respectivos escritos de alegaciones a los que se refiere el art. 31 LORRPM son los correspondientes al escrito de acusación y al escrito de defensa del proceso de adultos⁴.

1. Vid. CFGE 1/2000 (apdo. VII) y DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios...*, cit., p. 301.

2. CFGE 1/2000 (apdo. VII).

3. DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad...*, cit., p. 160 y ORNOSA FERNANDEZ, *Derecho Penal de menores*, cit., p. 318.

4. TORRES ANDRÉS, *Ley de responsabilidad...* (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 317.

Junto con el escrito de alegaciones del Fiscal se ha de dar traslado del *Expediente, piezas de convicción, los efectos y demás elementos procesales que puedan existir*; entre dicha documentación se ha de encontrar también la proposición de prueba que pueda haber realizado el perjudicado en ejercicio de las facultades que le otorga el art. 25 LORRPM. El art. 30 LORRPM no alude a dicho escrito, pero el art. 25 sí que indica claramente que éste el momento idóneo para su presentación, ya que establece que, antes de remitir el Expediente al Juez de menores, el Fiscal concederá al perjudicado un plazo de cinco días para que proponga la prueba que estime que ha de practicarse en la fase de audiencia, de donde se deduce que dicho escrito ha de formar parte de la documentación remitida por el Ministerio Fiscal⁵.

Entiendo que este escrito no puede denominarse *de alegaciones*, como hace algún autor⁶; en él el perjudicado no alega nada: no puede introducir hechos ni fundamentos jurídicos, sino que la facultad del perjudicado es limitada estrictamente por la Ley a la proposición de prueba. Esto supone que los hechos sobre los que ha de versar la prueba que proponga el perjudicado, necesariamente han de ser aquellos que integran el escrito de alegaciones presentado por el Ministerio Fiscal. Por consiguiente, y dado que el legislador no concede al perjudicado la facultad de realizar alegaciones, el órgano judicial ha de cuidar que la proposición de prueba no sea utilizada como un medio de introducir solapadamente hechos en el proceso.

5. No comparto la opinión de CALATAYUD PEREZ (LO 5/2000 Fase intermedia, *Conclusión de la instrucción, Celebración de la audiencia y sentencia*, en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2001, p. 325) que ostensa que cuando la petición del Fiscal sea de sobreseimiento no es necesario realizar dicho traslado al perjudicado; en la medida en que entiendo que dicha petición no vincula al Juez de Menores (vid. *infra* epígrafe III.2), bien puede suceder que a pesar de la solicitud del Ministerio Fiscal se celebre la audiencia, en cuyo caso deberá constar la proposición de prueba del perjudicado si desea hacer uso de esa facultad.

6. HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 255 y TORRES ANDRES, *Ley de responsabilidad...*, (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 321.

Por lo que se refiere al escrito de la defensa, el art. 31 LORRPM establece que será *comprendivo de los mismos extremos que el escrito del Ministerio Fiscal*, que según lo dispuesto en el art. 30 serán: descripción de los hechos, valoración jurídica de los mismos, grado de participación del menor, reseña de sus circunstancias personales y sociales, así como proposición de una medida con los fundamentos jurídicos y educativos pertinentes. La doctrina sin embargo, estima que el escrito de defensa puede tener algunos contenidos que no están expresados en tal artículo, como son la petición de sobreesimiento o de archivo con remisión a la entidad pública correspondiente⁷, o el planteamiento de cuestiones previas: declinatoria de jurisdicción, prescripción del delito, etc.⁸.

El escrito de alegaciones del Letrado del menor es también el trámite oportuno para realizar la proposición de prueba, si bien no es éste un momento preclusivo, puesto que el art. 37 permite que en la audiencia se propongan nuevas pruebas, aunque en este caso con algunos límites, como veremos posteriormente.

II. LA CONFORMIDAD

El legislador, al igual que sucede en el proceso de adultos, prevé diversas posibilidades de conformidad del menor encausado con la medida solicitada. Las razones para permitir la conformidad no descansan ya sólo en la economía procesal y en la necesidad de aliviar el trabajo de los juzgados, como ocurre en el proceso ordinario, sino que a ellas se puede añadir en el proceso de menores, la conveniencia de evitar al menor la posible aflicción que le podría causar el desarrollo de la audiencia⁹. Las manifestaciones de con-

7. HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 258.

8. ORNOSA FERNANDEZ, *Derecho Penal de menores*, cit., p. 321.

9. AGUILERA MORALES, *Algunas apuntes acerca de la conformidad en el procedimiento previsto en el anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del menor, de 27 de abril de 1995*, en *La Ley*, 1996-5, p. 1593.

formidad están previstas en la Ley para dos momentos procesales distintos y sometidas a distinta regulación.

1. Conformidad previa a la audiencia

El primer trámite en que el legislador prevé una posible manifestación de la conformidad es en el momento en que el órgano judicial recibe los escritos de alegaciones del Fiscal y de la defensa del menor. Si bien la Ley no lo dice expresamente parece que el escrito de la defensa es el cauce adecuado para que el menor y su Letrado manifiesten la conformidad con la medida solicitada por el Fiscal, puesto que es la primera oportunidad que tienen de realizar alegaciones una vez que el Fiscal ha solicitado la imposición de una medida al menor¹⁰.

La conformidad anterior a la audiencia está limitada, puesto que como señala el art. 32 LORRPM, la conformidad puede prestarse únicamente cuando la medida solicitada sea una de las previstas en los apartados e) a m) del art. 7.1 LORRPM; se excluyen, por tanto, las medidas de internamiento.

La duda más severa que plantea la redacción del art. 32 LORRPM, es la forma en que el menor y su Abogado han de manifestar su conformidad ante el Juez; el legislador establece que *ésta se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del art. 36*. Tal redacción puede incluso conducir a la conclusión de que es necesario esperar a la celebración de la audiencia prevista en dicho artículo –y seguir por tanto todos los trámites que la preceden– para hacer efectiva la conformidad expresada en el escrito de alegaciones.

Sin embargo, coincido con la doctrina que afirma que no es razonable esperar hasta la audiencia que prevé el art. 36 para que se dicte la sentencia de conformidad cuando ésta se ha expresado en

10. En el mismo sentido se manifiesta TORRES ANDRES, *Ley de responsabilidad...*, (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 324 y la CFGE 1/2000 (apdo. VII.1).

los escritos de alegaciones¹¹. Efectivamente, es contrario a la economía procesal la exigencia de que el proceso siga adelante cuando las partes ya han manifestado su acuerdo en torno a la medida; de otro modo, no tendría sentido tampoco que el legislador hubiera previsto una nueva posibilidad de manifestar la conformidad en el seno de la audiencia del art. 36.

La alusión al acto de la audiencia del art. 36 habría que entenderla por tanto, en el sentido de considerar necesario que el Juez de menores convoque a los sujetos que la Ley señala como asistentes a la audiencia con el fin de que comparezcan en su presencia¹², y dicha comparecencia se regirá por el orden y las normas que contempla el citado artículo. Considero que reviste especial importancia la advertencia del legislador dirigida al Juez de que se cerciore de que el menor comprende el alcance de su manifestación de la conformidad.

Otra cuestión discutida es la relativa a la vinculación del Juez al consentimiento manifestado por las partes en sus escritos de alegaciones. En este sentido, el art. 36 LORRPM parece también resolver la cuestión en lo que respecta al acuerdo manifestado una vez iniciado el acto de la audiencia, puesto que afirma que, cuando se haya expresado la conformidad el Juez, *podrá* dictar resolución de conformidad. *A priori*, por tanto, y en virtud de la remisión que el art. 32 efectúa a la norma reguladora de la audiencia, la misma conclusión se podría extraer para el primer momento de manifestación de la conformidad. A pesar de ello, estimo que la literalidad del art. 32 nos conduce a la conclusión contraria, puesto que la citada

11. GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores*, en La Ley, n° 5386, 1 de octubre de 2001, p. 3; HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 268; en el mismo sentido se pronuncia la CFGE 1/2000 (apdo. VIII.2).

12. DOLZ LAGO, *La media responsabilidad...*, cit., p. 177; el art. 35 LORRPM establece que a la audiencia deben ser citados: el Ministerio Fiscal, el perjudicado que se haya personado, el Letrado del menor, un representante del Equipo Técnico, el menor, sus representantes legales y el representante de la entidad pública de protección de menores que haya intervenido en las actuaciones de la instrucción -la presencia de estos dos últimos queda supeditada a lo que al respecto determine el Juez-.

norma señala que, una vez manifestada la conformidad ante el Juez en una comparecencia *éste dictará sentencia sin más trámite imponiendo la medida solicitada*. De tales términos entiendo que se colige sin dificultad la voluntad del legislador de que el Juez no pueda acordar nada distinto de la medida en la que las partes mostraron su acuerdo si éste cumple los requisitos procesales¹³. Esta conclusión vendría reforzada por el hecho de que ya el legislador, restringiendo las medidas en torno a las cuales el menor puede manifestar su consentimiento, ha limitado el alcance de la manifestación de conformidad a aquellas medidas más favorables para el menor.

Cuando la sentencia se dicta como consecuencia de la conformidad expresada en los escritos de alegaciones, el proceso finaliza sin que apenas se haya iniciado la fase de audiencia; la intervención del Juez en el desarrollo del proceso en estos casos es mínima.

2. La conformidad manifestada en la audiencia

El segundo momento en el que cabe expresar la conformidad es en el seno de la audiencia que el legislador regula en los arts. 35 y ss. La eventual manifestación de conformidad tiene lugar al inicio de la audiencia, según se desprende de la Ley, puesto que regula la conformidad en el art. 36 y el desarrollo de los actos en la celebración de la audiencia en el artículo siguiente; ello no obstante, algún autor indica que no habría ningún obstáculo en que la conformidad se lograra en un momento posterior¹⁴. Sin embargo, si no se ha logrado la conformidad en un momento anterior a la audiencia, no es fácil que se llegue posteriormente a un acuerdo.

El art. 36, a diferencia de lo que sucede con la conformidad previa a la audiencia, prevé dos posibles objetos para la conformidad: los hechos y la medida; de forma que cabe que el menor acepte

13. Vid. también en este sentido GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores*, cit., p. 3.

14. TORRES ANDRES, *Ley de responsabilidad...*, (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 345.

los primeros pero no la segunda, en cuyo caso la audiencia sigue adelante, pero con un objeto ya más restringido puesto que el debate versará ya exclusivamente sobre la medida.

Como hemos señalado anteriormente¹⁵, la conformidad del menor —con la aquiescencia de su Letrado, como exige el art. 36— no comporta la obligación del Juez de dictar sentencia en tal sentido, sino que el verbo *podrá* que utiliza la Ley, permite claramente al órgano judicial adoptar la decisión última en torno al contenido de la sentencia¹⁶; lógicamente, caso de no considerar aceptable el consenso, el Juez deberá disponer la continuación de la audiencia, y lo mismo sucederá en el caso de que el acuerdo no cuente con el consentimiento del Letrado del menor.

También se plantean ciertas dudas acerca de si existe algún límite en el objeto de la conformidad: el art. 32 sí que lo establecía, puesto que restringía la posibilidad de conformarse del menor a las medidas del art. 7.1 que no comportaran el internamiento del menor. No sucede lo mismo en el art. 36, que no contiene ninguna referencia a una posible limitación del asentimiento del menor. Ante el silencio legal, la doctrina se divide en dos opiniones encontradas: la de aquellos que entienden que el menor puede manifestar su conformidad con cualquier tipo de sanción¹⁷ y la de aquellos otros que estiman que frente a la ausencia de una norma expresa hay que acudir a la aplicación supletoria de la Lecrim¹⁸. En todo caso, y como señala DOLZ LAGO, ambas posturas conducen a un mismo resultado, puesto que el art. 793.2 Lecrim dispone que la conformidad no podrá prestarse para penas de más de seis años, y las medidas de internamiento que prevé la LORRPM no superan los cinco¹⁹.

15. Vid. *supra* epígrafe 2.1.

16. DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad...*, cit., p. 179, GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores*, cit., p. 3 y TORRES ANDRES, *Ley de responsabilidad...* (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 346.

17. GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores*, cit., p. 3 y DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios...*, cit., p. 305.

18. AGUILERA MORALES, *Algunos apuntes...*, cit., p. 1594.

19. DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad...*, cit., p. 178.

Teniendo en cuenta que el juzgador no queda vinculado en la sentencia por la conformidad alcanzada por las partes, no deja de llamar la atención el límite del art. 36.3 LORRPM. Según lo dispuesto en dicha norma, cuando el acuerdo fuera sólo con los hechos y no con la medida solicitada la audiencia seguirá con el único objeto de debatir la conveniencia de la medida propuesta; en este caso la medida podrá ser sustituida por otra más adecuada al interés del menor *y que haya sido propuesta por alguna de las partes*. El legislador ha optado por un claro reflejo del principio de rogación exigiendo la proposición de parte, lo que impide que el órgano judicial imponga una medida no propuesta por alguna de las partes, ni siquiera aunque sea más favorable al menor; considero que esta sujeción del órgano judicial a la voluntad de las partes resulta criticable y no parece muy acorde con el superior interés del menor que inspira la Ley²⁰.

III. POSIBLES DECISIONES DEL JUEZ ANTE LOS ESCRITOS DE ALEGACIONES.

Una vez recibidas las alegaciones, el Juez tiene que adoptar una decisión en torno al curso que a partir de entonces ha de seguir el proceso. Una de ellas, a la que ya hemos aludido, es la posibilidad de dictar sentencia de conformidad cuando ésta se manifiesta en los escritos de alegaciones, tal y como regula el art. 32 LORRPM. Los otros posibles contenidos de su decisión están regulados en el art. 33.

No alude la señalada norma a la forma que ha de revestir la decisión judicial –únicamente lo hace en el apartado b) que dispone que se acordará el sobreseimiento por auto motivado y el art. 34 según el cual la apertura de la audiencia se realizará mediante auto-, tan sólo nos dice al respecto que frente a ella cabrán los recursos previstos en la propia Ley; sin embargo, la trascendencia de todas

20. TORRES ANDRES, *Ley de responsabilidad...*, (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 351.

ellas aconseja que la forma que adopte la decisión judicial sea la de auto²¹, lo que resulta acorde con los arts. 141 Lecrim y 245 LOPJ. La alusión a la recurribilidad de la decisión judicial, nos obliga a acudir al art. 41 LORRPM reguladora del régimen general de recursos en el proceso de menores.

Veamos a continuación los posibles contenidos de la decisión del Juez de menores según lo establecido en el art. 33.

1. Convocatoria de la audiencia

La primera de las posibilidades a que alude el art. 33 es que el Juez acuerde celebrar la audiencia y, consecuentemente, cite a las partes para su celebración. El contenido de este auto, sin embargo, es mucho más completo de lo que el art. 33.a) LORRPM sugiere, puesto que el art. 34 está dedicado también al contenido y plazos en que se ha de dictar el auto de apertura de la audiencia.

Por lo que se refiere al plazo en que se ha de dictar el auto de apertura, es ésta la única de las decisiones contempladas en el art. 33 LORRPM para la que el legislador prevé un plazo, siendo éste de cinco días desde la recepción del escrito de alegaciones presentado por el Letrado del menor. Esta premura en que se dicte una resolución judicial cuando ésta tiene por finalidad decretar la apertura de la audiencia está sin duda guiada por el loable deseo de lograr la celeridad en el proceso, sin embargo, contrasta con la ausencia de plazos para el Ministerio Fiscal en la fase de instrucción²². Por otra parte, nos encontramos ante un plazo singularmente breve, cuyo cumplimiento requerirá una especial diligencia por parte del órgano judicial²³.

21. En este sentido se pronuncia también ORNOSA FERNANDEZ, vid. *Derecho Penal de menores*, cit., p. 324.

22. ORNOSA FERNANDEZ, vid. *Derecho Penal de menores*, cit., p. 328.

23. Así lo parece entender también la Fiscalía General del Estado, ya que en la CFGE 1/2000 (apdo. VIL5), al aludir a este plazo no deja de recordar que *el proceso penal que tiene por sujeto pasivo al menor de edad exige una actitud institucional que huya de la conformista aceptación de que los plazos legales resultan, al fin y al cabo, inexigibles. La ordinaria influencia que el tiempo despliega en las relaciones jurídicas adquiere ahora un valor especial.*

Por lo que se refiere al contenido del auto, lo esencial es el señalamiento del acto de la audiencia; esta decisión la ha de adoptar el Juez a la vista de lo que resulte de los escritos de las partes. Aunque la Ley no lo requiere así de forma expresa, el Ministerio Fiscal ha de solicitar formalmente en su escrito que se acuerde la apertura de la fase de audiencia²⁴.

Además de la apertura de la audiencia el auto deberá contener también la oportuna decisión judicial en torno a la admisibilidad de la prueba propuesta por las partes; así como, en su caso, el pronunciamiento en torno a la petición de nuevas pruebas que haya podido hacer el Letrado del menor al amparo de lo que establece el art. 26 LORRPM.

2 Sobreseimiento

Otra de las posibles decisiones judiciales que se pueden adoptar al inicio de la llamada fase de audiencia es la de sobreseer el proceso; el legislador alude al sobreseimiento en dos de los apartados del art. 33: el b) y el c).

La propia LORRPM establece alguno de los motivos que pueden conducir al sobreseimiento. De este modo cabe decretar el sobreseimiento cuando se considere que el menor ha recibido el reproche suficiente por su conducta (art. 14 LORRPM); o también cuando se estime que ha transcurrido un tiempo excesivo desde la comisión del delito, lo que hace ya inadecuada cualquier intervención, como regula el art. 27.4 LORRPM. Esta norma establece además para los dos supuestos citados, que la propuesta de sobreseimiento la podrá hacer también el Equipo Técnico. El art. 19 LORRPM recoge otro motivo de sobreseimiento: conciliación del menor con la víctima. En los tres casos la Ley exige que concurren las circunstancias que menciona el art. 19.1 LORRPM: que se atiende a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor

24. HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 267.

pero que de modo especial que el hecho delictivo haya sido cometido sin violencia o intimidación graves²⁵.

Sin embargo, estas normas han de ser completadas por la regulación supletoria contenida en la Lecrim, a cuya aplicación se refiere de manera expresa el art. 30.4 LORRPM, según el cual, concluida la instrucción, el Ministerio Fiscal podrá solicitar al Juez de menores el sobreseimiento por alguno de los motivos previstos en la Lecrim. En virtud de lo regulado en el mencionado cuerpo legal, hay que entender que alguno de los supuestos de sobreseimiento que allí se contemplan serían también aplicables al proceso del menor. De este modo, cabría solicitar el sobreseimiento por inexistencia del hecho o su atipicidad (art. 637. 1 y 2 Lecrim).

En principio, la aplicación supletoria de la Lecrim, nos permitiría también acudir a los supuestos de sobreseimiento provisional contemplados en el art. 641 Lecrim: que no esté justificada la perpetración del delito, o bien que no resulten del sumario elementos suficientes para acusar a determinada persona. Sin embargo, entiendo que en el proceso de menores la concurrencia de estas circunstancias no daría lugar a un sobreseimiento provisional, sino al sobreseimiento libre. Es cierto que la LORRPM no distingue, pero es obvio que un archivo provisional de la causa es algo indeseable en un proceso de menores, y además caso de producirse nos encontraríamos en un supuesto en el que concurre claramente el motivo de sobreseimiento que acoge el art. 27.2 LORRPM: el excesivo tiempo transcurrido desde el momento de comisión del hecho delictivo.

La decisión en torno al sobreseimiento corresponde al órgano judicial; es cierto que el Fiscal tiene ciertas facultades al inicio del proceso para decidir sobre la procedencia de la incoación del Expediente, sin embargo, una vez que éste se ha iniciado, el fin del proceso ha de ser necesariamente por resolución del órgano judicial²⁶.

25. Sobre los requisitos que exige la Ley para poder solicitar el sobreseimiento en estos casos vid. *supra* Capítulo Tercero epígrafe VII.

26. HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 262.

Por lo que respecta a la decisión judicial que acuerda el sobreseimiento cabe plantearse si el Juez está vinculado por la petición de sobreseimiento que realiza el Fiscal; la doctrina mayoritaria considera que no existe dicha vinculación, por tanto, realizada la petición del Ministerio Fiscal de sobreseer, el Juez ponderará si la adopción de dicha decisión es conveniente o no lo es²⁷. Se aduce al respecto, entre otras razones, que carecería de sentido que se atribuya al Juez una decisión en la cual él propiamente no decide nada. Si fuera intención del legislador atribuir al Fiscal la decisión última en torno al sobreseimiento lo razonable hubiera sido que se dispusiera que éste simplemente informara al Juez de lo acordado²⁸.

Sin embargo, esta conclusión puede dar lugar a que el Juez se encuentre en una situación peculiar, como acertadamente señala SAEZ GONZALEZ. Efectivamente que el órgano judicial afirme –en contra de la opinión del Ministerio Fiscal– que hay unos hechos que pueden considerarse delictivos y un sujeto al que se le pueden imputar tales hechos, podría suponer un perjuicio –y por tanto, una contaminación del Juez encargado de fallar el asunto–²⁹.

Además de no estar el Juez vinculado por la petición del Fiscal en el sentido de acordar el sobreseimiento cuando éste así lo proponga, tampoco le vincula su petición de apertura de la audiencia; es decir, el Juez podrá acordar el sobreseimiento aunque la petición realizada por el Ministerio Fiscal haya sido de apertura de la audiencia³⁰. La CFGE 1/2000 sostiene que ahí radica precisamente la

27. HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 262; PERIS RIERA, *El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000*, en *La Ley*, 2001-2, p. 1650 y SAEZ GONZALEZ, *Imparcialidad y situaciones de contaminación en la Nueva Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, en *Anuario de Justicia de menores*, n° 1 de 2002, p. 68.

28. SAEZ GONZALEZ, *Imparcialidad...*, cit., p. 68.

29. Vid. SAEZ GONZALEZ, *Imparcialidad...*, cit., p. 70.

30. HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 263. En el mismo sentido afirma la CFGE 1/2000 (apdo. VII.2): *La resolución de sobreseimiento puede ser también consecuencia de una decisión jurisdiccional que no cuente con la petición del Fiscal en tal sentido. Forma parte del ámbito funcional reservado al Juez de Menores el control de la salubridad del escrito de alegaciones del Fiscal.*

diferencia entre los apartados b) y c) del art. 33 LORRPM: el primero se referiría a aquellos supuestos en que el Juez decreta el sobreseimiento sin previa solicitud del Fiscal en tal sentido –de ahí el afán del legislador en precisar que el auto ha de ser motivado³¹– y el segundo a aquellos casos en que la decisión judicial se hace en el sentido de lo pedido por el Fiscal.

Merece tomarse en consideración la alusión que el art. 33.c) efectúa a una posible remisión de los particulares del asunto sobreseído a la entidad pública de protección de menores correspondiente. En este caso, el texto de la Ley sí que subordina claramente la posibilidad de acordar dicha remisión a la petición previa del Fiscal. Estimo, al igual que sostienen algunos autores³², que hubiera sido deseable que el legislador permitiera también al órgano judicial acordar dicha remisión de oficio, ya que puede suceder que aunque el Ministerio Fiscal no considere adecuada la sumisión del asunto a la entidad pública el Juez sí la estime oportuna; se le priva por tanto, de un margen de discrecionalidad injustificadamente.

3. Remisión al Juez competente

El art. 33.e) LORRPM alude como otro de los posibles contenidos de la decisión judicial al inicio de la fase de audiencia la remisión de actuaciones al Juez competente cuando el Juez de Menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto.

Es lógico que se le conceda al órgano judicial la posibilidad de pronunciarse sobre su propia competencia en el momento en que asume la dirección del proceso, que hasta entonces se encontraba

31. La CFGE 1/2000 (apdo. VII2) apunta como posible motivo de la referencia que realiza el art. 33.b) LORRPM a la motivación del auto, que el legislador quiera subrayar que en el sobreseimiento decretado al amparo del art. 33.c) está sometido a un cierto automatismo en la medida en que el órgano judicial en principio asume la justificación del sobreseimiento realizada por el Ministerio Fiscal –sin que ello le exima tampoco de motivar el auto–.

32. DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios...*, cit., p. 303 y TORRES ANDRÉS, *Ley de responsabilidad...*, (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 330.

bajo las manos del Ministerio Fiscal; sin embargo, como señala la CFGE 1/2000 (apdo. VII.3), los Fiscales deberían de cuidar que a estas alturas del procedimiento no existieran ya posibles dudas en torno a la competencia³³.

El legislador parece sugerir que la duda de competencia se ha de suscitar entre el Juez de menores y el ordinario –ya que alude de remisión al *Juez competente* por parte del *Juez de menores*–; sin embargo, no ha de ser así necesariamente, ya que puede suceder que el Juez de menores perciba en estos momentos falta de competencia territorial o de falta de competencia objetiva por corresponder el asunto al juzgado central de menores³⁴.

4. Práctica de nuevas pruebas

La última posibilidad en el contenido de las decisiones judiciales que contempla el art. 33 LORRPM es que el Juez acuerde en este momento las pruebas propuestas por el Letrado del menor que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción.

Con una terminología equívoca, puesto que en definitiva denomina *pruebas* a diligencias pertenecientes a la fase de instrucción, alude por tanto el legislador al pronunciamiento judicial en este momento procesal sobre la petición a la que se refiere el art. 26.2 LORRPM, nos remitimos por tanto a lo dicho al tratar la instrucción³⁵.

IV. CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA

La LORRPM, tras contemplar las posibles decisiones que puede adoptar el Juez cuando se le remite el Expediente, regula a continuación la celebración de la audiencia en los arts. 35 a 37. Sin embargo, como es lógico, existen algunos trámites no contemplados

33. Vid. también HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 260.

34. HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 260.

35. Vid. *supra* Capítulo Tercero epígrafe V.

por el legislador pero que son imprescindibles para su desarrollo: citaciones a testigos y peritos, traslado del menor –si fuera necesario– a la sede del juzgado, etc.³⁶; en todas estas cuestiones habremos de acudir a la *Lecrim* como norma supletoria.

1. Asistentes y publicidad

El art. 35. 1 LORRPM dispone quienes deben o pueden acudir al trámite de audiencia; éste es el primer pormenor de la regulación audiencia que llama la atención: a diferencia de lo que sucede en otros trámites de comparecencia previstos en nuestra legislación procesal, en el proceso de menores la presencia de determinadas personas en la audiencia se hace depender no de su voluntad, sino de la decisión que adopte el Juez en función de lo que considere más adecuado para el menor.

La LORRPM en la citada norma dispone que la audiencia se celebrará con la presencia del Ministerio Fiscal, el perjudicado personado, el Letrado del menor, un representante del Equipo Técnico que haya informado y el propio menor. A continuación sin embargo, alude a la posible presencia del representante legal del menor y del representante de la entidad pública de protección de menores que hubiera intervenido durante la instrucción. Aunque la asistencia de ambos representantes queda supeditada en último término a lo que el Juez decida al respecto, cabe apreciar una diferencia entre los dos supuestos, ya que en el caso de representante legal del menor la Ley establece su presencia salvo que el Juez acuerde lo contrario³⁷; mientras que el representante entidad pública asistirá cuando así lo acuerde el Juez; por tanto, el legislador parece sugerir que para el primero la regla general ha de ser la asistencia a la audiencia y para el segundo la no asistencia.

36. HERNÁNDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 269.

37. La inconveniencia de la asistencia del representante del menor puede obedecer a motivos muy variados: que los padres sean víctimas, que el menor esté tutelado por una entidad pública, etc.; vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de menores*, cit., p. 332.

Mención especial merece también la posible ausencia del menor en la audiencia; el legislador no alude a esa posibilidad, sin embargo, ha de ser ponderada desde el momento en que lo permite la Lecrim. Algunos autores reputan ineludible la presencia del menor, entendiendo que se deduce de la relación de personas que efectúa el art. 35 LORRPM³⁸. No obstante, estimo más adecuada la opinión de quienes consideran que la ausencia del menor es posible por aplicación del art. 793.1 Lecrim y dentro de los límites que dicha norma establece –que la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad³⁹. En mi opinión, no hay ningún motivo que justifique la inaplicación de la Lecrim en este caso, que por otra parte puede resultar más favorable al interés del menor; es cierto que la asistencia del imputado siempre es aconsejable, y éste es aparentemente el deseo del legislador, pero no se puede obviar la posible concurrencia de circunstancias que hagan más gravosa al menor su presencia⁴⁰.

