

# PRINCIPIOS DE ORDEN SUSTANTIVO RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES EN LA LEY ORGÁNICA 5/2000

Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Principio de responsabilidad penal de los menores*. III. *Principio del interés superior del menor*. IV. *Principio de establecimiento de tramos de edades*. V. *Principio de especialización*. VI. *Principio de legalidad*. VII. *Principio de proporcionalidad*. VIII. *Principio de intervención mínima*. IX. *Principio acusatorio*. X. *Principio de oportunidad*.

## I. INTRODUCCIÓN

El menor, sabemos, es un ser humano que se encuentra en un proceso de formación, la cual, como refiere Ruth Villanueva<sup>1</sup> se traduce en una sucesión de pasos que implica etapas consecuentes de maduración (niñez, pubertad, adolescencia) y que se manifiesta en dos esferas: la individual inherente a su integración y maduración de la personalidad y la social que se traduce en la experiencia vivida por el menor en la sociedad, a la que se integra o no para decidir, cuando adulto, si acepta o transgrede sus normas.

<sup>1</sup> Ruth VILLANUEVA, "Menores infractores y el reto actual de la integración de un Sistema Nacional Mexicano", en *Revista Criminalia*, Porrúa, año LXV, núm. 1, ene-abr. 1999, p. 247.

Ser mayor o menor de edad es algo que no sólo atiende a un aspecto meramente biológico, sino primordialmente se corresponde con la toma de consideración por el ordenamiento jurídico del desarrollo humano,<sup>2</sup> así, el concepto de menor de edad viene proporcionado por la norma, de ahí que, como refiere Hernández Galilea<sup>3</sup> sobre sentido sólo en el ámbito jurídico, de lo cual podemos decir que la condición de ser un menor de edad para efectos del tratamiento de la llamada delincuencia infantil o de menores coloca a éstos en un *status particular*, diferente por tanto del de los adultos cuando se trata de enjuiciarlos por la comisión de una conducta estimada por la ley penal como delito o falta, pues como refiere Gómez Colomer<sup>4</sup> es delito lo que comete el menor de edad.

<sup>2</sup> Jesús Miguel HERNÁNDEZ GALILEA, "Naturaleza y fundamento de la intervención sobre menores en conflicto social". Jesús Miguel HERNÁNDEZ, María Dolores PALACIOS GONZÁLEZ, Ana NOGUERAS MARTÍN, José LORCA MARTÍNEZ, Ansel GUILLAMAT RUBIO y María Rosa VINUESA CASAS, *El sistema español de justicia juvenil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 23. Vid. Francisco BUENO ARÚS, "La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", en *Jornadas Sobre Derechos de los Menores*, Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas, coordinadores: Isabel E. Lázaro González e Ignacio V. Mayoral Narros. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, p. 315, quien respecto del concepto de menores a efectos penales refiere que, desde una perspectiva sustancial, significa, pues, fijar la edad a partir de la cual se supone (o presupone) que el sujeto tiene la suficiente madurez como para dirigir sus propios actos y responder (ser imputable) de la realización voluntaria de actos prohibidos por la norma, mereciendo el correspondiente reproche por ello. *Cursivas, paréntesis y texto en el mismo, en texto original.*

<sup>3</sup> *Loc. cit.*

<sup>4</sup> Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, "Tuición procesal penal de menores y jóvenes". Manuel Guillermo ALTAVA LAVALL, Francisco Antón BARBERÁ, Asunción COLÁS TURÉGANO, María Luisa CUERDA ARNAU, José Luis CUESTA MERINO, Manuel Jesús DOLZ LAGO, Juan Luis GÓMEZ COLOMER, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, Luis Fernando MORA GARCÍA, Andrea PLANCHADELL GARGALLO, Eugenio Vicente PONZ NOMDEDÉN, Juan Salvador SALOM ESCRIVÁ, Joseph María TAMARIT SUMALLA y Antoni VAQUER ALOY, *Justicia penal de menores y jóvenes* (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación). José Luis GONZÁLEZ CUSSAC-Josep María TAMARIT SUMALLA (Coordinación penal), Juan Luis GÓMEZ COLOMER (Coordinación procesal). (Tirant Lo Blanch, Tratados, Valencia, 2002), p. 155. Vid. Vicente GIMENO SENDRA, prólogo al libro *El nuevo proceso penal del menor*, de Ágata María SANZ HERMIDA (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Monografías, Cuenca, 2002), que al respecto refiere que el modelo de enjuiciamiento penal (refiriéndose al de menores) es similar al de los "mayores", respetuoso con los derechos y las garantías fundamentales vigentes en el ordenamiento, pero atemperado tanto en su desarrollo procedimental como en las consecuencias jurídicas aplicables al menor por el establecimiento de diversos instrumentos de descriminalización, desjudicia-

Para estos efectos, el proceso que regula las bases de una justicia penal de menores en España, se contiene en la denominada Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal del Menor del 5/2000 de fecha 12 de enero (en adelante LORRPM) cuya orientación es la prevención especial educativa,<sup>5</sup> y que, a decir de Landrove,<sup>6</sup> parte de ciertos principios básicos que ya habían inspirado la reforma parcial de 1992, de las garantías proclamadas por la Constitución española<sup>7</sup> y de las directrices internacionales ampliamente difundidas en los últimos años por cualificados organismos internacionales, con la particular invocación de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.<sup>8</sup>

lización y desinstitucionalización, en atención precisamente a la condición de "menor" de los sujetos a él sometidos. *Corchetes en texto original.*

<sup>5</sup> Ello es así, pues su fin primordial es claramente el interés superior del menor al que se pretende exigirle responsabilidad por sus actos (delitos o faltas según el CP y leyes penales especiales) a través de la aplicación de medidas cuya determinación resulta flexible, pero basada dicha exigencia de responsabilidad en criterios educativos.

<sup>6</sup> Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores*, Tirant Lo Blanch, Tratados, Valencia, 2001, p. 159.

<sup>7</sup> Vid. María Rosario 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 (Ed. Bosch, Barcelona, 2001), pp. 93 y ss., que destaca respecto de los principios constitucionales que informan el proceso de menores, que ha sido a través de diversas sentencias que éstas se han ido estableciendo configurando así la justicia de menores como una jurisdicción penal al serle aplicables todos, o casi todos los principios y garantías de la jurisdicción de los adultos, destacando el contenido de la sentencia del 12 de julio de 1993 que estableció: "los Juzgados de menores forman parte del Poder Judicial, con todo lo que ello implica, como titulares de órganos ordinarios pero especializados y los procedimientos utilizados para el cumplimiento de su función son auténticos procesos. En consecuencia, les son exigibles cuantas garantías establece la Constitución, no sólo en el artículo 24, sino en todos los con él relacionados". *Corchetes en texto original.* Vid. Prudencio Aparicio BLANCO, "Política criminal y delincuencia juvenil" (Reflexiones sobre el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los Menores), en *Política Criminal* (Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999) pp. 159 y ss., que destaca que la Constitución española no establece los fundamentos y principios de un derecho penal de menores, ni impone ningún modelo de justicia juvenil concreto que obligue al legislador ordinario a aplicar un tratamiento legal específico en materia de delincuencia juvenil, ni contiene disposición alguna relativa al fundamento y fines de la intervención estatal como respuesta al delito juvenil.

<sup>8</sup> Vid. Rosa PÉREZ MARTELL, *El proceso penal del menor*, Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor, Serie Derecho y Proceso Penal, Monografía núm. 5 (Aranzadi Editorial, Navarra, 2002), pp. 90 y ss., que señala que, además de la Convención de los derechos

Bajo el modelo impuesto por la LORRPM, como refiere Jiménez-Salinas I Colomer,<sup>9</sup> se establece que jóvenes y adolescen-

del niño, existen otros instrumentos internacionales como son las Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985; las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990; las Reglas 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 y las Reglas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, que sin tener la categoría de tratados conforman también la administración de justicia de menores y que, si bien sus disposiciones no constituyen obligaciones jurídicas para los Estados, salvo cuando hacen eco de obligaciones que son parte del derecho internacional consuetudinario o que están codificadas en tratados multilaterales. Cabe mencionar que la Convención de los derechos del niño conocida como "la Carta Magna de la minoridad", dada su condición de tratado internacional, vincula jurídicamente a los Estados partes al realizar su debida ratificación y, para el caso de España, ésta fue ratificada el 30 de noviembre de 1990. Dicha Convención en su artículo 1 dice: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano *menor de dieciocho años de edad*, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. En su artículo 37: Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos *cometidos por menores de dieciocho años de edad*; y en su artículo 40 3. a) establece: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de *una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales*; por su parte, las llamadas Reglas de Beijing en su artículo 2, inciso 2.2a, mencionan: menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto. *Cursivas añadidas.*

<sup>9</sup> Vid. Esther JIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER. "La justicia juvenil en España: un modelo diferente" en *La responsabilidad penal de los menores*. Colección estudios. (Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001), p. 30, refiere que reconocer esta responsabilidad es aceptar que sus propios actos les pertenecen, que tienen capacidad de ser motivados por las normas y por consiguiente de asumir sus propios actos, siendo ese reconocimiento distinto del mundo adulto ya que los jóvenes por encontrarse en una etapa de transición del mundo de la niñez al mundo adulto, necesitan una respuesta distinta de los niños y de los adultos. Vid. Francisco MUÑOZ CONDE, prólogo al libro *La responsabilidad penal de los menores*, Colección estudios (Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001), p. 9, que con respecto del sistema que viene a sustituir la nueva ley destaca que éste era más basado en una concepción tutelar paternalista que simplemente excluía al menor de dieciséis años del ámbito de

tes sí son responsables de los delitos que hayan cometido, pues el menor no queda excluido del derecho penal, sino del derecho penal común.

Del contenido de la LORRPM podemos decir, se aprecia la presencia de una serie de principios de orden sustantivo (*Principio de responsabilidad penal de los menores, principio del interés superior del menor, principio de establecimiento de tramos de edades, principio de especialización, principio de legalidad, principio de intervención mínima, principio de proporcionalidad, principio acusatorio y principio de oportunidad*), que acorde con un Estado de Derecho han de ser observados en ánimo de que el enjuiciamiento que bajo ella se instruya a un menor de edad esté colmado de las mínimas garantías exigibles a todo tipo de procedimiento<sup>10</sup> que se traducen en límites para el Estado y que, acertadamente Cruz Blanca<sup>11</sup> sostiene vienen a suponer en consecuencia una garantía para el ciudadano frente al ejercicio del *ius puniendi*.

