



UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

El Proceso Penal de Menores: Su Proyección
sobre el Proceso Penal de Adultos de la
Ley de Enjuiciamiento Criminal

D^a María Teresa Gómez Casado

2017

In memoriam de Evaristo Casado Peña

AGRADECIMIENTOS

Quiero comenzar los agradecimientos con un recuerdo a la memoria de mi abuelo Evaristo Casado Peña, que entre los años 1977 y 1987 compaginó sus funciones jurisdiccionales con el desempeño del cargo de magistrado del entonces Tribunal Tutelar de Menores de Murcia. Él me transmitió desde muy niña la inquietud por la protección de la infancia y la delincuencia juvenil que hoy culmina en la presentación de esta tesis doctoral que deseo sirva de homenaje a su labor.

Una memoria que de alguna manera sigue viva a través del recuerdo que conserva mi madre M^a Teresa Casado Gómez, de los poco más de tres años que también ella prestó servicios como parte del personal auxiliar de este tribunal, en reconocimiento de su esfuerzo y del de aquellos que trabajan por la mejora de las condiciones de vida durante la infancia y adolescencia.

Quiero agradecer el apoyo que he recibido de mi familia durante estos años de duro trabajo, especialmente de mi marido, que siempre ha creído en mí, y me ha alentado a llevar adelante este trabajo de investigación con el que aspiro al título de doctora.

Por otra parte, debo a mis compañeros de la jurisdicción de menores, concretamente a la Fiscalía de Menores de Alicante, y al juez de menores Jesús M^a del Cacho Rivera, haber podido adentrarme en la experiencia de una jurisdicción en la que todavía no he podido ejercer mis funciones.

Merece que haga una especial reseña y agradecimiento a mi compañero, el juez José Luis Fortea Gorbe, quien, con su persistencia en animarme a concluir la tesis y su constante apoyo, ha permitido que esta tesis doctoral llegue a buen término.

Por último, ha sido un privilegio haber contado con la magistral dirección de la profesora Pérez Morales, que fue mi maestra desde mis primeros contactos con esta disciplina, y a la que debo estar hoy aquí presentando este trabajo de investigación.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN	11
1. Determinación del objeto de estudio	11
2. Justificación y objetivos del trabajo de investigación y premisas metodológicas	20
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES DE LA ATRIBUCIÓN DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN AL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO DE MENORES	27
1. Antecedentes históricos del proceso penal de menores	29
2. De la legislación tutelar a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores	35
2.1. El Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948	36
2.1.1. Competencias y procedimientos de los Tribunales Tutelares de Menores.....	37
2.1.2. La legislación tutelar tras la entrada en vigor de la CE de 1978.....	46
2.1.2.1. El Estatuto del Menor de 1978.....	46
2.1.2.2. La Circular de la FGE 3/1984, sobre actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores.....	49
2.1.3. La separación de las funciones de reforma y de protección de menores. Modificaciones introducidas por la LOPJ y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados preceptos del CC y de la LEC en materia de adopción.....	50

2.1.3.1. Modificaciones introducidas por la LOPJ y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados preceptos del CC y de la LEC en materia de adopción.....	50
2.1.3.2. Otras normas complementarias.....	52
2.2. La inconstitucionalidad parcial de la legislación tutelar (STC nº 36/91, de 14 de febrero).....	53
2.3. La Instrucción de la FGE 2/1992, de 13 de febrero, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de menores.....	57
2.4. La atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal en la LO 4/1992, de 5 de junio, como antecedente inmediato de la LORPM.....	62
2.4.1. La nueva figura del fiscal investigador.....	64
2.4.2. Procedimiento diseñado por la LO 4/1992.....	69
2.4.3. El principio de oportunidad en la LO 4/1992.....	73
2.4.3.1. Reparación.....	73
2.4.3.2. Amonestación.....	74
2.4.3.3. Remisión a instituciones administrativas.....	74
2.4.3.4. Reparación extrajudicial.....	75
2.5. La ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores del año 2000: gestación legislativa.....	77
2.5.1. El Anteproyecto de Ley Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995.....	79
2.5.2. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de octubre de 1996.....	82
2.5.3. La Proposición de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor de 29 de noviembre de 1996.....	83
2.5.4. Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de enero de 1997.....	87
2.5.5. El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997.....	87

2.5.6. El proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 3 de noviembre de 1998.....	88
---	----

2.5.7. La LORPM de 2000.....	90
------------------------------	----

CAPITULO II: LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES: PRINCIPIOS INFORMADORES Y NATURALEZA JURÍDICA.....95

1. Principios informadores del proceso de menores.....95

1.1. Principio del interés del menor como criterio rector del proceso penal de menores.....97

1.1.1. El endurecimiento del tratamiento del menor en las sucesivas reformas de la LORPM.....	105
---	-----

1.1.1.1. La LO 7/2000.....	105
----------------------------	-----

1.1.1.2. La LO 8/2006.....	108
----------------------------	-----

1.1.1.3. La alarma social como base del endurecimiento de las medidas.....	111
--	-----

1.1.2. La menor edad como criterio de inimputabilidad.....	113
--	-----

1.2. El principio de legalidad.....126

1.2.1. Garantía criminal.....	126
-------------------------------	-----

1.2.2. Garantía penal.....	129
----------------------------	-----

1.2.3. Garantías judicial y de ejecución.....	131
---	-----

1.3. El principio de intervención mínima.....132

1.4. El principio de proporcionalidad.....133

1.5. El principio de oportunidad.....136

1.5.1. Concepto.....	137
----------------------	-----

1.5.2. Justificación.....	141
---------------------------	-----

1.5.3. Experiencias de justicia restaurativa en el proceso de menores.....	144
--	-----

1.6. El principio de educación o de resocialización.....	152
1.7. El principio de flexibilidad.....	155
1.8. Principio acusatorio.....	157
1.9. El derecho de defensa.....	164
1.10. Principio de especialización.....	167
1.11. El principio de publicidad.....	171
2. Naturaleza del proceso de menores.....	173
2.1. La conjugación de elementos educativos y sancionadores en la evolución del proceso de menores.....	175
2.2. El proceso de menores como auténtico proceso penal.....	186

CAPITULO III: LA INSTRUCCIÓN POR EL FISCAL EN EL PROCESO DE MENORES.....193

1. Justificación de la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación en el proceso de menores.....	193
2. El modelo procesal de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor. Especial referencia a la fase instructora.....	205
2.1. Estructura del proceso.....	208
2.1.1. La fase de instrucción.....	209
2.1.1.1. Las diligencias preliminares.....	211
2.1.1.2. El expediente de reforma.....	222
2.1.1.3. La conclusión del expediente.....	225
2.1.2. La fase de alegaciones.....	226
2.1.3. La audiencia.....	227
2.2. Funciones reservadas al juez de menores como juez de garantías.....	228
2.2.1. Diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales.....	228