La audiencia se lleva a cabo sometida a publicidad, no obstante, el hecho de que el enjuiciado sea un menor hace que la publicidad conozca alguna variación en relación con el proceso ordinario. En el proceso de adultos, la publicidad actúa como garantía del cumplimiento de las normas procesales, en el proceso del menor ese interés coexiste con el de proteger al menor y facilitar su inserción en la sociedad, por lo que es obvio que la publicidad ha de regir de forma distinta.

En este sentido, la STC 36/1991, de 14 de febrero afirma que no todos los principios y garantías exigidos en los procesos para adultos se han de asegurar en los mismos términos en el procesos de

38. HERNANDEZ GALILEÁ, *El sistema español...*, cit., p. 271 y TORRES ANDRES, *Ley de responsabilidad...* (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 340.

39. ORNOSA FERNANDEZ, *Derecho Penal de menores*, cit., p. 331; en el mismo sentido vid. CFGE 1/2000 (apdo. VIII.1).

40. La CFGE 1/2000 (apdo. VIII.1) señala que puede estar justificada la ausencia del menor, por ejemplo, cuando el delito fue cometido en su lugar de vacaciones y éste es distinto de su residencia habitual.

menores –la sentencia se dicta en relación con la regulación del Decreto de 11 de junio de 1948 de Tribunales Tutelares de Menores- y *tal es el caso del principio de publicidad, en donde razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones podría justificar su restricción*. La propia sentencia cita lo establecido en este sentido en la Regla 8ª de Beijing⁴¹.

La LORRPM se hace eco de tal doctrina en su art. 35.2, regulador de la publicidad, en el cual establece que el Juez podrá acordar, en interés del menor, la no publicidad de las sesiones. Hasta tal punto es consciente el legislador de dicha necesidad que regula la excepción sin mencionar lo que –por exclusión- ha de considerarse regla general: la publicidad de las sesiones; es indicativo en este punto que la rúbrica del art. 35 se refiera a los asistentes y a la *no publicidad* de las sesiones. Este loable interés en proteger la intimidad del menor no debe, sin embargo, convertir en norma la excepción; pese a la redacción de la norma, no podemos olvidar que lo habitual ha de ser que las sesiones se celebren sometidas a publicidad y no lo contrario⁴².

El secreto del debate según se deduce de la Ley se acuerda siempre de oficio, sin embargo, la CPGE 1/2000 (apdo. VIII.1) señala que a pesar de la ausencia de una disposición legal en este sentido no habría ningún obstáculo en que la petición de no publicidad de la audiencia la realizara el Fiscal; en mi opinión, es igualmente razonable que la decisión se adopte también a instancia del Letrado del menor o de cualquiera otro de los asistentes a la audiencia.

Otra norma peculiar del proceso de menores en relación con la publicidad es la contenida en el art. 37.4 LORRPM; esta norma

41. La Regla 8ª referente a la protección de la intimidad afirma: 1. *Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad*. 2. *En principio no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente*.

42. TORRES ANDRÉS critica que la práctica tiende a que lo habitual sea acordar el secreto del debate que no es lo que la Ley dispone; vid. *Ley de responsabilidad...*, (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 344.

prevé la posibilidad de que el menor abandone la sala si su interés lo aconseja, decisión que deberá adoptar el Juez de oficio o a instancia de parte.

Habitualmente la decisión judicial en torno al abandono de la sala de alguno de los asistentes a una comparecencia se realiza en ejercicio de la función de policía de estrados que corresponde al Juez (art. 165 LOPJ). No se hace así en este caso, sino que, como señala la doctrina, la LORRPM trata de salvaguardar el interés del menor cuando parezca conveniente que no debe presenciar el debate que se lleva a cabo⁴³. Efectivamente, la ausencia del menor ofrece a los restantes asistentes a la audiencia la posibilidad de debatir con mayor libertad en torno a la conveniencia de la aplicación de medidas u otras cuestiones que le puedan afectar.

No cabe sin embargo, según la redacción de esta norma, que el menor sea excluido de toda la audiencia. Se deduce así de la redacción del art. 37.4 LORRPM según el cual la necesidad de que el menor abandone la sala se apreciará *en el transcurso de la audiencia y se llevarán a cabo sin su presencia hasta que el menor pueda retornar a aquella*. La falta de publicidad para el menor, por tanto, ha de ser siempre parcial.

2. Desarrollo de la comparecencia

La audiencia en el proceso de menores se caracteriza por tener una finalidad educativa, lo que distingue este proceso frente al proceso ordinario⁴⁴; desde luego no es su único fin, pero sí puede ser

43. DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios...*, cit., p. 307 y TORRES ANDRÉS *Ley de responsabilidad...*, (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 360.

44. La CPGE 1/2000 (apdo. VIII) contiene algunas indicaciones a los Fiscales teniendo también en cuenta este objetivo: *Conviene no olvidar que la celebración de la audiencia (...) constituye un acto procesal que, en no pocos casos, se traducirá en una experiencia inolvidable en la etapa formativa del menor de edad. De ahí su importancia y de ahí la necesidad de que los Sres. Fiscales fijen de tal forma rutina con lo que, en más de una ocasión, se aborda el desarrollo de las sesiones del juicio oral.*

muy útil de cara a evitar la reincidencia en menores que se enfrentan por primera vez con la justicia. Para ello es de primordial importancia que el menor sometido al proceso sea capaz de comprender el acto que se está llevando a cabo, de ahí que el art. 36.1 LORRPM disponga que el Juez informe al menor, de una manera comprensible para él, del hecho del que se le acusa y sus consecuencias jurídicas.

A) Debate preliminar

La audiencia, según establece el art. 37 LORRPM –y si no se logra la conformidad como dispone el art. 36– comienza por las manifestaciones que pudieran realizar las partes en torno a la práctica de nuevas pruebas o la vulneración de derechos fundamentales, así como por la eventual proposición por parte del Juez en torno a una calificación distinta o la proposición de una medida diferente a la solicitada por las partes. Se trata en definitiva de un debate preliminar previo a la discusión sobre el fondo del asunto.

La doctrina, sin embargo, coincide en afirmar que esta comparecencia previa no ha de limitarse a las materias que propone el legislador, sino que hay otras cuestiones, no mencionadas en el texto legal, que bien pueden considerarse objeto de la misma: así sucede con la posible falta de competencia del órgano judicial, causas de suspensión, planteamiento de cuestiones previas, etc.⁴⁵

Merecen un examen más detenido los tres posibles objetos de este debate preliminar a los que se refiere expresamente el legislador. De este modo se hace alusión en primer lugar a las manifestaciones del Ministerio Fiscal y el Letrado del menor sobre *la práctica de nuevas pruebas*; y la misma facultad reconoce al perjudicado el art. 25 en su párrafo 8º. En principio, el trámite procesal oportuno para

45. GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores*, cit., p. 4; HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 275; ORNOSA FERNANDEZ, *Derecho Penal de menores*, cit., p. 339 y TORRES ANDRES, *Ley de responsabilidad...*, (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 353.

la proposición de prueba son los escritos de alegaciones (arts. 30.2 y 31 LORRPM), lo que hace pensar –aunque no lo disponga expresamente el art. 37 LORRPM– que la admisión de nuevas pruebas en este momento ha de tener carácter restrictivo y su proposición en el trámite de la audiencia en vez de en el escrito de alegaciones ha de estar debidamente justificada⁴⁶.

Existe una cierta contradicción entre los párrafos 1º y 2º del art. 37, ya que en el 2º párrafo la prueba propuesta en la propia comparecencia se limita a la que sea apta para ser practicada en el acto; parece razonable, por tanto, aplicar esta restricción aunque no esté contenida en el art. 37.1 LORRPM⁴⁷.

La segunda cuestión que puede ventilarse en este debate preliminar, según lo que establece el legislador, es la *vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento*. El legislador acoge la misma norma que establece el art. 793.2 Lecrim para el procedimiento abreviado en el turno de intervenciones. Novedosa, sin embargo, es la alusión que la LORRPM realiza a la eventual subsanación de vicios de este tipo, cuando la subsanación es más propia para irregularidades procesales que para vulneraciones de derechos fundamentales, como señala la CFGE 1/2000 (apdo. VIII.3.B).

Resulta también altamente confusa la alusión que hace el art. 37.1 LORRPM a las alternativas que tiene el órgano judicial tras el examen de la posible vulneración de derechos fundamentales, puesto que señala que *el Juez acordará la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado, si así procediere*. Aquí, el legislador presenta como excluyentes dos posibilidades que precisamente son las únicas compatibles entre sí, esto es, cabe que continúe la audiencia tan sólo si puede subsanarse el vicio –no el derecho como afirma el legislador–, por el contrario si el defecto es insubsanable,

46. En este sentido se pronuncia también GIMENO SENDRA, *vid. El proceso penal de menores*, cit., p. 4.

47. Así lo manifiesta también la CFGE 1/2000 (apdo. VIII.3.A); de la misma opinión es HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 275.

la actuación procedente será de forma habitual la declaración de nulidad, lo que impedirá que continúe la audiencia.

En tercer lugar, forma parte de este debate preliminar, según establece la Ley, la posibilidad de que el Juez ponga de manifiesto *la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado*. Es ésta una norma que ha causado cierta perplejidad a los intérpretes de la Ley; las dudas vienen de su semejanza con la llamada "tesis de la desvinculación" que regula el art. 733 Lecrim, sin embargo, ésta se prevé en un momento distinto del proceso que ya apunta el propio artículo en su inicio: *Si juzgando por el resultado de las pruebas (...)*; la LORRPM sin embargo, permite que el Juez proponga una calificación distinta en los momentos iniciales de la audiencia, en un momento en que no conoce todavía el resultado que arrojan las pruebas.

Considero adecuada la solución que la CFGE 1/2000 (apdo. VIII.3.C) ofrece al desatino legal. Propone el citado documento que si el Juez hace uso de la proposición de una calificación distinta o una medida alternativa al inicio de la audiencia, sea tan sólo a efectos de corrección de algún error material en la redacción de los escritos alegatorios. Si, por el contrario, la voluntad judicial de proponer una calificación distinta se entiende como equivalente al planteamiento de la tesis, ésta actuación se ha de posponer al momento inmediatamente posterior a la práctica de la prueba y ha de realizarse además con las mismas garantías que se requieren en el proceso ordinario para que el planteamiento de la tesis no vulnere el derecho de defensa (identidad de hecho y homogeneidad del bien jurídico). Ha de tenerse en cuenta también la prohibición contenida en la propia LORRPM en el art. 8 que impide que la medida impuesta por el Juez sea más gravosa que la solicitada por el Fiscal; no hay por tanto, una absoluta equiparación entre la tesis de la desvinculación prevista para el proceso ordinario y la calificación distinta regulada en el proceso de menores⁴⁸.

48. Vid. CFGE 1/2000 (apdo. VIII.3.C) y GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores*, cit., p. 4.

B) Práctica de pruebas

Tras el debate previo que haya podido suscitarse la audiencia continuará con la práctica de la prueba. Es apreciable en materia probatoria una notable carencia de regulación legal que habrá de integrarse acudiendo a la aplicación supletoria de la Lecrim.

Dentro de las escasas normas que ofrece la LORRPM al respecto sí merece ser destacada la declaración del Equipo Técnico. Tal declaración ha de ser considerada como una prueba pericial⁴⁹, y de la redacción del art. 37.2 se desprende que, al menos en lo que se refiere a las circunstancias del menor, ha de ser de obligada práctica.

No prevé el legislador que la imposibilidad de practicar la prueba propuesta pueda dar lugar a una suspensión de la audiencia, pero considero oportuno, como hacen algunos autores, admitir tal eventualidad en circunstancias justificadas -ausencia de un testigo, etc.- como por otra parte prevé también el art. 793.4 Lecrim⁵⁰.

Al igual que en el proceso de adultos, se hace necesario evitar que se dé a las diligencias de instrucción un valor probatorio que no les es propio⁵¹. Este peligro se ve agravado en la LORRPM por el indebido uso que el mismo legislador realiza de los términos referidos a las actuaciones instructorias y probatorias, lo que genera una confusión que es fácilmente apreciable en los arts. 25 y 33⁵².

C) Conclusiones y última palabra

Tras la práctica de la prueba, las partes han de formular sus conclusiones en torno a los resultados que se hayan logrado con la actividad probatoria. El art. 37.2 LORRPM, en este sentido, afirma que se oirá a las partes *sobre la valoración de la prueba, su calificación*

49. ORNOSA FERNANDEZ, *Derecho Penal de menores*, cit., p. 341.

50. DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad...*, cit., p. 180 y TORRES ANDRES, *Ley de responsabilidad...*, (Coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), cit., p. 355.

51. CPGE 1/2000 (apdo. VIII1).

52. Cita otros ejemplos HERNANDEZ GALILEA, *El sistema español...*, cit., p. 260.

jurídica y la procedencia de las medidas propuestas; sobre este punto se oirá también al Equipo Técnico. No lo dice, por tanto, el legislador expresamente, pero habría que entender que tanto Ministerio Fiscal como el defensor del menor habrán de pronunciarse sobre si ratifican su escrito de alegaciones o bien introducen alguna modificación⁵³.

De nuevo hay que acudir al art. 25 LORRPM para determinar la participación del perjudicado en este trámite procesal; la Ley le permite realizar conclusiones, pero las limita a los hechos que resultan de la prueba y a la participación del menor en ellos, sin que pueda manifestarse en torno a la procedencia de las medidas.

Se puede apreciar, por consiguiente, que casi todos los asistentes a la audiencia son oídos en este trámite de conclusiones pero las manifestaciones que realicen en este momento procesal están limitadas de forma distinta para cada uno de ellos.

La audiencia termina con una última intervención del menor, que puede hacer uso de la palabra en este momento si lo desea, en la misma forma en que prevé el art. 737 Lecrim.

53. Vid. CFGE 1/2000 (apdo. VIII.3.A) y ORNOSA FERNANDEZ, *Derecho Penal de menores*, cit., p. 343.

Capítulo V

LA SENTENCIA

MARÍA ROSA GUTIÉRREZ SANZ

Sumario: I. Marco legal de la sentencia de menores. II. Estructura y motivación de la sentencia. III. Contenido de la sentencia. IV. La sentencia oral. V. El lenguaje de la sentencia. VI. Plazo para dictar la sentencia. VII. El registro de las sentencias. VIII. La suspensión del fallo.

I. MARCO LEGAL DE LA SENTENCIA DE MENORES

Bajo la rubrica "De la sentencia", la LORRPM, en el Título V, regula una serie de aspectos concretos de la sentencia en este tipo de procesos.

Una primera lectura podría indicar una cierta parquedad por parte del legislador a la hora de regular un aspecto fundamental, no sólo en esta clase de procesos, sino en cualquiera, puesto que no olvidemos que si el proceso se desarrolla lo hace con una única vocación y es la de obtener esa resolución en la que el órgano jurisdiccional declara el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, poniendo fin al proceso penal y declarando la absolución o la condena del acusado o acusados, imponiendo, en su caso, una o varias medidas. En el proceso de menores nos hallamos ante un objeto y

un ordenamiento singular que determinan unos efectos distintos a los que se producen en el resto de las causas penales.

Pero la sensación de brevedad en la regulación de la sentencia, se torna mera apariencia cuando analizamos el contenido del art 39, en el cual se especifica, con un detalle poco habitual en el legislador, todos aquellos elementos que el Juez debe ponderar y reflejar en la propia sentencia.

El legislador en la Exposición de Motivos se muestra renuente a realizar referencias concretas a la sentencia, al menos como resolución formal, pero se adentra en el fondo de la misma, en su contenido, motivación y en su naturaleza preventiva y no represiva.

El sistema penal juvenil actual se concibe como "formalmente penal pero materialmente sancionador-educativo tanto del procedimiento en su conjunto, como de las medidas aplicables y obviamente de la sentencia".

La sentencia, en este contexto, solo en apariencia contendrá sanciones penales, porque en el fondo, de lo que se trata es de llevar a cabo una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad¹.

Reconociendo que la respuesta a las delincuencia de los menores debe ser distinta de la de los adultos, no se puede olvidar que también en este ámbito se producen víctimas, y que esas víctimas necesitan verse protegidas, disponer de una cobertura y saber que las acciones de los menores no van a gozar de una completa impunidad.

Como de la propia normativa internacional² se deduce, no puede excluirse la finalidad de la defensa social que toda intervención de este tipo tiene en mayor o menor medida³.

1. Exposición de Motivos, Apdo. 7.

2. Convención sobre los derechos del niño, 20 de noviembre de 1989, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

3. HERNÁNDEZ GALILEA. *El juicio jurisdiccional en el proceso de menores en Anuario de justicia de menores*. 2001, p 11.

El ámbito de la sentencia, tal y como está regulada en esta ley, trasciende lo puramente educativo, el simple control de un comportamiento que suponga una trasgresión, para internarse en el campo de sanciones penales, atemperadas eso sí, por la función que se asigna a las sanciones del Derecho Penal de Menores presidido por una finalidad pedagógica y preventiva.

Como consecuencia de tal aseveración la LORRPM regula una sentencia que junto, con sus peculiaridades aúna un buen número de requisitos idénticos a los exigidos para la resolución del proceso penal de adultos. No puede ser de otra forma, si no se quiere conculcar el principio de legalidad⁴.

II. ESTRUCTURA Y MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

A los efectos de determinar la estructura de la sentencia penal en el proceso juvenil, debemos proceder al examen conjunto de los arts 142 y 794.1 de la LECr, junto con el art 248.3 LOPJ, que modifica lo dispuesto en el 142 LECr. y al que hace expresa referencia el art 39 LORRPM.

En virtud de lo prevenido en estos preceptos, la sentencia debe ajustarse a la siguiente estructura formal:

-Encabezamiento: contiene aquellos elementos que son identificadores del proceso: el lugar y la fecha en que se dictó la sentencia; los hechos objeto del proceso que han dado lugar a la formación de la causa; los nombres y apellidos de los acusadores particulares (si los hubiera); los nombres y apellidos de los acusados; los sobrenombres o apodos con que se les conociera, y sus datos personales

4. No obstante, el legislador, al regular la materia, parece dejar traslucir una cierta desconfianza, sentimiento este que la Fiscalía General del Estado percibió ya al elaborar su informe al Anteproyecto de Ley apartado IV.10 *"La ausencia de carácter normativo de un precepto que se limita a recordar lo que no puede ser de otra manera, es decir, que la sentencia ha de contener todos los requisitos previstos en la vigente LOPJ y que habrá de llevarse un registro de sentencias en el cual se extenderán y firmarán todas las definitivas"*.

: edad, domicilio, profesión, estado civil...; identificación del órgano jurisdiccional que, en este caso, es un órgano unipersonal: el Juez de menores, del que se habrá de incluir su nombre y apellidos.

-Exposición de antecedentes: según lo previsto en el art.248.3 LOPJ, al que hace expresa referencia el art 39 LORRPM, se deben consignar los hechos que estuvieran enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, aseverando cuales de ellos se consideran probados y cuales no. Asimismo, es el lugar en que deben consignarse las conclusiones definitivas de la acusación y la defensa y, en su caso, la aplicación que el tribunal hubiese realizado de lo previsto en el art 733 LECr.

-Motivación: El art 120 CE establece la exigencia de motivar las sentencias. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no se puede considerar satisfecho si no existe una justificación de la consideración de unos hechos como probados.

En tal sentido la LORRPM en nada se aparta de la doctrina general sobre la motivación de la sentencia pero incide en su art 39 en que deben consignarse expresamente los hechos probados y los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial.

De forma tradicional se ha venido distinguiendo entre sentencias para las que la declaración de hechos probados se exigía como requisito formal(sentencias penales y laborales) y sentencias en las que no existía dicha exigencia(sentencias civiles y administrativas).

El art 248 LOPJ establece que las sentencias expresarán "los hechos probados, en su caso". De tal precepto se extraía la regla de que sólo hay que hacer mención de los hechos probados cuando exista otra norma que así lo disponga expresamente.

La redacción del art 39 LORRPM puede tener una doble interpretación.

En primer lugar puede tratarse de esa norma especial que parece exigir el art 248 LOPJ para que surja la obligatoriedad de hacer constar los hechos probados en la sentencia.

Tal es el sentido que le atribuye el Pleno del Consejo General del Poder Judicial⁵, el cual al emitir su informe sobre el Anteproyecto de la LORRPM afirmó que aunque la regulación propuesta en el art 39 del Anteproyecto era similar a la redacción del art 794.1 y 2 LECrim. para el procedimiento abreviado, dado que el art 248.3 de la LOPJ contiene la ambigua expresión "en su caso" respecto de la determinación de hechos probados, parece necesario especificar, en un procedimiento del que se derivan medidas restrictivas de la libertad, la expresa exigencia de que se consignen los hechos que se declaran probados y el origen de dicha convicción, indicando los medios probatorios de los que resulta la misma, puesto que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales alcanza también a este aspecto cuya importancia es decisiva, tanto para el conocimiento de los destinatarios de la resolución como a efectos de su revisión ulterior por el tribunal de apelación.

Una segunda interpretación, nos llevaría a afirmar que lo que el legislador desea es poner de relieve la necesidad de razonar las sentencias de tal forma que sirva a los objetivos propios de la motivación. No olvidemos que la jurisprudencia constitucional ha seguido una línea que tendía a una excesiva economía de razonamientos⁶, y que además, del articulado de la LORRPM, se puede extraer un cierto sentido de desconfianza del legislador hacia la figura del Juez de menores⁷.

Tal vez el legislador ha considerado que en una materia como la de menores, cuyos destinatarios son sujetos a los que la propia ley discrimina del resto por sus circunstancias personales y su grado de madurez, la motivación debe realizarse de la forma más clara posible, atendiendo igualmente a la fundamentación del relato fáctico y a la relación de las pruebas practicadas.

5. Informe sobre el Anteproyecto del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

6. En tal sentido STC 184/1988, de 13 de Octubre, 196/1988, de 24 de Octubre, 70/1991, de 8 de Abril, 2000/165 de 12 de junio de 2000.

7. PEREZ MARTELL. *El proceso del menor*. Pamplona, 2002, p. 310.

La motivación de las resoluciones judiciales contribuye a la evitación de la arbitrariedad. Proporcionando la línea argumental en que se apoya una decisión judicial, se está dando satisfacción al derecho de las partes a la tutela judicial y, haciendo posible una revisión de las resoluciones mediante los recursos.

La doctrina jurisprudencial del TS ha venido sosteniendo que el derecho a la motivación de las sentencias está estrechamente enraizado con las garantías procesales inherentes a la tutela judicial efectiva que consagra el art 24 de la CE, y especialmente con el derecho de defensa.

Nuestro Alto Tribunal exige, de acuerdo con la previsión expresa del art 120 CE y con los preceptos procesales que disciplinan la forma de redacción de las sentencias, que el tribunal sentenciador exprese en la fundamentación de la sentencia aquellas razones de orden fáctico y jurídico que fundamentan su decisión de modo tal que sea reconocible lo esencial del proceso lógico seguido para llegar a la conclusión jurídica sentada en el fallo con la finalidad de permitir a las partes cerciorarse de la objetividad con que se enjuicia, formar su opinión sobre el mayor o menor acierto de la decisión en contraste con el ordenamiento al que el órgano jurisdiccional está sujeto en virtud del imperio de la ley y tomar determinaciones sobre la oportunidad y procedencia de postular una anulación o revocación de la resolución contraria a sus intereses por medio de los recursos ordinarios o extraordinarios que el ordenamiento jurídico otorga para corregir la falibilidad humana.

Estas exigencias de motivación, en cuanto, como queda dicho, abarcan los aspectos fácticos del razonamiento seguido, se extienden a la valoración de la prueba. No puede, en consecuencia, estimarse correcta y suficientemente motivada la sentencia cuando, yendo más allá de la máxima concisión admisible, el órgano jurisdiccional se remite a consideraciones de orden subjetivo sobre la convicción que manifiesta haber logrado con mayor o menor grado de certeza o a asegurar genéricamente que se han seguido los criterios que fija el ordenamiento jurídico para la valoración de la

prueba, pero sin descender, siquiera mínimamente, a expresar con inexcusable referencia de orden objetivo cuáles han sido aquellos elementos de prueba que han apoyado la conclusión probatoria y los motivos por los que se les ha reconocido fuerza de convicción ni las razones por las que se han desechado los en apariencia contrarios a la misma⁸.

Lo que tampoco es exigible es que toda sentencia dé cuenta detallada del por qué de cada declaración de certeza positiva de un hecho probado, ni de la certeza negativa del hecho no probado, así como demandar que se expresen los razonamientos psicológicos del Juez.

El art 120.3 de la CE exigió que las sentencias fueran siempre motivadas a fin de evitar que bajo una falsa valoración en conciencia se cobijase la realidad de una carencia de prueba. Dicha motivación ha de comprender necesariamente la mención expresa en el propio texto de los medios de prueba utilizados y el razonamiento sobre el valor de estos a los efectos de considerar acreditados todos y cada uno de los extremos de la relación de hechos probados, particularmente aquellos que han sido objeto de controversia en el juicio oral 7-7-89 (RJ 1989/6135)

III. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

El art 39 recoge los distintos elementos que deben integrar el contenido de la sentencia. Partiendo de lo expuesto por el Ministerio Fiscal, por el Letrado del menor, por el propio menor, y por la

8. STS 26-10-1999 (RJ 9334). En idéntico sentido STS de 18-4-1994 (RJ 1994, 334). *La resolución ha de ser motivada como consecuencia de un imperativo inherente a la naturaleza misma de aquellos que adaptan la estructura de Autos o sentencias, que no son ni pueden ser actos de voluntad, sino actos razonados y razonables de un Juez o tribunal, pues solo así, los destinatarios de la resolución conocerán la razón de la decisión y la posibilidad de impugnación. Esta motivación ha de contener la explicitación de los indicios origen de la decisión porque si no se hace así, si aquellos permanecen en el arcano de su intimidad, de nada valdrá la exigencia legal de su existencia que ha de producirse antes de la decisión, de la que son causa, y no después.*

víctima, el Juez deberá reflejar en su resolución una serie de aspectos:

Según lo establecido en el art 37, en la sentencia, el Juez habrá de pronunciarse sobre los extremos planteados con carácter previo en la audiencia por el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor, siempre que el Juez, en ese momento, no considerara que alguno de los puntos objeto de la alegación hacía imposible la continuación de la audiencia.

Seguidamente el Juez deberá apreciar el material probatorio que ante él se haya presentado.

Nuestro proceso penal está regido por el principio de libre valoración de la prueba. El art 741. I de la LECrim. establece que el Tribunal apreciará según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio. Como en repetidas ocasiones ha dicho la doctrina jurisprudencial⁹ tal previsión no ha de entenderse ni hacerse equivalente a un criterio cerrado e inabordable del juzgador sino una apreciación lógica de la prueba no exenta de pautas y directrices de rango objetivo.

En tal sentido, la valoración de la prueba en el proceso de menores en nada difiere de la valoración que del material probatorio debe realizarse para el resto de las causas penales, desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Debemos pues tener en cuenta la necesidad de que exista una "mínima actividad probatoria" producida con todas las garantías procesales¹⁰. El Juez debe analizar asimismo si la prueba conduce de forma razonable a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado o si simplemente se limita a arrojar sospechas o sugerir conjeturas sobre la culpabilidad del acusado¹¹.

A continuación, esos hechos probados habrán de ser subsumidos en una norma penal y de ahí surgirá la calificación jurídica,

9. En tal sentido, STS 10-4-1977 (RJ 2773) , 11-10-1991 (RJ 7099).

10. STC 31/1981 de 28 de Julio

11. STC 174/85, de 17 de Diciembre

dándose los presupuestos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Una vez realizado lo anterior el Juez tomara en consideración todas las circunstancias de gravedad de los hechos y todos los datos debatidos sobre la personalidad¹², situación psicológica y educativa, necesidades, entorno familiar y social, así como edad del menor en el momento de dictar sentencia, así como la existencia de causas atenuantes de su responsabilidad¹³.