Así se tiene que, ha sido un claro deseo del legislador español extender a los menores los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado, más aun si se considera que por tener carácter supletorio en cuanto a su aplicación el Código penal de 1995, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal con respecto a la LORRPM, por esta vía se reafirma su aplicación en la justicia de menores infractores.<sup>12</sup>

la responsabilidad penal, remitiéndolo, cuando cometía un delito, a los llamados tribunales tutelares de menores, que aplicaban un régimen jurídico extraño en el que se confundían los planos represivos, jurídico-familiares y asistenciales-administrativos.

<sup>10</sup> En la Exposición de Motivos de la LORRPM reiteradamente se insiste en señalar que *el procedimiento otorga todas las garantías derivadas del ordenamiento constitucional español* y que suponen *el respeto a los derechos fundamentales* que necesariamente debe de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores.

<sup>11</sup> María José CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores* (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores). (Instituto de Criminología de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002), p. 309.

<sup>12</sup> La Disposición Final Primera de la LORRPM dispone: Primera. *Derecho supletorio*. Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.

## II. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

Del artículo 19 del Código Penal español de 1995 se extrae que, conforme al mismo, se consideran criminalmente responsables los mayores de 18 años de edad y, para el caso que un menor de esa edad cometiera un hecho delictivo o falta contemplados en aquel ordenamiento o en alguna ley penal especial, se precisa que la responsabilidad respectiva le podrá ser exigida conforme a la ley que regule la responsabilidad penal del menor,<sup>13</sup> considerada como una ley penal aunque con filosofía distinta.<sup>14</sup> Con la inclusión del artículo 19 en el Código penal de 1995 destaca Jiménez-Salinas I Colomer,<sup>15</sup> por primera vez la minoría de edad recibió un tratamiento distinto de las demás eximentes, con lo cual el legislador quiso establecer una neta distinción entre las causas tradicionales que eximen de la responsabilidad criminal y la minoría de edad penal, creando con ello una nueva forma de responsabilidad distinta a la del adulto.

De ello podemos extraer lo siguiente: para el legislador penal español, son sujetos del Código penal mencionado aquéllos a quienes el mismo ha estimado como mayores de edad, siendo éstos los que tengan al momento de la comisión del hecho delictivo dieciocho años; por el contrario, si quien comete el hecho es un menor de edad caben dos consideraciones: si su edad fluctúa entre los catorce y hasta antes de cumplir los dieciocho años será sujeto de la LORRPM,<sup>16</sup> pues

<sup>13</sup> La importancia de esta previsión en el CP español estriba en que a partir de su incorporación al mismo, la edad penal queda elevada a los dieciocho años, pues anteriormente la edad límite de la irresponsabilidad penal eran los dieciséis años de edad que se había introducido desde el Código Penal de 1928; ahora, esa elevación de la edad se viene a ajustar a la propia CE (artículo 12 en que se precisan los *dieciocho años* para alcanzar la mayoría de edad), como a la CDN que fue considerada, entre otras, por la LORRPM y en la que se señala (artículo 1) que es niño el ser humano menor de *dieciocho años de edad*, e incluso, es acorde con el artículo 315 del Código Civil español que señala que la mayoría de edad empieza a los *dieciocho años cumplidos*.

<sup>14</sup> En el apartado (II. 7) de la Exposición de Motivos de la LORRPM se dice: La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de los hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, pp. 29 y ss.

<sup>16</sup> El artículo 1. Declaración General de la LORRPM dice: Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho

aun cuando la minoría de edad sea uno de los supuestos de inimputabilidad de acuerdo con el artículo 19 del Código penal español, como refieren Muñoz Conde y García Arán<sup>17</sup> la irresponsabilidad que declara dicho precepto para el menor de 18 años es una irresponsabilidad relativa. La responsabilidad de los menores entre catorce y dieciocho años se eximirá si al momento del hecho concurre alguna causa de exención o de exclusión de la responsabilidad criminal que prevé el Código Penal,<sup>18</sup> y en caso que sufran cualquier anomalía o alteración psíquica, intoxicación, plena o drogadicción, o alteraciones en la percepción se les podrán aplicar las medidas de internamiento terapéutico o ambulatorio previstas en el artículo 7 de la LORRPM incisos d) y e).<sup>19</sup>

por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

<sup>17</sup> Vid. FRANCISCO MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general* (4a. ed., revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000), pp. 414 y 416, se trata de una irresponsabilidad relativa, por cuanto también el menor de dieciocho años puede ser responsable del hecho cometido, pero la exigencia de dicha responsabilidad se llevará a cabo de manera distinta a la que se exige conforme al Código Penal para los mayores de esa edad, luego, refieren, a partir de esa edad (catorce años) y hasta los dieciocho años el menor es imputable, pero su responsabilidad penal se exigirá conforme a la LORRPM. *Paréntesis y texto en el mismo agregados*. En el mismo sentido *vid.* Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Curso de derecho penal. Parte general* (acorde con el Nuevo Código Penal de 1995). Con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut (Cedecs Editorial, Barcelona, 1997), pp. 433 a 435, quien refiere que el problema de la edad en cuanto a su límite no reside en sí mismo, sino en el tratamiento que se da antes y después de traspasarlo, por ello, señala que en el derecho español, a partir del CP de 1995, la separación fundamental se establece entre *mayores de dieciocho años y menores de esa edad*, por lo que la comisión de un hecho típico por menores de dieciocho años determina el sometimiento de éstos a la legislación penal de menores. *Cursiva en texto original*. Cfr. José CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general-Lecciones*, 2a. ed. (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000), pp. 80 y ss., quien refiere que en el nuevo Código Penal no hay una eximente de menor de edad y que, no se considera por tanto, a los menores de dieciocho años inimputables, sino que por razones de política criminal se les quiere excluir únicamente de derecho penal de los adultos, de ahí que se trate de crear un derecho penal juvenil orientado esencialmente a los fines de la prevención especial.

<sup>18</sup> El artículo 5.1 de la LORRPM dice: Artículo 5. *Bases de la responsabilidad de los menores*. 1. Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurren en ellos ninguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal.

<sup>19</sup> El artículo 5.2 de la LORRPM señala: Artículo 5. *Bases de la responsabilidad de los menores*. 2. No obstante lo anterior, a los menores en quienes concurren las circunstancias previstas en los números 1o., 2o. y 3o. del artículo 20 del vigente Código Penal les

Por otro lado, si estamos frente a un menor de catorce años dicha normativa no le resulta aplicable, ya que a decir de Landrove,<sup>20</sup> el legislador ha expresado la convicción de que las infracciones cometidas por menores de esta edad son, por regla general, irrelevantes y que en los escasos supuestos en que puedan producir una alarma social son suficientes para darles una idónea respuesta los ámbitos familiar y asistencial, sin necesidad de recurrir a la intervención del aparato judicial sancionador del Estado,<sup>21</sup> están exentos de responsabilidad penal,<sup>22</sup> por lo que podemos sostener que para este caso existe una inimputabilidad plena.<sup>23</sup>

serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e), de la presente Ley. A su vez el artículo 7 de la misma en sus incisos d) y e) establece: 7. *Enumeración de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores.* d) Internamiento terapéutico. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias. e) Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que la atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adición al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace una tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 207. En el mismo sentido, *vid.* Exposición de Motivos de la LORRPM.

<sup>21</sup> *Vid.* CEREZO MIR, *op. cit.*, p. 83. Nota a pie 25, al respecto señala que, parece que los menores de catorce años pueden cometer una infracción penal y por tanto obrar culpablemente, lo que no deja de ser sorprendente pues faltaría en ellos generalmente (y no sólo en los recién nacidos) la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta, o con mayor frecuencia la de obrar conforme a esa comprensión. *Paréntesis y texto en el mismo en texto original.*

<sup>22</sup> El artículo 3 de la LORRPM dice: Régimen de los menores de catorce años. Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y, demás disposiciones vigentes (en especial, en la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero protección jurídica del menor).

<sup>23</sup> *Vid.* José L. GONZÁLEZ CUSSAC y Ma. Luisa CUERDA ARNAU, "Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas", pp. 88 y ss., señalan que en el ordenamiento penal español persiste una causa de inimputabilidad, con fundamento en la edad del sujeto, por lo que en ese sentido el mismo se apoya en un criterio puramente

Sin embargo, no siempre será fácil ni claro la determinación de la edad menor o mayor de un sujeto para hacer factible la aplicación de la LORRPM, pues cabría preguntarse cuando es que el sujeto ha cumplido los dieciocho años de edad. Mora Alarcón<sup>24</sup> destaca que el criterio penal adoptado por la jurisprudencia ha sido más favorable al menor, pues se sigue el de computar la mayoría de edad penal de momento a momento y, en todo caso, existiendo duda, debe estarse a favor de una presunción de minoridad sin que ello descarte las pruebas biológicas posibles de practicar para determinar la edad del imputado; se trata, como refieren González Cussac/Cuerda Arnaú,<sup>25</sup> de considerar la edad real y no la ficción civil, de considerar que el día de nacimiento se computa como día completo.

Si bien la conducta del menor de edad que constituye un delito o falta en términos del Código penal se considera como "penal", el derecho que por ello les resulta aplicable ha de ser tenido como un derecho penal que podría calificarse de especial frente al derecho penal aplicable a los adultos,<sup>26</sup> pues en aquel priva un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable.<sup>27</sup> Se

cronológico, una presunción *iure et de iure* que no admite prueba en contrario acerca de la valoración y exploración del menor sobre sus capacidades intelectuales y volitivas, grado de madurez, situación de desarrollo de la personalidad, periodo de formación o cualquier otro criterio biológico tendente a destruir la citada exclusión de imputación subjetiva.

<sup>24</sup> José Antonio MORA ALARCÓN, *Derecho penal y procesal de menores* (Doctrina, jurisprudencia y formularios). (Tirant Lo Blanch, Tirant Monografías 235, Valencia, 2002), pp. 53 y 55, refiriendo así a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1999 señala que se adoptó este criterio, que es distinto al de computar la edad bajo el criterio que la misma se obtenga a las cero horas del día en que se cumplen los dieciocho años (criterio seguido en materia civil en que para el cómputo se incluye completo el día del nacimiento, art. 315, párrafo 2).

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 89, quienes destacan que el cómputo debe ser de momento a momento, o sea, desde la hora exacta del nacimiento del día y año correspondiente.

<sup>26</sup> Incluso el propio artículo 19 del Código penal español califica como "penal" la responsabilidad de los menores de edad que cometen delitos o faltas previstos en ese ordenamiento pero que ha de ser exigida mediante diversa regulación como lo es la LORRPM.