2.2.2. Las medidas cautelares.....	229
2.2.3. Otras funciones.....	233
2.3. La acumulación de funciones acusadora, instructora y de protección de menores en el Ministerio Fiscal. Aproximación de las competencias del Ministerio Fiscal a las funciones jurisdiccionales.....	233
2.4. Control judicial de la investigación realizada por el Ministerio Fiscal.....	237
2.4.1. La reproducción ante el juez de garantías de la petición de diligencias de investigación denegadas por el Ministerio Fiscal.....	239
2.4.2. La impugnación de las decisiones del Ministerio Fiscal.....	241
2.4.3. Las facultades del juez de menores en orden al sobreseimiento o apertura de la audiencia.....	245
3. Los órganos de la instrucción.....	249
3.1. El Ministerio Fiscal.....	249
3.2. El juez de menores.....	258
3.2.1. La imparcialidad del juez de menores a la luz del principio acusatorio.....	258
3.2.2. La figura del juez instructor de menores como alternativa a la instrucción por el fiscal en el proceso de menores. Propuestas <i>de lege ferenda</i>	278
3.3. El equipo técnico.....	286
4. El principio de oportunidad en la LORPM.....	290
4.1. Supuestos de no incoación y de desistimiento de la continuación del expediente de reforma.....	291
4.2. La mediación del equipo técnico.....	299
CAPÍTULO IV: LA TRANSPOSICIÓN DEL MODELO DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO DE MENORES AL PROCESO PENAL DE ADULTOS (I).....	305

1. Presupuestos básicos para la aproximación de ambos modelos.....	307
1.1. Problemas derivados de los distintos principios informadores de uno y otro proceso.....	308
1.2. El acortamiento de distancias entre el proceso de menores y el de adultos. Dos expresiones de una misma realidad.....	311
1.3 La celeridad como común denominador de las reformas procesales.....	317
2. Propuestas legislativas para la implantación en la jurisdicción de adultos del modelo de investigación por el fiscal.....	325
2.1. La comisión legislativa de 2005 como primer antecedente de la reforma.....	330
2.2. El modelo del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y del borrador de Código Procesal Penal de 2013.....	335
2.2.1. El Ministerio Fiscal director de la investigación.....	338
2.2.2. Las funciones del juez de garantías.....	347
2.2.2.1. Las medidas cautelares.....	348
2.2.2.2. Diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales.....	352
2.2.3. Los límites temporales a la investigación.....	354
2.2.4. La revisión judicial de las decisiones del Ministerio Fiscal.....	355
2.2.5. La investigación complementaria.....	357
2.2.6. La conclusión de la investigación.....	358
2.2.7. La fase intermedia.....	360
3. Reformas previas para la implantación en el proceso de adultos del modelo de investigación por el fiscal.....	363
3.1. La modificación de la planta y demarcación judicial.....	364
3.2. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.....	373

CAPÍTULO V: LA TRANSPOSICIÓN DEL MODELO DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO DE MENORES AL PROCESO PENAL DE ADULTOS (II).....389

1. Propuestas de lege ferenda: especialidades en función del tipo penal.....3; ;

2. La incorporación al derecho procesal penal de adultos del principio de oportunidad.....5; 8

2.1. Compatibilidad entre el principio de oportunidad y el principio de legalidad.....402

2.2. Principales manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal de adultos.....426

2.2.1. La conformidad.....426

2.2.2. El proceso de aceptación por decreto.....435

2.2.3. El principio de oportunidad en los delitos leves.....439

2.2.4. Otras expresiones del principio de oportunidad.....432

2.2.4.1. La denuncia previa.....453

2.2.4.2. Otras condiciones de procedibilidad.....454

2.2.4.3. El perdón del ofendido.....455

2.2.4.4. Consecuencias jurídicas del arrepentimiento.....455

2.3. El principio de oportunidad en las propuestas legislativas.....456

2.4. Propuestas de lege ferenda.....467

2.5. La progresiva implantación de mecanismos de justicia restaurativa.....46;

2.5.1. Fundamentos.....452

2.5.2. Situación actual.....478

2.5.2.1. Primeras experiencias de mediación.....	478
2.5.2.2. Protocolos de mediación.....	47:
2.5.3. La mediación en el derecho comparado.....	498
2.5.4. Propuestas <i>de lege ferenda</i>	49:
3. Unificación del proceso en caso de delincuencia de mayores y menores de edad.....	4: 5
3.1. Delitos cometidos por mayores y menores de edad: dualidad de procesos.....	4: 5
3.2. Propuestas <i>de lege ferenda</i> de unificación de procesos en casos de codelincuencia entre mayores y menores de edad.....	4: 9
CONCLUSIONES.....	6; 3
BIBLIOGRAFÍA.....	523

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
ALECrim.	Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BCPP	Borrador de Código Procesal Penal.
CC	Código Civil.
CDN	Convenio de los Derechos del Niño.
CE	Constitución Española.
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CPP	Code de Procédure Pénale (Código Procesal Penal francés).
EEUU	Estados Unidos.
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
EVD	Estatuto de la Víctima del Delito.
FGE	Fiscal General del Estado
JGG	Jugendgerichtsgesetz (Ley de Justicia Juvenil austriaca).
KJHG	Kinder und Jugendhilfe in Deutschland (Ley de Ayuda para la Niñez y la Juventud alemana).
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LORPM	Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor.
LTTM	Ley de los Tribunales Tutelares de Menores.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
StPO	Strafprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Criminal alemán).
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
TSJCV	Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

INTRODUCCIÓN

1. Determinación del objeto de estudio.

En nuestro sistema procesal penal, ha sido tradicional la atribución de la función instructora al juez de instrucción, si bien otorgando al Ministerio Fiscal una intervención activa, que ha sido potenciada por algunas reformas legislativas, como es el caso de la LO 7/1988, de 28 de diciembre, de procedimiento abreviado o de la LOTJ. El debate sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción del proceso penal no es nuevo, pues es una cuestión que la doctrina lleva años planteándose. Ahora bien, los problemas que en nuestros días atraviesa la administración de justicia ha dado lugar a un replanteamiento del asunto, en el que puede observarse el propósito de mirar en el espejo de Europa, e incluso de los EEUU. Son muchos los autores que han considerado adecuada la implantación en nuestro país del denominado sistema acusatorio puro vigente en la actualidad en el mundo anglosajón, o al menos la conveniencia de imitar el modelo que siguen aquellos países europeos que, como Italia o Alemania, han optado por un sistema que atribuye la fase de instrucción al Ministerio Fiscal, apostando por la introducción del principio de oportunidad. Otros, en cambio, se aferran a nuestro tradicional sistema, invocando los principios esenciales de nuestro proceso que nos diferencia de los países mencionados, para justificar de esta manera el mantenimiento del sistema que opta por otorgar la instrucción al juez.