Concluido este necesario desarrollo, será el momento en que el Juez pueda determinar cuál es la medida o medidas que deben ser propuestas con indicación expresa de su contenido duración y objetivos a alcanzar con las mismas.

Ahora bien, nos parece muy acertada la consideración realizada por HERNANDEZ GALILEA al plantear la existencia de dos tipos de supuestos a los que el legislador otorga un dispar tratamiento¹⁴. Por un lado, tendríamos aquellos casos en que los hechos son de tal entidad, que el legislador establece que la medida aplicable es la de internamiento, limitando la decisión del Juez al tiempo de duración de ese internamiento. Por otro lado tendríamos el resto de los hechos delictivos en los que el legislador otorga al Juez la facultad de decidir, dentro del amplio catálogo que la LORRPM ofrece, la medida que considera más adecuada para el caso concreto.

Dentro de ese primer grupo se encuentran los delitos más graves: el homicidio, las agresiones sexuales, los delitos de terrorismo, y aquellos sancionados con pena de prisión igual o superior a quince años, esto es, los recogidos en la Disposición Adicional Cuarta introducida por la LO 7/2000 de 22 de Diciembre. A estos podría añadirse el del art 9.5 cuando se aprecie reincidencia. En es-

12. En este punto serán de aplicación las pruebas psicológicas que se hayan realizado.

13. En este punto es necesario recordar lo previsto en la Disposición Adicional Cuarta de la LORRPM, añadida por la LO 7/2000, de 22 de Diciembre.

14. HERNANDEZ GALILEA. *El juicio jurisdiccional en el proceso de menores*, cit., p. 11 y ss.

tos casos, dándose los presupuestos legales de la tipicidad, la anti-juridicidad y la culpabilidad, el resto de los elementos a los que aludimos como contenidos en el art 39 (esto es, la situación psicológica o educativa del menor, la edad del menor etc.) exclusivamente serán ponderadas a la hora de determinar la duración de la medida, que es, en todo caso, la de internamiento.

El margen de discrecionalidad del Juez se limita exclusivamente a la duración y no a la determinación de la medida.

El segundo grupo lo componen el resto de los hechos antijurídicos no incluidos por el legislador en esa la Disposición Adicional Cuarta. En este caso el Juez, a la vista de lo que constituye el objeto de su valoración, puede elegir el tipo de medida y la duración de la misma sin que el legislador establezca unos parámetros rígidos como ocurre en la justicia de mayores.

Nos hallamos ante un juicio voluntarista, ya que la relevancia jurídica de las circunstancias del menor no están prefijadas¹⁵.

El art 7.3 establece que en la elección de la medida o medidas adecuadas, el Juez deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. Sobre tales extremos incidirán además los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección o reforma de menores, emitidos conforme a lo dispuesto en el art 27. El Juez, tras oír a las partes, debe determinar el significado y las consecuencias jurídicas que debe atribuir a las circunstancias de todo tipo que rodean al menor y elegir así la medida. El legislador le está atribuyendo una facultad bastante alejada de la que le es propia en otros ámbitos jurisdiccionales donde el Juez parte de unos criterios de valoración prefijados por el legislador.

No hay que olvidar que en el fallo se condenará o absolverá no sólo por el delito principal y sus conexos sino también, por las fal-

15. HERNANDEZ GALILEA. *El juicio jurisdiccional en el proceso de menores*, cit., p 24.

tas incidentales de que se hubiese conocido en la causa, reputándose faltas incidentales las que los procesados hubiese cometido antes, al tiempo o después del delito como medio de perpetrarlo o encubrirlo (art 142.2 y 4 de la LECrim.).

Ahora bien, el Juez no debiera olvidar que en cualquier caso una conducta delictiva es merecedora de una respuesta en la que quede patente el reproche social que la misma merece.

Puede darse el supuesto de que, analizados los hechos y puestos en relación con los informes que se suministren al Juez sobre las circunstancias psicológicas de menor, o por aplicación de lo previsto en el art 27 LORRPM¹⁶ el Juez deba colegir la inexistencia de déficit educativo en cuyo caso, si el hecho además no es grave, podría simplemente decantarse por la no imposición de medida alguna¹⁷.

A estos efectos es clarificante la Resolución de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid 53/2000, de 14 de Julio, en que se entiende que procedía adoptar, al menos, la medida de amonestación respecto de un menor, a pesar de la evolución positiva que ha observado el menor desde que se realizó el informe del Equipo Técnico , sin considerar que fuera suficiente, tal como razonó el Juez de menores en su resolución, el hecho de estar sometido a un proceso judicial durante tan largo tiempo, ya que, se especifica en la resolución dictada en segunda instancia", ello es como consecuencia de su propia conducta al realizar el ilícito penal. En idéntico sentido la resolución 49 / 2000, de 28 de Junio.

Ciertamente aun reconociendo que la respuesta a la delincuencia juvenil pasa por ser necesariamente distinta a la de los adultos, con tintes claramente educativos, no debe caerse en la falta de respuesta a las demandas de las víctimas que en más de una oca-

16. En el sentido de que el Equipo Técnico proponga al fiscal la finalización de las actuaciones sin medida para el menor debido al excesivo tiempo desde la comisión del hecho delictivo, o porque se entienda que es suficiente reproche para el menor el simple hecho de haber sido sometido al proceso penal.

17. Estamos refiriéndonos a los hechos del segundo grupo.

sión se sienten doblemente perjudicadas: por el delincuente y por el sistema judicial.

El Juez a la hora de dictar su resolución, tiene establecidos con carácter excepcional para este tipo de procesos sus propios límites:

En primer lugar, el que se deriva del hecho de que en este tipo de procesos, a tenor de lo previsto en el art 25 a la víctima se le niega la posibilidad de ejercitar acción particular, al margen de esa opción de intervención como coadyuvante sin acción. El Fiscal de Menores es pues quien asume la única acusación que se ejercita en el proceso. Puede suceder que el Juez considere que debe acordar una medida que suponga una mayor restricción de derechos o por un tiempo superior al que el Ministerio Fiscal solicita¹⁸ y se plantea el problema de si puede o no hacerlo.

En tal sentido la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁹ ha sido clara al considerar que el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art 24 CE, y conlleva, en estrecha relación con el derecho de defensa y con la exigencia de que exista una correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia por lo que respecta a los hechos considerados punibles que se imputan al acusado y, hasta cierto punto también con su calificación jurídica, teniendo en cuenta que son las conclusiones definitivas las que determinan los límites de la congruencia penal. Ciertamente lo que en definitiva, desde un punto de vista constitucional es determinante, es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que de facto no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas.

Sin embargo lo previsto en el art 8 es taxativo al determinar que el Juez de menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal.

18. ORNOSA FERNANDEZ *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Barcelona, 2001. p. 352.

19. RTC 1998/202 Auto de 29 de septiembre.

De tal manera que, aunque el Juez quisiera imponer otra medida distinta de la pedida por el Ministerio Fiscal, en ningún caso podría cambiar el tipo de restricción ni la duración, no tanto porque se vulneraría el principio acusatorio, que como hemos visto es interpretado por el TC de tal manera que permite un cierto grado de flexibilidad para el Juez, sino porque lo prevé el art 8 LORPM.

En segundo lugar, el Juez también está limitado por el principio de proporcionalidad que opera con una doble vertiente en el derecho de menores. Por un lado, supone que no siempre por la comisión de un hecho delictivo grave se imponga una medida grave²⁰ y por otro porque impide que pueda adoptarse una medida más grave o de mayor duración que la que podría haber correspondido a un adulto por los mismos hechos.

IV. LA SENTENCIA ORAL

El art 30 LORRPM prevé que el fallo también podrá ser anticipado oralmente al término de las sesiones de la audiencia sin perjuicio de su documentación con arreglo a lo previsto en el art 248.3 LOPJ.

Tal regulación se hallaba ya presente en la LO 4/1992 donde también se preveía la posibilidad de que se anticipara de palabra el fallo para que éste se declarara inmediatamente firme si las partes manifestaban su voluntad de no recurrir, e incluso, proceder a la ejecución de las medidas de tracto único, como la amonestación, y que se resuelve oralmente²¹.

La previsión de este precepto tiene una doble ventaja. Por un lado enfrenta al menor con el resultado del proceso de tal forma que el Juez oralmente expondrá ante él sus conclusiones. Tal vez el le-

20. Con la limitación prevista en la Disposición Adicional Cuarta introducida por la LO 7/2000 de 22 de Diciembre.

21. SANCHEZ MARTINEZ. *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992*. Madrid, 1999, p. 209.

gislador no ha previsto que se realice una exposición completa del contenido de la sentencia tal y como está haya de ser documentada sino más bien, una explicación lo más clara y escueta posible para que el menor pueda entender el sentido del fallo.

La otra ventaja, y poniendo el art 30 en relación con el art 794.2 LECrim, es que si en ese momento las partes muestran su intención de no recurrir la sentencia, el Juez puede en ese mismo acto declarar la firmeza de la misma, y por tanto pronunciarse sobre su inmediata ejecución, acortando así la pendencia del proceso y la situación del menor encausado.

Si bien esta sentencia penal puede anticiparse en el acto del juicio, la civil, la que haya de dictarse en pieza separada, no se dictará oralmente ya que tal posibilidad aparece prohibida por el art 210.3 de la LEC

V. EL LENGUAJE DE LA SENTENCIA

El legislador prevé que el Juez de forma clara y comprensible transmita al menor el contenido de la sentencia, lo cual no es desde luego una cuestión sencilla. Antes bien, es tarea compleja para la que difícilmente estará preparado no sólo el Juez de menores sino cualquier jurista.

Las sentencias revisten una complejidad estructural que en algunos casos dificulta su inteligibilidad incluso para los expertos en derecho. El lenguaje judicial es en ocasiones un lenguaje saturado de tecnicismos, cultismos, redundancias, en el que se abusa de las perífrasis y el gerundio, rebuscadas formas verbales, etc que hace que se mantenga en un perpetuo alejamiento del lenguaje ordinario de la sociedad en general.

Ciertamente no es la primera vez que el legislador enfrenta a la magistratura con la necesidad de hacer comprensible a los ciudadanos legos en derecho cuestiones puramente jurídicas. Recordemos la actuación que se exige del magistrado presidente en el ám-

bito del procedimiento con jurado, pero en esta ocasión, no sólo debe comunicarse con un lego en derecho sino con un menor lo cual crea una dificultad añadida.

Al problema propio de la edad del sujeto al que va dirigida la sentencia habremos de añadir el que se deriva del nivel cultural del menor que, en muchas ocasiones, será muy bajo, dificultando aun más la labor del Juez.

Además lo que se le está pidiendo es que en el momento de elaborar la sentencia exprese sus razonamientos en un lenguaje claro y comprensible para la edad del menor. Tal tarea puede redundar en que el Juez a la hora de redactar la sentencia no pueda reflejar en ella los verdaderos razonamientos plagados de conceptos jurídicos y tenga que recurrir a una motivación excesivamente simple y genérica que a la larga dificultará el planteamiento de un posible recurso²².

La exposición más o menos coloquial del fallo puede que sea posible, en ningún caso obligatoria, ya que debidamente fundada podría obviarse, si la complejidad del caso y las cuestiones técnicas a tratar así lo aconsejaran²³ pero creemos que no es una medida aconsejable introducir como requisito propio y específico de las sentencias en este tipo de procesos, la necesidad de que se hallen redactadas en un lenguaje accesible en inicio para los menores.

VI. PLAZO PARA DICTAR LA SENTENCIA

El plazo fijado por el legislador para dictar la sentencia es de cinco días como máximo.

22. En algunos casos los Jueces de Menores han optado por incluir en sus sentencias verdaderas lecciones de psicología, dactilografía etc a fin sin duda de ilustrar al menor sobre aspectos que el Juez ha considerado determinantes a la hora de resolver la causa. En tal sentido las sentencias del Juzgado de Menores de Orense de 11 de Octubre de 2001 y de 19 de octubre de 2001.

23. En este sentido BARREDA HERNANDEZ, *La sentencia en el nuevo proceso penal de menores*. en "El nuevo Derecho penal juvenil español". Zaragoza 2002, p.185.

Una vez que el proceso penal ha llegado a la fase de audiencia ha de terminar o bien con sentencia o bien con auto en los supuestos tasados por la ley.

Según las previsiones del legislador, se resolverá mediante auto en aquellas ocasiones en que se resuelvan cuestiones que pueden afectar a presupuestos procesales que impidan la continuación de la audiencia (arts 37.1 LORRPM, y el 792.2 LECrim en relación con el 245.1 LOPJ).

En idéntico caso nos hallamos, cuando proceda la declaración de nulidad de actuaciones conforme a lo dispuesto en el art 240.2 LOPJ.

El mismo tratamiento tendrá en el supuesto de que se produzca alguna de las causas que extinguen la responsabilidad criminal, previstas en el art 130 CP las cuales se resolverán en auto según prevé el art 636 LECrim.²⁴

La LORRPM sigue en este punto, como en otros muchos, el modelo del procedimiento abreviado y en tal sentido establece un plazo de cinco días, al igual que lo hiciera en el abreviado el art 794.1, para dictar sentencia a partir del momento en que finaliza la audiencia.

La razón de este límite temporal obviamente esta en el cumplimiento del principio de celeridad al que debe ceñirse el proceso²⁵. Tanto si la sentencia es condenatoria como si es absolutoria, el interés del menor determina que el fallo se acerque temporalmente lo más posible a la sustanciación del proceso.

VII. EL REGISTRO DE LAS SENTENCIAS

Sin un sentido muy claro, puesto que es el proceder habitual de los juzgados, y así lo prevé con carácter general el art 162

24. ORNOSA FERNANDEZ *Derecho penal de menores*, cit., p. 346. PEREZ MARTELL. *El proceso del menor* cit, p.311.

25. Art 40.2b III Convención sobre los Derechos del Niño.

LECrím. y 265 LOPJ, el legislador en el art 39, incide en la obligación de llevar un registro de sentencias en la que se extenderán y firmarán las definitivas.

No obstante, la materia cobra un especial tratamiento en lo previsto en la Disposición Adicional Tercera en donde se establece que en el Ministerio de Justicia se llevará un Registro de sentencias firmes dictadas en este tipo de proceso y cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido en los arts. 6, 30 y 47 LORRPM.

En el Real Decreto 232/2002, de 1 de marzo por el que se regula el Registro de Sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores se procede a establecer reglamentariamente ese Registro, regulando su organización y contenido y los procedimientos de inscripción y acceso al mismo.

El Real Decreto incide en la naturaleza sancionadora-educativa de las sentencias que se alcanzan en este tipo de procesos, y la finalidad que éstas persiguen: la reinserción y recuperación del menor infractor para la sociedad.

Para ello es de gran utilidad la existencia de un Registro donde conste la referencia de quiénes han sido sentenciados por los Tribunales de Menores, de tal forma que los Jueces de Menores y el Ministerio Fiscal puedan conocer esos posibles precedentes de un menor sujeto al procedimiento de responsabilidad que contempla la LORRPM.

Esos precedentes no serán considerados exclusivamente²⁶ como argumento para condenas más graves al aplicar la reincidencia, sino también permitirán un conocimiento más global de menor que permita aplicar al menor el tratamiento más adecuado a su perfil personal y social²⁷.

26. No exclusivamente, pero no hay que olvidar el art 9.5 LRPm.

27. En este sentido MONTÓN GARCÍA. *Anotaciones sobre el registro de sentencias en el proceso de menores*. Diario la Ley, 24 de Julio 2002, p. 2.

En un intento de modernización se incorporan nuevas tecnologías configurando el Registro de manera funcional informatizada con sistemas homogéneos y compatibles con los utilizados por los órganos judiciales a los que presta servicio, y se establezca la comunicación telemática entre ambos.

La inscripción contendrá, con respecto a cada sentencia declarada firme, información sobre cuál es el órgano judicial que dictó la sentencia, fecha de la misma y número de referencia del expediente, la fecha en que adquiere firmeza la sentencia y demás datos de la ejecutoria, las circunstancias personales, filiación y domicilio del menor responsable, la expresión concreta de las medidas impuestas al menor, entre las previstas en el artículo 7, su duración y, en su caso, el lugar de cumplimiento, la suspensión, reducción o sustitución de la medida impuesta que acuerde el Juez mediante auto motivado, cuando éste sea firme, y la fecha de prescripción, de cumplimiento o finalización por cualquier causa de la medida o medidas impuestas.

Se prevén plazos exigüos: diez días para comunicar la sentencia al Registro y tres días para la expedición por éste de los datos requeridos.

Se permite la utilización por el Ministerio de Justicia de los datos registrados a efectos estadísticos, salvaguardando los derechos de los interesados de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por lo que la presente norma prohíbe cualquier referencia personal en la divulgación de esa información.

VIII. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL FALLO

La ley 4/1992 de 5 de junio, reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, en su art 16.3, establecía la suspensión del fallo, si en atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de menores de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, así lo decidía, supeditándolo a que los perjudicados

o bien recibieran una reparación extrajudicial del condenado, o bien debidamente citados, no expresaran su oposición o esta fuera manifiestamente infundada.

La citada ley insistía en que el Juez debía valorar razonadamente desde la perspectiva exclusiva del interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta, y que en el caso de que el menor incumpliera se revocaría la suspensión del fallo y se daría cumplimiento a la medida acordada por el Juez.

El supuesto que contempla la LORRPM es distinto, ya que en el mismo, no se condiciona la suspensión a la reparación, sino que el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Letrado del menor, y oídos en todo caso aquellos, así como el representante del Equipo Técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores, pueda acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años.

El menor, en esta ley, se compromete a la reinserción²⁸ y a cumplir, en su caso, una medida de libertad vigilada o a realizar una actividad socio-educativa.

Nos hallamos, no obstante, ante una situación un tanto paradójica, ya que, si efectivamente se parte de que en la imposición de la pena predominan los intereses primordialmente educativos, renunciando a otros fines del Derecho penal, carece de fundamento el que se suspendan otras penas que no sean aquellas que tienden a la prevención general y al aseguramiento como es la de internamiento²⁹, dejando fuera de tal posibilidad aquellas que se imponen

28. El término, como ha puesto de relieve la CFGE 1/2000, no es acertado ya que supone atribuir a la infracción cometida un efecto de exclusión respecto del grupo social y familiar en que el menor se desenvuelve.

29. GOMEZ RIVERO. *Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor en Actualidad Penal* Num. 10/2001, marzo 2001, p. 171. Debe tenerse en cuenta la limitación de la Disposición Adicional Cuarta introducida por la LO 7/2000 de 22 de Diciembre.

exclusivamente en beneficio del menor, puesto que el interés superior del menor queda obviamente cercenado ante la suspensión de medidas puramente educativas y formativas.

Desde luego la suspensión debería tener un carácter excepcional dado que, si en el derecho de menores lo que se busca no es nunca la retribución sino la reeducación del menor, la medida no puede nunca ser considerada un mal sino siempre un bien para el menor y, por tanto, si la medida es necesaria debe cumplirse y si no lo es, no debería habersele impuesto.

La CFGE 1/2000 puntualiza y plantea numerosas dudas sobre la regulación establecida.

Así, expresa que el art 14, exponente del *principio de flexibilidad* en la aplicación de las medidas, permite al Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Letrado defensor, previa audiencia de éstos e informe del Equipo Técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto en cualquier momento la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta. Dicha posibilidad sin duda puede tener un efecto práctico similar al de la suspensión del art 40, si bien sometido a otros presupuestos.

Asimismo, se plantea de qué forma sirve esta suspensión a los intereses del menor al establecerse un plazo, tal vez excesivamente largo, que puede determinar que cuando el menor de edad deba cumplir una medida impuesta dos años atrás y por hechos aun más alejados en el tiempo, tal medida haya perdido toda la utilidad con la que fue concebida.

Se abre además la posibilidad de imponer unas medidas como son las libertad vigilada o una tarea socio-educativa recomendada por el Equipo Técnico, que al ser aplicadas sin haber sido solicitadas por el Ministerio Fiscal, podrían conculcar el principio acusatorio, encubriendo en todo caso un supuesto de sustitución de unas medidas por otras.

La CFGE 1/2000 en definitiva, considera que la medida debe ser utilizada en casos excepcionales, tendiendo a aplicar con carácter general las posibilidades acogidas en el art 14.

El legislador establece una serie de presupuestos necesarios para que el Juez pueda acordar la suspensión (art. 40.1):

La iniciativa para acordar la suspensión puede ser de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o a instancia del Letrado del menor. Es preceptivo dar audiencia a estos así como al representante del Equipo Técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores.

Se podrá acordar la suspensión durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años. Esta puede afectar a cualquier medida, pero siempre teniendo en cuenta la limitación prevista en la Disposición Adicional Cuarta en su apartado 2.c donde se establece que no se permite al Juez la suspensión de la medida de internamiento impuesta cuando los hechos cometidos sean de los previstos en esa Disposición Adicional Cuarta, y el responsable del delito fuera mayor de dieciséis años, hasta que haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Dicha suspensión se acordará o bien en la propia sentencia o bien en un auto motivado, cuando aquella ya sea firme. En ambos casos se deberán fijar claramente las condiciones de la suspensión.

Como señala la de la CFGE 1/2000, la forma en que el Juez documente la suspensión no es cuestión baladí ya que, tiene su reflejo práctico cuando nos internamos en el régimen impugnatorio de las resoluciones.

Ciertamente, en uno y otro caso el recurso procedente es el de apelación ante la Audiencia Provincial conforme al art 41. No obstante, si la concesión o denegación de la suspensión se produce en la sentencia, tal disposición se puede traducir en un recurso de apelación fundado exclusivamente en la discrepancia sobre dicho

punto, pero cuyo efecto es aplazar la firmeza de la sentencia obligando a un trámite más complejo que el previsto cuando se impugna un auto. De tal forma que la Fiscalía aconseja que de forma independiente, en un auto, se resuelva sobre la suspensión o no del fallo.

Las condiciones a las que estará sometida la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia dictada por el Juez de Menores serán las previstas en el art. 40.2.

- a) *No ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por esta Ley durante el tiempo que dure la suspensión.*

Queda por tanto la duda de que ocurre si es condenado por falta. Aplicando la literalidad del precepto una condena por falta no produciría el alzamiento de la suspensión. Sin embargo, el espíritu de la ley creemos que es otro distinto en el sentido de evitar la reincidencia de conductas punibles.

Si continúa siendo menor no debe serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento de menores durante el tiempo que dure la suspensión. Aquí no se realiza distinción entre delito y falta.

- b) *Que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones.*

Como ya antes señalamos, CFGE 1/2000³⁰ destaca lo desafortunado de esta redacción, ya que exigir al menor la reintegración a la sociedad supone admitir que la infracción cometida tiene un efecto de exclusión respecto del grupo social familiar en que el menor se desenvuelve

30. CFGE 1/2000. Ap. IX

- c) *Además, el Juez puede establecer la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión³¹ o la obligación de realizar una actividad socioeducativa³², recomendada por el Equipo Técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo.*

Si estas condiciones no se cumplieran el alzamiento de la suspensión será objeto de revocación (art 40.3).

Este régimen contrasta con el previsto para los adultos. El CP en su art 84 diferencia entre la conducta del sujeto que delinque durante el plazo de suspensión de la ejecución de la pena, de aquel otro que infringe durante el plazo de suspensión las obligaciones y deberes impuestos. En el primer caso, tal conducta llevaría aparejada la revocación de la suspensión, en tanto en el segundo, se otorga al Juez un abanico de posibilidades en orden a la medida a adoptar³³.

La doctrina considera que ya que el Código Penal opta por el sistema de revocación automática del beneficio para el sujeto que delinque, debe sostenerse una interpretación restrictiva del concepto delinquir. Así, la comisión de un delito imprudente no bastaría para la revocación, necesitando para la misma voluntariedad en la comisión del mismo. Siguiendo el principio de proporcionalidad, si no cabe la revocación con la comisión de un delito imprudente mucho menos cabrá con infracciones menos graves como son las faltas³⁴.

31. Art 7.1.h LORRPM

32. Art 7.1.i LORRPM

33. PRATS CANUT, "Comentario al art. 84" en *Comentarios al Nuevo Código Penal*. (co-ord. QUINTERO OLIVARES Y VALLE MUÑIZ) Pamplona, 1996. p.469.

34. PRATS CANUT, "Comentario al art. 84". cit., p. 469

En el caso del incumplimiento de las reglas de conducta durante el periodo de sometimiento a prueba, el Juez puede optar por sustituir unas medidas por otras o bien por revocar la suspensión de la ejecución. Esta última medida ha sido criticada por la doctrina ya que a los efectos de establecer el juicio de peligrosidad social no debe ser equiparable la comisión de un delito a ausentarse sin comunicárselo al Juez del lugar donde resida, o dejar de asistir al tratamiento impuesto, salvo que se aprecie reiteración en tales conductas³⁵.

En el caso del menor, el legislador no ha hecho esta distinción. El art 40.3 LORRPM prevé que si las condiciones expresadas en el art 40.2 no se cumplieran, el Juez alzaré la suspensión y se procederá a ejecutar la sentencia en todos sus extremos.

Tal precepto, que recoge lo previsto en el art 16.3 de la Ley 4/1992, de 5 de Junio, no parece dar lugar a otra interpretación que la de la automática revocación del beneficio, sin atender al grado de incumplimiento o conculcación de las condiciones impuestas³⁶.

35. PRATS CANUT, "Comentario al art. 84" cit., p. 470

36. En sentido contrario ORNOSA FERNANDEZ. *Derecho penal de menores*. cit., p. 359.

Capítulo VI

LOS RECURSOS

MARÍA ROSA GUTIÉRREZ SANZ

Sumario: I. Marco legal de los recursos. II. Recurso de reforma. 1. Resoluciones recurribles. 2. Plazo de interposición. 3. Organismo competente. 4. Procedimiento. III. Recurso de apelación. 1. Resoluciones recurribles. 2. Plazo de interposición. 3. Organismo competente. 4. Procedimiento. IV. Recurso de queja. 1. Resoluciones recurribles. 2. Plazo de interposición. 3. Organismo competente y procedimiento. V. Recurso de casación para unificación de la doctrina.

I. MARCO LEGAL DE LOS RECURSOS

Se entiende por recurso el acto procesal a través del cual la parte solicita un nuevo examen de la cuestión fáctica o jurídica, cuando considera que la resolución obtenida le es lesiva y siempre que esta sea impugnabile.

El régimen jurídico de los recursos contra las decisiones del Juzgado de Menores dictadas desde el inicio del expediente por el Ministerio Fiscal hasta que la sentencia es firme, se encuentra recogido en la LORRPM en el Título VI bajo la rúbrica " Del régimen de los recursos", y regula los mismos en los arts 41 y 42, si bien realiza

referencias puntuales a la recurribilidad de determinadas decisiones en otros preceptos como son el art 60.7, art 33 , art 52 etc con remisión a la regulación de los recursos de este Título.

Dado que el legislador no prevé excepciones, son de aplicación los principios generales de los recursos penales.

La LORRPM tan solo menciona los recursos de apelación, reforma y el recurso de casación para la unificación de la doctrina. El tratamiento jurídico que se otorga a los recursos de queja, súplica y revisión, que sin lugar a dudas son de aplicación al proceso de menores, viene determinado por la regulación que de los mismos ofrece la LECrim cuya aplicación es supletoria a esta ley.

II. RECURSO DE REFORMA

1. Resoluciones recurribles

Según lo previsto en el art 41, contra los autos y providencias dictados por los Jueces de Menores cabe recurso de reforma ante el propio órgano.

Deben exceptuarse de esta regla general aquellos autos que son apelables de forma directa (art 41.3, Disposición Transitoria Única apartado 5, art 4.3 etc) y aquellos otros en que de modo expreso la ley prevé que no se pueda interponer recurso alguno contra ellos (art 60.7).