<sup>27</sup> *Vid.* La Exposición de Motivos de la LORRPM en su apartado (I. 4.). Así se puede decir que las medidas previstas en la LORRPM difieren de las sanciones penales, pues no obstante que sean impuestas no se someten ni al principio de culpa y retribución por el

parte de considerar al menor, dice Gimeno Sendra,<sup>28</sup> como sujeto con capacidad no plena, pero progresivamente capaz y por ello se establece un proceso penal ordinario para el enjuiciamiento de los menores a los que se les atribuye la comisión de un ilícito penal, marcado por la existencia de determinadas especialidades que se fundan en la finalidad eminentemente reeducadora del sistema.

Como la LORRPM contiene la normativa aplicable al menor que delinque y dado que, las consecuencias aplicables a éste no pueden ser las mismas que a un adulto en iguales circunstancias, se está en presencia de una ley calificada como *formalmente penal y materialmente sancionadora educativa del procedimiento y de las medidas aplicables*,<sup>29</sup> en tanto que, por un lado, su aplicación sólo es posible si el menor ha realizado un comportamiento estimado como constitutivo de delito o de falta en el Código penal o en alguna Ley especial; su aplicación sea tan sólo con respecto a conductas como las referidas pero de aquellos menores que al momento de la comisión del hecho cuenten con catorce años de edad o más pero no excedan de los dieciocho años, luego, debajo de los catorce años la LORRPM no tiene aplicación, todo ello bajo la instauración de un procedimiento en el que queden salvaguardadas las garantías que en un Estado de Derecho asisten a todo justiciable y, por el otro, por

hecho pues tienden a un tratamiento resocializador con miras a futuro, por ello, se permite en la propia ley dejarlas sin efecto e incluso sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas.

<sup>28</sup> *Op. cit.* También en este sentido, *vid.* Esther JIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER. "Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar" en *Justicia de menores: una justicia mayor*. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Manuales de Formación Continuada 9 (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001), pp. 33 y ss., quien respecto de la LORRPM asienta que al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma. *Cfr.* PÉREZ MARTELL, *op. cit.*, p. 155, menciona: En este procedimiento no se penan los hechos delictivos sino que se examina la actuación del menor y se acuerdan las medidas necesarias y adecuadas a su reeducación. No basta con la comisión por el menor de un hecho delictivo sino que es necesario que la finalidad educativa que preside el procedimiento, exija como conveniente para el menor la imposición de una medida.

<sup>29</sup> *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley en la parte correspondiente de su apartado (II. 6.).

tratarse, como refiere Martínez Serrano,<sup>30</sup> de una justicia esencialmente individualizadora en que no se dispone de una sola sanción por delito o falta, ni existe por necesidad una obligada respuesta judicial a todo hecho delictivo y porque existe un amplio catálogo de medidas para seleccionar la que resulte, según el caso ser la más adecuada a los hechos, edad del menor, su personalidad e interés y las circunstancias familiares y sociales.<sup>31</sup> Privan en la ley los criterios educativos y el interés del menor por sobre los sancionadores.

Cuello Contreras<sup>32</sup> destaca el carácter flexible de las medidas previstas en el artículo 7 de la LORRPM señalando que, con ciertas matizaciones, cualquiera de ellas puede emplearse para perseguir el hecho delictivo del menor, cualquiera que éste sea (a diferencia de lo que ocurre en el CP, que establece: principio de legalidad cual es la aplicable a cada delito), que ni siquiera se tiene en cuenta el sistema de atenuantes y agravantes del CP,<sup>33</sup> pudiéndose incluso sumar las medidas (lo que es facultativo) con las modificaciones previstas en los artículos 11 a 13.<sup>34</sup>

Así cabe sostener que, el principio de responsabilidad penal del menor está presente en la LORRPM siendo distinto del que priva para los adultos y, por consiguiente, las consecuencias jurídicas de sus actos difieren, claro está, siempre partiendo de que el menor debe responder frente a los que realice según el artículo 19 del Código penal.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Alicia MARTÍNEZ SERRANO, "Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000", en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial III-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 22. En el mismo sentido, *vid.* MORA ALARCÓN, *op. cit.*, p. 40, al señalar que el proceso de menores parte de los principios de indeterminación legal de las medidas e individualización judicial de las mismas, al no existir como en los adultos una medida señalada a cada delito sino un catálogo general de las mismas que el juez puede recorrer a la hora de elegir entre ellas la más adecuada al hecho y personalidad el autor.

<sup>31</sup> *Vid.* Artículo 51 de la LORRPM relativo a la *Sustitución de las medidas*.

<sup>32</sup> *Vid.* Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El nuevo derecho penal de menores*, Cuadernos Civitas (1a. ed., 2000, Civitas Ediciones, Madrid, 2000), p. 60.

<sup>33</sup> *Vid.* Artículos 8 y 9 de la LORRPM.

<sup>34</sup> Que regulan lo relativo a los concursos.

<sup>35</sup> *Vid. Supra* nota a pie 9.

### III. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El derecho penal de menores dice Jiménez-Salinas I Colomer,<sup>36</sup> se decanta en primar como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten el supremo interés del menor, lo que no obsta para que los principios garantistas como el acusatorio, el de defensa o el de presunción de inocencia se respeten en su totalidad,<sup>37</sup> la justicia penal de menores gira en torno al mismo, por ello, con acierto Ornosa Fernández<sup>38</sup> refiere que supone un principio inspirador e interpretativo de todas las disposiciones y actuaciones relacionadas con ella.<sup>39</sup> El interés del menor implica, refiere Cruz Blanca,<sup>40</sup> considerarlo como sujeto autónomo, y como acreedor de todos los derechos que como persona le corresponden acorde tanto con la normativa interna como internacional, lo que viene a suponer la desvinculación del paternalismo familiar al que se encontró por mucho tiempo sometido derivado del cual, su interés no era más que el interés que por él se decidía.

Dicho principio implica que, en cualquier decisión que sea tomada por los órganos intervinientes en el procedimiento de menores y que le vaya a afectar, que ésta debe de ser tomada no sólo bajo criterios puramente jurídicos sino también de otro orden,<sup>41</sup> pero siempre,

<sup>36</sup> *Comentarios a la Exposición de...*, p. 36.

<sup>37</sup> Acorde con ello, en la Exposición de Motivos de la LORRPM, apartado II. 7, se dice: Y es que en el derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el *superior interés del menor*. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia.

<sup>38</sup> *Vid.* ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 76.

<sup>39</sup> De hecho, es frecuente encontrar en la Exposición de Motivos de la LORRPM la continua referencia al interés o superior interés del menor, principio que se recoge en el espíritu de la Convención de los Derechos del Niño y por razón evidente, de las disposiciones que la observen.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 312.

<sup>41</sup> *Vid.* PÉREZ MARTELL, *op. cit.*, p. 153, quien señala que el principio del superior interés del menor, ha de explicarse en función del principio de oportunidad, en virtud del cual, el Ministerio Fiscal decidirá si incoará o no el expediente del menor, si concurren los requisitos necesarios para ello, *lo que implica que no siempre que un menor cometa delito o falta de los previstos en el Código penal español o en leyes penales especiales se va a poner en marcha el aparato de justicia de menores. Cursivas agregadas.* MARTÍNEZ SE-

refiere Bueno Arús,<sup>42</sup> en sentido constructivo, lo que conlleva a que la decisión que así se adopte sea la que mejor pueda contribuir a la educación y al desarrollo de su personalidad. Puede decirse entonces, que en dicho procedimiento la protección del menor, su bienestar, está primero que la defensa social.<sup>43</sup>

De este principio surgen importantes consecuencias, entre ellas, la relativa al principio de oportunidad cuyo ejercicio está en manos del Ministerio Fiscal que, según las circunstancias del caso y del menor puede ser invocado para evitar la incoación del procedimiento, con lo que queda de manifiesto que no siempre que el menor de edad infrinja la ley penal necesariamente habrá procedimiento que instruir; se regulan figuras como la conciliación, mediación y la reparación; se limita la intervención de la víctima como una de las manifestaciones fundamentales de este tipo de procedimiento al restringir su actuación tan sólo a la acusación sin que le sea posible manifestarse sobre la medida a imponer,<sup>44</sup> en cuanto a las medidas impuestas

RRANO, *op. cit.*, p. 24, considera que el principio debe ser comprendido, por un lado, como la necesidad de atender a criterios varios (circunstancias sociales, psicológicas, culturales), no exclusivamente jurídicos, siempre que se adopte una resolución que afecte a un menor de edad. De otra, como la prevalencia del interés del menor cuando éste entre en colisión o concurra con otros intereses legítimos de particulares o de defensa social. *Paréntesis y texto en el mismo, en texto original.* Cfr. CRUZ BLANCA, *op. cit.*, pp. 312 y ss., quien tras destacar la dificultad que se tiene en determinar el contenido del interés del menor y de ser una expresión imprecisa cuya interpretación puede depender de quien la realice, acepta que por el mismo se puede entender "el interés en y para la educación del menor, en aquello que favorezca el libre y pleno desarrollo de su personalidad y le lleve a respetar los derechos y libertades, y en consecuencia los bienes jurídicos ajenos; y en definitiva, a reintegrarle en la sociedad". *Corchetes en texto original.* ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 77, destaca, con respecto a lo que se entiende por ese "interés superior del menor", que el mismo y su consecuencia práctica será diferente según la posición que prevalezca al final (modelos de intervención) de ahí que, para esta autora este principio nacido para tener un carácter totalmente objetivo, puede llegar a convertirse en algo muy subjetivo e indeterminado, lo que sería contrario a los principios de seguridad jurídica e igualdad. *Corchetes en texto original, paréntesis y texto en el mismo agregados.*

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 319, quien además destaca que las decisiones tomadas que afecten al menor no necesariamente habrán de ser las que le resulten más cómodas, sino en las que prive el interés del menor como finalidad esencial de la norma.

<sup>43</sup> El artículo 3 l. de la CDN dice: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

<sup>44</sup> *Vid.* Artículo 25 de la LORRPM. Esto es así pues la acusación particular no es aceptada por la ley al estimar que iría en contra del carácter pedagógico del derecho penal

al menor por infringir la ley penal se considera dicho "interés del menor" para estimar su gravedad, su graduación, la posibilidad de que no sean cumplidas y de ser ejecutadas que mantenga contactos positivos con el exterior, pues acorde con Ormosa Fernández,<sup>45</sup> la medida que se imponga al menor, si se llega a fase final de enjuiciamiento debe conjugar la gravedad del delito cometido con la situación personal, familiar, escolar y social del menor, a afectos de intentar una actuación realmente educativa respecto de él.