El Ministerio de Justicia no ha permanecido ajeno a este debate, ya que ha contribuido, bien por la vía de la elaboración por la Comisión General de Codificación adscrita al meritado Ministerio, de hasta dos propuestas legislativas, bien por la vía de comparecencia parlamentaria de su titular en el Congreso de los Diputados en el que se ha mostrado con una firme decisión de atribuir al Ministerio Fiscal la fase de instrucción del proceso penal de adultos, a intensificar el debate sobre la conveniencia, utilidad y pertinencia de modificar nuestro sistema procesal penal. Ahora bien, no podemos obviar que, pese a que existen multitud de posiciones a favor y en contra de modificar nuestro tradicional modelo hacia un sistema acusatorio puro o matizado, parece ser que el objetivo de nuestro Gobierno es el de intentar superar el primero de los sistemas, para acudir al segundo de ellos, bajo la convicción de que éste contribuye a dotar de agilidad y celeridad al sistema procesal penal. En este sentido, es llamativa la comparecencia del Ministro de Justicia ante el Congreso de los Diputados del día 6 de abril de 2017, en el que apostó sin tapujos por un sistema acusatorio que superara “el tradicional sistema inquisitivo de nuestra LECrim., como método para lograr una mejora de las garantías de defensa, una simplificación de los procedimientos y recursos y el establecimiento de un sistema de enjuiciamiento conjunto para menores y para adultos que permitiera dar respuestas a los problemas de la codelinuencia”, siendo necesario instaurar un sistema de investigación dirigida por el Ministerio Fiscal, así como “un juez de garantías que autorice las diligencias de investigación limitativas de derechos, que adopte las medidas cautelares o acuerde la apertura del juicio oral”.

Ante esta decidida apuesta de nuestro Gobierno por la atribución de la investigación o instrucción al Ministerio Público, ante lo inevitable de la modificación del sistema procesal penal de nuestro país, entiendo que no es tan interesante analizar las razones o justificaciones de la procedencia o no del cambio de sistema procesal penal, como estudiar cuál de los sistemas acusatorios propuestos por la doctrina o por el derecho comparado es el que ha de tomar en cuenta nuestro legislador para acometer este objetivo prioritario del poder ejecutivo. En este punto, existen en el acervo académico multitud de estudios que ponen su acento en el análisis del derecho comparado o de la doctrina de los países de nuestro entorno, obviando que quizás los principios e idiosincrasia de los operadores jurídicos de estos sistemas no habilite al observador y analista imparcial a hacer un juicio de traslación de estos modelos al nuestro. No siempre sistemas que funcionan en un país pueden trasladarse con el mismo éxito a otros países. Así, el sistema acusatorio puro del mundo anglosajón quizás no participe de los mismos principios y fundamentos que en nuestro país, por lo que la traslación de sus instituciones, singularmente la instrucción por el fiscal o por la policía judicial, no asegura que logremos el mismo resultado de éxito que en el modelo original.

En el año 1992, la LO 4/1992 atribuyó al Ministerio Fiscal la fase de instrucción en el proceso de menores, a fin de dar una solución a la situación existente tras la declaración de inconstitucionalidad parcial del sistema de los Tribunales Tutelares de Menores. El legislador, entre las distintas posibilidades que tenía, optó por dicho sistema. Por tanto, contamos en nuestro país con un a modo de ensayo de lo que sería la atribución al Ministerio Público de la instrucción de los delitos en la jurisdicción de adultos, del que frecuentemente nos olvidamos cuando tratamos este tema: el proceso de menores. Por ello, en estos tiempos en que parece que la atribución de la instrucción del proceso al Ministerio Fiscal es una realidad que tarde o temprano tendrá lugar, debemos analizar cuál ha sido el balance de la implantación de tal sistema en el proceso de menores, para así poder valorar, sin perder de vista la perspectiva del derecho comparado, pero desde la óptica de lo que es nuestro, las posibilidades de éxito que tiene la transposición de dicho sistema a la jurisdicción de adultos. Para ello, hay que atender obviamente a los diferentes principios que inspiran uno y otro proceso, y a la evidencia de que en el proceso de adultos se enjuician delitos que en la práctica del proceso de menores nunca se dan, atendida la edad de los sujetos enjuiciados en el mismo.

Por eso, en este momento, me gustaría dejar sentado que el objetivo de esta tesis no es el análisis detallado, profundo y sistemático de los modelos de nuestro derecho comparado, sin perjuicio de que juzgo útil tener una leve referencia de lo que se hace en otros sistemas, ya que parto de la convicción de que las más útiles enseñanzas se pueden obtener en el estudio de las instituciones propias, más que en el estudio de las instituciones surgidas en un acervo cultural, jurídico y sistémico distinto del nuestro. Es cierto que no pueden obviarse en absoluto las soluciones legislativas de los países de nuestro entorno, ya que el diálogo serio y honesto entre ordenamientos jurídicos se ha

revelado como un método perfectamente viable para analizar la eficiencia de nuestras instituciones, pero también lo es que, no apostando por el enfoque del derecho comparado, este diálogo no puede convertirse en una prioridad.

En definitiva, el objetivo de esta tesis es el de analizar los fundamentos y resultados de la atribución de la fase de investigación en el proceso penal de menores, a los efectos de poder efectuar el juicio de traslación al proceso penal de adultos, y valorar si el nuevo sistema contribuye a los objetivos de mejora de las garantías de defensa y simplificación de los procedimientos y recursos fijados por el Gobierno. Este análisis se hace todavía más interesante si atendemos a que uno de los objetivos fijados por el Gobierno es la de dotar de soluciones de justicia a los problemas de la codelinuencia de menores y mayores de edad, problema cuya solución sin duda ha de venir de la mano del análisis exhaustivo del proceso penal de menores.

Para ello, se va a estudiar pormenorizadamente la investigación por el fiscal en el proceso de menores, a fin de valorar hasta qué punto este modelo es trasladable a la jurisdicción de adultos. Realizaremos como base de la investigación un breve estudio de la menor edad, pues precisamente en consideración a la edad y a la especial vulnerabilidad de los menores de edad, que se suponen recuperables para la sociedad, se establecen los principios fundadores del proceso de menores, cuya finalidad no es otra que la reeducación y reinserción de los que se vino en denominar “*niños descarrados*”. Como es sabido, la actual ley del menor se aplica a los jóvenes infractores de edades comprendidas, a la fecha de la comisión del hecho delictivo, entre los catorce y los dieciocho años. Nuestro ordenamiento jurídico se ha inclinado por el establecimiento de un límite de edad igual para todos, en aras de la seguridad jurídica, si bien existen otros sistemas que optan por acudir al examen del discernimiento del autor en cada caso concreto o que regulan un sistema mixto. Encontramos diversos ejemplos en nuestro derecho penal histórico y en las legislaciones de menores europeas. Así, las disposiciones de la LTTM se aplicaban a menores de corta edad sin límite mínimo, y la LO 4/1992 fijó el límite mínimo en los doce años.

Pero, sin duda, el punto de partida de este trabajo de investigación es el estudio de la naturaleza del proceso de menores, pues si el mismo carece de la consideración de proceso penal, no podemos establecer comparación alguna entre el proceso penal de adultos y el proceso para la imposición de medidas sancionadoras a los menores infractores. Una de las cuestiones que más dudas doctrinales han suscitado es si el derecho penal de menores merece la consideración de auténtico derecho penal, pues en algunos modelos la reforma de los menores ha sido objeto de un tratamiento administrativo. Si el derecho de menores no es derecho penal, el proceso de menores nunca podrá concebirse como un verdadero proceso penal, por lo que la experiencia de los Juzgados de Menores no puede valorarse como posible ensayo de las futuras reformas que en su día pudieran instaurarse en la jurisdicción de adultos. Por ello, demostraremos que en nuestro ordenamiento jurídico, el proceso de menores se considera como un auténtico proceso penal, dada la naturaleza sancionadora de las medidas que se imponen a los jóvenes infractores.