2. Plazo de interposición

El plazo, según prevé el art 41.2, será de tres días a contar desde la notificación de la resolución objeto de la impugnación.

Algún autor se ha planteado si el art 41.2 supone una excepción frente al régimen previsto por el propio art 5 del CC que establece que siempre que no se disponga otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido

del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente de la notificación¹.

Desde luego, el legislador ha sido más explícito en otras ocasiones, como en la regulación del recurso de casación para la unificación de la doctrina, a propósito del cual el art. 42.3 dice que el recurso podrá prepararlo el Ministerio Fiscal o el Letrado del menor dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia.

Sin embargo, creemos que debemos decantarnos por la opinión mantenida por otra parte de la doctrina² que considera que la expresión no altera la regla general prevista en el art. 185.1 de la LOPJ. Lo contrario además, no solo afectaría a este recurso, sino también al de apelación ya que, en el art. 41.1 se utiliza una expresión similar. En ambos casos supondría una excepción y una restricción al ámbito de los recursos inexplicable.

El cómputo, y siguiendo lo prevenido para el procedimiento abreviado que, no olvidemos, es el supletoriamente aplicable al enjuiciamiento de menores, deberá dar comienzo para cada parte a partir de que a ésta se le haya notificado la resolución objeto del recurso.

3. Órgano competente

Estamos ante un recurso no devolutivo lo cual supone que la competencia funcional atribuye el conocimiento del mismo al Juez que dicto la resolución impugnada.

4. Procedimiento

Se formulará por escrito y con firma de Letrado (art 211Lecrim.) cuando no se haya interpuesto por el Ministerio Fiscal.

1. DE DIEGO DIEZ. *Recursos interlocutorios en el enjuiciamiento penal de los menores. Primeras reflexiones acerca de la Ley Orgánica 5/2000* en *Rev. La Ley* 2000/6, p. 2053.

2. CONDE-PUMPIDO TOURON, "Comentario al art. 41" en *Ley de responsabilidad penal de los menores*. (coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO). Madrid, 2002. p.383 y ORNOSA FERNANDEZ *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Barcelona, 2001 p. 366.

De manera excepcional los arts 52.1 y 60.7 prevén que el menor pueda interponer de forma personal, ya por escrito o verbalmente, el recurso. Si lo formulare a través de Letrado deberá hacerlo por escrito.

Se presentarán tantas copias como partes personadas (art 221.1 Lecrim).

El Juez deberá resolver el recurso el segundo día a contar desde aquel en que se hayan entregado a las demás partes las copias del recuso, se haya presentado o no escrito de impugnación.

Contra el auto que resuelva la impugnación de la providencia cabe interponer recurso de apelación según prevé el art 41.2.

III. RECURSO DE APELACIÓN

1. Resoluciones recurribles

En primer lugar, cabe recurso de apelación contra todas las sentencias dictadas por el Juez de Menores en el procedimiento regulado en la LORRPM, tanto si se han pronunciado oralmente como por escrito.

En segundo lugar, puede plantearse contra los autos que resuelvan recursos de reforma sobre providencias.

En el Proyecto de Ley, el art 41.2 preveía que "el auto que resuelva la impugnación de la providencia no será susceptible de recurso de apelación"

Tal redacción era fácilmente comprensible ya que el contenido de las providencias, al ser de ordenación material del proceso, quedaban fuera de lo que sería el recurso de apelación, debiéndose interpretar, *a sensu* contrario, que el auto que resolviera la impugnación de un auto sí sería susceptible de recurso de apelación.

Tal previsión fue objeto de crítica por la Fiscalía General del Estado que no consideraba lógico que frente a todos los autos cupiera apelación.

La disposición actual proviene de una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco que propuso la redacción que finalmente quedó fijada en la LORRPM, pero lo hizo con un rocambolesco fundamento. Con su enmienda pretendía que contra el auto de internamiento provisional del menor cupiese recurso de apelación. Obviamente la enmienda no conseguía su propósito porque nada decía respecto de los autos resolutorios del recurso de reforma planteado contra un auto. Lo que se debía reformar, y así se hizo finalmente fue el apdo. 3 de art 42, y no el apdo 2³.

La definitiva redacción del precepto da lugar a varias interpretaciones que van desde la literalidad del mismo⁴ hasta una interpretación lata del término providencia entendiéndolo como sinónimo de resolución⁵.

Ambas interpretaciones llevan aparejada una consecuencia indeseable. Si se hace una interpretación estricta, se tiende al abuso del recurso de queja, atendiendo a la regulación supletoria del art 787.1 LECrim. Tal alternativa supondría que se podría recurrir en queja contra cualquier auto no susceptible de recurso de apelación. Sin embargo, no debemos olvidar que el legislador no menciona el recurso de queja en ningún precepto. La CFGE 1/2000⁶ señala que debe admitirse el recurso de queja puesto que la Disposición Final primera de la LORRPM establece como derecho supletorio las normas reguladores del procedimiento abreviado. Aboga además por su inclusión como medio de integrar el deficiente sistema de recur-

3. En este sentido vid DE DIEGO DIEZ. *Recursos interlocutorios en el enjuiciamiento penal de los menores*. cit., p. 2057.

4. ORNOSA FERNANDEZ *Derecho penal de menores*. cit., p. 366. RICHARD GONZALEZ. *El nuevo proceso de menores*. en *Rev. La Ley* 2000/4 p. 1686. PEREZ MARTELL. *El proceso del menor*. Pamplona, 2002, p. 355.

5. CONDE-PUMPIDO TOURON. "Comentario al art. 41" en *Ley de responsabilidad penal de los menores*. cit., p. 383. DE DIEGO DIEZ. *Recursos interlocutorios en el enjuiciamiento penal de los menores*. cit., p. 2055.

6. CFGE 1/2000. Ap.X.2.C.

sos. Pero desde luego no es la mejor solución si nos atenemos a las críticas recibidas en el ámbito del procedimiento abreviado⁷.

Conforme a la interpretación amplia, se hace extensivo el recurso de apelación tanto a los autos que resuelvan la reforma de providencias como de autos. Es cierto que la redacción es lo suficientemente deficiente como para que de entrada a esta interpretación, en la que prima el principio de normalidad en el sentido de que, si el auto que resuelve el recurso de reforma de las providencias, que son de ordenación material del proceso, pueden ser objeto del recurso de apelación, no parece lógico pensar que el legislador ha querido dejar fuera de esta posibilidad al auto que resuelve el recurso de reforma de un auto. No obstante, creemos que es demasiado forzada y aunque puede que sea la que haya estado en la mente del legislador, al menos al inicio de la redacción de la Ley, no es desde luego la que se refleja en la literalidad final de la misma.

Tal vez, y aún reconociendo la precariedad de la opción elegida, el recurso de queja sea la única herramienta que la deficiente redacción de la norma ha dejado a nuestro alcance.

Existe aun un tercer grupo de resoluciones recurribles en apelación y son los autos previstos en el apartado tercero del art 40, contra los que el legislador ha establecido un recurso de apelación directa ante la Audiencia Provincial, y que son los siguientes:

-los que ponen fin al procedimiento, como son los que resuelvan sobre artículos de previo pronunciamiento o cuestiones previas (cosa juzgada, prescripción, amnistía e indulto) y los que deciden el sobreseimiento de las actuaciones, el archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública de protección de menores correspondiente cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal, o la remisión de las actuaciones al

7. DEL MORAL GARCIA en DEL MORAL GARCIA, ESCOBAR JIMENEZ Y MORENO VERDEJO. *Los recursos en el proceso penal abreviado*. Granada, 1999, p 55.

Juez competente, cuando el Juez de Menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto. (art 33)

-los autos que deciden en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.

También deberían poder ser apelables directamente los autos a los que hace referencia el art 51.2, ya que como apunta algún autor⁸ dicho precepto hace referencia a unos autos que regulan lo mismo que el art 14, pero lo cierto es que el art 41 de forma taxativa indica cuales son apelables directamente y este no figura entre ellos, si bien su inclusión no vulneraría el espíritu de la ley, aunque quizás fuese más correcto que previamente se interpusiera reforma.

-los autos dictados para acordar las medidas cautelares de internamiento, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (art 28).

-los autos dictados para acordar medidas cautelares en los supuestos de exención de responsabilidad penal de los números 1º, 2º, o 3º del CP (art 29).

-los autos que recaigan en materia de suspensión de la ejecución del fallo (art 40).

No obstante, aun en estos casos y, siempre que no medie prohibición expresa como la del art 4.3 y la Disposición Transitoria Única respecto de las resoluciones dictadas para la sustitución de penas en trámite de cumplimiento por las medidas prevenidas en la LORRPM, cabe la posibilidad de utilizar previamente el recurso de reforma. El sentido de tal forma de actuar sería otorgar al mismo

8. ORNOSA FERNANDEZ *Derecho penal de menores*. cit., p. 367.

Juez que lo dictó la posibilidad de modificar su decisión ante los argumentos que el recurrente presentara⁹.

2. Plazo de interposición

El recurso de apelación contra sentencias se interpondrá ante el Juez que dictó la sentencia en el plazo de cinco días a contar desde el momento de su notificación(art 41.1). Debe entenderse obviamente desde el día siguiente al de la notificación. Puede observarse como el legislador acorta el plazo previsto para la apelación de las sentencias dentro del procedimiento abreviado que es de 10 días.

El recurso de apelación contra los autos previstos en el art 41.3 se regirá por los trámites del procedimiento abreviado, esto es, el plazo será de 3 días que es el previsto con carácter general para la apelación de los autos en el art 787.3 LECrim.

Surge la duda sobre que hacer con respecto a los otros autos que no son los previstos por el legislador en esa disposición. Parece la solución más acertada aplicar con carácter general el régimen del procedimiento abreviado por dos razones. En primer lugar, por que aparece con carácter general como régimen supletorio y en segundo lugar, porque si el legislador utiliza esta regulación para aspectos de suma importancia como son los que resuelven los autos del art 41.3, también debe extenderse al resto de los autos.

3. Organo competente

En la primitiva redacción de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, la competencia para conocer del recurso de apelación correspondía al Tribunal Superior de Justicia. La creación de las Salas de Menores dentro de los Tribunales Superiores de Justicia se justi-

9. En tal sentido CONDE-PUMPIDO TOURON. "Comentario al art. 41" en *Ley de responsabilidad penal de los menores*. cit. p. 385 y CFGE 1 /2000.

ficaba en la propia Exposición de Motivos de la Ley¹⁰ donde, se decía que " en defensa de la unidad de doctrina, el sistema de recursos ordinarios se confía a las Salas de Menores de los TSJ, que habrán de crearse, las cuales, con la inclusión de Magistrados especialistas, aseguran y refuerzan la efectividad de la tutela judicial en relación con las finalidades que se propone la Ley".

El legislador había optado por esta alternativa desechando otra como era la de haber residenciado la competencia en las Audiencias Provinciales dotándolas, eso si, de magistrados especialistas en la materia de menores.

Aunque esta no fue la opción escogida por el legislador en un primer momento, si ha sido la que el art 6º del la Ley 9/2000 de 22 de Diciembre sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia ha consagrado al sustituir las Salas del TSJ por las Audiencias Provinciales, sin dotar a estas últimas de los especialistas.

Para algunos autores¹¹ supone un contrasentido que las revisiones de las decisiones de los Jueces de Menores que son especialistas en la materia, sean objeto de revisión por un órgano no especializado, con la circunstancia añadida de que no sólo se suprimen las Salas de Menores de los TSJ sino que ni tan siquiera se hace referencia a que una Sección de la Audiencia Provincial fuese la encargada de los recursos sobre menores, sino que será aquella a quien corresponda en el reparto.

Para otros¹², si las Salas de Menores de los TSJ se hubiesen llegado a constituir efectivamente en todas las Comunidades autónomas, carecerían, la mayoría de ellas, de carga competencial sufi-

10. Exposición de Motivos Apdo. Noveno

11. ORNOSA FERNANDEZ *Derecho penal de menores*. cit., p. 362.

12. CONDE-PUMPIDO TOURON. "Comentario al art. 41" en *Ley de responsabilidad penal de los menores*. cit. p. 379.

ciente que justificase su funcionamiento por lo que habrían constituido un dispendio innecesario.

No obstante, en todos los casos hay un aspecto negativo insalvable y es que la doctrina que hubiesen emitido los TSJ habría tenido gran relevancia unificadora dentro del ámbito de cada Comunidad Autónoma, efecto este, sin duda, buscado por el legislador.

4. Procedimiento

Están legitimados para interponer este recurso los que fueron parte en el proceso en primera instancia: el propio menor y el Ministerio Fiscal. El perjudicado, según prevé el art 25 podrá interponer recurso de apelación fundamentado en la incompetencia del juzgado, la inadecuación del procedimiento, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que haya producido indefensión al perjudicado o la falta de apreciación de algún elemento de prueba esencial para la calificación de los hechos.

Puesto que se trata de un recurso devolutivo, el recurso se interpone ante el mismo órgano que dictó la resolución impugnada. A tenor de lo prevenido en el art 223 LECrim. , el Juez ponderará en que casos acuerda la admisión del recurso con efecto suspensivo y en cuales no.

A partir de aquí, el procedimiento varía según nos hallemos ante el recurso de apelación contra sentencias previsto en los arts 41.2 y 41.3 o bien el recurso de apelación previsto contra autos del art 41.1.

Comenzando por el **recurso de apelación contra sentencias** aunque de forma expresa, no hay una referencia debe entenderse de aplicación lo prevenido en los arts 221 y 795.2 LECrim.

El recurso se interpondrá por escrito suscrito por el Letrado en el plazo de cinco días (art 41.1 y 25) ante el Juzgado de Menores.

Aunque no esté expresamente regulado, aplicando de forma subsidiaria el art 795.4 Lecrim, debemos considerar que del escrito

de formalización del recurso el Juez deberá dar traslado a las demás partes para que estas puedan o bien adherirse a la apelación, o bien impugnar la misma.

En la jurisdicción de menores, el papel del perjudicado aparece sumamente recortado de tal forma, que no puede formular pretensiones penales y la responsabilidad de carácter civil, tiene su propio cauce procedimental para ser depurada. Así las cosas, la adhesión a la apelación aparece limitada a dos tipos de situaciones¹³:

En primer lugar, cuando el Ministerio Fiscal, entendiéndolo que la sentencia dictada es contraria a derecho, apoye los argumentos que la defensa haya utilizado en el recurso y solicite la revocación total o parcial de la sentencia.

En segundo lugar, cuando habiendo apelado el Ministerio Fiscal solicitando una medida más gravosa o mostrando su disconformidad con la resolución que declara probados solo algunos de los hechos penales que se imputaban al menor, la defensa decide entonces solicitar una reducción de la duración de la medida o la absolución de los hechos por los que se declara responsable penal¹⁴.

Transcurrido el plazo, el Juez deberá elevar en dos días, los autos originales con todos los escritos presentados a la Audiencia Provincial, donde se efectuara el reparto entre las distintas secciones.

El contenido del escrito de formalización del recurso será el referido a los aspectos previstos en el 795.3 Lecrim.

13. LORCA MARTINEZ. " Los medios de impugnación" en *El sistema español de justicia juvenil*. (coord. HERNANDEZ GALILEA). Madrid, 2002. p. 287.

14. En este caso como LORCA MARTINEZ dice *se debe respetar el derecho del Fiscal recurrente a contradecir la adhesión, para lo que el órgano jurisdiccional ha de habilitar el trámite que haga posible esa contradicción, que, de no respetarse, ocasionaría indefensión al Fiscal, apelante judicial (SSTC 162/1997 y 79/2000)*. LORCA MARTINEZ. " Los medios de impugnación" en *El sistema español de justicia juvenil*. cit., p. 288

La celebración de la vista es obligatoria y ésta será pública salvo que la publicidad pueda deparar efectos contrarios a los intereses del menor o de la víctima.

A la vista habrán de asistir las partes y, si el tribunal lo considera oportuno el representante del Equipo Técnico y el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que hayan intervenido en el caso concreto.

La vista comienza con la práctica de la prueba propuesta y admitida. La redacción del art 41.1 establece que el recurrente podrá solicitar de la Sala la práctica de la prueba propuesta y admitida en la instancia y que no se hubiese celebrado. Por tanto, y a diferencia de lo previsto para el procedimiento abreviado, el legislador excluye la posibilidad de proponer la práctica de pruebas rechazadas en la instancia o incluso de nuevas pruebas.

La vista se celebrará conforme se prevé en el art 795.8 LECrim comenzando por la práctica de la prueba y continuando con el informe oral de las partes de los resultados de las mismas o del fundamento de sus pretensiones.

Cuando el recurso de apelación se formula contra los autos el procedimiento al que se remite la Ley es al previsto por la LECrim para el procedimiento abreviado.

IV. RECURSO DE QUEJA

1. Resoluciones recurribles

Como ya hemos apuntado anteriormente, La LORRPM no hace referencia de forma expresa al recurso de queja previsto en el art 218 LECrim., que debe existir contra todas las resoluciones en las que se deniegue la admisión de un recurso de apelación.

La CFGE 1/2000¹⁵ señala que debe admitirse el recurso de queja puesto que la Disposición Final Primera de la LORRPM esta-

15. CFGE 1/2000. Apdo.X.2.C.

blece como derecho supletorio las normas reguladores del procedimiento abreviado. Según la CFGE 1/2000, tal solución permite dar cierta coherencia al régimen de recursos establecidos en la LORRPM pues resultaría inexplicable que contra los autos excluidos de la apelación únicamente cupiera reforma y, sin embargo, contra las providencias pudiera interponerse en todo caso reforma y apelación. Así pues este recurso devolutivo puede interponerse contra todos los autos no apelables y contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación.

La inexistencia de previsiones específicas obliga a la aplicación supletoria de la LECrim y de las normas del procedimiento abreviado en cuanto a su tramitación.

2. Plazo

Cuando el recurso es utilizado para impugnar los autos excluidos de apelación nos hallamos ante una "queja sin plazo", una especie de expediente sanatorio del proceso que equivale al recurso de apelación pero en el que el legislador omite señalar una plazo para su interposición puesto que, si existe una falta grave no debe limitarse el tiempo para ponerla de manifiesto mientras esté pendiente la causa¹⁶.

3. Órgano competente y procedimiento

El recurso se interpondrá mediante un escrito firmado por Letrado ante la Audiencia Provincial. No es preceptivo que a dicho escrito se acompañe informe alguno, pero sí debe señalarse la resolución que se impugna así como la fecha de su notificación al recurrente y el objeto de la queja. Además, y en aras de la celeridad, debería acompañarse al escrito copia de la interposición del recurso de reforma y el consiguiente auto desestimatorio del Juzgado de Menores y de su notificación, con el fin de que la Audiencia Pro-

16. MUERZA ESPARZA, *El proceso penal abreviado*, Pamplona, 2002. p. 149.

vincial compruebe que se cumplen los presupuestos legales para admitir a trámite el recurso o rechazarlo *a limine*¹⁷.

Una vez interpuesto, la Sala de la Audiencia Provincial de forma inmediata lo comunicará por el medio más rápido al Juez de Menores para que, a la mayor brevedad, emita informe aclarando sobre la decisión objeto de recurso.

Recibido dicho informe se pasará al Ministerio Fiscal, si no es el recurrente, para que asimismo emita su dictamen.

Con estos informes y el examen directo de las actuaciones, si se considera útil, la Audiencia Provincial resolverá.

Podría apreciarse una posible vulneración del principio de audiencia puesto que, como puede apreciarse, no existe cauce para que la parte no recurrente, salvo el Ministerio Fiscal, sea oído. No obstante, y como se ha puesto de relieve por parte de la doctrina¹⁸, dado que el recurso de queja se interpone cuando es desestimado el de reforma, es en éste, en el que todas las partes tienen la oportunidad de ser oídas e incluso el Juez, en la tramitación del recurso de queja, puede tener en cuenta el testimonio de los escritos que las demás partes hubiesen presentado en contestación al recurso de reforma.

En cuanto a los efectos, éstos dependerán del momento en que se haya interpuesto el recurso. Si se interpuso dentro del término ordinario de la apelación, la resolución de la Audiencia Provincial afectará al estado de la causa, aún cuando en ningún caso suspende la ejecución de lo resuelto (art. 213 LECrim). Si se interpuso fuera de dicho término, no afectará al estado del proceso, sin perjuicio de lo que el tribunal acuerde en su día cuando llegue a conocer de la causa (art. 235.2 LECrim).

17. LORCA MARTINEZ. " Los medios de impugnación" en *El sistema español de justicia juvenil*, cit., p. 285.

18. MUERZA ESPARZA. *El proceso penal abreviado*, cit., p. 150.

De todos modos conviene aquí recordar el análisis que en su momento el Consejo General del Poder Judicial emitió sobre el Proyecto de Ley relativo al procedimiento abreviado y que, no olvidemos, es el utilizado por el legislador al regular el recurso de queja en el procedimiento de menores: "Conviene tener en cuenta que el recurso de queja es un recurso de más lenta tramitación, burocratizado y poco dinámico en el que cabe incluso, según el proyecto, la posibilidad de que el tribunal reclame las actuaciones, Debería pues quedar reducido el recurso de queja a los supuestos de inadmisión de otro recurso y dejar como recurso ordinario de apelación, máxime cuando a éste se le atribuye la tramitación más ágil que la actual, sin que sea necesaria la previa interposición del recurso de reforma".

V. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Inspirada en el art 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (Texto Refundido, RD Legislativo 2/1995 de 7 de Abril) , la LORRPM introduce el denominado recurso de casación para la unificación de la doctrina que no nace para enmendar el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las sentencias ejecutorias, sino para garantizar la unidad de doctrina en el ámbito del derecho sancionador de menores a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La finalidad propia del recurso determina que sea difícilmente comprensible para el litigante ya que, si una sentencia le afecta y es reputada injusta por el más alto tribunal de la nación, no obstante deba ser cumplida con rigor¹⁹.

El art 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 -12- 1966 dispone que "Toda persona declarada culpable

19. SERRA DOMINGUEZ "Del recurso de casación" en *Comentarios a la reforma de la LEC* (coord. CORTES DOMINGUEZ),Madrid 1985, p. 927.

de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidas a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito en la ley". El TC se pronunció al respecto declarando que "De su lectura se desprende claramente que no establece propiamente una "doble instancia " sino una sumisión que habrá de ser conforme "a lo previsto por la ley", por lo que ésta, en cada país fijará sus modalidades"²⁰.

Para parte de la doctrina²¹ sólo el recurso de apelación satisface de verdad las exigencias de una impugnación en el sentido de revisar el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena.

Esta es desde luego, la opción acogida por el legislador de la ley de menores, ya que frente a un recurso de apelación cuya regulación hace posible una completa revisión de la causa, regula un recurso de casación para la unificación de la doctrina.

No obstante los efectos que para el menor puede tener este recurso no son baladíes puesto que cualquier resolución que dicte el TS favorable a la situación del menor va a tener una respuesta inmediata del fiscal, de la defensa y de la autoridad judicial, de tal modo que la aplicación de lo previsto en los arts 14 y 51 puede suponer una modificación o una suspensión de las medidas que se estuvieran aplicando²².

De nuevo el legislador parece querer otorgar un instrumento más al Juez de Menores aportando esta "jurisdicción consultiva y preventiva"²³, originando una cierta garantía en las interpretaciones judiciales.

20. STC 527/2000 de 23 de Julio, 129/2000 de 3 de Febrero, 1.589/1997 de 29 de Diciembre.

21. RUIZ VADILLO *Hacia una nueva casación penal (La Constitución, punto central de inflexión)* en Boletín de Información del Ministerio de Justicia nº 1585 de 25 de Diciembre de 1990, p. 96.

22. LORCA MARTINEZ. " Los medios de impugnación" en *El sistema español de justicia juvenil*, cit., p. 298.

23. LORCA MARTINEZ. " Los medios de impugnación" en *El sistema español de justicia juvenil*, cit., p 305.

1. Resoluciones recurribles

En primer lugar, son recurribles en casación las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales cuando se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refieren las reglas 4 y 5 del art 9. Por tanto, se dará en aquellos supuestos en que se trate de personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos y el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, siendo la duración de hasta cinco años de internamiento. Asimismo, si se trata de trabajos en beneficio de la comunidad, hasta doscientas horas o, si se concreta en permanencia de fin de semana, hasta de dieciséis fines de semana.

Se debe entender que implícitamente quedarán incluidas las medidas de internamiento terapéutico o de tratamiento ambulatorio de duración superior a dos años²⁴.

Además, de forma excepcional, cuando los supuestos revistieran extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años.

También podrán ser objeto de casación los autos definitivos dictados por las Audiencias Provinciales, al resolver los recursos contra las decisiones en los que los Jueces de Instrucción acuerden que debe aplicarse la LORRPM a los mayores de 18 años y menores de 21. (Disposición en suspenso por la Ley 9/2000)

Por último, cabe contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional (Disposición Adicional Cuarta).

24. LORCA MARTINEZ. " Los medios de impugnación " en *El sistema español de justicia juvenil*. Cit., p.295.

2. Motivos del recurso

Este recurso de casación tiene por objeto la unificación de la doctrina, y se podrá interponer cuando exista contradicción con otras sentencias dictadas por la misma Audiencia Provincial, con sentencias dictadas por otras Audiencias Provinciales, o con sentencias dictadas por la Sala 2ª de Tribunal Supremo.

La modificación competencial que se produjo a tenor de la Ley Orgánica 9/2000 al atribuir el conocimiento de este proceso a las Audiencias Provinciales, ha supuesto un cambio también sustancial en la importancia del recurso y sobre todo, un incremento muy considerable en el número de dichos recursos ante el Tribunal Supremo. Las Salas de Menores previstas no pasaban de 17 (una por cada Comunidad Autónoma), en tanto el número de Secciones de las Audiencias provinciales que pueden emanar sentencias contradictorias entre sí alcanzan una cifra bastante superior²⁵.

La contradicción a la que hace referencia el artículo se alude a hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo a pronunciamientos distintos.

La exigencia de concurrencia de identidades en cuanto a los sujetos, los hechos, los fundamentos y las pretensiones en las resoluciones sometidas a contraste no le convierten en un recurso de fácil utilización como ocurre, ya en su ámbito tradicional, es decir en el proceso laboral. En el seno del proceso de menores su aplicación será de extrema dificultad si también se interpreta de forma restrictiva esa expresión "sustancialmente iguales", y esto porque en un proceso como el de menores, en la elección de las medidas que se han de imponer o no imponer, no sólo se entra a valorar sobre la prueba y la calificación del hecho punible sino que, de forma especial, se atiende a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad, la situación psicológica, educativa, etc. del menor.

25. ORNOSA FERNANDEZ *Derecho penal de menores*. cit., p. 372.

Ciertamente la dificultad para encontrar dos situaciones sustancialmente idénticas es desde luego muy destacable²⁶.

3. Procedimiento

Los legitimados para interponer este recurso son el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor. El perjudicado dado su particular carácter en el proceso y al no mencionarlo de forma expresa el legislador en este proceso, debemos colegir que no se encuentra legitimado.

A) Fase de preparación e interposición

Nos encontramos ante una redacción un tanto confusa que en inicio parece mezclar la fase de preparación con la interposición ya que, frente al régimen general del recurso de casación del art 855 y ss LECrim, donde el trámite de preparación se realiza ante la Audiencia y el de interposición ante el Tribunal Supremo, la LORRPM prevé que preparación e interposición se realicen ante la Audiencia Provincial.

Pero la confusión se extiende a los propios escritos de preparación e interposición, ya que no se aprecia los requisitos de uno y otro o el plazo previsto para presentar el primero y el segundo. Ante esta caótica regulación las tesis aportadas son varias pero creemos que la más certera es la de considerar, apoyándonos en la CFGE 1/2000²⁷, que el trámite de preparación no existe, y que el legislador a pesar de su referencia a que "el recurso podrá prepararlo" del 42.3, en realidad está haciendo referencia a un único escrito que es el de interposición. Recordemos además que no existe más que un plazo señalado por la ley de 10 días, luego ¿qué plazo acogeríamos si pensáramos en dos escritos diferentes?