El interés superior del menor es el eje rector de la LORRPM, pues como señala Hernández Galilea,<sup>46</sup> se trata de una prioridad que altera enormemente las bases sobre las que se asienta la actuación del Estado: *no es la defensa social lo prioritario, sino el propio sujeto pasivo de la actuación del Estado y su superior interés.*

#### IV. PRINCIPIO DE ESTABLECIMIENTO DE TRAMOS DE EDADES

Se parte de considerar que el menor sujeto de la LORRPM es aquel que al momento de la comisión del hecho goza con una edad mínima

de menores, salvo el caso de mayores de dieciséis años en cuyos hechos hubiere mediado violencia, intimidación o grave riesgo para las personas.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 76. En el mismo sentido en el apartado (II. 9) de la Exposición de Motivos de la LORRPM, se dice: Conforme a las orientaciones declaradas por el Tribunal Constitucional, anteriormente aludidas, se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso, haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución. *Vid.* Eduardo DE URBANO CASTRILLO y José Miguel DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del Menor* (Aranzadi Editorial, Navarra, 2001), pp. 32 y ss. LANDROVE DÍAZ, *op. cit.*, pp. 160 y ss., quien respecto de los principios generales que orientan la LORRPM refiere, entre otros aspectos, no sólo al reconocimiento expreso de todas las garantías derivadas del respeto de los derechos constitucionales y de las *especiales exigencias del interés del menor*, como la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso y la evolución personal del sancionado, como el que el juez goce de amplias facultades para suspenderlas o sustituirlas por otras o permitir la participación del menor en la aplicación y consecuencias de aquéllas. *Cursivas añadidas.* HERNÁNDEZ GALILEA, *op. cit.*, pp. 87 a 89. MARTÍNEZ SERRANO, *ibidem*, pp. 23 y ss.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, p. 62.

de catorce años y hasta antes de cumplir los dieciocho años de edad a partir de la cual, salvo excepción, es considerado como un adulto y, en consecuencia sometido al derecho penal común aplicable a los mismos.<sup>47</sup> Queda fuera de toda duda, dice López López,<sup>48</sup> que lo verdaderamente determinante de la competencia (Juez de instrucción o Juez de menores) y el procedimiento aplicable (Lecrim o LO 5/2000), será la edad del sujeto en el momento de realización del hecho típico. No obstante, para aquellos menores si sujetos a la aplicación de la LORRPM el legislador ha previsto dos tramos de edades perfectamente diferenciados respecto de los cuales se prevé, bajo ciertos supuestos, un tratamiento distinto, me refiero en principio a aquellos que al momento de cometer el hecho cuentan con una edad mínima de entre los catorce y los dieciséis años y a los que al momento de cometer el hecho tienen una edad mínima de entre los dieciséis y los dieciocho años.<sup>49</sup>

La diferencia, cita Martínez Serrano,<sup>50</sup> es a efectos procesales y de imposición de sanciones, pues por un lado, se afecta la dura-

<sup>47</sup> La LORRPM, en su artículo 4, en contraste con el diverso 69 del Código Penal, establece la posibilidad de aplicar la misma a los denominados *jóvenes*, considerados éstos como los mayores de dieciocho años pero no de veintiún años de edad, debiéndose considerar —por el juez de instrucción— la edad al momento de la comisión del hecho, así como el hecho mismo que debe ser falta o delito menos grave perpetrado sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas. A su vez, se han de considerar los antecedentes del *joven*, quien no deberá tener condena por sentencia firme por hechos delictivos cometidos cumplidos los dieciocho años, debiéndose además valorar sus circunstancias personales y su grado de madurez para decidir sobre la conveniencia o no de aplicación de la LORRPM, en lo cual intervienen el Ministerio Fiscal y al Letrado del joven, así como el Equipo Técnico dependiente del Fiscal de Menores quien se encarga de realizar el informe respectivo; con ello, el juez instructor resuelve o no la remisión del joven a la justicia de menores para que sea el Juez de Menores quien le instruya proceso en aplicación de la LORRPM. La disposición respectiva se previó en la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de la Justicia, estableciéndose un periodo de *vacatio legis* de dos años a partir de la entrada en vigor de la LORRPM.

<sup>48</sup> Alberto Manuel LÓPEZ LÓPEZ, *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Colección Estudios de Derecho Procesal Penal 6 (Ed. Comares, Granada, 2002), p. 59.

<sup>49</sup> El artículo 5.3. de la LORRPM dispone que: Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han entender siempre referidas *al momento de la comisión de los hechos.*

<sup>50</sup> *Op. cit.*, pp. 33 y ss.



ción de las medidas que es más limitada en menores de dieciséis años<sup>51</sup> y, por el otro, se autoriza a la víctima del hecho la posibilidad de apersonarse en el procedimiento tratándose de menores que tuvieren la edad de dieciséis años y hasta dieciocho al momento de ocurrir los hechos, siempre que en ellos hubiere mediado violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, lo que no se permite para el caso que el menor sujeto a proceso no alcanzare esa edad al momento de la comisión del hecho delictivo o falta, con lo que la LORRPM ofrece un mejor trato al menor de entre catorce y dieciséis años, que al que tuviere dieciséis y hasta antes de dieciocho años al momento de realizar el hecho.

La posibilidad de apersonarse en el procedimiento que tiene la víctima, se regula en el artículo 25 de la LORRPM,<sup>52</sup> de cuya interpretación se extraen dos elementos: a) que al momento en que el hecho se cometió el menor tenga dieciséis años sin llegar a los dieciocho (por lo que la posibilidad de apersonarse no existe tratándose de menores de dieciséis años), y b) que se trate de delitos cometidos con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, a lo que debe de destacarse que la concurrencia de ambos elementos es exigible para hacer procedente la posibilidad anotada.<sup>53</sup>

La presencia de la víctima se encuentra autorizada en todo caso en lo relativo a la responsabilidad civil.<sup>54</sup>

Las medidas impuestas a mayores de catorce años pero no de dieciséis no pueden exceder de dos años de duración, salvo que sean responsables de haber cometido determinados delitos estima-

<sup>51</sup> Vid. el artículo 9 de la LORRPM.

<sup>52</sup> Dicho precepto, en su parte conducente, dice: *Participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular*. En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares, salvo lo previsto en el artículo 61.1 de esta Ley sobre ejercicio de acciones civiles. No obstante lo anterior, cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, el perjudicado podrá personarse en el procedimiento, tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia.

<sup>53</sup> Vid. LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 61.

<sup>54</sup> La LORRPM regula un procedimiento de responsabilidad civil en los artículos 61 a 64, de ello se tiene que, la víctima puede participar en los mismos sea cual fuere la edad del menor.

dos como graves<sup>55</sup> o cualquiera otro con pena de prisión de 15 años o más, en que se autoriza al juez imponer la medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, que se verá complementada, en su caso, por la medida de libertad vigilada hasta un máximo de tres años.<sup>56</sup>

Para los mayores de dieciséis años, si bien la regla general es la misma, esto es, la duración de las medidas que se les impongan no debe exceder de dos años, se prevén mayores excepciones, pues si el delito se comete con violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o integridad física de las personas y se aconseja por el equipo técnico que la duración se amplíe, esta puede alcanzar hasta cinco años como máximo de duración,<sup>57</sup> ello es por tanto facultativo. Si se da el caso que exista extrema gravedad apreciada así en la sentencia, y refieren a los casos de reincidencia, terrorismo, asesinato, homicidio doloso y las agresiones sexuales, aquí, sin necesidad de opinión del equipo técnico el Juez puede imponerle como medida el internamiento de régimen cerrado que irá de uno a cinco años (uno de ellos es obligatorio) complementada con medida de libertad vigilada con asistencia educativa por otros cinco años como máximo,<sup>58</sup> y si el mayor de dieciséis años es sentenciado por determina-

<sup>55</sup> Estos delitos son el homicidio (art. 138 CP), el asesinato (art. 139 CP), la agresión sexual (arts. 179 y 180 CP), terrorismo y actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas (arts. 571 a 580 CP).

<sup>56</sup> Vid. Artículo 9. 3 LORRPM y la Disposición Adicional Cuarta 2 c).

<sup>57</sup> El artículo 9.4a de la LORRPM dice: 9. *Reglas para la aplicación de las medidas*. No obstante lo establecido en el artículo 7.3, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas: 4a. 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 podrá alcanzar un máximo de cinco años, siempre que 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 y el equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida. En estos supuestos la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad podrá alcanzar las doscientas horas, y la de permanencia de fin de semana, dieciséis fines de semana.

<sup>58</sup> El artículo 9.5 de la LORRPM dice: 5a. Excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anteriores 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. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1 de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional cuarta. La medida de libertad vigilada deberá

dos delitos estimados graves o por cualquiera que se sancione con pena de prisión de quince o más años, la medida a imponer será de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada en su caso, por otra medida de libertad vigilada con duración máxima de cinco años.<sup>59</sup>

En todo caso, la medida consistente en el régimen de internamiento cerrado, como refiere Cuello Contreras,<sup>60</sup> es la concesión más importante y grave de la ley a la defensa de la sociedad, en detrimento de la resocialización del menor, tratándose de una auténtica pena.

#### V. PRINCIPIO DE ESPECIALIZACIÓN

Dado que la LORRPM prevé una normativa particular, su aplicación queda en manos de órganos técnicos y especializados en materia de justicia de menores. Esta exigencia, bien justificada, se precisa no sólo de los fiscales y jueces de menores, sino del equipo técnico y de los abogados,<sup>61</sup> aun de los policías que participan en el procedimiento.<sup>62</sup> Por tratarse de la aplicación de un derecho especializado refiere

ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las mismas instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, conforme a lo establecido en el artículo 105.1 del vigente Código Penal. A los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia.

<sup>59</sup> Disposición adicional cuarta 2 c) LORRPM.

<sup>60</sup> *Loc. cit.*

<sup>61</sup> En la Disposición Final Cuarta de la LORRPM se dice: *Especialización de jueces, fiscales y abogados*. 1. El Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, en el ámbito de su competencias respectivas, procederán a la formación de miembros de la Carrera Judicial y Fiscal especialista en materia de Menores con arreglo a lo que se establezca reglamentariamente. Dichos especialistas tendrán preferencias para desempeñar los correspondientes cargos en las Audiencias Provisionales y en los Juzgados y Fiscalías de Menores, conforme a lo que establezcan las leyes y reglamentos. 2. En todas las Fiscalías existirá una Sección de Menores compuesta por miembros de la Carrera Fiscal especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos que sean necesarios, según se determina reglamentariamente. 3. El Consejo General de la Abogacía deberá adoptar las disposiciones oportunas para que en los Colegios en los que resulte necesario se impartan cursos homologados para la formación de aquellos letrados que desean adquirir la especialización en materia de menores, a fin de intervenir ante los órganos de esta jurisdicción.