Una vez aclarada la naturaleza penal del proceso de menores, veremos cómo se produjo la superación del régimen configurado en la LTTM a raíz de la declaración de inconstitucionalidad de su art. 15, hasta llegar a la regulación del proceso de menores tal y como la conocemos hoy en día. Fueron, pues, las irregularidades observadas en la LTTM, en que no se respetaban las mismas garantías procesales de que gozaban los adultos, y el consiguiente pronunciamiento del TC, lo que llevó al legislador a plantear la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal como solución al vacío normativo que la citada sentencia había originado.

La LO 4/1992 supone una revolución para el sistema procesal español, ya que es la primera vez que una ley atribuye en nuestro país la fase de instrucción de un proceso penal al Ministerio Fiscal. El debate doctrinal acerca de si la instrucción del proceso penal debe encomendarse al juez de instrucción o al fiscal no había culminado en la instauración de dicho sistema en la jurisdicción de adultos, pero sí que fructificó en la aplicación del mismo en el ámbito del proceso de menores. Tal vez el legislador consideró, dada la urgencia de la reforma, que ésta era la mejor alternativa para solucionar el vacío normativo creado tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM y para ajustar el proceso de menores al principio acusatorio, estimando que la reacción que esta opción legislativa pudiera generar en la doctrina y en los operadores jurídicos no sería tan fuerte como la que pudiera haber ocasionado la apuesta por la instrucción por el fiscal en el proceso de adultos. La especial naturaleza del proceso que nos ocupa, y la circunstancia, por qué no decirlo, de que el mismo no había sido objeto de la merecida atención científica, llevó al legislador a la creencia de que esta apuesta era inocua, pues se aplicaría únicamente en el reducido ámbito que era en nuestro derecho el siempre olvidado proceso de menores. O quizá el legislador era consciente de que el proceso de menores había sido utilizado en ocasiones como un modo de ensayo de instituciones que en el futuro podrían incorporarse a la jurisdicción de adultos, una vez salvados los escollos que la diferente naturaleza de los principios inspiradores de uno u otro proceso pudiesen comportar. Es el caso de la libertad vigilada, introducida en el derecho penal de adultos por la reforma del CP llevada a cabo por LO de 22 de junio de 2010, o el instituto de la conformidad, que fue tomado por nuestro ordenamiento jurídico del derecho penal de menores comparado. Incluso en algunas instituciones introducidas recientemente en nuestro proceso penal, como el nuevo proceso de aceptación por decreto, sin tener un antecedente legislativo claro en el proceso penal de menores, asistimos a un efecto práctico de su aplicación, cual es la atribución de una suerte de investigación previa al Ministerio Fiscal, que nos recuerda a la investigación del Ministerio Público en el proceso penal de menores. La cuestión estriba en que desde la entrada en vigor de la LO 4/92 en que la doctrina se plantea la posible atribución de la fase de instrucción del proceso penal de adultos al Ministerio Público, ya no es necesario que nos miremos en el espejo de Europa, pues contamos en nuestro propio sistema procesal con lo que podríamos denominar una experiencia piloto, que, quizá, con las necesarias adaptaciones, pudiera ser llevada algún día al proceso de adultos. O quizá las diferencias de los intereses que se ventilan en uno u otro proceso pudieran ser de tal envergadura que debiéramos de dejar de mirar a Europa y a

los EEUU, y plantearnos que la opción más acertada, atendida nuestra idiosincrasia, es mantener en la jurisdicción de adultos el modelo tradicional de instrucción judicial y abandonar definitivamente este debate.

A lo largo de este trabajo de investigación analizaremos cómo el modelo de investigación por el Ministerio Fiscal previsto con carácter provisional en la LO 4/1992, se convirtió en definitivo cuando fue acogido, con ligeras modificaciones, en la LORPM. El fiscal asume, pues, la doble condición de investigador y acusador, por lo que la doctrina ha realizado algunas propuestas a fin de garantizar que el Ministerio Fiscal actúe con sujeción a principios distintos en cada una de estas dos funciones que desempeña, que pasan incluso por la atribución de ambas funciones a miembros distintos del Ministerio Público.

Dentro de lo que entendemos como instrucción se establece doctrinalmente la distinción entre los actos de investigación, que pueden ser realizados por el Ministerio Fiscal, y los actos que entrañan el ejercicio de funciones jurisdiccionales, reservadas por el artículo 117 de la CE, a los jueces y tribunales, y que se encomiendan a la nueva figura que acompaña al fiscal investigador, el denominado juez de garantías. Al juez de garantías corresponde la adopción de las medidas cautelares, la decisión sobre aquellas diligencias de investigación que supongan restricción de derechos fundamentales o la declaración del secreto de actuaciones, entre otras facultades, siempre a instancia del Ministerio Público, pudiendo ordenar la práctica, a solicitud de parte, de aquellas diligencias de investigación que hubiesen sido denegadas por el fiscal.

El juez de menores se configura como juez de garantías, juez de la fase intermedia y juez enjuiciador. Ello nos lleva a realizar un estudio de la posible infracción del principio del juez no prevenido, y por tanto, de la imparcialidad del juez de menores que asume esta triple condición. Son varias las propuestas de solución que se han ido realizando en la doctrina y en la jurisprudencia en aquellas situaciones en que la intervención del juez de menores como juez de garantías en la investigación del fiscal ha supuesto una implicación tal que puede estimarse que el mismo se encuentra contaminado a la hora de afrontar la denominada fase de audiencia. Algunos autores han abogado por la previsión de dicha circunstancia en las normas de reparto, o por el recurso en el caso concreto a las causas de abstención o recusación, si bien no falta quien se inclina por la creación del denominado juez de instrucción de menores como una figura distinta del juez enjuiciador de menores, con supresión de la figura del fiscal investigador, a semejanza del modelo vigente para el proceso de adultos en la LECrim.

La reforma que convierte al fiscal en órgano público encargado de la dirección de la investigación en el proceso de menores, ha ido acompañada ya desde la LO 4/1992 y en la actual regulación de la LORPM, de la introducción del denominado principio de oportunidad, que permite al Ministerio Fiscal decidir la no incoación del expediente de reforma o el desistimiento del mismo en determinadas condiciones, cuando considere conveniente al interés del menor el no ejercicio de la acción penal, y ello aún en el caso de existir indicios suficientes de la comisión de un hecho delictivo contra una persona.

Veremos las distintas posiciones doctrinales que la posible introducción de este principio en nuestro ordenamiento jurídico ha suscitado, y la compatibilidad o no del mismo con nuestro tradicional principio de legalidad. Para ello partiremos de la distinción entre el principio de oportunidad reglada, en que la propia ley establece los presupuestos que permiten su aplicación, y la oportunidad discrecional, en que la determinación de la conveniencia de su ejercicio se deja al arbitrio del órgano al que corresponde el ejercicio de la acción penal.