26. En el mismo sentido GARCIA GARCIA-SOTOCA. *Los recursos en la Ley 5/2000 de responsabilidad penal de menores* en Revista Tribunales de Justicia. Junio 2002, p 5.

27. CFGE 1/2000. Apdo.X.5

El escrito de interposición lo presentara el Ministerio Fiscal o el Letrado del Menor en los diez días siguientes a la notificación de la sentencia.

Puesto que el único motivo del recurso es la referida contradicción, en el escrito habrá de relatarse de forma precisa y circunstanciada esa contradicción que se alega. Asimismo, habrán de designarse las sentencias de donde resulte aquella, y los informes en que se funde el interés del menor valorado en la sentencia.

En esta fase de preparación de un recurso devolutivo, lo lógico sería pensar que queda en manos de la Audiencia fiscalizar los presupuestos de admisibilidad del recurso que se fijan en los números 1,2 y 3 del art 42. Si no es así, pensaríamos que un recurso planteado a los veinte días desde la notificación de la sentencia, pasaría a ser admitido y solo en el tramite previsto en el 42.5 LORRPM tendría su rechazo por el TS.

Desde luego el planteamiento de la LORRPM no parece en absoluto riguroso y supone que la Sala 2ª del TS tenga que suplir actuaciones propias de la fase de preparación del recurso y del órgano *a quo*.

Pero la literalidad del precepto señala que "cuando la parte recurrente hubiese incumplido de modo manifiesto e insubsanable a criterio del Tribunal Supremo los requisitos establecidos para el recurso...". De tal redacción cabe extraer que la Audiencia Provincial aun a la vista de defectos insubsanables, como el del plazo antes aludido, no podría inadmitir el recurso, puesto que la inadmisión parece competencia exclusiva del TS. Siendo así, el trámite de preparación no parece de excesiva utilidad.

No obstante el 42.5 establece que la Audiencia Provincial una vez acreditados los requisitos establecidos para el recurso, requerirá testimonio de las sentencias citadas a los Tribunales que las dictaron y, en un plazo de diez días, remitirá la documentación recibida a la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

El legislador parece que contempla a una primera revisión de los requisitos por parte de la Audiencia Provincial, pero no prevé que la misma pueda inadmitir el recurso por estos motivos, aunque sí parece condicionar el requerimiento de testimonios a que los mismos se den, puesto que dice "acreditados los requisitos a los que se refiere el apartado anterior, la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia ante quien se haya interpuesto el recurso requiriera testimonio...". Luego, si no se dan los requisitos, la Audiencia no requerirá los testimonios, pero parece que en ningún caso podrá dejar de dar traslado de la documentación recibida al TS.

Piénsese además, que el recurso de queja, que es el instrumento oportuno para que el recurrente ante la inadmisión por parte de la Audiencia del recurso, pudiera plantear de nuevo su impugnación, no tiene reflejo en la LORRPM. Este dato refuerza la apreciación de que el legislador no quiere que en ningún caso la propia Audiencia decida sobre la inadmisión del recurso

Al dar traslado de la documentación se emplazan a los sujetos procesales ante la sala(art 42.5).

B) Fase de admisión

La Sala 2ª del TS deberá designar al Magistrado Ponente (art 880 LECrim), al cual, conforme a lo previsto en el art 883 LECrim, se le dará traslado de la causa para instrucción por un plazo de diez días.El Magistrado deberá fiscalizar la existencia de alguna de las causas de inadmisión previstas en el art 42, y así, en primer lugar revisará la existencia de los presupuestos de admisibilidad del mismo: plazo, tipo de resolución, y documentación exigida.

En segundo lugar, lo referente al contenido casacional del recurso. No olvidemos que el único motivo casacional es el de la contradicción previsto en el punto 2 del art 42.

Para que el Magistrado Ponente pueda inadmitir el recurso deben darse el incumplimiento de alguno de estos requisitos, o de los dos, de forma manifiesta e insubsanable.

Cuando el defecto sea subsanable se comunicará a la parte y se le otorgará un plazo para la subsanación del mismo.

En caso de que el Magistrado Ponente considere que debe inadmitir el recurso, dará cuenta a la Sala de su inadmisión y esta acordará oír al recurrente y al Ministerio Fiscal, si este no hubiera interpuesto el recurso, por plazo de tres días.

El Tribunal resolverá mediante un auto contra el que no cabe recurso alguno.

C) *Vista del recurso*

Si se admite, constituida la Sala, se convocará a las partes a una vista oral en la que se oírán las alegaciones que se efectúen y se podrá solicitar informe a la entidad pública de protección o reforma de menores del territorio donde ejerza su jurisdicción el juzgado que dictó la resolución impugnada y, en su caso, a aquella que le corresponda la ejecución de la misma.

Nada se dice sobre si la vista debe ser pública o no. Esto deberá ponderarlo el Tribunal según el caso concreto.

D) *Fase de decisión*

A continuación se dictará sentencia en la forma establecida en el art 900 LECrim.

La remisión que lleva a cabo el art 42.7 a la LECrim resulta un tanto absurda si reparamos en que, en tal cuerpo legal, no existe recurso casacional para la unificación de doctrina.

La CFGE 1/2000²⁸ pone de relieve que la existencia de sentencias sin efectos para el caso concreto, tal y como sucede en el recurso de casación en interés de Ley en el orden civil, en el que los pronunciamientos tienen como único efecto fijar criterios futuros para

28. CFGE 1/2000. Apdo.X.5

la unificación de la doctrina aplicable para casos futuros, no parece casar bien con el orden jurisdiccional penal.

Sin embargo, el espíritu y el objetivo del recurso de casación regulado en el procedimiento de menores es el mismo que el de todos los recursos de casación para la unificación de la doctrina o en interés de ley que existen en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, el menor podrá verse beneficiado por el resultado del recurso de casación aunque sea de forma indirecta haciendo uso de lo previsto en los arts 14 y 51 LORRPM, a través de los legitimados para solicitar la sustitución o la cesación de las medidas que hasta ese momento pesaran sobre el menor²⁹.

29. LORCA MARTINEZ. " Los medios de impugnación" en *El sistema español de justicia juvenil*, cit., p.295

Capítulo VII

LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS

ROSA GUTIÉRREZ SANZ -apartados I y II-
FIDEL ÁNGEL CADENA SERRANO -apartado III-

Sumario: I. Reglas generales de la ejecución 1. El principio de legalidad. 2. Competencia Judicial. 3. Competencia administrativa. II. Reglas para la ejecución de las medidas. 1. Declaración de firmeza de la sentencia y aprobación del programa de ejecución. 2. Liquidación de la medida. 3. Traslado a la Entidad Pública competente para la ejecución. 4. Designación de técnicos o de centro. 5. Ejecución de varias medidas. 6. Expediente del menor sometido a la ejecución de una medida. 7. Informes sobre la ejecución. 8. Quebrantamiento de la ejecución. 9. La responsabilidad derivada del quebrantamiento. 10. Sustitución de las medidas 11. Conciliación del menor con la víctima. 12. Interposición de recursos. 13. Archivo definitivo de la causa. III. Las reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad.

I. REGLAS GENERALES DE LA EJECUCIÓN

1. El principio de legalidad

La LORRPM dedica un elevado número de preceptos a regular la ejecución de las medidas acordadas por el Juez de Menores en la sentencia.

Desde luego, la materia es tan fundamental, que la extensión reguladora no debería extrañarnos si no fuera por el desigual tratamiento que a la misma otorgaba la ley 4/1992, la cual, dedicó mucha menos atención a esta materia. En esa ley, el legislador dedicaba unos pocos preceptos: la Disposición Adicional Tercera, el art 23 y el art 16.3, regulando, de forma poco satisfactoria, aspectos aislados de una materia de tal trascendencia.

Frente a este estado de cosas, la LORRPM dedica un Título entero, el Título VII, y comienza por proclamar el principio de legalidad en el art 43.1 y la garantía en su ejecución en el 43.2.

En aras del principio de legalidad, no puede ejecutarse ninguna medida sino en virtud de sentencia firme y conforme al procedimiento previsto por la ley. Asimismo, para no conculcar la garantía en la ejecución, no caben otras formas de cumplimiento de las medidas que no sean las previstas por la ley y los reglamentos que la complementen.

No obstante, como ha indicado la CFGE 1/2000, la letra del art 43.1 entra en conflicto con lo recogido en el art 50.2 *in fine* que, en caso de quebrantamiento de una medida no privativa de libertad, permite al Juez, bajo determinadas circunstancias, sustituir esa medida por la de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento.

No se debe olvidar que la ejecución de las medidas previstas en la LORRPM está también presidida por otro "principio" y es el de la flexibilidad.

Sin olvidar en ningún momento el talante educador de la ley, el propio art 14.1 contempla tres posibilidades de modificación de

la medida impuesta en la sentencia atendiendo siempre al interés del menor que es el prioritario en todo caso. Estas tres posibilidades, consistentes en dejar sin efecto la medida, reducir la misma, o bien en sustituirla por otra, no conculcarían el principio de legalidad siempre que el menor no se vea perjudicado con la alteración de la medida primitiva. Debemos partir de que la LORRPM atiende a la evolución del menor y de sus circunstancias, considerando que, en aras del interés del menor, si la evolución favorable del mismo lo hace aconsejable, cabe modificar las medidas sin que ello vaya en contra del principio de legalidad previsto en el art 43.

Cosa distinta, como antes apuntábamos, es la facultad conferida al Juez en el art 50.2, en cuyo caso, se está admitiendo la posibilidad de que se imponga al menor una medida más grave que aquella a la que fue condenado en la sentencia.

Parece que la única solución que no repugna a la legalidad, y que en la práctica es la comúnmente adoptada, es que en la propia sentencia se prevea expresamente la medida de internamiento, dejando esta en suspenso a expensas de un correcto cumplimiento de una medida de libertad vigilada. Tal práctica no supone quiebra alguna del principio de legalidad y en ningún caso supone un perjuicio para el menor, si acaso puede ser considerada como una advertencia que posiblemente le animará a no quebrantar la medida impuesta como primera opción¹.

2. Competencia judicial

El Juez de Menores² es el órgano jurisdiccional al que se encomienda el control de la ejecución.

La LORRPM no hace sino recoger el contenido del art 3 CP en el que se atribuye el control jurisdiccional de la ejecución de penas

1. En sentido similar se expresa la CFGE 1/2000. Apdo.XI.7.

2. Obviamente el legislador no se ha referido al Juez titular del Juzgado de Menores, sino a éste como órgano unipersonal, al servicio del cual estará un Juez susceptible de ser sustituido por otro, si las circunstancias así lo aconsejan.

y medidas a los jueces y tribunales competentes. No obstante, en el art 3 CP se omite la mención de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria porque en nuestro sistema legal, los jueces y tribunales son los llamados a decidir en primer término la clase y cantidad de pena o medida que imponen, su contenido y otras circunstancias, así como controlar la aplicación de medidas sustitutorias, suspensión de ejecución etc. Por su parte, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria tutelan los derechos del interno o sometido a medida (90 y ss CP, pueden servir de puente entre el condenado y el tribunal sentenciador (97 y ss CP), o coadyuvar con el tribunal sentenciador en el control de la ejecución (78 CP)³.

En la persona del Juez de Menores se concentran las funciones que ostenta el Juez de Vigilancia Penitenciaria y el Juez sentenciador en los procesos contra adultos. No obstante, en el supuesto de que se produjera la situación prevista en el art 15 LORRPM, esto es, cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, y el sujeto pasivo pasase a cumplir la medida en un centro penitenciario, las funciones que son propias del Juez de Vigilancia Penitenciaria pasaría a desempeñarlas el mismo⁴.

Las funciones del Juez de Menores aparecen básicamente en el art 44 de la LORRPM, si bien algunas facultades u obligaciones se regulan en otros preceptos dispersos de la ley. La CFGE 1/2000⁵ parte de que no se trata de un catálogo cerrado de funciones sino, de una enumeración ejemplificativa.

El art 44 contiene una referencia a la doble vertiente que debe ser atendida por el Juez de Menores durante la ejecución.

3. En tal sentido QUINTERO OLIVARES Y VALLE MUÑIZ en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (coed. QUINTERO OLIVARES Y VALLE MUÑIZ). Pamplona, 1996, p. 52.

4. En el mismo sentido DE LA ROSA CORTINA en URBANO CASTRILLO Y DE LA ROSA CORTINA. *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*. Pamplona, 2001, p. 428.

5. CFGE 1/2000. Apdo. XI.2

Por un lado, atender al control de todas aquellas actividades que tienen como finalidad ejecutar la sentencia penal, lo más fielmente a la letra y al espíritu de la resolución, esto es, impidiendo que en su desarrollo la medida impuesta pierda la finalidad perseguida.

Por otro, el Juez deberá velar por los derechos del menor, siguiendo la evolución del mismo de acuerdo con la aplicación de las medidas y resolviendo cuantas incidencias pudieran producirse a lo largo de su aplicación.

El art 44 prevé que para ejercer el control de la ejecución al Juez le corresponden "especialmente" las siguientes funciones, que ejercerá desde que se declare la firmeza de la sentencia hasta el momento en que se de por finalizado el cumplimiento de la medida:

a) Adoptar todas las decisiones que sean necesarias para proceder a la ejecución efectiva de las medidas impuestas

Se trata de un precepto que, de forma global, otorga al Juez la obligación de acordar todas aquellas resoluciones oportunas para proceder a la aplicación de las medidas recogidas en la sentencia.

La ejecución efectiva incluye por tanto, la adopción de resoluciones que pueden ir desde la propia localización y detención del menor, hasta su traslado al centro correspondiente, si es que de este tipo de medidas restrictivas de libertad se tratara. Como ya al inicio apuntamos, se trata de facultades coincidentes en algunos casos con las de los jueces de vigilancia penitenciaria y éste es uno de los supuestos. El art 76 de la LGP tiene una redacción similar.

Lo que no cabe incluir aquí es la ejecución de la sentencia correspondiente a la pieza de responsabilidad civil. En esta materia habrá de estarse a lo previsto en los arts 61 a 64.

b) Resolver las propuestas de revisión de las medidas a que se refiere el art 14 de esta Ley

Aunque de forma expresa no se mencionan podemos incluir aquí los supuestos previstos en el art 51.1. Tanto en lo referente al

art 14 como al 51.1, al Juez se le concede la posibilidad de dejar sin efecto la medida impuesta, o bien reducirla o sustituirla por otra.

La redacción es bastante deficiente puesto que, la literalidad de los art 14 y del 51, establece casos en que el Juez, de oficio, pueda acordar la suspensión, la sustitución, la modificación o la reducción de la medida. En estos casos obviamente, resulta innecesario el planteamiento de una propuesta sobre la que el Juez deba resolver. No así en los supuestos en que la propuesta provenga del Ministerio Fiscal o del Letrado del Menor, en cuyo caso sí tiene sentido que el Juez resuelva sobre la petición de revisión de la medida.

c) Aprobar los programas de ejecución de las medidas

Debemos partir de que el Juez en exclusiva es el que impone la medida y la duración de esta(arts 7.3 y 39).

A continuación aparece el programa de ejecución al que hace referencia el art 46, y que podríamos definir como el proyecto en el que se perfilan cuales van a ser individualizadamente los contenidos que va a tener esa medida comprendida en la sentencia.

El tenor literal de este apartado 44.c parece indicar que el programa no es de elaboración judicial sino que es una tercera entidad la que elabora el mismo, lógicamente dentro de los parámetros de la sentencia, que en ningún caso podrán ser vulnerados.

El Juez por tanto, lo que va a hacer es aprobar ese programa que, de forma inicial al menos, determinara la aplicación de la medida.

d) Conocer de la evolución de los menores durante el cumplimiento de las medidas a través de los informes de seguimiento de las mismas

Esta norma se corresponde con lo previsto en el art 49, según el cual, la entidad pública remitirá al Juez de Menores y al Ministerio Fiscal, con la periodicidad que se establezca reglamentariamente en cada caso y , siempre que fuese requerida para ello o la misma

entidad lo considerase necesario, informes sobre la ejecución de la medida y sus incidencias, y sobre la evolución personal de los menores sometidos a las mismas. Dichos informes se remitirán también al Letrado del Menor.

e) Resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas para la ejecución de las medidas, conforme establece el artículo 52 de esta Ley

A pesar de que la redacción del artículo 52 parece que nos sugiere una referencia a las penas privativas de libertad, los recursos deben ser de aplicación general tanto para penas privativas de libertad, en cuyo caso también cabe interponerlas ante el director del centro de internamiento, o de cualquier otra naturaleza y en este supuesto, se plantearían directamente ante el Juez.

f) Acordar lo que proceda en relación a las peticiones o quejas que puedan plantear los menores sancionados sobre el régimen, el tratamiento o cualquier otra circunstancia que pueda afectar a sus derechos fundamentales

Al menor se le concede la posibilidad de plantear su disconformidad ante el Juez al margen de lo que sería puramente la vía de los recursos. Una posibilidad muy similar se le concede en el art 56.2.K, si bien en este supuesto reducido a los menores sometidos a medidas de internamiento.

g) Realizar las visitas a los centros y las entrevistas con los menores que considere pertinentes, a fin de comprobar personalmente la evolución de los mismos y la situación en que se encuentran

Se trata de una obligación ineludible que desde luego, es absolutamente determinante para que el Juez pueda acordar cualquier tipo de modificación, suspensión etc de medidas, ya que no olvidemos que es el interés y la evolución del menor el principio que preside la ejecución

- h) Formular a la entidad pública de protección o reforma de menores correspondiente las propuestas y recomendaciones que considere oportunas en relación con la organización y el régimen de la ejecución de las medidas*

Se trata de una facultad similar a la de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria(art 77 LGP). Se trata de propuestas y recomendaciones por tanto muy alejadas de las resoluciones judiciales que deba cumplir de forma obligatoria la entidad.

- i) Adoptar las resoluciones que, en relación con el régimen disciplinario, les atribuye el art 60 de la LORPM*

Este apartado es reiterativo de lo que ya se dispone en el apartado e).

3. Competencia administrativa

De lo previsto en el art 43, 45.1 y la Disposición Final 7ª cabe colegir que las CCAA tienen potestad reglamentaria exclusiva en lo referente a la actividad administrativa de ejecución, y de modo particular en la materia que se regula en los arts 54 a 60 y 45,46.3, 48, 50.1,y 53.1.

Dicha potestad tiene unos límites que marca, por una parte, el hecho de que el contenido de los reglamentos en ningún caso podrá entrar en contradicción con la LORRPM, y por otra, que queda fuera de su ámbito de potestad la actividad procedimental del Juez de Menores, que es competencia exclusiva del Estado⁶.

En lo que no se halle previsto en la LORRPM ni en los reglamentos de las CCAA será supletoria, como lo es con carácter general en esta ley, la LECrim, y puntualmente, y siempre que no vaya en contra del espíritu de la Ley, las normas penitenciarias.

6. VARGAS CABRERA "Comentario al art 43" en *Ley de responsabilidad penal de los menores* (coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO). Madrid, 2002 p. 407.

El art 45 atribuye la competencia material para la ejecución de las medidas a las CC AA y a las ciudades de Ceuta u Melilla. Únicamente en el caso de la amonestación, (art 7. l.) será el Juez de menores el que ejecute directamente la medida.

Como indica la CFGEI /2000 tampoco resulta necesario el concurso con la entidad pública para que el Juez ejecute las medidas de privación del permiso de conducir o de licencia de armas; en este caso bastará con que el Juez remita los oficios correspondientes a las autoridades administrativas competentes

Es manifiesto el deslinde de funciones que supone el art 44 y el 45 de tal forma que puede decirse que el Juez de Menores traza los límites dentro de los cuales debe discurrir la medida acordada en la sentencia, en tanto la CA a través de sus Órganos es quien la ejecuta de facto⁷.

La competencia territorial corresponde a la entidad pública del territorio del Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia y que con carácter general, será el Juez del lugar donde haya cometido la infracción, o cuando hubiese cometido varios delitos en distintos territorios, será competente el del domicilio del menor.

Puede suceder lógicamente que la entidad pública encargada de la ejecución no se corresponda con el domicilio del menor y en este caso, y siempre que el interés del menor recomiende no alejarle de su entorno social y familiar, puede verse alterado el fuero competencial en aras del mayor beneficio para el menor. A la inversa también puede ser aconsejable para el éxito reeducativo del menor un aislamiento lo más estricto posible de su ambiente y familia. De hecho en el art 46.3 se prevén posibles convenios para la ejecución de las medidas con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, manteniendo en todo caso la CA la titularidad y responsabi-

7. En este sentido CUELLO CONTRERAS. *El nuevo Derecho Penal de Menores Cuadernos Civiles*. Madrid 2000.

dad de tal manera en cualquier momento y siempre que se diera causa justificada se podría resolver el citado convenio

Cada CA designa una entidad pública que dentro de ella se va a ocupar de la ejecución de las medidas, y cuyas normas de regulación y funcionamiento ha ido estableciendo dentro del marco que el art 148.1.20 CE les confiere.

II REGLAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS

1. Declaración de firmeza de la sentencia y aprobación del programa de ejecución

El art 43 establece que no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme. De su dicción literal se desprende que sólo son ejecutables las sentencias que hayan adquirido firmeza, esto es, contra las cuales ya no quepa interponer recurso alguno.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, sólo las sentencias firmes son ejecutables, ya que, lógicamente, y dado los principios que rigen el proceso penal, no se establece una posible ejecución provisional.

Además, y acorde a lo previsto en el art 44.2.c, para que sea posible dar comienzo a la ejecución, es necesario que el programa de ejecución elaborado por el entidad correspondiente haya sido aprobado por el Juez de Menores.

2. Liquidación de la medida

El secretario judicial es el encargado de llevar a cabo la liquidación de la medida, tomando obviamente como parámetros el contenido de lo acordado en la sentencia.

En tal liquidación se indicará en primer lugar, la fecha de inicio y de posible finalización de la medida. No obstante, habrá que tener en cuenta que se trata de una previsión inicial de la fecha de

inicio y de finalización de la medida y ésta, puede verse sometida a modificaciones.

La fecha de inicio puede verse alterada por circunstancias ajenas al menor (problemas de plazas en los centros en la que vaya a cumplir la medida) o propias del menor (problemas familiares, que el menor no comparezca etc). Por su parte, la fecha de finalización de la medida, puede sufrir modificaciones como son las que se derivan de la aplicación de las facultades que el art 14 concede al Juez

En tal sentido la CFGE 1 /2000⁸ pone de relieve que no parece oportuno practicar una liquidación de condena, sobre todo de determinadas medidas no privativas de libertad sin conocer las posibilidades de ejecución efectiva de la medida con que cuenta la entidad pública y asimismo, cuando se trate de medidas de internamiento, el inicio del mismo estará condicionado por la disponibilidad de plazas en el centro. Parece más conveniente, como se expresa en el referido documento, que el secretario, antes de someter la liquidación a la aprobación definitiva, se ponga de acuerdo con la entidad de su disponibilidad de fechas para señalar la fecha de inicio de la ejecución.

En la liquidación se habrá de proceder a descontar el tiempo que se hubiere cumplido como medida cautelar en los términos previstos en el art 28.5.

Cuando la medida cautelar y la impuesta en la sentencia sean de diferente naturaleza, el Juez, oídos el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar.

En los supuestos en que se impongan varias medidas en un único procedimiento, será de aplicación la liquidación establecida en el art 13.

8. CFGE 1/2000. Apdo.XI.2

Mayor problema se puede plantear en aquel supuesto en que la sentencia dictada en el proceso sea absolutoria y el menor haya cumplido una medida cautelar. En este supuesto, en algún caso, cabrá compensar al menor con una indemnización de índole pecuniaria, e incluso, se podrá acudir a exigir la responsabilidad patrimonial prevista en los arts 292 y 297 LOPJ.

A continuación, dice la ley, el secretario procederá a abrir un expediente de ejecución en el que se harán constar las incidencias que se produzcan en el desarrollo de la ejecución. Parece, no obstante, más lógico que el expediente se abra en el primer momento y en el mismo se incluya, además de la ejecutoria, la propia liquidación.

Como queda expresado, la liquidación es una función que se atribuye de forma exclusiva al secretario judicial. No obstante, se trata de una labor que puede dar lugar a múltiples conflictos, sin que aparezca, al menos de forma expresa en la ley, el mandato de que se dé traslado de la liquidación ni al Ministerio Fiscal ni al Letrado del Menor, ni a la necesidad de aprobación judicial de la misma, lo cual parece necesario. Sin embargo, tomando en consideración lo establecido en el art 44.1 LORRPM, podríamos considerar que, en todo caso, debe acordarse la liquidación mediante auto motivado, que podrá ser objeto de los recursos previstos por la ley.

3. Traslado a la Entidad Pública competente para la ejecución.

Se va a dar comienzo a la ejecución de la medida impuesta al menor y para ello, el legislador arbitra un sistema según el cual, la entidad pública de protección o reforma de menores donde se va a dar cumplimiento de la sentencia recibe, de la forma más completa posible, todos aquellos datos que son de interés para poder llevar a cabo su labor con la mayor eficacia en aras de obtener los fines benéficos para el menor que se persiguen.

A tal fin, se le entregara la liquidación tal y como haya resultado aprobada finalmente, así como todos aquellos testimonios, ya

sean los informes técnicos, o cualquier elemento valorativo del menor que pueda resultar de interés, y además, deberá suministrarle, si es que no lo tiene en su poder, el programa de ejecución que haya sido aprobado por el Juez de Menores.

El art 46.2 prevé que se notifique al Ministerio Fiscal el inicio de la ejecución, y al Letrado del Menor, si así lo solicitara al Juez de Menores. Desde luego la previsión parece criticable. En el caso del Ministerio Fiscal, como hemos apuntado anteriormente, previamente se le habrá dado traslado de la liquidación de la medida. Cabe únicamente que el legislador esté pensando en supuestos en los cuales desde la liquidación hasta el inicio de la ejecución transcurre un cierto periodo, y hace necesario poner en conocimiento del Fiscal que se inicia el periodo de cumplimiento. En el supuesto del Letrado, no parece de recibo condicionar la notificación a la solicitud expresa del Letrado del Menor. La defensa tiene que ser notificada en paridad con el Fiscal, puesto que su intervención a la hora de defender los intereses del menor siguen siendo necesarios también en esta fase.

4. Designación de técnicos o de centro

Recibidos por la entidad pública el testimonio y la liquidación de la condena, aquella debe designar de forma inmediata un profesional que será el responsable de la ejecución de la medida impuesta. Si la medida fuera de internamiento, se procederá a la designación del centro más adecuado para su ejecución, de entre los más cercanos al domicilio del menor en los que existan plazas disponibles para la ejecución por la entidad pública competente en cada caso. El traslado a otro centro distinto de los anteriores sólo se podrá fundamentar en el interés del menor de ser alejado de su entorno familiar y social y requerirá, en todo caso, la aprobación del Juez de Menores que haya dictado la sentencia.

La designación a que hace referencia el legislador en el art 46.3, puede no ser tan inmediata como se pretende si no ha habido una previa designación en el programa de ejecución de la medida, ya

que el nombramiento de ese técnico profesional requiere una mínima actividad administrativa con sus correspondientes plazos. Se trata de una figura cuyas atribuciones, no reflejadas de forma expresa en la LORRPM, son fundamentales para que la medida consiga los objetivos fijados. Su función, en todo caso, será tan amplia como sea necesaria, sirviendo de enlace entre el menor, el Juez y la dirección del centro donde haya de cumplir la medida, impulsando en todo caso la ejecución de la medida o medidas dentro de los parámetros del programa aprobado por el Juez.

Si la medida fuera de internamiento, el legislador en esa línea de protección de los intereses del menor, entiende que debe cumplir la medida de internamiento lo más cerca posible de su domicilio, sin duda para evitar la ruptura social y, sobre todo familiar, que podría suponer un alejamiento del menor de su entorno. No obstante, la regulación legal plantea algunos escollos.