<sup>62</sup> Las RB prevén lo siguiente: *Artículo 12. Especialización policial*. 12.1. Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera

López López,<sup>63</sup> la específica formación que reciban para ello les permitirá comprender y asumir el sentido último de cada una de sus normas y principios, se quiere entonces que quienes operen el sistema de justicia de menores sean expertos en esta materia,<sup>64</sup> siendo indispensable que todos los que operen el sistema tengan una formación mínima en derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento.<sup>65</sup>

#### VI. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio, como una de las limitaciones más importantes imputada al ejercicio del poder punitivo del Estado, se proyecta en el ámbito de las garantías individuales en cuatro direcciones:<sup>66</sup> Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), Garantía penal (*nulla poena sine lege*), Garantía jurisdiccional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*) y Garantía de ejecución. El mismo se manifiesta en la justicia de los menores no sólo en razón a que éste se recoge en forma expresa en las disposiciones transcritas de la LORRPM y en diversos textos de corte internacional, sino que, encuentra tam-

exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad.

<sup>63</sup> *Op. cit.*, pp. 73 y ss.

<sup>64</sup> Así, las RB 22.1 y 22.2 dicen: *Artículo 22. Necesidad de personal especializado y capacitado*. 22.1. Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción. 22.2. El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores. También en las Directrices de la Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD) dicen: III. Prevención general. 9. Deberán formularse en todos los niveles del gobierno planes generales de prevención que, entre otras cosas, comprendan: i) *Personal especializado en todos los niveles*.

<sup>65</sup> *Vid.* PÉREZ MARTELL, *op. cit.*, p. 173. *Cfr.* Ascensión Martín SÁNCHEZ, "Disposición final cuarta. Especialización de Jueces, Fiscales y Abogados", en *Justicia de menores: una justicia mayor*. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Manuales de Formación Continuada 9 (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001), pp. 525 y ss.

<sup>66</sup> *Vid.* por todos CRUZ BLANCA, *op. cit.*, p. 320.

bién base en la propia Constitución española.<sup>67</sup> El artículo 1 de la LORRPM establece:

Declaración general. 1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

Del mismo se tiene que, solamente por ley pueden crearse los delitos y faltas, como las medidas que puedan ser impuestas a los menores de edad y ello es claro, pues el ámbito de aplicación de la LORRPM se limita a hechos que se tipifican como delitos o faltas en el Código penal o en leyes penales especiales,<sup>68</sup> que a la vez, sólo pueden ser creados mediante ley. En este principio se recoge la llamada garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) y es observado igualmente en la Convención de los Derechos del Niño,<sup>69</sup> en las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD),<sup>70</sup> como en las Reglas de Beijing.<sup>71</sup>

Respecto de las consecuencias jurídicas De Urbano Castrillo/De La Rosa Cortina,<sup>72</sup> en razón al principio de legalidad que aquí se expresa como (*nulla poena sin lege previa*) señalan que también puede entenderse prevista en el artículo 7. 1 de la LORRPM al referir aquí a “*las medidas que pueden imponer los jueces de menores... son las siguientes*”.

<sup>67</sup> Como clara manifestación de un Estado social y democrático de derecho. Así, diversas manifestaciones del mismo se tiene en los artículos 25.1, 25. 2 y 117. 3 CE.

<sup>68</sup> En concordancia con ello el artículo 19 del CP.

<sup>69</sup> Artículo 40. 2.CDN. Los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.

<sup>70</sup> Art. 56 RIAD. A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven.

<sup>71</sup> Artículo 22. b) RB. El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.

<sup>72</sup> *Op. cit.*, p. 425.

Por otro lado, este principio se manifiesta también en lo relativo a la duración de las medidas impuestas,<sup>73</sup> respecto de las cuales se garantiza que la responsabilidad del menor en ningún caso en aplicación de la LORRPM puede ser mayor que la que le correspondería si fuese adulto, ya que no se atiende a su duración según la propia LORRPM sino a la responsabilidad que en lo particular se podría exigir al menor si fuese un adulto conforme al Código penal y es que, en el procedimiento de menores, dice Pérez Martell,<sup>74</sup> no se penan los hechos delictivos sino que se examina la actuación del menor y se acuerdan las medidas necesarias y adecuadas a su reeducación, pues con Gisbert Jorda,<sup>75</sup> no basta que se cometa por el menor el hecho delictivo sino es necesario que la finalidad educativa que preside el procedimiento, exija como conveniente para el menor la imposición de la medida. En cuanto a la ejecución de las medidas,<sup>76</sup> se recoge la llamada garantía jurisdiccional como la de ejecución, en virtud de que, por un lado, la imposición de la medida en detrimento del menor precisa de un juicio previo ante autoridad competente desarrollado con respeto de todas las garantías que le asisten, pues la reserva de jurisdicción, refiere Vives Anton,<sup>77</sup> implica que sólo los jueces y tribunales pueden declarar el delito e imponer la ley; del mismo deviene que, impide que se aplique una medida si es que ésta no ha sido impuesta en sentencia firme por autoridad competente, como es el caso del Juez de menores, claro está observando para ello el procedimiento legal. Por el otro, el cumplimiento

<sup>73</sup> Artículo 8, segundo párrafo de la LORRPM dice: *Principio Acusatorio*. Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad incluidas en el artículo 7.1. a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

<sup>74</sup> *Op. cit.*, p. 155.

<sup>75</sup> T. GISBERT JORDÁ. *El fiscal y la LO 4/1992, dos años de aplicación* (Valencia, FGE, 1994), citado por PÉREZ MARTELL. *Loc. cit.*

<sup>76</sup> Artículo 43. 1 y 2 de la LORRPM dicen: *Principio de legalidad*. 1. No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma. 2. Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen.

<sup>77</sup> Tomas S. VIVES ANTON. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I (Arts. 1 a 233) (coord.). (Tirant lo Blanch, Valencia, 1996), pp. 42 y ss.

de la medida o medidas impuestas solamente podrá serlo de la manera en que la ley ha previsto que sea ejecutada.<sup>78</sup>

## VII. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como se ha visto,<sup>79</sup> el proceso penal de menores responde, a diferencia del proceso penal de adultos, a unas exigencias muy particulares. Uno de los aspectos en que esa particularidad queda reflejada es precisamente respecto del principio de proporcionalidad bajo el cual, la pena o medida de seguridad se debe de corresponder con el hecho y con la peligrosidad del delincuente.<sup>80</sup>

Tratándose de menores, el principio se expresa, siguiendo a Ornosa Fernández,<sup>81</sup> en el sentido que debe de existir correspondencia entre la gravedad del hecho cometido por el menor y la medida que se le aplica, sin que ésta pueda ser más grave o de mayor duración que la pena que se podría imponer a un adulto por los mismos hechos entonces, ésta debe ser impuesta considerando el hecho realizado con relación a la medida que la propia LORRPM prevé, nunca respecto de las penas que para el delito o falta cometido resulten aplicables conforme al Código penal tal y como si se tratase de un mayor de

<sup>78</sup> Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 376 y ss.

<sup>79</sup> Vid. *Supra* p. 7 y nota a pie 28.

<sup>80</sup> Vid. SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General* (5a. ed., 2a. reimp., 1998, Reppertor, Barcelona, 1998), pp. 99 y ss., el principio se expresa en el sentido que la gravedad de la pena debe resultar proporcionada a la del hecho cometido, siendo una exigencia que nació para las medidas de seguridad al no encontrar éstas límite en el principio de culpabilidad, de ahí que la doctrina suela emplear este principio para limitar las medidas de seguridad y el de culpabilidad para las penas, aunque la proporcionalidad también es necesaria para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el derecho penal. En el mismo sentido Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General I* (Ed. Universitat, Madrid, 1996), p. 85, el principio de proporcionalidad indica que la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto. Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Curso de derecho penal español. Parte General* (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996), p. 40, señala que éste indica que la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponderse con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto, respectivamente; el principio de proporcionalidad refiere a la relación entre gravedad del injusto y la de la pena, mientras que el de culpabilidad alude a la "atribuibilidad del injusto al autor". *Corchetes en texto original.*

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p. 97.

edad. Este principio se encuentra también reconocido en la Convención de los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing.<sup>82</sup>

En materia de menores, teniendo la LORRPM carácter educativo y resocializador y, en razón a que su eje rector es el interés superior del menor,<sup>83</sup> es posible que muy a pesar que éste lleve a cabo un hecho estimado como delito o falta en el Código penal o en ley especial, se considere que no debe hacerse acreedor a alguna medida, de ahí que, se diga, que no a todo hecho que realice un menor deba por necesidad corresponderle la aplicación de una medida de seguridad,<sup>84</sup> pues se puede, incluso, llegar a prescindir de ella.

Del mismo principio deriva que, no obstante que el hecho cometido por el menor sea estimado como grave, salvo las excepciones de ley,<sup>85</sup> la medida que le pueda ser impuesta tampoco deberá necesariamente ser grave, sino aquélla que en razón a su interés superior se considere sea la apropiada; por el contrario, frente a la comisión de un hecho que no se considere grave, como lo es el caso de la falta, bajo ningún contexto podrá imponerse una medida de seguridad grave.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> El artículo 5.1 de la CDN dice: 5.1. El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento *proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito*. Por su parte, la RB 40.4 refiere: 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y *que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción*.

<sup>83</sup> Vid. DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 76, que refieren precisamente que en razón al elemento educativo —criterio preferente sobre el sancionador, para propiciar la resocialización de los menores— no aplica al procedimiento de menores el criterio de proporcionalidad infracción-respuesta penal, es decir, tal y como se comprende tratándose del derecho penal de los adultos.

<sup>84</sup> Vid. MARTÍNEZ SERRANO, *op. cit.*, p. 34.

<sup>85</sup> Vid. *Supra* p. 13 y nota a pie 55. En estos casos la medida de seguridad es la de internamiento en lugar cerrado.

<sup>86</sup> Así, el artículo 9, 1a. de la LORRPM establece: *Reglas para la aplicación de las medidas*. No obstante lo establecido en el artículo 7.3, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas: 1a. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas.

## VIII. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

Se ha dicho que la finalidad educativa y resocializadora que impregnan la LORRPM, como el fin educativo, eje rector de la misma, conllevan a que, principios del derecho penal asumidos para su aplicación al régimen de menores infractores se manifiesten en este ámbito de forma diferente. Bajo este principio se pretende, dice Cruz Blanca,<sup>87</sup> contar con vías que permitan dar salida al menor del ámbito sancionador en que queda involucrado con su hecho, pero con la menor carga posible. En la elección y la aplicación de las medidas a los menores de edad la orientación subjetiva está por sobre la objetiva, aunque ésta en determinados casos no es descartada.<sup>88</sup> Así, siendo la norma flexible y orientada bajo una finalidad educativa y el superior interés del menor,<sup>89</sup> es factible no sólo que la medida o medidas impuestas a un menor puedan ser sustituidas todas o en parte, o bien acordarse su cumplimiento sucesivo con la limitación de que su cumplimiento no exceda del doble de duración de la medida

<sup>87</sup> *Op. cit.*, p. 316.