Analizaremos la regulación del principio de oportunidad en el proceso de menores, para después ver el modo en que la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal contribuye a la activación natural del principio de oportunidad, y valorar de esta forma la necesidad de introducir en el proceso penal de adultos manifestaciones de la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal, para garantizar de alguna forma la adecuada aplicación del citado principio de oportunidad como mecanismo de dotar de agilidad y racionalidad al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. De ahí que sea también necesario analizar las distintas manifestaciones del principio de oportunidad que encontramos en el proceso penal de adultos, y comprobar la eficiencia de las mismas en el sistema actual, o si, por el contrario, la modificación del sistema procesal penal de adultos, en el que se atribuya la fase de instrucción al Ministerio Fiscal, puede o no contribuir a la mejor implantación de las meritedas manifestaciones del principio de oportunidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, si bien no se ha establecido expresamente dicho principio, pues se proclama el principio de legalidad, lo cierto es que existen ciertas instituciones, tales como la conformidad o la mediación, que de alguna manera son manifestaciones del principio de oportunidad. Así, se han ido introduciendo dichas manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico con las sucesivas reformas de la vieja LECrim. de 1882, o incluso, sin apoyo legislativo expreso, se han dado en la práctica judicial, fruto de las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales de aquélla. Por tanto, nos hallamos ante un sistema híbrido, en que junto a los clásicos principios que han caracterizado nuestra concepción del proceso penal, se han ido incorporando otros que responden a las necesidades de la sociedad más moderna y cuya finalidad no es otra que agilizar la administración de justicia. Por tanto, quizá lo que debemos plantearnos es si debemos optar abiertamente por la introducción del principio de oportunidad con todas sus consecuencias, llamando a las cosas por su nombre, o si, abandonando definitivamente este debate, debemos volver a los principios clásicos propios de nuestra tradición jurídico procesal, considerando hasta qué punto es aquélla la solución al eterno colapso de nuestros juzgados y tribunales. Quizá dicha descongestión pasa simplemente por la necesidad de dotar de más medios profesionales a nuestra administración de justicia, tarea, por otra parte, difícil de llevar a la práctica en tiempos de crisis, pero que algún día, tras la superación de la misma, podría llevarse a efecto. Sin embargo, la renuncia a los principios propios de nuestro proceso penal es una apuesta irreversible.

Y en este sentido, también conviene que nos detengamos en el estudio de la mediación penal intrajudicial en el proceso penal de menores, ante las nuevas

experiencias patrocinadas por el CGPJ y algunos juzgados de acompañar a los métodos tradicionales de ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el proceso penal de adultos, métodos alternativos y más humanizadores de lucha contra el delito. Es decir, debe analizarse si la mediación penal intrajudicial es una manifestación del principio de oportunidad, y en consecuencia, si conviene o no articularlo a través de los recursos normales de los juzgados, o es preferible hacerlo mediante los medios y principios de actuación del Ministerio Público. De esta forma, la más fácil y ajustada a derecho articulación de la mediación penal puede ser un argumento adicional que sumar a los anteriormente examinados para adoptar una solución que colme los objetivos de este trabajo de investigación.

Una vez analizado pormenorizadamente el modelo de investigación por el fiscal en la ley del menor y el principio de oportunidad, se realizarán algunas consideraciones acerca de las dificultades que plantea la adaptación de este modelo al proceso penal de adultos. Para ello debemos partir de la naturaleza de la instrucción, pues si consideramos que la misma carece de un verdadero carácter procesal, y se configura como un trabajo administrativo, no hay inconveniente alguno en que la misma quede atribuida a órganos no judiciales, como han resaltado algunos sectores doctrinales, limitando, pues, en dicha fase la necesidad de aplicar las garantías procesales. No obstante, afirmada la naturaleza procesal de la instrucción, analizaremos algunas de las diferencias que encontramos entre la instrucción en el proceso de menores y en el proceso de adultos, pues mientras la instrucción en el proceso de menores rige el superior interés del menor, en el ámbito de la justicia de adultos prevalecen criterios de prevención general y de carácter retributivo.

A continuación, estudiaremos la propuesta más decidida por la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción del proceso penal en la jurisdicción de adultos con la que contamos en la actualidad: el ALECrím., elaborado por el Gobierno del PSOE. Tras la victoria del PP, y la arribada al Gobierno de los Ministros de Justicia del nuevo Gobierno, comprobamos que, independientemente del color político, ambas formaciones se representaron la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal como una de las reformas más urgentes y necesarias de la administración de justicia, como lo demuestra la creación de la Comisión para la Reforma de la LECrím.¹, que ha dado lugar al BCPP. Ambos textos prelegislativos son similares en sus planteamientos y metodología para la resolución de los conflictos, si bien puede apreciarse una mayor ambición en sus objetivos en el ALECrím. Por esta razón, considero oportuno efectuar un estudio relacional entre estos textos prelegislativos y el sistema instaurado en el proceso penal de menores, a los efectos de comprobar si el modelo ideado para la modificación del sistema procesal penal de adultos responde, quizás de forma inconsciente, a postulados ya tratados en el proceso penal de menores, lo que nos permite efectuar un juicio prospectivo sobre los obstáculos que pueden presentarse en su aplicación, así como las ventajas prácticas que pueden derivarse de ésta con respecto al sistema actual.

¹ BOE 62/12

Dicho lo anterior, podemos afirmar que la mera elaboración del ALECrím., o del BCPP, es una clara declaración de intenciones del legislador de sumarse a la corriente europea que opta por encomendar al Ministerio Fiscal la investigación y por introducir el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que nos parece conveniente el análisis de ambos textos prelegislativos, aunque sea a los meros efectos de analizar cuál sería el modelo cuya instauración se podría plantear en nuestro país. Si bien, por ejemplo, la Exposición de Motivos del ALECrím. menciona el derecho comparado como claro inspirador del nuevo sistema que instaure, sin referirse en ningún momento a la ley del menor, tras el pormenorizado estudio de la LORPM, debemos decir que el mismo no hace más que inspirarse en dicho modelo de menores y trasladar con adaptación a la naturaleza de la jurisdicción de adultos, el modelo que hemos analizado. El ALECrím. y el BCPP tratan de superar, sin decirlo, algunos de los escollos que más polémica había suscitado entre los estudiosos del proceso de menores, cual era la posible vulneración del principio del juez no prevenido. Por ello, en el caso de la jurisdicción de adultos, la transcendencia de la implicación en la fase de investigación del juez de garantías no sería tal, toda vez que la condición de juez de garantías, de juez de fase intermedia y de juez sentenciador están atribuidas a jueces distintos: el primero, encuadrado en la Sección de Investigación, y los otros dos, en la Sección de Enjuiciamiento de los Tribunales de Instancia, en el caso del ALECrím.; o la creación de los Tribunales de Garantías, en el caso del BCPP, lo cual asegura la imparcialidad en todas las fases del procedimiento.