En primer lugar, el art 45.2 LORRPM confiere atribuciones para la ejecución de la medida a la entidad pública del lugar donde se ubique el juzgado de menores que haya dictado la sentencia. Este, según lo previsto en el art 2.3 LORPM, será el del lugar donde se haya cometido la infracción penal. Combinando estas normas, en más de una ocasión la entidad pública puede no ser la del domicilio del menor. En este caso, y salvo que las circunstancias lo aconsejaran, cabría, como ya apuntamos anteriormente, que la CA legalmente competente, sin perder el control de la ejecución, encargara la ejecución de la medida a una entidad pública de la CA del domicilio del menor.

En segundo lugar, como ya el propio precepto prevé, las dificultades de infraestructura pueden determinar que el internamiento no se produzca exactamente en el centro más cercano al domicilio del menor. No obstante, el interés del menor determinará la decisión del Juez sobre su internamiento en un centro algo más alejado de su domicilio, o bien el retraso en el cumplimiento de la medida en espera de que exista una vacante en el centro más cercano al domicilio.

5. Ejecución de varias medidas

El legislador regula en el art 47 la situación que se plantea cuando un menor está sometido a varias medidas procedentes de distintos procesos. En este caso, el Juez que hubiere dictado la sentencia firme de fecha más reciente será el competente para asumir, además de la ejecución de su propia sentencia, la ejecución de las medidas que se hubieren decretado con anterioridad contra el menor.

La fuente a la que el Juez de Menores acudirá para conocer todos los datos necesarios para esa ejecución será el Registro de Sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores, al que ya nos hemos referido.

El legislador parte del criterio de cumplimiento simultáneo de las medidas. Sólo en el caso de que éste no fuera posible, bien por su naturaleza que las haga incompatibles o bien porque supondría una sobrecarga que en nada beneficiaría la labor educadora de las medidas, el legislador ordena su cumplimiento sucesivo.

El art 47 establece unas reglas para ese cumplimiento sucesivo que puede ser alterado judicialmente, previa audiencia de las partes e informe del Equipo Técnico si favorece el interés del menor.

Así se da preferencia al internamiento, y si lo hubiere al terapéutico, frente a lo que serían no medidas no privativas de libertad, afirmándose el carácter sucesivo de la medida de libertad vigilada.

Cuando se traten de medidas de la misma naturaleza el cumplimiento se arbitrará por orden cronológico de firmeza de las respectivas sentencias.

Cuando se refiere a medidas de internamiento (art. 7, a,b,c y d) y de permanencia de fin de semana, al ser de idéntica naturaleza y efectos no pueden ser de cumplimiento simultáneo, sino sucesivo.

Cuando se trate de medidas privativas de derechos, siempre que éstos tengan distintos efectos, podrán ser cumplidas de forma

simultánea(así una medida del 7.m y una del 7.n pueden ser cumplidas de forma simultánea).

En cualquier caso, el cumplimiento simultáneo en ningún supuesto debe producir el efecto de que alguna de las medidas quede malograda por efecto de otra. Así, si constante una pena de internamiento se cumple la de privación del permiso de conducir, esta última no puede desplegar los efectos en el menor para los que fue acordada su imposición⁹.

Por último, se contempla el supuesto de que, estando pendiente la ejecución de medidas de menores, el sujeto sea condenado a penas o medidas de adultos por haber cumplido ya los 18 años. En este caso se prevé como primer criterio el cumplimiento simultáneo, y si éste no fuera posible, la ejecución sucesiva, dando preferencia al cumplimiento de las medidas de la LORRPM. Como excepción se dan aquellos asuntos en que se trate de una condena por un delito grave en cuyo caso, si así lo decide el Juez, procederá la ejecución prioritaria de esta.

Una cuestión que el legislador no refleja en este precepto es si existe o no una limitación en cuanto al cumplimiento de las medidas.

En principio la literalidad del precepto podría llevarnos a la conclusión de que el legislador arbitra un cumplimiento simultáneo o sucesivo de las medidas pero sin limitación temporal. Cuando el legislador ha querido imponer esos límites lo ha hecho de forma expresa como puede apreciarse en el art 13.

En contra¹⁰ cabría afirmar que, si el legislador ha previsto una limitación para el supuesto del art 13, debería ser de aplicación tam-

9. CADENA SERRANO. "Las medidas de la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor" en *El nuevo derecho penal juvenil español*. (ed. BOLDOVA PASAMAR). Zaragoza, 2002. p. 119.

10. VARGAS CABRERA "Comentario al art 47" en *Ley de responsabilidad penal de los menores*. cit., p., 433.

bién para este precepto. De esta forma, el plazo total de cumplimiento no podrá superar el doble del tiempo por el que impuso la medida más grave, y sobre este límite se aplicarían además los absolutos del art 9.3, y en su caso del art 9.4 y 9.5 o de la Disposición Adicional Cuarta apartado c) número segundo¹¹.

6. Expediente del menor sometido a la ejecución de una medida

La ley, en el art 48, prevé que la entidad pública abra un expediente de cada menor en el que se vaya incorporando toda la documentación propia de la ejecución.

A lo largo de la LORRPM el legislador ha previsto la apretura de varios expedientes. Así en el art 20.2 se prevé que cada hecho delictivo de lugar a la incoación de un expediente (salvo los delitos conexos), lo cual no evita que en las Fiscaldas y Juzgados existan expedientes personales del menor en que se incorporen todos los procedimientos que se hayan incoado. También y ya en sede de ejecución, el art 46.1 prevé la apertura de un expediente en el que se harán constar las incidencias que se produzcan durante el desarrollo de la ejecución.

En este caso, la documentación a que se refiere el art 48, es un expediente único por menor, no por procedimiento, aunque estuviera cumplimiento medidas provenientes de varias causas. En el mismo se reflejarán los distintos informes que el profesional encargado, el director del centro donde cumpla la medida, las entidades colaboradoras etc, puedan emitir sobre la evolución del menor, así como las resoluciones judiciales que el Juez de Menores pueda evacuar a lo largo de la ejecución (modificación de medidas, suspensión temporal, recursos etc).

Dicho expediente tendrá carácter reservado, y solamente tendrán acceso al mismo una serie de personas directamente relacio-

¹¹ CADENA SERRANO. "Las medidas de la ley reguladora de la responsabilidad penal". cit., 120

nadas con los intereses del menor: el Defensor del Pueblo o instituciones análoga de la correspondiente Comunidad Autónoma, los Jueces de Menores competentes, el Ministerio Fiscal, las personas que intervengan en la ejecución y estén autorizadas por la entidad pública de acuerdo con sus normas de organización.

Además parece innegable¹² el acceso del menor y de su Letrado. El supuesto del representante legal del menor, queda condicionado por ese "en su caso" a que los intereses del menor no se vean vulnerados.

La recogida, cesión y tratamiento automatizado de datos de carácter personal de las personas a las que se aplique la LORRPM, sólo podrá realizarse en ficheros informáticos de titularidad pública (excluye por tanto ficheros de entidades privadas) dependientes de las entidades públicas de protección de menores, Administraciones y Juzgados de Menores competentes o del Ministerio Fiscal.

El precepto realiza además una remisión a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre protección de datos de carácter personal y sus normas de desarrollo.

7. Informes sobre la ejecución

Se trata de un instrumento previsto por el legislador en el art 49 LORRPM, y que tiene dos finalidades.

Por un lado mediante los mismos, el Juez de Menores y el Ministerio Fiscal estarán periódicamente informados sobre la evolución del menor a fin de poder tomar resoluciones en consonancia con dicha evolución.

Según se establece dichos informes pueden:

-Evacuarse de forma periódica según se establezca reglamentariamente o bien, en ausencia de reglamento, en la propia sentencia.

12. Aunque en el Proyecto de 1998 se establecía el acceso del menor y su Letrado "salvo prohibición judicial expresa por medio de auto motivado con audiencia del MF".

-Ser solicitados de forma puntual por el Juez, el Ministerio Fiscal o el Letrado del Menor.

-Ser emitidos por la propia entidad, sin que medie solicitud expresa, porque lo considere oportuno a efectos de comunicar la evolución del menor o las posibles incidencias que se hayan producido.

Por otro lado, los informes se convierten en una vía mediante la cual la entidad pública puede solicitar, a través de la intermediación del Ministerio Fiscal, la revisión judicial de las medidas en la forma prevista en el art 14.1 LORRPM. Con esta previsión parece que se amplía el número de legitimados para solicitar la revisión de las medidas. No obstante, una lectura en más profundidad del precepto, nos lleva a afirmar lo contrario, ya que, en ningún caso el art 48 arbitra que la entidad pública dirija su petición directamente al Juez sino que habrá de hacerla al Ministerio Fiscal, que será quien finalmente, y conforme con lo previsto en el art 14, la llevará ante el Juez.

8. Quebrantamiento de la ejecución

La LO 4/1992 no contenía previsiones sobre el quebrantamiento de la ejecución lo cual, dio lugar a interpretaciones variadas y poco afortunadas. La LORRPM aborda el tema y lo regula en su art 50 de forma pormenorizada aunque no exenta de aspectos poco claros.

El precepto plantea varias situaciones.

En primer lugar el quebrantamiento por el menor de una medida privativa de libertad.

En este caso, la primera consecuencia que el legislador anuda a la conducta de evasión, es el reingreso del menor en el mismo centro o en otro adecuado, pero manteniendo idéntico régimen a aquel en que estaba cumpliendo la medida. Lógicamente, si el menor se ha fugado del centro, habrá que oficiar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que procedan a su búsqueda y detención

a fin de conseguir su reingreso en el período de tiempo más corto posible.

Debemos plantearnos si es preceptiva aquí la intervención del Juez o es competencia exclusiva de la entidad pública encargada del cumplimiento de la ejecución.

En principio cabría decir que podría no ser necesaria la intervención del Juez¹³ pero en el momento en que se haya de acordar la orden de búsqueda y captura, la entrada en domicilio etc, será preceptiva que medie la intervención del Juez de la ejecución, al que habrá que informar inmediatamente del quebrantamiento de la medida.

El secretario deberá proceder a una nueva liquidación de la medida descontando el período en que el menor ha permanecido en paradero desconocido.

Si la huída se produce durante el cumplimiento una medida de permanencia de fin de semana, dependerá de donde se esté cumpliendo la misma. Si se cumple en un centro reingresará en el mismo hasta cumplir el resto del tiempo, si lo está cumpliendo en su domicilio será reintegrado al mismo hasta que cumpla el plazo estipulado en la sentencia.

En segundo lugar la ley prevé el supuesto de quebrantamiento por el menor de una medida no privativa de libertad(art 50.2).

Se trata de aquellas ocasiones en que el comportamiento del menor haga imposible que la medida impuesta despliegue la finalidad para la que fue acordada.

El art 50.2 establece en primer lugar la posible sustitución de la medida no privativa de libertad por otra de la misma naturaleza. El primer punto que merece la pena ser destacado es que exclusivamente el Ministerio Fiscal está legitimado para instar la sustitución, y

13. En este sentido VARGAS CABRERA "Comentario al art 50" en *Ley de responsabilidad penal de los menores*, cit., p.441.

parece que ni siquiera el Juez de oficio podría instar la misma, a diferencia de lo prevenido en el art 51, donde de forma expresa se encomienda a ambos la iniciativa de una posible sustitución de medidas.

El segundo aspecto es determinar que tipo de medidas pueden ser acordadas según este precepto. La limitación viene por dos vías: en primer lugar habrán de ser medidas no privativas de libertad, y en segundo lugar, y según lo establecido en la LORRPM, no pueden ser más restrictiva de derechos (de acuerdo con el orden fijado en el art 7) aunque sea de la misma naturaleza.

Siendo así debemos plantearnos la escasa operatividad que tal sustitución puede tener en la práctica.

El art 50.2 prevé la posibilidad de que en caso de incumplimiento de las medidas no privativas de libertad, el Juez pueda, en determinados casos excepcionales sustituir, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado, el representante legal del menor y el equipo técnico, la medida acordada en sentencia firme por otra de internamiento en centro semiabierto.

También aquí el Ministerio Fiscal es el único legitimado para instar la sustitución.

El art 50.2 tiene un complicado encaje con el principio de legalidad en el ámbito de la ejecución que prevé el art 43.1 al establecer que no se puede ejecutar ninguna medida que no sea la contenida en la sentencia firme y como consecuencia de la sustanciación del procedimiento regulado en la LORRPM. Desde luego sustituir la medida contenida en esa sentencia por otra de internamiento en centro semiabierto, sin que medie un nuevo procedimiento y nuevos hechos imputados, parece entrar en colisión con el principio de legalidad antes citado.

El inciso segundo supone también una posible conculcación del principio de proporcionalidad contenido en el art 8.2, ya que a un adulto nunca le correspondería una pena de internamiento por el incumplimiento de una pena no privativa de libertad(468 CP).

La CFGE 1/2000¹⁴ en un intento de dar una satisfactoria interpretación al precepto comentado ha planteado una serie de alternativas.

En primer lugar, se parte de la posibilidad de que la nueva medida impuesta se contenga en una nueva sentencia que se obtendría como resultado de un procedimiento al que daría lugar el quebrantamiento de la medida por el menor. La propia CFGE 1/2000 descarta esta solución por insatisfactoria, debido por un lado, a que es posible que el quebrantamiento tenga lugar cuando el menor ya haya alcanzado la mayoría de edad, en cuyo caso el Juez no tendría que abrir expediente sino que el juzgado de menores tendría que remitir el testimonio al juzgado de instrucción competente, y por otro lado, porque el tipo aplicable sería el del 468 CP castigado con pena de multa.

En segundo lugar, propone la aplicación analógica del art 100.2 CP, solución que también descarta por sus múltiples problemas.

Por último, propone una solución y es que en el escrito de alegaciones y en la propia sentencia, se recoja que si la medida no privativa de libertad fuese incumplida por el menor, revelándose así su ineficacia, podría aplicarse la de internamiento. Si el menor cumpliera correctamente la medida no privativa de libertad, el Fiscal debería solicitar que se dejase sin efecto la medida de internamiento, en caso contrario, si se quebrantase la medida no privativa de libertad, el Fiscal debería solicitar que se dejase sin efecto esta y se impusiera la medida de internamiento.

Desde luego el *quid* de la cuestión estará en el uso excepcional que se haga de tal posibilidad. No podemos olvidar que en el Proyecto de ley no se contemplaba esta posibilidad, y que fue incluida a instancias del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, fundamentándose en que en la práctica es habitual que el menor incumpla reiteradamente las medidas y sobre todo las de libertad vi-

14. CFGE 1/2000. Ap.XI.6

gilada, haciendo aconsejable por los informes técnicos una medida de mayor control que en interés del propio menor, pudiera llevarse a cabo en centro semiabierto.

9. La responsabilidad derivada del quebrantamiento

Como efecto común a todos los quebrantamientos, el art 50.3 prevé que el Juez remitirá testimonio para que el Fiscal incoe expediente por si el hecho fuese constitutivo de alguna infracción del art 1 y merecedora de reproche sancionador.

El mayor problema que encontramos es la subsunción del quebrantamiento de las medidas por parte del menor en el articulado del CP.

El art 468CP establece el tipo del quebrantamiento de condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Aunque el art 56.1 si que alude al término condena, parece que repugna al espíritu de la ley la inclusión de esas medidas educativas a las que se somete al menor dentro de lo que habitualmente entendemos como condena equiparado a castigo.

No obstante la expresión "condena" puede referirse, textualmente, a cualquier resolución judicial por la que se impone una sanción o consecuencia jurídica, y en tal sentido sería de perfecto encuadre en este tipo penal

También cabría pensar en la posibilidad de que la actuación del menor pudiera incluirse en la modalidad prevista en el art 469, 470 y 556 del CP.

En todo caso habrá de ser aplicado con las limitaciones que la propia LORRPM determina en su art 8.

10. Sustitución de las medidas

El art 51 conjuntamente con el 14 responden al «principio» de flexibilidad presente en toda la ejecución. El Juez, durante la ejecución, puede sustituir las medidas o dejarlas sin efecto si considera

que así se adaptan mejor a los intereses y a la evolución del menor. Si las medidas que se adoptan tienen un fin educativo y no sancionador, conseguida la finalidad que la medida perseguía, sería inútil mantener la misma sin ninguna modificación.

Debido a este peculiar carácter de las medidas, en el proceso de menores los acuerdos no tienen carácter definitivo, y podrán ser modificados tantas veces sea necesario en aras del interés supremo que es el beneficio del menor.

No obstante en la aplicación de este principio de flexibilidad se establecen dos limitaciones :

-el art 9.5 prevé que en los casos de extrema gravedad y en relación con los mayores de 16 años, sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los arts 14 y 51.1 una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

-En la Disposición Adicional Cuarta, introducida por la LO 7/2000, se dispone que los delitos previstos en el CP en los arts 138 (homicidio), 139 (asesinato) 179 (violación), 180 (agresión sexual y violación cualificadas 571 a 580 (delitos de terrorismo) y delitos sancionados en el CP con pena de prisión igual o superior a quince años, si el infractor es mayor de 16 años, sólo podrá hacerse uso de las facultades de los art 14, 40 y 51.1 cuando haya transcurrido al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Ese «principio» de flexibilidad, contenido en la aplicación conjunta de los arts 14 y 51, permite que el Juez pueda ponderar la adopción de una de estas posturas, si así lo aconseja el desarrollo del menor:

-Dejar sin efecto la medida: el Juez podrá acordar la finalización de la medida, cuando considere que la misma es absolutamente ineficaz para lograr los objetivos que se persiguen o bien, cuando considere que el propósito para el que se había acordado ya ha sido cumplido y por tanto, no debe mantenerse, ya que puede ser incluso contraproducente para el menor.

-Reducción del tiempo de duración de la medida : Se producirá cuando la evolución del menor permita considerar que con un tiempo inferior al inicialmente pensado de aplicación de la medida, se conseguirán los fines previstos. Se trata por tanto de una remisión parcial de la medida. Aunque de forma expresa solo se prevé la reducción en el art 14, en el 51 se extrae de su previsión de que pueda sustituirse la medida por otra que se estime más adecuada por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento.

-Sustitución de la medida: Se trata de aquel supuesto en que el Juez considere que otras medidas son más adecuadas para los fines perseguidos. En este caso, el legislador expresamente señala que se deberán imponer esa nueva medida por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento.

Desde luego, en ningún caso el legislador piensa en la posible sustitución por medida más gravosa que la que se impuso al menor. Esa posibilidad sólo se contempla de forma excepcional y con las críticas ya expuestas anteriormente en el supuesto del art 50.2. No obstante, no hubiera estado de más que se hubiera incluido el texto de la enmienda nº 135 propuesta por el Grupo Parlamentario Mixto donde se postulaba dejar claro que la medida dictada en ningún caso podía ser de mayor gravedad que la sustituida. Sin duda, considerando que los principios de la LORRPM eran lo suficientemente claros, se consideró innecesario incluir la citada expresión.

En este caso la legitimación se concede tanto al Ministerio Fiscal como al Letrado del Menor, como a la propia administración competente e incluso de oficio al Juez. Para la resolución el juzgador habrá de oír a las partes, incluido el menor, al equipo técnico, a la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores. Resolverá mediante un auto motivado contra el que caben los recursos previstos en los arts 41 y 42.

11. Conciliación del menor con la víctima

En consonancia con la presencia del principio de intervención mínima y desjudicialización a lo largo del articulado de la

LORRPM, el art 19 introduce los mecanismos de la conciliación con la víctima y el compromiso de reparación del menor.

Con la conciliación estamos ante un reconocimiento del daño causado y una disculpa ante la víctima. Con la reparación trascendemos la dimensión meramente psicológica o moral, para entrar en el ámbito de la actuación real y comprometida del menor, que se compromete a realizar determinadas acciones en beneficio de la víctima, perjudicados o en beneficio de la comunidad.

El legislador introduce durante la ejecución de nuevo este instrumento al contemplar el art 51.2 la posibilidad de poner fin a la medida impuesta cuando se de la conciliación entre el menor y la víctima.

El Juez en ningún caso aparece vinculado por la conciliación sino que, en paridad con lo prevenido en el apartado primero del art 51, podrá dar por finalizada la medida si estima que esta ha cumplido ya los fines para los que fue impuesta, esto es, si juzga que el acto y el tiempo ya cumplido de la medida expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

El legislador restringe la legitimación para solicitar esta resolución al Ministerio Fiscal y al Letrado del Menor, a diferencia de la amplia legitimación otorgada en el apartado primero del art 51. Deberá además el Juez tener en cuenta los informes facilitados por el equipo técnico y el representante de la entidad pública. Parte de la doctrina¹⁵ considera que el art 51.1, al establecer que el Juez de oficio puede dejar sin efecto en cualquier momento la medida impuesta, sin necesidad de que se produzca conciliación, hacen innecesaria esta previsión expresa, y con una regulación parcialmente distinta, del apartado segundo del art 51.

El art 51.2 hace exclusiva referencia a la conciliación omitiendo cualquier referencia a la reparación. Tal hecho es considerado por parte de la doctrina un olvido¹⁶, pero creemos que el legislador ha

15. VARGAS CABRERA "Comentario al art 51" en *Ley de responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 449.

regulado de forma distinta el instrumento conciliatorio en el art 19 y en el 51 porque responden a un aspecto radicalmente distinto del proceso de reeducación del menor.

Cuando el legislador plantea el posible sobreseimiento y archivo de actuaciones en el art 19, la cuestión se ubica en fase de instrucción. El menor aún no ha sido sometido al desarrollo íntegro del proceso, ni ha cumplido medida alguna, salvo las cautelares que se le hubieran podido imponer. En este caso la reparación supone que el menor realice una determinada actividad con fines obviamente educativos, fines que en definitiva son los que persiguen las medidas que se imponen en el proceso juvenil.

En sede del art 51.2 el panorama es ya distinto. El menor ha sufrido la sustanciación del proceso. Estamos en plena ejecución, y el menor ha cumplido una parte de la medida. En tal circunstancia lo que el legislador considera como definitivo para que el Juez haga uso de la facultad que se le otorga, es que en ese acto de conciliación, esto es en esa declaración ante la víctima de reconocimiento del daño infringido, se refleje que el tiempo cumplido de la medida ya ha supuesto el suficiente reproche para el menor, que ya ha conseguido la finalidad reeducadora que se pretendía. Tal vez en estas circunstancias al legislador le parece innecesario imponer al menor otras tareas de reparación que podrían ser tan innecesarias como contraproducentes.

Lo más destacable es sin duda la amplitud con que se regula este instrumento. Ni el art 9.5, ni la Disposición Adicional Cuarta suponen una limitación a la aplicación de esta facultad del Juez. En ambos preceptos de forma expresa se alude al art 51 en su apartado primero dejando fuera de su previsión el apartado segundo.

Tal regulación parece absolutamente criticable si tenemos en cuenta que se está haciendo recaer en la víctima la responsabilidad

16. PERIS RIERA. *El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la ley de responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000*. La Ley. Año XXII. p. 1652, URBANO CASTRILLO *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, cit., p. 413.

de dar una oportunidad al menor para conseguir que el Juez ponga fin a la medida que está cumpliendo. En supuestos excluidos por su especial gravedad y reproche social, el legislador desvía hacia la víctima un instrumento que se puede convertir en un arma que se use contra él convirtiéndole de nuevo en víctima esta vez de las presiones que pueda recibir del menor o de su entorno para que se "concilie" y abra así una puerta que de otra forma permanece cerrada para el sometido a la medida.

En este caso si parece que el legislador ha cometido un error de omisión al no hacer una referencia al apartado segundo del art 51. Creemos no obstante que una interpretación conjunta de ambos apartados determina que si al Juez se le limita la posible suspensión de la medida en los supuestos del art 9.5, y de la Disposición Adicional Cuarta, resulta incoherente la no aplicación de esta restricción para el supuesto del apartado segundo.

12. Interposición de recursos

El art 52, contiene la regulación de los distintos recursos que pueden utilizarse durante la ejecución. Se parte de la recurribilidad de todas las resoluciones dictadas a lo largo de la ejecución. La redacción del precepto no es demasiado clara, puesto que, al establecer que el recurso se puede presentar ante el Juez o ante el Director del centro de internamiento, parece limitar su aplicación a lo que serían medidas privativas de libertad.

No obstante tanto la ubicación del precepto (dentro del Capítulo II, Título VII referido a las reglas generales para la ejecución de todas las medidas), como el sistema de garantías que preside el proceso, nos decantan hacia la aplicación de la norma ante todas las resoluciones que se den en la ejecución¹⁷.

17. ORNOSA FERNANDEZ *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Barcelona, 2001. p. 411, VARGAS CABRERA "Comentario al art 52" en *Ley de responsabilidad penal de los menores*. cit., p. 451, URBANO CASTRILLO *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, cit., p. 414.

La legitimación se concede tanto al menor directamente como a su Letrado, si bien procedimentalmente se regulan de forma diversa pues, el menor puede presentar recursos de forma verbal o escrita, en tanto el Letrado tendrá que hacerlo siempre de forma escrita.

Dichos recursos se podrán presentar ante el Juzgado o ante el Director del centro de internamiento, cuando las resoluciones versen sobre ejecución de medidas de privación de libertad. Cuando se presentan ante el Director del centro, este dará traslado del recurso al Juez en el plazo del día siguiente hábil.

Si el recurso se presentara directamente por el menor de forma verbal, el Juez de menores adoptará las medidas que considere oportunas a fin de oír las alegaciones del menor de forma personal, y no sólo a través de las manifestaciones que del recurso le transmita el Director del centro¹⁸.

El Letrado también puede interponer los recursos ante el Juzgado o ante el Director del centro de internamiento, pero debe hacerlo siempre de forma escrita.

El Juez para adoptar su decisión recabará información del Ministerio Fiscal.

La resolución que adopta el Juez tendrá forma de auto motivado, y será emitido en un plazo de dos días. Contra el mismo cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. La redacción del precepto parece hacer referencia a un recurso de apelación directo, ya que omite referencia expresa al recurso de reforma previo. No obstante tal previsión iría en contra de lo dispuesto en el art 41.2 y

18. Como señala ORNOSA se produce aquí una contradicción entre lo prevenido en el art 60.7 LOPRM y el art 52.1, ya que en el primero el Director remite al Juez el testimonio de la queja verbal y el legislador no apunta como lo hace en el 52.1 que en todo caso el Juez tenga que oír personalmente al menor. Desde luego lo regulado en este último precepto parece mucho más acertado ya que el Juez es quien en definitiva decidirá sobre el recurso y lo hará con base en las alegaciones de las partes implicadas. ORNOSA FERNANDEZ *Derecho penal de menores. cit.*, p. 411.

3 ya que no es uno de los supuestos como de apelación directa. Debemos además recordar que incluso en aquellos supuestos en que se prevé la apelación directa pero no existe prohibición de reforma debería intentarse esta dando al Juez una oportunidad de reconsiderar la decisión adoptada.

13. Archivo definitivo de la causa

Una vez que se ha cumplido la medida, la entidad pública deberá remitir un informe final al Ministerio Fiscal y al Juez de Menores, en el cual se estimará el grado de cumplimiento de la medida, la actitud del menor durante el cumplimiento de la misma, y la influencia que aparentemente la medida haya tenido en el menor.

Este informe junto al resto de los informes que se encuentren en el expediente del menor serán el instrumento que sirva al Juez para dictar un auto en el cual el Juez pondrá de manifiesto si considera que la medida ha sido cumplida o no.

Si considera que ha sido cumplida en el mismo auto se acordará el archivo de actuaciones. Para ponderar el cumplimiento o no el Juez atenderá a la naturaleza de la medida a la que ha sido sometido el menor y la actitud del mismo tanto durante su cumplimiento como en el momento de solicitar el archivo. Si por el contrario considera que no se ha cumplido la medida, deberá razonar en el auto las circunstancias contrarias al archivo.

Del auto se da traslado al Ministerio Fiscal, al Letrado del Menor, y (aunque no lo diga la norma expresamente) a la entidad. Contra el auto mismo caben los recursos previstos en el art 41.

El precepto alude al cumplimiento de la medida como causa de finalización de la ejecución dado que es la más usual pero también cabe que la ejecución finalice por otras causas distintas en cuyo caso también debe recogerse de forma motivada en el auto.

El art 53.2 concede al Juez, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal o del Letrado del Menor, la posibilidad de instar a la entidad

ejecutora una serie de medidas en interés del menor, una vez que ya ha dictado el archivo de la causa.