<sup>88</sup> *Vid.* BUENO ARÚS, *op. cit.*, p. 321, que destaca cómo en este tipo de procedimiento la elección de la medida se hace por el juez con la flexibilidad propia de su naturaleza educativa, fundamentalmente dependiente de la edad, circunstancias familiares y sociales, personalidad e interés del menor, *antes que de las características objetivas del hecho y de sus resultados*, entendiéndose que la referencia a datos objetivos como delito grave o violento no se excluye. *Cursivas añadidas.* Cfr. Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 1a. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 10, que alude que no interesa al derecho penal juvenil ni al de reforma de menores *tanto el hecho* como las causas del hecho, el pronóstico de repetición y las posibilidades de evolución integral favorable del menor o joven como persona en formación. *Cursivas añadidas.*

<sup>89</sup> En la Exposición de Motivos de la LORRPM, apartado (II. 9), se dice: "al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución". *Vid.* José Ma. TAMARIT SUMALLA, "Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores", pp. 37 y ss., al referir que entre las razones que justifican la tolerancia de un mayor margen de flexibilidad en el proceso de menores debe tenerse en cuenta ante todo el interés del menor y la vocación educativa del sistema, los costos que el proceso le puede acarrear, el transcurso del tiempo para quienes experimentan un rápido proceso de maduración como la consiguiente reducción de algunos plazos, sin olvidar la mayor comprensión social que normalmente suscitan las soluciones menos formalizadas respecto de hechos de menores.

más grave que se hubiere impuesto,<sup>90</sup> puede ocurrir que la medida impuesta sea modificada, incluso para ser dejada sin efectos, o bien para reducirla en su duración o sustituirla por otra lo cual sólo puede ocurrir si ello se encuentra orientado en interés del menor, lo que no se traduce en que esto equivalga a lo que el menor quiera, sino a aquello que derivado de las opiniones de los órganos especializados que intervengan se considere es lo que mejor conviene para el mismo.<sup>91</sup>

Cabe señalar, como cita Aguirre Zamorano,<sup>92</sup> que la posibilidad de dejar sin efecto la medida impuesta, reducirla o sustituirla en casos considerados como de extrema gravedad,<sup>93</sup> no es factible sino

<sup>90</sup> Así el artículo 13 de la LORRPM dice: *Imposición de varias medidas.* Cuando a la persona sentenciada se le impusieren varias medidas en el mismo procedimiento y no pudieran ser cumplidas simultáneamente, el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y del letrado del menor, oídos el representante del equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá sustituir todas o alguna de ellas, o establecer su cumplimiento sucesivo sin que en este caso el plazo total de cumplimiento pueda superar el doble del tiempo por el que se le impusiere la más grave de ellas.

<sup>91</sup> El artículo 14 de la LORRPM dispone: *Modificación de la medida impuesta.* 1. El Juez, 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 de menores, podrá 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. 2. En los casos anteriores, el Juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley.

<sup>92</sup> Pío AGUIRRE ZAMORANO, "Las medidas" (Título Segundo, artículos 7, 13, 14 y 15), en *Justicia de Menores: una justicia mayor*, Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, Manuales de Formación Continuada 9 (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001), pp. 96 y ss.

<sup>93</sup> La extrema gravedad se equivale con los supuestos en que se aprecie reincidencia, que se traduce en haber sido condenado por un delito previsto en el mismo Título del Código penal y siempre que sea de la misma naturaleza. (art. 22.8 CP). *Vid.* CEREZO MIR, *op. cit.*, pp. 82 y ss., refiere que como supuestos de extrema gravedad se entenderán "aquellos en los que se apreciare reincidencia, y en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas, así como los de asesinato u homicidio doloso, y la agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del CP". *Corchetes en texto original.* Al respecto el artículo 9.5 de la LORRPM señala: *Reglas para la aplicación de las medidas.* 5. Excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anterior 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. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1

hasta que se lleve a cabo un cumplimiento efectivo de la medida de internamiento en régimen cerrado por el lapso de un año al menos, transcurrido el cual y si el interés del menor lo aconseja, el juzgador estará posibilitado a actuar de esa manera. Algo similar ocurre para el supuesto de delitos estimados como graves<sup>94</sup> en que bajo la reforma a la Ley Orgánica 7/2000 del 22 de diciembre, la modificación, suspensión o sustitución de las medidas impuestas sólo se pueden aplicar si ha transcurrido a lo menos, la mitad de duración de la medida de internamiento impuesta al menor.

Por otro lado, en el procedimiento de menores, se contemplan formas alternativas a las medidas como es la conciliación entre el menor y la víctima; ésta, dice Bueno Arús,<sup>95</sup> viene a constituir una satisfacción moral (el menor reconoce el daño causado, pide disculpas a la víctima y ésta las acepta).<sup>96</sup> La conciliación produce que quede sin efecto la medida impuesta,<sup>97</sup> pero si ocurre que

de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional cuarta. La medida de libertad vigilada deberá ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las mismas instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, conforme a lo establecido en el artículo 105.1 del vigente Código Penal. A los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia. *Se está aquí en supuesto distinto a lo previsto en la Disposición Adicional Cuarta.*

<sup>94</sup> Vid. *Supra* p. 13 y notas a pie 55 y 85; en estos casos la medida de seguridad es la de internamiento en lugar cerrado, debiendo considerar las reglas previstas en los artículos 14 (modificación de la medida impuesta), 40 (suspensión de la ejecución del fallo) y 51.1 (sustitución de las medidas) de la LORRPM.

<sup>95</sup> *Op. cit.*, p. 326.

<sup>96</sup> El artículo 19 de la LORRPM, en su parte conducente, señala: *Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. 2.* A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas. En este sentido la Exposición de Motivos de la LORRPM señala: La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón.

<sup>97</sup> Artículo 51. *Sustitución de la medida. 2.* La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tipo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

el compromiso no se cumple se puede seguir el trámite del expediente.<sup>98</sup>

También se reconoce la reparación cuyo contenido es material, lo que no quiere decir que se traduzca en el resarcimiento económico del daño causado a la víctima ya el mismo guarda relación con la responsabilidad civil, sino que, se traduce en actividades que el menor debe realizar en beneficio de la víctima o perjudicado o de la comunidad en general.<sup>99</sup> La conciliación y la reparación se entienden sin perjuicio del acuerdo logrado entre partes respecto de la responsabilidad civil que derive del delito o falta cometido. En caso de conciliación o reparación, puede ser solicitado el sobreseimiento del expediente e incluso, el Ministerio Fiscal puede proponerlo cuando de las actuaciones se aprecie que el reproche al menor queda suficientemente expresado.<sup>100</sup>

No siempre se necesitará de la aceptación de la víctima para que opere la conciliación, pues puede darse el caso, como alude López López,<sup>101</sup> de los llamados delitos sin víctima o cuando ésta, de manera intolerable, se niega a aceptar las disculpas o el compromiso que asume el menor.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> El artículo 19. 5 de la propia LORRPM dispone: 5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

<sup>99</sup> También, en su parte conducente el artículo 19 de la LORRPM señala: *Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. ...* y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.

<sup>100</sup> El artículo 27. 4 de la LORRPM expresa: *Informe del equipo técnico. 4.* Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.

<sup>101</sup> *Op. cit.*, pp. 325 y ss.

<sup>102</sup> Lo que fundamenta con base en el artículo 19. 1 de la LORRPM, que ha de relacionarse con el artículo 7.1 incisos j) y k) de la propia Ley.

Otras vías son el desistimiento de la incoación o de la continuación del expediente que opera frente a comportamientos de los menores que tienen escasa relevancia o trascendencia y por corrección en el ámbito educativo y familiar.<sup>103</sup>

También, la sentencia de conformidad por su parte, supone la aceptación del menor de los hechos que se le atribuye, como de él y de su Letrado a la petición formulada por el Ministerio Fiscal, la que de ser aceptada por el juzgador produce fin al procedimiento.<sup>104</sup>

### IX. PRINCIPIO ACUSATORIO

Conforme al mismo, un juez no puede imponer una pena más grave como tampoco de mayor duración que la que fue solicitada por la acusación.<sup>105</sup> Este principio se recoge en el artículo 8 de la

<sup>103</sup> El artículo 18 de la LORRPM señala: *Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar*. El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil. No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley.

<sup>104</sup> El artículo 36. 2 de la LORRPM señala: *Conformidad del menor*. 2. El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Si mostrase su conformidad con ambos extremos, oído el letrado del menor, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia.

<sup>105</sup> Este principio se consagra en el artículo 24.2 de la CE habiendo sido entendido como derecho fundamental implícito en el denominado derecho a un proceso con todas las garantías. El precepto refiere: 24.2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. *Vid.* ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 196, destaca que este principio si bien recogido en el precitado texto constitucional, no lo es en forma expresa sino, como lo ha señalado la STC 18/1989, de 30 de enero, que su infracción determina la vulneración de dos derechos contenidos en aquel precepto, el de conocer la acusación y el de no sufrir indefensión.

LORRPM,<sup>106</sup> que impide al Juez de Menores imponer una medida de mayor duración que la solicitada por el Fiscal de Menores, límites estos que a decir de Landrove<sup>107</sup> operan conjuntamente.

La recepción del principio acusatorio en la nueva Ley, señala Martínez Serrano,<sup>108</sup> deja la figura del Juez de Menores inquisitivo que dirigía la investigación, recibía las pruebas del delito y de la participación del menor y que tenía a su cargo resolver; hoy se trata de un Juez de Menores garante de todos los derechos de las partes implicadas en el proceso.<sup>109</sup> Por otro lado, es particularidad de este procedimiento la necesidad de que exista acusación por parte del Ministerio Fiscal, pues sin ella no puede dar inicio ni tener por tanto desarrollo el procedimiento; el Ministerio Fiscal es el órgano encargado de instruir o de dirigir la investigación y de acusar,<sup>110</sup> de ahí que

<sup>106</sup> El artículo 7 de la LORRPM señala, respecto de las medidas: "*según la restricción de derechos que suponen*", y el artículo 8 de la propia Ley establece: *Principio acusatorio*. El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal.