Mientras que la LORPM atribuye la función de juez de garantías, juez de la fase intermedia o de alegaciones y de juez enjuiciador y sentenciador a un mismo juez de menores, el sistema diseñado por el ALECrím., para la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción en la jurisdicción de adultos, en el extremo opuesto, ha optado por la postura más garantista, de modo que se suprime la clásica atribución, propia del procedimiento abreviado, de la fase intermedia al juez instructor ahora convertido en juez de garantías y se encomienda el denominado juicio de acusación a un magistrado de la Sección de Enjuiciamiento, pero, en todo caso, distinto de aquél al que deba corresponder el dictado de la sentencia, de modo que las funciones propias de la fase intermedia se encomiendan al juez de la audiencia preliminar, integrado en la Sección de Enjuiciamiento de los Tribunales de Instancia, y las funciones de enjuiciamiento se atribuyen a otro magistrado de dicha Sección, esto es, la fase intermedia se atribuye a un órgano distinto del juez sentenciador y del juez de garantías. En el BCPP se simplifica esta estructura, atribuyendo la fase intermedia al juez de garantías. Ello nos lleva a plantearnos hasta qué punto el conocimiento de la fase intermedia supone una contaminación del juez de menores como juez sentenciador, pues de no ser así, quizá también en la jurisdicción de adultos pudiera haberse optado por un único juez como juez de garantías, juez de la fase intermedia y juez sentenciador, o bien, si se aprecia que dicha unificación produce una vulneración del principio del juez no prevenido, debiera haberse establecido en la jurisdicción de menores un sistema similar al diseñado para el proceso de adultos. Trataremos algunas de las soluciones que ofrece el derecho comparado de menores, a los efectos de poder enmarcar estas propuestas en el ámbito

de la experiencia práctica de los tribunales extranjeros. En la medida en la que contemos con una experiencia de éxito en los tribunales extranjeros, puede valorarse la oportunidad o no de la penetración de tales sistemas en las propuestas legislativas que estamos estudiando.

La cuestión que nos planteamos es que, partiendo de la consideración de que el proceso penal de menores es un verdadero proceso penal, y debe estar sujeto a las mismas garantías procesales establecidas para los adultos, sin menoscabo de los derechos específicos del menor (fundamentalmente de protección del superior interés del menor), no se entiende el motivo por el cual en el modelo diseñado por el ALECrím. se opta por la intervención de hasta tres jueces en el proceso, y en el proceso de menores basta con que el juez de menores asuma esa triple función. Si la fase intermedia tiene lugar una vez concluida la instrucción, y ésta ha sido asumida por el Ministerio Fiscal, no se entiende la razón por la que se ha considerado que el juez de garantías está prevenido para conocer del juicio de acusación, pues entonces poco hemos ganado con esta reforma. Pero de ser así, teniendo en cuenta que este modelo ha sido tomado a la postre de la jurisdicción de menores, también en el proceso de menores debiera haberse producido dicha división de funciones entre tres jueces distintos. En definitiva, si bien es cierto que ambos procesos se inspiran en distintos principios, ello no puede afectar hasta tal punto a las exigencias derivadas del principio acusatorio.

Una vez realizada dicha transposición, con las adaptaciones necesarias, se puede dar un paso más en la búsqueda de una solución a los problemas que plantea la comisión conjunta de determinados delitos por sujetos menores y adultos. La doctrina ha advertido algunas disfunciones que se ocasionan como consecuencia de la dualidad de procesos en los casos de codelinuencia. Estos supuestos se dan con mucha frecuencia en la práctica diaria de nuestros tribunales, pues es muy común la comisión de delitos conjuntamente por parte de grupos de amigos, jóvenes algunos de los cuales ya han cumplido los dieciocho años, y otros, no obstante, aún son menores de edad. Se inician así dos procedimientos independientes sin comunicación entre sí, hasta el punto de que los hechos pudieran ser calificados de manera distinta en uno y otro proceso, en función no sólo del criterio del juez y del fiscal a los que haya correspondido el conocimiento del asunto, sino como consecuencia del resultado de las diligencias que en cada una de las investigaciones se hayan practicado, lo que puede determinar que se dicte un auto de sobreseimiento en la jurisdicción de adultos por falta de indicios suficientes de criminalidad y, sin embargo, el procedimiento siga adelante contra el menor, o viceversa. Y esto sin contar con el archivo por aplicación del principio de oportunidad que se da en el proceso de menores y que no puede existir en el ámbito de la jurisdicción de adultos, al menos conforme a la actual regulación, salvo en los delitos leves. Tales problemas han conmocionado a la opinión pública ante delitos mediáticos, tales como el caso “Marta del Castillo”, en que ante unos mismos hechos se ha llegado a un resultado distinto en el proceso seguido contra los adultos y en el seguido contra el menor. Es una dualidad de procesos con los que se encuentran a diario tanto los órganos judiciales como las fiscalías. A los pocos días de su primera elección, el actual

Presidente del Gobierno, según declaraciones en prensa, anunció una reforma en este sentido con la finalidad de enjuiciar conjuntamente a los menores y mayores que cometieran delitos graves, si bien no especificó el modo en que se iba a acometer la difícil tarea de unificar ambos procesos, o si dicha unificación del enjuiciamiento alcanzaría también a la fase instructora. Este propósito se ha mantenido, como lo demuestra la comparecencia del Ministro de Justicia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados ocurrida el día 6 de abril de 2017, en el que se fijó como base o fundamento del cambio del sistema procesal penal, de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio, articular herramientas adecuadas para dar un tratamiento eficiente al problema de la codelinuencia de menores y mayores de edad. Dicha unificación, en su caso, sólo podrá realizarse con respeto a los derechos del menor y a los principios informadores de nuestro proceso de menores, dado el compromiso adquirido tras la ratificación de los tratados internacionales en la materia.

2. Justificación y objetivos del trabajo de investigación y premisas metodológicas.

El tema escogido para este trabajo de investigación hace posible abordar un aspecto del derecho procesal penal que ha despertado mi interés desde siempre: el proceso penal de menores. Este trabajo me permite desarrollar de manera conjunta mis inquietudes académicas y profesionales, por lo que, pese al carácter teórico de este trabajo, no he perdido de vista la perspectiva práctica, a la que debe atender todo estudio sobre el proceso penal y las propuestas de reforma del mismo. El proceso penal de menores y la reforma de la LECrim. que atribuye al Ministerio Fiscal la fase de instrucción del proceso penal ha sido un tema muy estudiado por la doctrina. No obstante, quizás lo que distingue este trabajo de otros estudios de investigación es que aborda el asunto desde una perspectiva distinta, es decir poniendo en relación el proceso penal de menores con el proceso penal de adultos, actualmente acogido en la LECrim., y con el nuevo proceso penal de adultos que se pretende diseñar, al que van dirigidos la mayor parte de los intentos de reforma de los últimos tiempos, de los que son claros exponentes el ALECrím. y el BCPP, que buscan abandonar el viejo modelo de instrucción judicial y optar por un proceso penal moderno y ágil. En otras palabras, parecen querer abandonar el clásico sistema que ha regido en nuestro proceso penal, para optar por un sistema acusatorio híbrido o tamizado, en aras de lograr una mejora de las garantías de defensa y de una simplificación de los procedimientos y de los recursos. Considero que el proceso penal de menores y el de adultos no son procesos tan diferentes y alejados el uno del otro como en ocasiones se nos han presentado, o como tradicionalmente se ha considerado por los operadores jurídicos y por la doctrina académica, sino que entre ellos se da una importante conexión, hasta el punto de que en los últimos tiempos, en que se está produciendo un replanteamiento incluso de los principios fundamentales de nuestro derecho procesal penal, se da un acercamiento recíproco entre ambos e incluso se ha llegado a hablar de su posible unificación en determinadas condiciones. El proceso penal de menores, que frecuentemente ni siquiera es entendido como un auténtico proceso penal, pero que en la práctica ha dado buenos

resultados, tiene mucho que aportar a las reformas de nuestro sistema procesal penal que en estos momentos parecen inminentes.