Esta facultad debe ejercitarse conjuntamente con el auto archivando la causa en aquellos supuestos en que se pueda crear una situación de desamparo o de situación contraria a los intereses del menor. La remisión se entenderá realizada a los arts 172 y ss del CC 17 LO 1/1996 de protección jurídica del menor.

III. LAS REGLAS ESPECIALES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

En cuanto a las reglas generales de ejecución, la Ley 5/2000 establece taxativamente el principio de legalidad en la ejecución de las medidas, que sólo podrá verificarse en virtud de sentencia firme y de acuerdo con el procedimiento al respecto señalado (artículo 43). En todo caso, corresponde al Juez de Menores el control judicial de la ejecución, resolviendo por auto, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y la entidad pública, todas las incidencias que en su transcurso se produzcan (artículo 44). Desde el punto de vista administrativo la ejecución de las medidas corresponde a las Comunidades Autónomas y, en su caso, a las ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia.

Las medidas privativas de libertad, por su parte, así como las medidas cautelares de internamiento y la detención deberán ser cumplidas en centros específicos para menores infractores, aunque también podrán cumplirse en centros socio-sanitarios cuando la medida así lo requiera, previa autorización del Juez de Menores (artículo 54). Los centros de cumplimiento de las medidas privativas de libertad estarán divididos en módulos por edad, madurez y necesidades de los menores y sus normas de funcionamiento permitirán la ejecución de programas educativos y formativos. El principio de resocialización se articula con la exigencia de que la vida del centro tome como referencia la vida en libertad, favoreciéndose la con-

servación y fomento de los vínculos familiares y sociales del menor y previniéndose el desarrollo reglamentario de permisos ordinarios y extraordinarios en favor de éste. Por último, en el ámbito de los menores internados, la Ley establece un catálogo de derechos y obligaciones en sus artículos 56 y 57, disponiéndose en el artículo 60 las características del régimen disciplinario.

En el capítulo de derechos se reconoce a todo menor interno el derecho a que se respete su propia personalidad, su libertad ideológica y religiosa y los derechos inherentes a su dignidad e intimidad. Se proclama, asimismo, el derecho a que la entidad pública vele por su vida, su integridad física y su salud, sin que pueda, en ningún caso, ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, a malos tratos de obra o de palabra, ni ser objeto de un rigor arbitrario o innecesario en la aplicación de las normas. Existe, igualmente, el derecho del menor a recibir una formación integral en todos los ámbitos, incluyendo una formación laboral adecuada; el derecho a la asistencia sanitaria gratuita; el de libre comunicación con sus padres o representantes legales, letrados, Juez o Fiscal; el derecho a la justa retribución de sus prestaciones laborales e incluso el derecho de las menores internadas a tener en su compañía los hijos menores de tres años en las condiciones reglamentariamente establecidas (artículo 56).

En lo que se refiere a los deberes, los menores internados quedan obligados a permanecer en el centro a disposición de la autoridad judicial hasta el cumplimiento de la medida; a recibir la enseñanza obligatoria; a respetar las normas del establecimiento; a utilizar adecuadamente las instalaciones del centro; a observar las normas higiénicas y sanitarias del centro; a participar en las actividades formativas, educativas y laborales propias de su individualizado plan de resocialización y a realizar las prestaciones obligatorias previstas en las normas internas de funcionamiento de la entidad (artículo 57).

Poseen, también, los menores internados, el derecho a formular quejas y recibir información, preferentemente escrita, sobre sus

derechos y obligaciones o sobre la aplicación de las normas de funcionamiento de la entidad. Los órganos destinatarios de sus reclamaciones y quejas serán los relacionados en el artículo 56 k de la Ley.

En el ámbito del régimen disciplinario, los menores internados podrán ser corregidos disciplinariamente de conformidad con el procedimiento que reglamentariamente se establezca, de acuerdo con los principios de la Constitución, de la Ley del Menor y del Título IX de la Ley 30/1992, respetándose, en todo momento, la dignidad del menor y sin que en ningún caso pueda privárseles de los derechos de alimentación, enseñanza obligatoria y comunicaciones y visitas. Las faltas disciplinarias se clasificarán en muy graves, graves y leves.

Las únicas sanciones que pueden imponerse por la comisión de faltas muy graves serán las de separación del grupo por un periodo de tres a siete días en casos de evidente agresividad y violencia y alteración de la convivencia; las de separación del grupo durante tres a cinco fines de semana; la privación de salidas de fin de semana de quince días a un mes y las de privación de salidas de carácter recreativo por un periodo de uno a dos meses (artículo 60.2). Por la comisión de las faltas graves las sanciones serán las mismas que en el caso de las muy graves, aunque con las limitaciones temporales que se establecen en los apartados a y b del artículo 60.4 de la Ley. En cuanto a las faltas leves, sólo podrán imponerse las sanciones de privación de participar en todas o algunas de las actividades recreativas por un periodo de uno a seis días y la de amonestación. La sanción de separación comportará que el menor permanecerá en su habitación o en otra análoga a la suya, durante el horario de actividades del centro, excepto para asistir en su caso a la enseñanza obligatoria y recibir visitas, y disponiendo siempre de dos horas de tiempo libre al día.

Las resoluciones sancionadoras podrán ser recurridas, antes del inicio de su cumplimiento, ante el Juez de Menores. A tal fin, el sancionado podrá presentar el recurso por escrito o verbalmente

ante el Director del centro, quien lo trasladará, en el plazo de veinticuatro horas, al Juez y éste, en el término de una audiencia y oído el Ministerio fiscal, dictará auto, confirmando o modificando la sanción impuesta, ante la que no cabrá recurso alguno. El auto será de ejecución inmediata, pero la entidad pública podrá adoptar las medidas necesarias para restablecer el orden alterado. El letrado del menor podrá interponer los recursos a que se refiere el párrafo anterior (artículo 60.7 de la Ley).

Capítulo VIII

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

CARMEN SAMANES ARA

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. II. Las partes en la pieza separada de responsabilidad civil. III. Las pretensiones ejercitables. IV. El Procedimiento. V. La sentencia.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En un momento en el que se aprecia una creciente y general preocupación por la protección efectiva de los derechos de las víctimas¹, llama la atención que en el proceso penal de menores aquella siga siendo la gran olvidada. Por una parte, y como quedó expuesto en páginas anteriores, le está vedado el ejercicio de la acción penal.

1. Entre nosotros, el interés de las víctimas ha sido objeto de atención no solo por parte de la doctrina sino también del legislador, lo que se aprecia en disposiciones como la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en cuya E de M se expresa: *La víctima del delito ha padecido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuidante y desapasionada, para resolver conflictos generados por la infracción de la ley penal. Pero, desde una perspectiva global, la pretensión punitiva del Estado debe acercarse al problema social y comunitario en que el delito consiste para prevenirlo y recuperar al infractor, desde luego, pero además, para reparar en lo posible el daño padecido por la víctima. En muchas ocasiones, el abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a que se ve sometida, la necesidad de revisar el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etc., producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito...).*

Por otra parte, y aunque el sistema permite el ejercicio de la acción civil derivada de los hechos cometidos por el menor, lo cierto es que el titular de aquélla está en una clara situación de desventaja en relación con la parte civil que actúa en un proceso penal de adultos.

Lo que subyace a ese estado de cosas es la supuesta inconveniencia de mezclar en un mismo procedimiento aquellos contenidos educativos que dirigen la intervención hacia el menor, con los contenidos patrimoniales que están en la base de las reclamaciones de los perjudicados². Este planteamiento parece ignorar el dato de que, obstaculizándose a la víctima —con frecuencia, también un menor— la satisfacción de sus derechos, se añade a ésta un plus negativo a la ya dramática situación que ha de soportar, propiciándose así la llamada *victimización secundaria*³.

Se afirma en la Exposición de Motivos de la LORRPM que, *ésta tampoco puede olvidar el interés propio del perjudicado o víctima del hecho cometido por el menor, estableciendo un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento, en su caso, de daños y perjuicios...* La conclusión optimista que pudiera extraerse de la lectura aislada de tales expresiones, se desvanece cuando se examinan las disposiciones contenidas en sus arts. 61 a 64, donde uno de los puntos más criticados lo constituye la ausencia de efectos de cosa juzgada material de la sentencia que pone fin al procedimiento correspondiente⁴.

2. Cfr. CORONADO BUITRAGO, *La singular posición de la víctima en la justicia de menores*, "La Victimología", Cuadernos de Derecho Judicial T. XV, Madrid 1993, pp. 407 y ss.

3. Puede verse al respecto SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona 1997, *passim*.

4. Resulta llamativo que, una de las conclusiones alcanzadas en las Jornadas de Jueces de Menores celebradas en el CGPJ los días 23 a 25 de abril de 2001 fue del siguiente tenor: *solicitar la supresión de la regulación de la pieza separada de responsabilidad civil en los términos en que aparece en los artículos 61 a 64 LORPPM (...) y en su lugar se propone como alternativa una regulación similar a la establecida en la Lecrim, para la posibilidad del perjudicado de ejercer la acción civil en el proceso penal*.

II. LAS PARTES EN LA PIEZA SEPARADA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Están activamente legitimados para el ejercicio de la pretensión de resarcimiento, al igual que ocurre en los procesos penales en general, el Ministerio Fiscal y el perjudicado. Ahora bien, mientras que en estos otros procesos, salvo renuncia o reserva expresa del aquél, el Ministerio Fiscal debe entablar la acción civil aun cuando el perjudicado lo haga también, en el proceso de menores las cosas ocurren de forma distinta. Aquí, conforme a la norma del art. 61.1 LORRPM, si el perjudicado la ejercita por sí mismo en el plazo de un mes desde que se notifique la apertura de la pieza separada, el Fiscal queda relevado de dicho ejercicio. De modo que, si el perjudicado no renuncia ni reserva su acción, ni la ejercita en el referido plazo, deberá hacerlo el Fiscal. Esta norma me parece preferible a la del art. 108 de la Lecrim, pues, si razonable resulta que, en los procesos penales, el Fiscal actúe en defecto de la actividad del perjudicado, puesto que de tal forma se le evitan amolestias y gastos, en el caso de que éste decida asumir por sí la defensa de su derecho, no es imprescindible que el Fiscal lo haga además, puesto que asume, en ese caso, la posición de simple coadyuvante⁵. Sin embargo, GIMENO SENDRA critica la disposición referida por considerar que puede conculcar gravemente el principio dispositivo, una de cuyas reglas es la de *ne procedat iudex ex officio* o "en donde no hay actor, que no haya ningún Juez"⁶.

Dicho esto, es importante destacar que el ofrecimiento de acciones a la víctima previsto en el art. 22.3 LORRPM debe hacerse de forma comprensible y completa, de manera que aquélla pueda ponderar sus posibilidades de actuación y tomar con conocimiento de causa la decisión que más convenga a su interés⁷.

5. Cfr. FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*. Madrid 1991, p.37.

6. Cfr. GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores...*cit., p. 4.

7. Conforme a la doctrina del TC, la falta de ofrecimiento de acciones al ofendido o interesado que no conoce la existencia del proceso, de información judicial defectuosa o el ac-

El aludido plazo de un mes se establece por la Ley a los efectos de fijar el límite temporal más allá del cual, el perjudicado no podrá personarse y formular su pretensión en la pieza separada abierta dentro del proceso de menores, lo que no significa que no pueda hacerlo en la vía civil ordinaria. Pero se suscita la duda acerca de si esto —es decir, la interposición de la demanda por el cauce del declarativo que corresponda— es posible durante la pendency de aquél. En virtud de lo dispuesto en el art. 111 de la Lercrim, de aplicación supletoria, habría que resolver la duda en sentido negativo, y de hecho la CFGE 1/2000 (Apdo XII, 2.A) sólo se plantea el supuesto de que la reserva (no el ejercicio) se haya producido después de transcurrir el plazo en cuestión (y en tal caso expresa que lo procedente será que el Fiscal desista de la acción civil). Y en el apartado XII.4 del documento citado se dice tajantemente que el proceso civil ante la jurisdicción ordinaria no podrá entablarse antes de la conclusión tanto del Expediente penal de menores, como, en su caso, del proceso civil ante el Juez de menores. Abona este criterio el precepto contenido en la regla 8ª del art. 64 LORRPM que, con referencia a la pieza separada de responsabilidad civil, impone al Juez aguardar, para resolver esta cuestión, a que haya recaído un pronunciamiento definitivo en el proceso principal. Frente a esto, sin embargo, GIMENO SENDRA⁸ mantiene que "si el perjudicado, en el legítimo ejercicio del derecho a la tutela (que podría conculcarse si se le obligara a acudir a este estéril proceso sumario antes de suscitar la incoación del correspondiente declarativo ordinario), transcurrido el plazo de un mes, acude a la jurisdicción civil, suscitando el pertinente proceso declarativo, debiera el Ministerio Fiscal (...) desistir de la acción civil, que, en sustitución procesal del perjudicado, ha podido acumular al expediente, sin que la apertura de dicha pieza pueda generar suerte alguna de litispendencia en el proceso civil declarativo, pues el único titular de dicha acción es el perjudicado y no el Ministerio Fiscal".

chivo prematuro de las actuaciones, convierten la falta de instrucción en auténtica denegación de tutela con frustración de la legítima estrategia procesal del interesado (STC 121/1994).

8. GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores...* cit., p. 4.

Pueden figurar también como actores en esta pieza, a tenor de lo dispuesto en el art. 64.2^º LORRPM, las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, es decir, cuando la aseguradora se subrogue en la situación del perjudicado en virtud de la indemnización abonada a éste. Con esto no se hace sino recoger, para este procedimiento, lo que es norma general a partir de lo dispuesto en el art. 43 de la LCS⁹ y 113 del CP¹⁰. A mi juicio, la referencia que esta última norma hace a los terceros, junto con la expresión empleada por dicho art. 64.2^º, que permite la personación de quienes espontáneamente se consideren como perjudicados, autoriza a admitir la de quienes, sin ser perjudicados directos, habitualmente figuran como actores civiles en los procesos penales (así, el INSALUD u otras entidades, por los gastos de asistencia sanitaria).

La mención del art. 64.2^º no incluye, por el contrario, a las Compañías Aseguradoras que son traídas al proceso como parte pasiva, es decir, si su asegurado es el responsable penal o el responsable civil. A éstas, aunque puedan ser titulares de un derecho de repetición contra el asegurado, está claro que no les es posible asumir al mismo tiempo la postura de actor civil.

Como demandado en este procedimiento estará, en primer lugar, el menor infractor. Pero no es el único pasivamente legitimado, puesto que, si es menor de dieciocho años¹¹, a tenor de lo prevenido

9. Art. 43 párrafo primero de la LCS: *El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.*

10. Art. 113 del CP: *La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.*

11. La norma es aplicable sólo a los supuestos de infracciones cometidas por menores en edades comprendidas entre los catorce y los dieciocho años. Por debajo de los catorce, se observarán las normas de los arts. 1902 y ss. del CC, y a partir de los dieciocho, aunque en lo concerniente a la responsabilidad penal pudiera aplicárseles la LORRPM en virtud de lo dispuesto en su art. 4, por lo que hace a la responsabilidad civil serán de aplicación las normas contenidas en los arts. 116 y ss. del CP. Véase al respecto ALASTUEY DOBÓN, *Los consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español* (coord. GRACIA MARTÍN), Valencia 1996, p.451. En todo caso, téngase en cuenta que, conforme a la Disposición transitoria única de la LO

en el art. 61.3 LORRPM, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores y guardadores legales o de hecho¹², por este orden. A mi juicio, la rotundidad de esta última expresión debe llevarnos a entender que, habiendo padres (siempre que no estén privados o suspendidos de la patria potestad) o tutores, contra ellos ha de dirigirse la acción, y no contra los guardadores. A diferencia del régimen que establece el art. 1903 CC¹³, en la LORRPM el menor responde solidariamente con aquéllos y la responsabilidad de estos otros sujetos es objetiva, es decir, existe incluso si no ha habido culpa, en cuyo caso puede darse, a lo sumo, una moderación –no una exención– de responsabilidad, lo que resulta del inciso final del art. 61.3: *Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según los casos*. No es éste, sin embargo, el criterio dominante en la doctrina civilista, que conecta la responsabilidad con el incumplimiento de los deberes de guarda y control del menor. Así, DE SALAS MURILLO¹⁴ quien entiende

7/2000), estaba prevista la suspensión de la aplicación del art. 4 de la LORRPM hasta el 13 de enero de 2003, al bien, y conforme a lo dispuesto en la Disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores, se suspende la LORRPM en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre diecisiete y veintitún años, hasta el uno de enero de 2007.

12. La Ley no contempla el supuesto de que el menor esté emancipado. Para VAQUER ALOY (*La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación*, La Ley 2001-I, p. 1632), la Ley permite entender que, si la responsabilidad de padres y guardadores se fundamenta, precisamente, en la obligación de guarda, los padres de los menores emancipados no responderían, y tampoco habría tutor (art. 276.4^o CC) ni acogedor ni guardador.

13. Conforme al último párrafo del art. 1903 CC: *La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando los persons en él mencionados prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*. Sin embargo, la jurisprudencia es sumamente severa al interpretar esta norma, no reconociendo como causa de exoneración la ausencia obligada del padre o tutor o la práctica inevitabilidad del hecho, de modo que ha llegado a configurarse prácticamente un régimen de responsabilidad objetiva de los padres. (Cfr. PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Madrid 2000, p. 845 y jurisprudencia allí citada).

14. DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad e incapacidad I (La responsabilidad civil por daños causados por persons en las que concurre causa de incapacidad)*, Valencia 2002, p. 108.

que la expresión *por este orden*, que sigue a la declaración legal de la responsabilidad solidaria, se concilia mal con la regla de la solidaridad, y que la determinación del responsable dependerá de quién desempeñe efectivamente la guarda en el momento de la comisión del hecho dañoso por el menor, de forma que el artículo se limita a hacer una enumeración de sujetos responsables, no siendo relevante la citada expresión. Para VAQUER ALOY¹⁵ a quien sigue TESÓN MARTÍN¹⁶, que la responsabilidad sea objetiva no significa que deba responderse siempre, pues el actor deberá probar que concurren la acción u omisión del responsable, el daño, y la relación de causalidad, y entiende que para establecer ésta ha de acudirse a un criterio de imputación objetiva que no puede ser otro que el ejercicio del deber de guarda, con lo que concluye que si cabe imputar objetivamente el daño a dos de los sujetos enumerados -padre o tutor que incumplen los deberes de guarda, y guardador de hecho, por ejemplo- responderán ambos. A mi juicio, sin embargo, esta interpretación, que en definitiva basa la responsabilidad en el incumplimiento del deber de vigilancia del menor, no es acertada, pues las citadas expresiones legales revelan que el legislador ha querido prescindir de la culpa para establecer la responsabilidad, persiguiendo únicamente con el *orden* que haya siempre un sujeto frente al que el perjudicado pueda dirigirse como responsable solidario. Cuestión diferente es, me parece, que en el caso concreto pueda existir una efectiva falta de diligencia en la custodia por parte del guardador de hecho, relacionada causalmente con la conducta del menor que ocasiona el daño, en cuyo caso debería calificarse como culpa propia (no por hecho ajeno), y sería exigible la responsabilidad al amparo del art. 1101 o 1902 CC.

Como puede observarse, en la enumeración de sujetos responsables no se incluye a los titulares de centros docentes, frente a lo que ocurre con las reglas de responsabilidad civil incluidas en el

15. VAQUER ALOY, *La responsabilidad civil en la Ley Orgánica...* cit., p. 1633.

16. TESÓN MARTÍN, *La responsabilidad civil en la nueva Ley Penal de Menores*, La Ley 14 de noviembre de 2001, p. 1388.

CC, cuyo art. 1903 los sitúa en el mismo nivel que los padres y tutores, y frente a lo que también ocurría en el CP de 1973¹⁷. Podría pensarse, con algunos autores, que dichos sujetos deben entenderse comprendidos en la expresión "guardadores de hecho", con lo que la responsabilidad de los padres, tutores, etc, pasaría al centro de enseñanza cuando el escolar se encontrase en el ámbito de actividades escolares, extraescolares o complementarias. Pero, en mi opinión, esto no es correcto, dado el significado que según he expuesto, debe darse a la expresión *por este orden*, y sin perjuicio de que pueda imputárseles en su caso, una responsabilidad no objetiva sino por culpa propia. En todo caso, para evitar problemas –es decir, para ahorrar trámites, ya que en cualquier caso el fracaso de la pretensión en esta pieza no impedirá un ulterior proceso declarativo sobre la misma cuestión– lo más práctico será que el perjudicado, si tiene interés en dirigirse contra el centro de enseñanza, se reserve la correspondiente acción, en cuyo caso la norma del art. 61.1 LORRPM prevé la aplicación de los preceptos del Código Civil.

Cabe también preguntarse sobre la situación procesal del tercero, diferente de los sujetos mencionados en el art. 61, propietario de un vehículo conducido por el menor. Tanto el art. 120.5 CP como el apartado tercero del art. 1º del Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (RD 7/2001, de 12 de enero), configuran la responsabilidad del titular del vehículo como subsidiaria. Sin embargo, si el propietario autorizó la utilización del vehículo al menor no poseedor de la correspondiente licencia (lo que ocurrirá siempre que el vehículo en cuestión sea de la categoría A2 y superiores, para cuyo permiso de conducción se exige la edad de 18 años), la acción podrá dirigirse contra el pro-

17. El CP de 1973, cuyas normas eran aplicables a menores de dieciocho años, tras establecer la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de establecimientos hosteleros e industriales, disponía en su art. 22: *Igualmente, será extensión dicha responsabilidad subsidiaria a las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del mismo, menores de dieciocho años, durante los períodos en que dichos alumnos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.*

pietario como responsable directo, al amparo del art. 1902 del CC (culpa propia) pues los daños provendrían de actos suyos.

Por último, podrán ser demandadas las compañías aseguradoras a tenor de lo dispuesto en el art. 63 LORRPM, que se expresa en términos parecidos a los del art. 117 del CP.

Puede plantearse en la práctica un no pequeño problema en el caso de que en los hechos punibles hayan participado conjuntamente menores y mayores. En principio, el o los menores estarían pasivamente legitimados en esta pieza separada, y los mayores en el proceso penal correspondiente, de manera que el perjudicado o el Ministerio Fiscal podrían reclamar la totalidad de lo reclamado en uno y en otro proceso. Una vez obtenido en uno de ellos por el perjudicado, en su caso, el cobro de la indemnización, se impondría la renuncia en el otro, y quedando a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno (art. 116.2 párrafo final CP)¹⁸. Pero la cuestión se complica si examinamos el tema desde el punto de vista del Juez de Menores, o desde el del Juez de lo Penal o la Audiencia Provincial correspondiente, que, por imperativo de lo dispuesto en el art. 116.1 CP, deben señalar (uno y otro órgano, tanto el que enjuicia la conducta de los mayores como el que lo hace de la de los menores) la cuota de que deba responder cada uno de los dos o más responsables del delito o falta, con lo que fácilmente pueden alcanzarse soluciones distintas en los distintos procesos.

Una cuestión que la LORRPM no contempla es la relativa a los casos de exención de responsabilidad, pues su art. 29 (que impone la conclusión de la instrucción en tales casos) no contiene apartado semejante al del inciso final del párrafo segundo del art. 18, conforme al cual el desistimiento del Fiscal en la incoación del expediente por la escasa entidad de los hechos, no impide el desenvolvimiento de la pieza de responsabilidad civil. Pero no parece

18. DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica...* cit., p. 505 y 506.

cuestionable que, en los casos de exención de responsabilidad, y puesto que la referida pieza separada tuvo que abrirse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 16.4 LORRPM, aquélla continúe su tramitación (aunque obviamente no tendrá aplicación lo dispuesto en la regla 8ª del art. 64¹⁹). Pero en estos casos, así como en los que se aprecie la causa de exención en la sentencia, estimo que el Juez de Menores habrá de resolver de acuerdo, no con las reglas del art. 118 CP, sino con las del 61.3 LORRPM²⁰. Hay que tener en cuenta que el citado 118.1.1ª establece una regla de responsabilidad para ciertos casos en los que personas adultas están de uno u otro modo sometidos a la vigilancia de otro, lo que justifica la existencia de esta atribución de responsabilidad a los guardadores²¹, pero en el caso que nos ocupa ya hay un precepto específico de responsabilidad por hecho de otro, para el concreto caso de los menores y por tanto, de aplicación preferente. Y que, por cierto, permite incluir sin problema los supuestos del menor ebrio y del intoxicado, que de otro modo, es decir, si se entiende que las normas aplicables son las del art. 118 CP, serían los únicos responsables²².

En el art. 61.4 LORRPM, por un lado, se parte del supuesto de que el guardador del menor, y por tanto responsable solidario, sea una entidad pública. En tal caso viene a indicar (a *recordar expresamente*, como se dice en la Exposición de Motivos) que el perjudicado puede exigirle directamente la indemnización correspondiente por

19. Art. 64.8ª LORRPM: *Una vez celebrada la audiencia en el procedimiento de menores y dictada sentencia o recalcó otra resolución definitiva, el juez dictará sentencia civil absolviendo a los demandados o declarando los responsables civiles, con el contenido indicado en el artículo 115 del vigente Código Penal.*

20. En contra, DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica...* cit., p. 505, y TESÓN MARTÍN, *La responsabilidad civil en la nueva Ley Penal de Menores...* cit., p. 1632.

21. El legislador, sin embargo, podría muy bien haber prescindido del precepto del art. 118.1.2ª que afirma que son responsables civiles el ebrio y el intoxicado en el supuesto del n.º 2º del art. 20, pues no hace sino reiterar la disposición contenida en el primer párrafo del n.º 1º del art. 118, que enuncia el principio general de que en los casos que menciona de exención de responsabilidad penal, subsiste la civil.

22. Véase en este mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de la Responsabilidad penal de los menores...* cit., p. 503.

la vía del art. 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por otro lado, se prevé el caso de que la víctima pueda resultar beneficiario del sistema de ayudas establecido por la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, cuya aplicabilidad se recuerda igualmente.

Por lo que hace a la postulación, dispone la regla 11 del repetido art. 64 que, *en la pieza de responsabilidad civil no se precisa letrado ni procurador, pero, si fuere solicitado, se designará letrado de oficio al presunto responsable. Los representantes legales del menor podrán ser defendidos por el letrado designado al menor en el procedimiento principal, si así se aceptare por aquél*. El presunto responsable es tanto el propio menor como alguna de las personas mencionadas en el art. 61.3 y en el 63 LORRPM. Hay que pensar que la mención que hace la Ley a los representantes legales ha de referirse a los primeros, aun cuando en algún caso no tengan, en rigor, la representación legal. Si éstos lo solicitan, y el Letrado defensor del menor en el procedimiento principal lo acepta, podrán ser defendidos por él. Si no lo acepta, pueden solicitar un Letrado de oficio, lo que pueden hacer también otros demandados como presuntos responsables.

La norma referida es criticable, pues como con razón observa GIMENO SENDRA²³, este privilegio conculca el principio de igualdad de armas con respecto al perjudicado, y por otro lado, si la cuantía de lo reclamado rebasa los 900 euros, la no obligatoriedad de representación y defensa técnica puede generar situaciones de indefensión.

III. LAS PRETENSIONES EJERCITABLES

El art. 62 LORRPM, y bajo la rúbrica *Extensión de la responsabilidad civil*, hace en este punto una remisión a las disposiciones del Capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal. A tenor de lo establecido en su art. 110, la responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios

23. GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores...* cit., p. 5.

materiales y morales. Esta enumeración tiene un carácter escalonado, de modo que ha de optarse en primer lugar por la restitución si ello es posible, y así lo tiene declarado la jurisprudencia²⁴. En tal caso, eventual complemento de la restitución será la indemnización de perjuicios, si la pérdida de la posesión de la cosa los ha producido, o si presenta deterioros.