<sup>107</sup> *Op. cit.*, p. 253. *Vid.* BUENO ARÚS, *op. cit.*, p. 325, para quien este principio queda asegurado desde el momento en que el juez no puede imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos o tenga mayor duración que la solicitada por el Ministerio Fiscal.

<sup>108</sup> *Op. cit.*, p. 26.

<sup>109</sup> PIQUE, J., J. M. RIFÁ, L. SAURA y J. F. VALLS, *El proceso penal práctico*, La Ley, 2a. ed., 1993, p. 14, citados por PÉREZ MARTELL, *op. cit.*, p. 156, sostienen que este principio se basa en la necesaria existencia de una parte acusadora que ejercite la acción penal, diferente e independiente del juez, también admite y presupone el derecho a la defensa y en la existencia de un órgano judicial independiente que debe fallar con carácter imparcial.

<sup>110</sup> *Vid.* HERNÁNDEZ GALILEA, *op. cit.*, p. 95, quien critica las ventajas de este sistema, en tanto que el órgano encargado de la acusación, al ser el que dirige la investigación no parece con ello aumentar las garantías sino más bien lo contrario, al romper la simetría que existe ahora mismo en la instrucción en que ambas partes, acusadoras y acusadas, deben solicitar al juez las diligencias de investigación que consideran oportunas y en razón a que considera que el Ministerio Fiscal no posee las características de independencia, inamovilidad y predeterminación por la Ley que tiene un Juez de instrucción para desempeñar esa función con todas las garantías. También APARCIO BLANCO, *op. cit.*, pp. 188 y ss., quien se manifiesta contrario a la opinión de que el Juez de Menores se limite por el principio acusatorio, en razón de que las medidas de la LORRPM son un catálogo general al no existir en lo particular una medida señalada para cada delito (como sí ocurre en la justicia penal de adultos, en que se caracteriza por la determinación legal de las medidas), pues en aquél rige el principio contrario, esto es, la indeterminación legal y la individualización judicial, de ahí que el juzgador ha de elegir la medida a imponer con base en ese catálogo considerando la más adecuada al hecho y personalidad del menor, al igual que el Ministerio Fiscal la selecciona con base en un criterio de proporcionalidad,

su función deba centrarse en el ejercicio de la acción penal,<sup>111</sup> no existiendo más acusación que la que éste formule.<sup>112</sup>

Conforme a ello, dice Hernández Galilea,<sup>113</sup> se desprende la exigencia de una correlación entre acusación y sentencia pues el juez no podrá juzgar hechos distintos ni a menores distintos de los que fueron objeto de acusación. Desde luego, tampoco podrá sancionar al menor con pena superior a la que solicite la acusación, por lo que, el juez de menores se encuentra impedido a imponer una medida temporal superior que la que hubiere solicitado el Ministerio Fiscal, pero tampoco por una que supone mayor restricción de derechos, aunque sea formalmente inferior en el tiempo,<sup>114</sup> la solicitud de la medida que formule el Ministerio Fiscal condiciona entonces la decisión del Juez de Menores.

Lo anterior no quiere decir que siempre que el Ministerio Fiscal solicite la imposición de una medida en contra del menor, el Juez de Menores deba sancionarlo, pues como refiere Mora Alarcón,<sup>115</sup> en

por ello, sostiene, que "los efectos del principio acusatorio en el proceso especial de menores quedarán reducidos a la vinculación del Juez con los hechos y con la calificación jurídica formulada por la acusación pero podrá desvincularse en la elección de la medida y en su duración". *Paréntesis y texto en el mismo agregados, corchetes en texto original.*

<sup>111</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 91, quien por ello sostiene que el juez de menores no es tanto un juez penal, *ese papel le corresponde al fiscal de menores*, que materializa la pretensión penal del Estado para prevenir el delito y como reacción al mismo en nombre de la sociedad... *Cursivas añadidas.* Cfr. Juan-Salvador SALOM ESCRIVÁ, "La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores", p. 214, destaca que la atribución que hace la LORRPM a favor del Ministerio Fiscal para instruir los procedimientos penales en contra de menores, supone una desviación esencial del sistema tradicionalmente seguido por la legislación española de atribuir la instrucción a los jueces de ese nombre y, por primera vez, a atribuirla plenamente al Ministerio Fiscal.

<sup>112</sup> Vid. *Supra*, nota a pie 45.

<sup>113</sup> *Loc. cit.* El mismo entiende de que la prohibición se extiende incluso a la *reformatio in peius* que rige para los recursos y que debe aplicarse de la misma manera al enjuiciamiento de menores.

<sup>114</sup> Vid. MORA ALARCÓN, *op. cit.*, p. 125. También CEZÓN GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 12, respecto del derecho penal juvenil, refiere que hay una determinación rigurosa de la duración máxima de cada medida, que puede fijarse en razón de la clase de ilícito en que el joven haya incurrido, y como derecho penal que es, prohibición de imposición de medidas de mayor duración que la pena de igual significado del derecho penal de adultos. Francisco VIDAL MARTÍNEZ, *La nueva responsabilidad penal del menor*. Según la Ley Orgánica 5/2000 (Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000), p. 107.

<sup>115</sup> *Loc. cit.*, señala el autor que el menor será absuelto si los hechos alegados no existen; si no hay prueba de los hechos imputados o de que el menor hubiere participado en

casos podrá ser absuelto, luego "no habrá medida que imponer", pero también en ocasiones, la medida impuesta habrá de ser menos restrictiva que la solicitada por el Fiscal de Menores.

A su vez, las medidas de internamiento y permanencia de fin de semana no podrán exceder del tiempo que hubiere durado la pena privativa de libertad impuesta por el mismo hecho como si se tratase de un adulto declarado responsable conforme al Código penal,<sup>116</sup> a lo que debe matizarse que esta regla se prevé, como refiere Landrove,<sup>117</sup> únicamente para medidas que son privativas de libertad, no así para las restantes que sí pueden tener una duración superior a la de la pena de privación de libertad prevista para los adultos que hubieren cometido el mismo delito, debiéndose comparar, para ello, con base en la pena en concreto a fin de valorar la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y los grados de ejecución o participación en el delito.<sup>118</sup>

ellos, o si son penalmente irrelevantes los mismos o no se violentó bien jurídico alguno o bien si el menor no tuvo conocimiento o percepción de la realidad al momento de los hechos. Respecto a que la medida pedida por el Fiscal de Menores habrá de ser menos restrictiva ello ocurrirá, sostiene, si el juez considera que el tipo es menos grave que la calificación legal que formula el Fiscal de Menores; o si el menor no participó como autor material sino como un cooperador y no consta que tuvo el dominio del hecho; o si la petición del Fiscal de menores violenta el principio de racionalidad o proporcionalidad en relación con la infracción o delito cometido. Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 198, para quien en caso de conformidad del menor con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal, aun cuando el juez de menores debe sujetarse a la misma, siendo que el procedimiento se rige por el interés superior del menor cabe que el Juez acuerde una medida menos grave o restrictiva de derechos que la acordada en principio.

<sup>116</sup> Así el segundo párrafo del artículo 8 LORRPM dispone: Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1. a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal. De ello se tiene que, de ahí que haga referencia a medidas privativas de libertad como internamiento en régimen cerrado, abierto o semiabierto, internamiento terapéutico y de permanencia de fin de semana.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>118</sup> Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, *ibidem*, p. 200, que se manifiesta en contra de dicha opinión, pues sostiene que al no decirse nada en el artículo 8.2 de la LORRPM respecto del resto de las medidas (las no restrictivas de libertad, pues respecto de las sí restrictivas de libertad dice que el artículo 8.2 establece únicamente respecto de estas últimas el principio de proporcionalidad) ello podría derivar en la consecuencia de un automatismo contrario a los principios básicos de la Justicia de Menores, que incluso podría hacer innecesaria la existencia de una jurisdicción especializada, ya que en su opinión la propor-



## X. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento penal para adultos en el que rige el principio de legalidad, conforme al cual se obliga a las distintas instancias encargadas de la persecución penal a intervenir cuando se ha cometido un delito o falta,<sup>119</sup> en el proceso penal que rige para los menores de edad opera en forma reglada<sup>120</sup> el principio de oportunidad.<sup>121</sup> La peculiaridad de este principio en el pro-

cedimiento debe ser un criterio informador y orientador de todo tipo de medidas, sin que se deba perder de vista que en esa jurisdicción juega también un papel importante la situación personal del menor y de ahí la adecuación necesaria de la medida misma si se quiere que tenga efecto rehabilitador. *Paréntesis y texto en el mismo agregados.*

<sup>119</sup> El artículo 100 de Lecrim dice: 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.

<sup>120</sup> A diferencia de lo que ocurre en caso de un principio de oportunidad discrecional que no se sujeta para su ejercicio a criterio legal alguno, el principio que recoge la LORRPM es reglado, pues su ejercicio, siempre en manos del Ministerio Fiscal, se sujeta a ciertos criterios que derivan de la propia ley, sin cuya observancia no es factible su procedencia. *Vid. MARTÍNEZ SERRANO, op. cit.*, pp. 26 y ss., con referencia a la oportunidad reglada menciona que ésta se abre paso en países en que el principio de legalidad es piedra angular del sistema penal que obliga al Fiscal en defensa de la legalidad a ejercitar todas las acciones penales que considere procedentes, mientras que el principio de oportunidad le permite ejercitar la acción o archivar la causa *en determinadas condiciones*, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. *Cursivas agregadas.* *Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, ibidem*, pp. 82 y ss., en la crítica al antecedente de este principio que por primera ocasión se recogió en la Ley 4/1992, de 5 de junio, en la que se estableció una concepción amplísima de la misma traduciéndose en una libertad absoluta del Fiscal para la elección de o ejercitar la acción penal e iniciar actuaciones respecto de un menor, en que, incluso no tenía obligación de razonar los motivos que le llevaran a no ejercitar acción penal, ni se encontraba obligado a notificar al juez como a ninguno de los interesados y que, chocó frontalmente con los principios de legalidad y seguridad jurídica, de ahí que señale que la LORRPM haya tratado de corregir esa situación.

<sup>121</sup> *Vid. José Vicente GIMENO SENDRA, "Los procedimientos penales simplificados" (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio), en Revista Poder Judicial, núm. Especial II, p. 34, citado por ORNOSA FERNÁNDEZ, loc. cit.*, p. 82, lo define como la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. *Cfr. CRUZ BLANCA, op. cit.*, p. 319, que señala que el principio de oportunidad pretende evitar los efectos de estigmatización que pueda producir la incoación o continuación del procedimiento sobre el menor que ha delinquido. El principio es reconocido en las Reglas de Beijing: 6 que dice: *Alcance de las facultades discrecionales.* 6.1. Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para

ceso de menores, señala Hernández Galilea,<sup>122</sup> deriva de la finalidad sancionadora-educativa que hace que el enjuiciamiento sea en cierto modo un mecanismo sustituible, dentro de los límites previstos, cuando se estime adecuado.