Este planteamiento obliga a establecer algunas premisas metodológicas que justifican el enfoque de este trabajo de investigación, y que es preciso tener presente para comprender el método de análisis escogido. La primera de las premisas de las que debe partirse en este trabajo de investigación es que no he querido aproximarme al estudio de la posible traslación del modelo de investigación por el Ministerio Fiscal al proceso penal de adultos desde un análisis detallado y exhaustivo de los sistemas procesales penales existentes en el derecho comparado, investigaciones que sin duda habrán ocupado el tiempo de multitud de investigadores del fenómeno. No es que se deba prescindir en absoluto del estudio de los sistemas procesales penales de otros países, sino que quiero apuntar que este trabajo de investigación no pretende ser un compendio de los sistemas procesales existentes en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ni un análisis comparativo de tales sistemas, ya que el objetivo de esta tesis doctoral es comprobar si los principios inspiradores y la experiencia que nos aporta el proceso penal de menores, en el que se ha atribuido la fase de investigación al Ministerio Fiscal, reúne unas características de intercambiabilidad entre los sistemas procesales penales de menores y adultos, que permita o no asegurar la necesidad de acudir al proceso penal de menores como sistema probado de tratamiento del ejercicio del *ius punendi* del Estado, con el objetivo declarado por el actual Ministro de Justicia de mejorar las garantías de defensa y de simplificar el procedimiento y los recursos. Ciertamente que el estudio de los sistemas procesales de nuestro entorno puede resultar útil para comprender la sistemática de nuestro proceso penal de menores o los objetivos pretendidos por los textos prelegislativos, o para comprender los fundamentos de los sistemas procesales cuya implantación es objeto de este trabajo de investigación. De ahí que habrá indudables referencias al proceso penal de menores y de adultos de otros Estados, pero estas referencias deben entenderse como instrumentales al objetivo trazado de ver la capacidad o no de traslación que tiene el sistema de investigación por el Ministerio Fiscal al proceso penal de adultos. Pero, insisto, mal hará el lector si entiende que este trabajo de investigación debe centrar su atención en ese estudio comparativo entre ordenamientos jurídicos, ya que un excesivo detenimiento en esta tarea puede dar lugar al resultado no querido por esta autora, de descuidar el verdadero objetivo de este trabajo de investigación, que es el estudio del proceso penal de menores como campo de ensayo de posibles reformas en el proceso penal de adultos. De ahí que la referencia a los sistemas de derecho comparado se hará en función de que venga motivado por el objeto del estudio, pero no se ha dedicado un capítulo entero a realizar este análisis.

Otra premisa que debe tomarse en consideración es la de que este trabajo de investigación tampoco parte de la idea de que sea preciso un estudio sistemático y profundo de las posiciones doctrinales. No es que prescinda del enfoque académico. Es más, tengo el convencimiento de que el estudio doctrinal de los sistemas acusatorios e inquisitivos puede aportar una herramienta útil para el enjuiciamiento de las soluciones

propuestas por la doctrina para el logro del objetivo perseguido por el prelegislador de mejorar las garantías de defensa y de simplificar el procedimiento y los recursos, como punto de partida para lograr acabar con el colapso de algunos juzgados de instrucción y de enjuiciamiento. Y con este objeto me he acercado tanto a las fuentes doctrinales tradicionales, como a las fuentes más recientes. Ahora bien, considero importante tener presente que este enfoque académico también ha sido el enfoque de numerosos trabajos de investigación, y que lo que caracteriza la presente tesis doctoral, y quizás la diferencia con otros proyectos de investigación, sea que el enfoque o el acento de la investigación se ponga en el proceso penal de menores, como verdadero y auténtico campo de ensayo de instituciones procesales penales que pueden adquirir carta de naturaleza en el proceso penal de adultos. Admito que la doctrina científica aporta un fundamento o base a las instituciones jurídicas de los ordenamientos jurídicos, y en esta medida no pueden pasar desapercibidas estas aportaciones, pero un exceso de atención a este enfoque no puede dar lugar al desenfoco del objetivo de este trabajo de investigación. De ahí que se debe tener presente que el ánimo de esta autora no es el de agotar los escenarios académicos existentes en el mundo universitario o de la doctrina científica, sino que toda referencia a la doctrina viene instrumentalmente encaminada a fundamentar el verdadero enfoque de esta tesis doctoral: ver en qué medida la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores puede servir como experiencia satisfactoria para trasladar este modelo al proceso penal de adultos.

Por tanto, la premisa básica desde la que debe partirse para entender las opciones metodológicas adoptadas por esta autora en el presente trabajo de investigación, es que el objetivo de la presente tesis doctoral no es otro que comprobar si la experiencia del proceso penal de menores, en el que se atribuye la investigación al Ministerio Fiscal, puede o no trasladarse al proceso penal de adultos, o desde otro enfoque, si las experiencias adquiridas en el proceso penal de menores puede servirnos de utilidad para afrontar el cambio del sistema procesal penal de adultos profusamente anunciado. Y con este objeto sí que pueden resultar de utilidad las premisas anteriormente aludidas de los sistemas procesales penales de otros países, o de las enseñanzas académicas de los sistemas doctrinales propios o extranjeros. En la medida en que sirvan al objetivo señalado se tendrán en cuenta estas herramientas, pero este uso no debe llevar a la conclusión errónea de que el enfoque del trabajo de investigación es distinto del señalado.

Y en el logro del objetivo señalado pienso que adquiere una gran trascendencia la quizás corta, pero intensa, experiencia profesional que atesoro como magistrada-juez, ya que durante siete años he estado al frente de un juzgado mixto, encargada de la instrucción de las causas por delito, y durante un año y medio, este último año y medio, he estado al frente de diversos órganos de enjuiciamiento. Mi experiencia profesional me ha permitido comprobar de primera mano las disfunciones que el sistema procesal español pueden producir en el proceso penal de adultos a los efectos de un eficiente ejercicio del *ius puniendi* del Estado, fundamentalmente derivadas, como se podrá

comprender, de los deficientes medios personales y materiales con los que cuenta la administración de justicia. También, desde el privilegiado punto de vista del que he disfrutado, he podido comprobar de primera mano las necesidades de cambio del sistema procesal penal, así como he podido ser actriz principal en la aplicación de las novedades legislativas que procuran mejorar el servicio de la justicia en España.