La reparación del daño y la indemnización de perjuicios no se diferencian sino en la medida en que se distingan los daños y los perjuicios²⁵. Por lo que hace a los perjuicios materiales, ha de estar acreditada la realidad de los mismos y su relación con el ilícito penal, para poder ser objeto de un pronunciamiento de condena. El mayor problema se presenta a propósito de los perjuicios morales, por la dificultad probatoria de los mismos para el perjudicado, extremo que sólo puede conseguirse por medio de apreciaciones o cálculos teóricos basados en cierta probabilidad objetiva inscrita en el curso normal de los acontecimientos²⁶. Con la publicación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se facilita en cierta medida la valoración de dichos daños, ya que en el sistema para la valoración de daños y perjuicios comprendido en su Anexo, se establecen unas indemnizaciones básicas, sobre las que posteriormente se pueden aplicar diversos factores correctores en función de las circunstancias específicas de cada supuesto. Ciertamente, dicho sistema es vinculante únicamente para la valoración de perjuicios morales ocasionados en accidente de circulación, y salvo que sean consecuencia de delito doloso. No obstante, también es cierto que sirve de pauta orientativa para otros supuestos, incluidos los daños morales causados por delitos cometidos por menores.

Creo que hay que entender que el contenido de la pieza de responsabilidad civil debe en todo caso limitarse al conocimiento y

24. Cfr. SSTs 22-6-221 y 27-10-2001.

25. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal...* cit., p. 254.

26. Cfr. SSTs 29-6-2001 y 19-10-2001.

resolución de las referidas pretensiones, sin que tenga cabida, aquí, pronunciamientos sobre otros extremos como serían, en caso de delitos contra la libertad sexual, los relativos a la determinación de la filiación y pensión de alimentos. Entender otra cosa chocaría con lo prevenido en la regla 8ª del art. 64 LORRPM, que expresa que el contenido de la sentencia condenatoria recaída en esta pieza debe ser el indicado en el art. 115 CP, que a su vez se refiere únicamente a la cuantía de daños e indemnizaciones. Y en todo caso, la falta de cosa juzgada de dicha sentencia aconseja no ventilar en este procedimiento, cuestiones de semejante índole, y para las que la inseguridad jurídica es mucho más inconveniente que para las de naturaleza patrimonial²⁷.

IV. EL PROCEDIMIENTO

La apertura de la pieza separada de responsabilidad civil se verifica, a tenor de lo prevenido en la regla 1ª del art. 64 LORRPM, *tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del Expediente por el Ministerio Fiscal*. Ahora bien, como quedó apuntado en páginas anteriores, el art. 18 prevé la posibilidad de que se desarrolle este procedimiento aun cuando el Expediente no llegue a incoarse, por lo que, si es así, mal puede hablarse de pieza separada²⁸. Ciertamente, en caso de desistimiento no tendría que haber comunicación al Juez, pues el art. 16.3 prevé que ha de darse a éste cuenta de la incoación. No obstante, hay que entender que, en los supuestos en los que el hecho haya ocasionado perjuicios, el Fiscal deberá igualmente dar cuenta al Juez del desistimiento de la incoación, a fin de que éste pueda dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso

27. MORENO VERDEJO (*La exigencia de responsabilidad civil en las infracciones penales cometidas por menores*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid nº 20, 3ª época, diciembre de 2001, p. 96), defiende la solución contraria, con base en el carácter supletorio del CP y en la naturaleza civil y no punitiva de las determinaciones aludidas en el texto.

28. En tales casos, como hace notar DÍAZ MARTÍN (*Tratamiento procesal de la delincuencia de menores*, La Ley 1999-5, p. 2013), no se sabrá de qué está separada, puesto que puede que no exista proceso del que dimane.

final del párrafo primero del art. 18: *sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.*

Cuando se trate de varios hechos delictivos conexos, y a pesar de que pudiera interpretarse lo contrario a partir de la disposición del art. 61.2, que prevé la tramitación de una pieza de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados, la CFGE 1/2000 (apdo. XII.1) considera que debe abrirse una sola pieza, comprensiva de la responsabilidad civil de todos ellos. Este razonable criterio se apoya en el nexo que en tales supuestos existiría también en las distintas pretensiones civiles, que es la base, en los procesos de esta naturaleza, de la acumulación de autos²⁹.

Abierta la pieza, la más inmediata actuación a practicar es la notificación a quienes eventualmente van a ser partes en la misma. Por lo que hace a las partes activas, dicha notificación, y si se cumple lo dispuesto en la LORRPM³⁰, será – lo que resulta innecesario – doble: por una parte, la efectuará el Fiscal de acuerdo con lo prevenido en el art. 22.3 LORRPM; por otra parte, la hará el Juez, como le impone la disposición del citado art. 64.1º.

Esta última norma ordena asimismo que el Juez debe establecer el *plazo límite para el ejercicio de la acción*. Entiendo que la Ley, tanto en este lugar, como en el precepto de su art. 61.1, así como en el del 64.2º al mencionar la posibilidad de personarse las compañías aseguradoras dentro del plazo para el ejercicio de la acción de res-

29. Art. 76 LEC 2000: *La acumulación de procesos sólo se ordenará:*

1º *Cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos perjudiciales en el otro.*

2º *Cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pide exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes.*

30. La Ley, al utilizar la disyuntiva en la regla 2ª del art. 64, parece que contempla la posibilidad de incumplimiento por alguno de los dos sujetos (Juez y Fiscal) a los que impone el deber de notificación. En todo caso, puede pensarse que en caso de desistimiento de la incoación del expediente, y puesto que en ese caso no sería de aplicación el precepto del art. 22.3, la única notificación que recibirían los perjudicados sería la procedente del Juez.

ponsabilidad civil, mezcla dos cuestiones distintas. En este procedimiento, - lo que resulta criticable como enseguida expondré- está prevista la personación con anterioridad al ejercicio de la acción. No es lo mismo personarse, que ejercitar la acción de responsabilidad civil. La personación comporta únicamente la manifestación de la voluntad del sujeto de constituirse en parte. Para ejercitar la acción hace falta algo más, cual es la presentación de un escrito (demanda) en el que se pide una concreta tutela al órgano jurisdiccional. Según lo dispuesto en el art. 64.4^o, para la realización de esto último el Juez debe conceder un plazo de 10 días *una vez personados*... En consecuencia, hay que suponer que el repetido plazo de un mes, lo es a efectos de personación. Y que cuando el Juez aplique la norma contenida en el art. 64.1^o, señalará a los destinatarios de la notificación que disponen de un mes a partir de la fecha de ésta, para personarse. No hay razones para entender que, fijado legalmente el plazo de un mes, se confiera al Juez a continuación discrecionalidad para variarlo, interpretación ésta a la que creo que no obsta el empleo (art. 64.1^o) de la expresión *establecerá*, en un texto que no es, por cierto, un dechado de precisión lingüística³¹.

En la CFGE 1/2000, por el contrario, se afirma (apdo. XII.3.B) que nada obsta a que, en atención a las circunstancias concurrentes, el Juez pueda establecer un plazo de duración superior.

El Juez de menores debe notificar asimismo al menor y a quienes de acuerdo con la norma del art. 61.3 LORRPM, puedan aparecer como responsables solidarios, su condición de responsables civiles (art. 64.3^o, a pesar de que alude a los representantes legales).

El objeto de estas notificaciones es, según se desprende de las reglas 2^a y 4^a del art. 64 LORRPM, conseguir su personación, si bien la posibilidad de hacerlo no está limitada a los destinatarios de aquéllas puesto que en la regla 2^a se admite también la de quienes se consideren perjudicados, y la de las compañías aseguradoras

31. De esta misma opinión, TESÓN MARTÍN, *La responsabilidad civil en la Nueva Ley Penal...* cit., p. 1387.

dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. Ese plazo, según la norma del art. 61.1, es el de un mes desde la notificación de la apertura de la pieza separada. Pero, como con acierto advierte CONDE-PUMPIDO FERREIRO³², es fácil que tal notificación no se practique a la aseguradora, de cuya existencia no tiene por qué tener conocimiento el Juez. Por eso, entiende este autor que, al igual que debe ocurrir con el perjudicado que comparezca espontáneamente, la personación de la compañía podrá hacerse en cualquier momento —siempre antes de que concluya la fase de audiencia—, pudiendo ésta interesar que se le haga la notificación omitida o comparecer, dándose por notificada con la noticia de estar tramitándose la pieza.

Conforme a la incomprensible disposición contenida en la regla 4ª del art. 64, una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores dictará auto acordando el inicio del procedimiento, en el que se señalarán las partes actoras y demandadas, según lo que se haya solicitado por los actores y se desprenda del expediente, y concederá un plazo de diez días a los demandantes para que presenten un escrito con sus pretensiones y propongan la prueba que consideren necesaria, incluida la confesión en juicio y la de testigos. La técnica legislativa aquí utilizada es realmente asombrosa.

En efecto, creo que no hay razón para que la Ley ordene que el Juez debe aguardar a que se produzca la personación de perjudicados y responsables para acordar el inicio del procedimiento. Lo lógico sería que, si a partir de la notificación que ha de hacerseles, ningún perjudicado interpusiera la demanda en 30 días (con la salvedad antes aludida), el procedimiento se inicie con el Fiscal como única parte activa. Tampoco se comprende por qué se exige la personación de las partes pasivas, dado que en el orden civil nada impide el desarrollo del procedimiento en rebeldía. Por último, creo que no es afortunada la previsión legal conforme a la que el Juez

³² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad penal de los culpables...* cit., p. 523.

señalará en el auto las partes demandadas según lo que se haya solicitado por los actores y se desprenda del expediente. Esto me parece un despropósito, pues - excepción hecha de las compañías aseguradoras según lo previsto en el art. 64.2º - ni los actores han tenido porque decir nada al respecto en el momento de personarse, que es la única actividad que hasta entonces han desplegado en esta pieza, ni lo que se desprenda del expediente tiene por qué condicionar la determinación de los sujetos pasivos de esta pieza, extremo en el que el demandante es soberano de acuerdo con el principio dispositivo.

Del escrito de la parte actora se da traslado a la demandada para que en el plazo de 10 días conteste (art. 64.5º LORRPM). Lo normal será que en uno y otro escrito se articulen las alegaciones en que se base la pretensión, pero en todo caso, ése no parece ser un momento preclusivo, dado que, en la regla 6º se establece que en la vista, demandantes y demandados *expondrán sus pretensiones y sus alegaciones sobre todo aquello que consideren relevante al objeto del proceso*. Parece, por tanto, que se está permitiendo una posibilidad de alegar más amplia que la mera ratificación de lo consignado en la demanda y la contestación.

Lo anterior plantea un problema, porque las normas del art. 64 4º y 5º LORRPM imponen también que, en los propios escritos alegatorios ha de proponerse también la prueba que se considere necesaria. Pero si en el acto del juicio se alegan nuevos hechos, cuya prueba no se propuso con anterioridad, parece que debería permitirse poder hacerlo también en ese momento. La vigencia del principio de aportación de parte no es sin embargo completa, pues, con arreglo a lo dispuesto en la regla 7º del mismo artículo, el Juez, de oficio, mandará unir a los autos aquellos particulares del expediente del procedimiento de menores y de las actas de la audiencia que considere relevantes para su decisión.

En la práctica, para preservar la imparcialidad del Juez de menores, debería aguardarse para celebrar la vista civil a que haya tenido ya lugar la audiencia penal.

En el acto del juicio se admitirán las pruebas pertinentes y se practicarán las que efectivamente resulten admitidas, a pesar de que la regla 6ª del art. 64 dice *las propuestas*. En este mismo lugar se hace mención expresa a la de confesión en juicio (declaración de las partes, según la terminología de la LEC 2000) y a la testifical, para indicar que no podrán rechazarse por el hecho de haber sido ya practicadas en el expediente principal. Por lo que hace al primero de estos medios probatorios, nada se prevé para el caso de incomparecencia del declarante, pero en virtud de la aplicación supletoria de la LEC ordenada por su art. 4º³³ cabe sostener que el Juez, al convocar a los litigantes para la vista, debería advertirles que si no asisten, y dicha prueba se propone y admite, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el art. 304 de la LEC. En cuanto a la prueba testifical, hay que suponer que las partes deberán cuidarse de traer a los testigos cuya declaración quieran proponer como prueba, o bien deberán haber solicitado con anterioridad su citación judicial, posibilidad de la que se les informará en la propia citación para la vista³⁴.

V. LA SENTENCIA

Conforme a la regla 8ª del art. 64 LORRPM, *una vez celebrada la audiencia en el procedimiento de menores y dictada sentencia o recatada otra resolución definitiva, el juez dictará sentencia civil absolviendo a los demandados o declarando los responsables civiles, con el contenido indicado en el artículo 115 del vigente Código Penal.*

Como se ve, la norma contenida en la regla transcrita condiciona el pronunciamiento sobre responsabilidades civiles a la doble

³³ Art. 4º LEC 2000. En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley.

³⁴ Conforme a lo dispuesto en el art. 440.1 párrafo 2º LEC 2000, *La citación indicará también a las partes que, en el plazo de tres días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que por no poderles presentar ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisas para llevar a cabo la citación.*

exigencia de haber recaído resolución definitiva en la pieza principal, y haberse celebrado la audiencia. Pero esta regla no debe ser interpretada literalmente, pues en el supuesto contemplado por el art. 18 LORRPM, de desistimiento de la incoación del expediente, obviamente no va a existir la fase de audiencia, y sin embargo en dicho artículo se prevé expresamente la posibilidad de que se tramite la pieza de responsabilidad. Esto contrasta con lo que ocurre en los procesos penales de adultos, en los que se precisa, para que pueda haber un pronunciamiento sobre responsabilidades civiles, y a salvo lo dispuesto en el art. 118 del CP, una sentencia penal condenatoria. Frente a esto, la disposición contenida en el párrafo primero del citado art. 18 posibilita la producción de una resolución condenatoria en la pieza civil sin estar siquiera acreditada la naturaleza penal de la conducta denunciada, lo que puede abrir una puerta a la criminalización de simples ilícitos civiles realizados por menores³⁵. Con todo, la disposición del citado art. 18 nos lleva a cuestionarnos si en otros casos semejantes debe también desarrollarse aquélla aunque la Ley no lo ordene así de forma expresa, lo que ocurre concretamente en la hipótesis de sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación, regulado en el art. 19. Creo que aquí se impone una respuesta afirmativa, dado que el fundamento para no incoar el expediente del que parte la norma del art. 18, es decir, la poca gravedad de los hechos y la ausencia de violencia o intimidación es coincidente con el del art. 19. Este último, como quedó expuesto más atrás, no utiliza la expresión *reparación* en el sentido de resarcimiento, de manera que la conciliación o reparación no necesariamente extinguirán la responsabilidad civil. Por eso, la correspondiente pieza separada que habrá debido abrirse por el Juez al recibir la noticia de la incoación del expediente (art. 16.4) no debe finalizar en todo caso, como viene a indicar la

35. Se expresa en la CFGE 1/2000 (apdo XII.1), que en este procedimiento civil se dilucidará la responsabilidad civil derivada de las infracciones penales cometidas por los sujetos a los que se les aplique el régimen de la Ley Orgánica 5/2000, y que no tienen cabida (no deberían tenerla, cabría matizar) en este procedimiento las acciones para la reclamación de la responsabilidad civil aquiliana o extrac contractual.

propia Ley en el inciso final de su art. 19.2 al decir que *ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada de delito o falta, regulada en esta Ley.*

Y hay otro supuesto aún, en el que, incoado el expediente principal, y abierta por tanto la pieza de responsabilidad civil, finaliza aquél por un auto de sobreseimiento. Es lo que sucede cuando concurre suficientemente acreditada una de las causas de exención de responsabilidad previstas en los apartados 1º, 2º o 3º del art. 20 del CP, que determinan la conclusión de la instrucción con arreglo a lo previsto en el art. 29 LORRPM. Ni la norma contenida en este último artículo, ni ninguna otra, establecen que es lo que ha de ocurrir, en tales casos, con la pieza, por lo que se suscita un interrogante al respecto. Pero hay que atender, por un lado, a que, como ha quedado expuesto, en los dos antedichos grupos de casos –desistimiento de la incoación del expediente y desistimiento de la continuación del procedimiento– la pieza debe concluir con un pronunciamiento sobre la pretensión de resarcimiento. Y por otro, a que en el proceso penal de adultos en tales casos de exención de responsabilidad penal, la civil puede ventilarse en el propio proceso penal (art. 118.1 CP). Consiguientemente, aunque con las reservas expresadas antes, estimo que la duda debe resolverse en sentido afirmativo, entendiendo que esta última posibilidad debe tener asimismo cabida en el proceso de menores³⁶.

Si efectivamente, el expediente principal finaliza con sentencia, en la que dicte el Juez en la pieza de responsabilidad civil deberá partir de los hechos que se declaren probados en aquélla, así como la participación que en los mismos haya tenido el menor, pues si así se prevé por la Ley en relación con un eventual ulterior juicio ordinario (regla 10ª) no tendría sentido entender que no ha de darse la misma vinculación a propósito de la pieza de responsabilidad civil.

36. A sta misma conclusión llega CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *La Ley de la responsabilidad penal de los menores...* cit., p. 535.

Una última cuestión, en relación con este aspecto, me parece necesario resaltar. Si el fundamento del precepto contenido en la regla 8ª, radica, según la CFGE 1/2000 (apdo. XII.3.F) en "evitar que se produzca una disparidad insalvable otorgando en sentencia civil una responsabilidad civil derivada de una infracción penal cuya comisión o producción la sentencia penal negare", lo más lógico sería aguardar, no ya a la producción de una sentencia *definitiva*, que es lo que ordena la norma comentada, sino a que aquélla fuese, además, firme. Téngase en cuenta que siendo el propio Juez de Menores quien ha de dictar la sentencia en esta pieza, será difícil que se produzca la aludida disparidad, pero el peligro de que ello ocurra entre la sentencia que pone fin al procedimiento sobre responsabilidad civil y la sentencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la que resuelve el expediente, es mucho más evidente, dado que una y otra no son emitidas por el mismo órgano.

La sentencia es recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial, salvo que la resolución haya sido dictada por el Juez Central de Menores, en cuyo caso la competencia para conocer de la apelación corresponde a la Sala de Menores de la Audiencia Nacional.

La apelación, según expresa también la regla 9ª, *se sustanciará por los trámites de la apelación regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil que por la cuantía corresponda*. Esta última expresión legal, de redacción bien poco afortunada, no tiene sentido actualmente, dado que la LEC 2000 contiene una sola regulación del recurso de apelación, cualquiera que sea la cuantía consignada en la resolución que se impugna (arts. 455 y ss).

Dispone, en fin, el inciso final de la regla 9ª que, *una vez firme la sentencia, podrá ser ejecutada de acuerdo con las normas del Código Penal y de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil*. La remisión, por tanto, se hace a las contenidas en los arts. 538 y ss. de la LEC 2000, de un lado, y a las de los 125 y 126 del CP, de otro. Se suscita aquí la duda de si cabe o no, en relación con estas resoluciones, la ejecución provisional. Podría sostenerse, como argumento a favor, que las nor-

mas de la LEC a las que debe sujetarse la ejecución son todas las contenidas en su Libro Tercero, es decir, también las reguladoras de la ejecución provisional. Pero es lo cierto que la expresión *podrá ser ejecutada* contenida en el inciso referido va precedida por la bien clara *una vez firme*, de la que el legislador podría –o debería– haber perfectamente prescindido si su intención era admitir la ejecución provisional. Creo, en consecuencia, que la misma no cabe³⁷.

La 10ª es la más controvertida de las reglas de procedimiento incluidas en el art. 64. Conforme a la misma, *la sentencia dictada en este procedimiento no producirá fuerza de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover juicio ordinario sobre la misma cuestión, en el cual se considerarán hechos probados los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados, así como la participación del menor*.

GIMENO SENDRA³⁸ vaticina la inutilidad práctica de este proceso civil *sumario*, si se repara –advierte– en que *la parte gravada siempre tendrá las puertas de la jurisdicción civil abiertas para volver a discutir la pretensión civil dimanante de la responsabilidad penal del menor*. Por su parte, BARREDA HERNÁNDEZ³⁹ no encuentra otro fundamento a la norma transcrita que la desconfianza del legislador en sí mismo.

Lo propio de los procesos civiles sumarios consiste en que el conocimiento del juzgador está limitado a lo que constituye objeto específico de los mismos, por lo que se limitan las posibilidades de alegar y probar de las partes, de modo que lo que queda fuera de esos límites puede volver a discutirse en un proceso ulterior, plenario. Y realmente en esta pieza separada no concurren esas características; en ella se debate la responsabilidad civil derivada de unos

37. De este parecer es también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *La Ley de la responsabilidad penal de los menores...* cit., p. 540.

38. GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores...* cit., p. 4.

39. BARREDA HERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2001, p. 585.

hechos, no imponiéndose restricciones a las partes para su alegación y prueba. No se encuentra razón, por tanto, para que sea posible replantear el conflicto en un proceso ulterior.

En todo caso, ese nuevo examen del problema por el Juez que conozca del eventual juicio ordinario, estará muy limitado, ya que la sentencia de la pieza separada tendrá un efecto prejudicial, pues aquél deberá partir, como probados, de los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados, y deberá considerar también probada la participación en ellos del menor. Esta disposición, ciertamente, limita las posibilidades de que en la práctica en el segundo proceso se llegue a una solución distinta de lo resuelto en la pieza civil del proceso de menores, pero no las cierra: el Juez del segundo proceso no podrá valorar las pruebas de diferente modo que el del primero, sí bien podrá, según creo, partir de hechos que, pudiendo fundar la pretensión, no alegados hayan sido alegados con anterioridad (ej. la contribución de la víctima a la producción del perjuicio) pues no es aplicable aquí el precepto del art. 400.1 de la LEC 2000⁴⁰, que sólo es de aplicación supletoria, es decir, en defecto de previsión expresa de la Ley que me ocupa, y ésta prevé con rotundidad la falta de cosa juzgada de la sentencia.

40. Art. 400. LEC 2000: 1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva roticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, *Algunos apuntes acerca de la conformidad en el procedimiento previsto en el anteproyecto de la Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995*, en *La Ley*, 1996-V.
- ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español* (coord. GRACIA MARTÍN), Valencia 1996.
- ÁLVAREZ VÉLEZ y CALVO BLANCO, *Derechos del niño*, Madrid 1998.
- BARREDA HERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid 2001.
- BOLDOVA PASAMAR (Ed.), *El nuevo Derecho Penal juvenil español*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, nº V, Zaragoza 2002.
- CALATAYUD PEREZ, *LO 5/2000 Fase intermedia. Conclusión de la instrucción. Celebración de la audiencia y sentencia*, en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2001.
- CEZÓN GONZÁLEZ, *La nueva ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Barcelona 2001.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Coord.), *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, Madrid 2001.
- CORONADO BUITRAGO, *La singular posición de la víctima en la justicia de menores*, "La Victimología", Cuadernos de derecho Judicial, t. XV, Madrid 1993.
- DE DIEGO DIEZ, *Recursos interlocutorios en el enjuiciamiento penal de los menores. Primeras reflexiones acerca de la Ley Orgánica 5/2000*, en *La Ley* 2000-VI.
- DE LA OLIVA SANTOS, en *VVAA, Derecho Procesal penal*, Madrid 1999.

- DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad e incapacidad (La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación)*, Valencia 2002.
- DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Elcano 2001.
- DE URBANO CASTRILLO, *El principio de contradicción en el proceso penal*, La Ley nº 5474, 4 de febrero de 2002.
- DEL MORAL GARCÍA, en VVAA, *Los recursos en el proceso penal abreviado*, Granada 1999.
- DÍAZ MARTÍN, *Tratamiento procesal de la delincuencia de menores*, en La Ley 1999-V.
- DOLZ LAGO, *El Fiscal y la Reforma de Menores: Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992*, en La Ley 1996-I.
- DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia 2000.
- DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal del menor*, Valencia 2000.
- FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid 1991.
- GARCÍA GARCÍA-SOTOCA, *Los recursos en la Ley 5/2000 de responsabilidad penal de menores*, en Revista Tribunales de Justicia, junio 2002.
- GARCÍA PÉREZ, *Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil. Un análisis crítico*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, enero 1999, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.
- GIMENO SENDRA, *El proceso penal de menores*, en La Ley nº 5386, 1 de octubre de 2001.
- GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma de la prisión provisional*, en La Ley nº 5411, 5 de noviembre de 2001.
- COMEZ RIVERO, *Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, en Actualidad Penal, nº 10.
- GONZÁLEZ PILLADO, *La intervención del Juez y del Ministerio Fiscal en la fase de "indagini preliminari" del proceso penal italiano y su incidencia en nuestro ordenamiento*, en Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje 1998 nº 3.

- HERNÁNDEZ GALILEA, *El sistema español de justicia juvenil*, Madrid 2002.
- HERNÁNDEZ GALILEA, *El juicio jurisdiccional en el proceso de menores*, en Anuario de justicia de menores, 2001.
- LANDROVE DÍAZ, *Derecho Penal de menores*, Valencia 2001.
- LANDROVE DIAZ, *La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en La Ley 2000-IV.
- LANDROVE DIAZ, *Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en La Ley 2000-IV.
- LÓPEZ LÓPEZ, *Tratamiento policial de los menores de edad penal. Comentarios prácticos de la Ley Orgánica 5/2000*, en La Ley 2001-II.
- LORCA MARTÍNEZ, *Los medios de impugnación*, en *El sistema español de justicia juvenil* (coord. HERNANDEZ GALILEA), Madrid 2002.
- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 1990.
- MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, Valencia 1997.
- MONTÓN GARCÍA, *Anotaciones sobre el registro de sentencias en el proceso de menores*, en La Ley n.º 5594 24, de julio 2002.
- MORENO VERDEJO, *La exigencia de responsabilidad civil en las infracciones penales cometidas por menores*, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid n.º 20, 3ª época, diciembre de 2001.
- MUERZA ESPARZA, *El proceso penal abreviado*, Pamplona 2002.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Barcelona 2001.
- PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Madrid 2000.
- PEREZ MARTELL, *El proceso del menor*, Elcano 2002.
- PERIS RIERA, *El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000*, en La Ley 2001-II.
- PRATS CANUT, "Comentario al art. 84" en *Comentarios al Nuevo Código Penal*. (coord. QUINTERO OLIVARES Y VALLE MUÑIZ), Pamplona 1996.

- RICHARD GONZÁLEZ, *El nuevo proceso de menores*, en La Ley 2000-IV
- RÍOS CABRERA, *Algunas consideraciones sobre la inexistencia de acusación particular y popular en el proceso penal de menores: la "extraña" figura del coadyuvante*, en Anuario de Justicia de Menores nº 1º de 2002.
- RUIZ VADILLO, *Hacia una nueva casación penal (La Constitución, punto central de inflexión)*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia nº 1585 de 25 de diciembre de 1990.
- SÁEZ GONZÁLEZ, *Imparcialidad y situaciones de contaminación en la Nueva Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, en Anuario de Justicia de menores nº 1º de 2002.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores Ley 4/1992.*, Madrid 1999.
- SANCHÍS CRESPO, *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Granada 1995.
- SEBASTIÁN OTONES, *La instrucción penal en el nuevo procedimiento de menores*, en La Ley 2001-VI
- SERRA DOMINGUEZ, *Del recurso de casación*, en *Comentarios a la reforma de la LEC* (coord. CORTES DOMINGUEZ), Madrid 1985.
- SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona 1997.
- URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, Pamplona 2001.
- VAQUER ALOY, *La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación*, en La Ley 2001-I.
- TESÓN MARTÍN, *La responsabilidad civil en la nueva Ley General de Menores*, en La Ley 2001-VII.

14. Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Valle de Tena (1426-1803)
Manuel Gómez de Valenzuela
Ana L. Nazarro Soto
15. El ciclo urbano del agua:
Abastecimiento, alcantarillado y depuración, tres responsabilidades municipales
José Luis Calvo Miranda
16. Comentario de la Ley 12/2001 de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón
Gabriel García Cantero
17. Testamentos del Valle de Tena (1424-1730).
Manuel Gómez de Valenzuela



EL JUSTICIA DE ARAGÓN