Este principio se manifiesta en dos aspectos particulares: *a)* en la posibilidad que la LORRPM concede al Fiscal de Menores para desistirse de la incoación del proceso por corrección en el ámbito educativo y familiar<sup>123</sup> y, *b)* en la posibilidad de que opere el sobreseimiento del mismo por causa de conciliación entre la víctima y el menor o bien por reparación,<sup>124</sup> se trata entonces, dice Sanz Hermida,<sup>125</sup> de dos supuestos de no continuación de la causa.

el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones; la 11.1 que dice: Remisión de casos. Se examinará la posibilidad cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 *infra*, para que los juzguen oficialmente y 11.2 que dice: La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. Igualmente en la Convención Sobre Derechos del Niño en su artículo 40.3.b) este principio se expresa de la siguiente manera: *b)* Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

<sup>122</sup> *Op. cit.*, pp. 92 y ss., es, dice, una concreta aplicación del principio de prevalencia del interés del menor.

<sup>123</sup> El artículo 18 de la LORRPM establece en su parte conducente: Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar. El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.

<sup>124</sup> El artículo 19 de la LORRPM dice: Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

<sup>125</sup> *Op. cit.*, p. 215.

El desistimiento debe ser solicitado por el Fiscal de Menores y opera en caso de faltas<sup>126</sup> o de delitos menos graves<sup>127</sup> en los que no hubiere mediado violencia o intimidación en las personas, su relevancia estriba en que se posibilita la no apertura del procedimiento teniendo como eje la posibilidad de reeducar y corregir al menor en el ámbito familiar o educativo,<sup>128</sup> bajo este supuesto opera un traslado a las instituciones de protección de menores para que apliquen las medidas de protección que correspondan,<sup>129</sup> todo lo cual no afecta la responsabilidad civil que pueda ser objeto de trámite ante el propio Juez de Menores.<sup>130</sup>

No opera el desistimiento en cita, cuando el menor con anterioridad hubiere cometido otros hechos de la misma naturaleza,<sup>131</sup> como

<sup>126</sup> Artículos 617 a 637 del CP y en su caso, los que existieren así previstos en leyes penales especiales.

<sup>127</sup> Se consideran así aquellos que se castigan con penas menos graves acorde con los artículos 13.2 y 33.3 del CP.

<sup>128</sup> Vid. *Supra*, nota a pie 120.

<sup>129</sup> Vid. DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 244, el traslado a la entidad de protección de menores sólo tiene sentido si se detecta en el menor alguna situación relevante de riesgo o desamparo que justifique la adopción de las medidas de protección en el orden civil, pues "no toda infracción menor, sobre todo si es aislada, implica la concurrencia de una situación de riesgo que necesite la activación de los recursos previstos en el CC y en la LO/1996 citados en el artículo 3 de esta ley". *Corchetes en texto original.*

<sup>130</sup> El artículo 18 de la LORRPM dice: Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

<sup>131</sup> El artículo 18 de la LORRPM en su segundo párrafo dice: No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente ley. Vid. Manuel-Jesús DOLZ DALGO, "La instrucción penal de fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límite", p. 281, refiere que la interpretación más adecuada de la frase "hechos de la misma naturaleza" será la que enlace estos hechos con los constitutivos de los delitos menos graves sin violencia o intimidación o faltas, que permiten la no incoación del expediente, comprendiendo que esos "hechos" también podrán constituir delitos graves, ya que sería absurdo que no pudiera desistirse de la incoación del expediente por la realización anterior de hechos constitutivos de delitos menos graves y faltas, y si pudiera desistirse por la realización de hechos constitutivos de delitos graves. *Entrecomillas en texto original y cursivas añadidas.* Cfr. DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *loc. cit.*, su referencia a la interpretación que al respecto señalan ha hecho la Circular de la Fiscalía General del Estado, para la que la exigencia de que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza se entiende como "que el menor no debe haber incurrido en hechos constitutivos de delito grave o, si se trata de delito menos grave, que en su ejecución no haya empleado violencia

tampoco si el delito cometido es menos grave pero ha mediado violencia o intimidación en las personas, o bien, se trata de un delito grave;<sup>132</sup> sin embargo, en razón a que la LORRPM no hace referencia al caso respecto de delito con grave peligro para la vida o la integridad física de las personas, refiere Dolz Dalgo,<sup>133</sup> que la no previsión de esta limitante para el Fiscal de Menores se habrá de interpretar en el sentido que, en estos casos, aun cuando concurra un delito con grave peligro para la vida e integridad física de las personas, también será posible el desistimiento que autoriza el precepto, siempre que el delito sea menos grave.

En cuanto al sobreseimiento, éste implica que ha existido incoación del procedimiento pero que se renuncia al mismo por mediar conciliación entre el menor y la víctima o por reparación.<sup>134</sup> La conciliación exige que el menor se arrepienta y que se disculpe, pero también, que la disculpa ofrecida sea aceptada por la víctima, se trata, dice Sanz Hermida,<sup>135</sup> de una "satisfacción moral", mientras que la segunda tiene un contenido material que se traduce en la realización de actividades a favor de la víctima o perjudicado por el delito, o en su caso, a favor de la comunidad en general.<sup>136</sup> En ambos casos, se requiere del reconocimiento de los hechos por parte del menor, el que debe ser explícito en la conciliación "pues el menor debe reco-

o intimidación, aunque los hechos presenten una naturaleza diversa, ...el fiscal tiene legalmente vedada la decisión de desistimiento sólo si el hecho anterior tiene la misma naturaleza atendiendo a si ha visto lesionado el mismo bien jurídico de un modo semejante... 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". *Corchetes y puntos suspensivos en texto original, cursivas añadidas.*

<sup>132</sup> Artículos 13.1 y 33.2 del CP. Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Ibidem*, p. 84, crítica a la posición asumida por el legislador español señala que, la situación del desistimiento de la incoación que contempla la LORRPM es prácticamente la misma que existía bajo la Ley 4/1992 para los delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas, pues señala que el único límite que tendrá el Fiscal de Menores será que el delito denunciado hubiese sido grave o menos grave pero existiendo violencia o intimidación, o bien que anteriormente el menor hubiere cometido hechos de la misma naturaleza y en el caso de faltas, que para el desistimiento no parece tener más obligación que dar traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 280, así refiere que esto ocurre a diferencia de lo que prevé el artículo 4.2 de la LORRPM, sobre el régimen de mayores de 18 años en el que ello no es permitido.

<sup>134</sup> Vid. *Supra* nota a pie. 121.

<sup>135</sup> *Op. cit.*, p. 218.

<sup>136</sup> SANZ HERMIDA, *loc. cit.*

nocer el daño causado y disculparse ante la víctima”, e implícito en la reparación “pues asume el compromiso ante la víctima o el perjudicado de realizar determinadas acciones en favor de éstos o de la comunidad” y ello, en ambos casos, debe de efectuarse ante el equipo técnico a cuyo cargo está la mediación.<sup>137</sup>

El compromiso asumido por el menor debe ser cumplido, pues de lo contrario se continuará con la tramitación de la causa.<sup>138</sup> Se exceptúa el caso de incumplimiento por el menor cuando no se debe a causas imputables al mismo.<sup>139</sup> El cumplimiento efectivo del menor o su no cumplimiento, pero por causas ajenas a su voluntad producen que el Fiscal de Menores concluya la instrucción y solicite del Juez de Menores que sobresea la causa, luego, corresponde al juez sobreseer de manera vinculante.<sup>140</sup> Sin embargo, si la conciliación surge una vez impuesta la medida, dejará a ésta sin efecto siempre que así lo considere el Juez de Menores a propuesta del Fiscal de Menores o del Letrado y habiendo escuchado al equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores.<sup>141</sup>

<sup>137</sup> Es posible también, en términos del artículo 27.4 de la LORRPM que el equipo técnico proponga el desistimiento, basado en que se ha expresado suficientemente el reproche al menor con los trámites efectuados, o bien, por considerar que para el interés del menor resulta inadecuada cualquier intervención dado el paso de tiempo desde que los hechos ocurrieron. Conforme al artículo 27 de la LORRPM, corresponde al equipo técnico conducir la mediación, oficializar el acuerdo a que se llegue, vigilar que se cumpla e informar de todo ello al Fiscal de Menores.

<sup>138</sup> El artículo 19.5 de la LORRPM señala: En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente. Por otro lado hay que destacar que, el menor, tras haber reconocido los hechos ha asumido culpabilidad respecto de los mismos, luego, si la instrucción debe continuar frente a su incumplimiento, ese reconocimiento, que es extrajudicial, no debe ser tenido como una confesión, por lo que se mantiene en el Fiscal la carga de probar en contra del menor que se verá asistido en el proceso de todas las garantías que le corresponden. En este sentido *vid.* SANZ HERMIDA, *op. cit.*, p. 224.

<sup>139</sup> El artículo 19.4 de la LORRPM dice: Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

<sup>140</sup> Así lo prevé el artículo 25 de la LORRPM que dispone: Participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular. En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares, salvo lo previsto en el artículo 61.1 de esta Ley sobre ejercicio de acciones civiles. No obstante lo anterior, cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, el perjudicado podrá personarse en el procedimiento, tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia. *Vid.* Sanz Hermida, *ibidem*, p. 226, para quien, en el supuesto en que el Juez de Menores no acuerde con la petición del Fiscal de Menores por estimar que no se ajusta a derecho, puede ocurrir ante

liación surge una vez impuesta la medida, dejará a ésta sin efecto siempre que así lo considere el Juez de Menores a propuesta del Fiscal de Menores o del Letrado y habiendo escuchado al equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores.<sup>141</sup>

el superior jerárquico del Fiscal vía la aplicación supletoria del artículo 644 de Lecrim y, en caso que se confirme la petición deberá atenerse a la misma. *Cfr.* LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 327, nota a pie 434, refiere que “...no puede comprenderse muy bien porque se tiene que solicitar del Juez por el Fiscal el sobreseimiento de las actuaciones *si sólo se trata de un trámite automático que obliga al Juez sin más a acceder a lo solicitado por el Fiscal...* en virtud del principio acusatorio, al no existir otra acusación en el proceso ...no cabría más que el acuerdo de sobreseimiento por el Juez”. *Corchetes y puntos suspensivos en texto original, cursivas añadidas.*

<sup>141</sup> El artículo 51.2 de la LORRPM señala: Artículo 51. Sustitución de las medidas. 2. La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.