Creo que no debe despreciarse este enfoque profesional del que disfruto. Mi experiencia profesional me permite comprobar que algunas de las opiniones doctrinales, razonables en abstracto, quizás no tengan una perfecta traslación en la práctica. Mi experiencia profesional me permite detectar con mayor facilidad la traslación que las experiencias de la doctrina tiene en el mundo jurídico, los resultados beneficiosos o perjudiciales de este diálogo entre el mundo académico y el mundo profesional, así como efectuar un juicio prospectivo de los resultados que tendrán alguna de las propuestas prelegislativas para la mejora de la administración de justicia. Por último, mi experiencia profesional me permite contrastar las conclusiones que pueda obtener en este trabajo de investigación con mis enseñanzas obtenidas en el ejercicio de mi profesión, lo que me permitirá no sólo valorar la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, sino también la utilidad práctica de éstas.

Sin pretender que esta tesis doctoral se reduzca a un reflejo de una experiencia profesional, ya que no renuncio al estudio doctrinal y comparado de las instituciones, pienso que no puedo renunciar a enriquecer el trabajo de investigación con el aprendizaje adquirido en el ejercicio de la jurisdicción. De ahí que el estudio de las instituciones y las soluciones propuestas pasarán necesariamente por el tamiz de mi experiencia profesional. Ya desde este momento debe afirmarse que no todas las prácticas habituales de los juzgados obedecen a un cumplimiento escrupuloso de las normas procesales, ni los titulares de los juzgados sacrifican el mejor desarrollo del proceso al cumplimiento estricto de las normas del procedimiento. La práctica de los tribunales se ha visto obligada a acudir a soluciones, digamos que de compromiso, ante la falta de recursos materiales y/o humanos que permitan desarrollar el sistema procesal penal tal y como está previsto en la letra de la ley.

Recapitulando, podemos decir que esta tesis doctoral no es una tesis exclusivamente de Derecho comparado, si bien no renuncia al estudio de las instituciones y sistemas procesales penales de los países de nuestro entorno, siempre que sea útil para afrontar el verdadero objeto de este trabajo de investigación; no es una tesis exclusivamente doctrinal, si bien no renuncia a las enseñanzas de la doctrina y las proposiciones académicas, ya que estas enseñanzas permiten dotar de una cierta coherencia interna a las proposiciones de modificación de los sistemas procesales penales invocadas por el prelegislador o que resulten derivadas del estudio del proceso penal de menores; y no es una tesis exclusivamente profesional, si bien no renuncio a las enseñanzas que mi experiencia profesional pueda proporcionarme a los efectos de contrastar la perfecta traslación de las proposiciones de modificación invocadas por el prelegislador o por los autores de la doctrina, en el sistema procesal penal actual o futuro, y las probabilidades de éxito de las propuestas defendidas por los citados

autores. Es decir, puedo afirmar que nos encontramos ante una tesis que me atrevo a denominar como híbrida, en el sentido de que sin centrarse en todos y cada uno de los enfoques indicados, se aprovecha de todos éstos para afrontar el objeto del presente trabajo de investigación.

En cambio, lo que sí tiene este trabajo de investigación es una decidida imbricación con el objeto de estudio, en el sentido de condicionar la metodología a emplear al objetivo de comprobar si la experiencia de la atribución de la investigación por el Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores puede dar lugar a enjuiciar si el sistema adoptado en ese sistema procesal es trasladable al proceso penal de adultos.

En la medida en que el enfoque adoptado condiciona el ámbito de estudio, se podrá comprender que resulta limitado este ámbito. Digo esto por cuanto que los delitos que normalmente son objeto de enjuiciamiento en el proceso penal de menores son los delitos que podrían justificar la existencia de un procedimiento especial en el proceso penal de adultos, cual es el del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Incluso, en los casos de delitos en los que no sea de aplicación el citado procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, las soluciones acogidas en el proceso penal de menores se acercan más al procedimiento abreviado que al procedimiento de sumario o al procedimiento del Tribunal del Jurado. Esta circunstancia hace que debamos limitar las conclusiones de este trabajo de investigación al citado ámbito de estudio, por cuanto que la extrapolación a otros procedimientos se antoja complicada, e incluso inútil al objeto de estudio, habida cuenta de la afirmación contenida en este párrafo.

Es cierto que el procedimiento previsto en el proceso penal de menores para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por los menores es único para todo tipo de delitos, incluso aun cuando se trate de delitos de notable gravedad, pero también lo es que existen determinados delitos que justifican la existencia del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, como el delito de terrorismo, por ejemplo, que presentan unas características tales que las conclusiones que saquemos del análisis de tales delitos, poca utilidad puede reportar para el objeto de este trabajo de investigación. La extrapolación de conclusiones en estos supuestos se hace muy difícil por la naturaleza de los citados delitos cometidos por los menores de edad. De ahí que este trabajo de investigación se centrará en las enseñanzas generales que el proceso penal de menores puede aportar para el proceso penal de adultos, que podrá comprobarse en la presente tesis doctoral, son especialmente relevantes en el ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y para el procedimiento abreviado.

Es cierto que el presente trabajo de investigación deja abiertas multitud de puertas a otros ámbitos de investigación, enfoques o vías de aproximación a la problemática de la necesidad o no de modificar el sistema procesal penal actual, en aras a la adopción del sistema procesal penal acusatorio, como método eficiente para el logro de los objetivos planteados por el Gobierno de lograr una mejora en las garantías del

derecho de defensa y la simplificación del procedimiento y de los recursos, como vía para mejorar la respuesta de la administración de justicia al fenómeno de la delincuencia. Empezar estas vías o caminos supone un riesgo innecesario de desviar la atención del objeto de esta tesis doctoral, y en consecuencia enredarse en líneas de trabajo que poco puedan aportar al objeto señalado. No obstante, estas líneas de trabajo que quizás queden apuntadas, pero no desarrolladas con plenitud en el presente trabajo de investigación, bien pueden ser objeto de futuros trabajos de investigación, ya que el ámbito de estudio de la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de investigación en el proceso penal de adultos es poliédrico y vasto.

En este punto, creo conveniente llamar la atención sobre el hecho de que el estudio de la atribución de la investigación penal en el proceso penal de adultos ha provocado en sectores ajenos al estrictamente jurídico, verdaderos ríos de tinta, en la que se han entremetido argumentos jurídicos con argumentos políticos, incluso algunos más propios de la crítica política a los responsables del gabinete ministerial que del análisis serio de las instituciones. Es más, existe el riesgo de que se enturbie el juicio sobre la necesidad o no de atribuir la fase de investigación al Ministerio Fiscal, con consideraciones partidistas o políticas, que nada tienen que ver con el estudio de las instituciones jurídicas en orden a lograr una mejora de las garantías de defensa o la simplificación de los procedimientos y los recursos, para la mejora de la respuesta del proceso penal de adultos al ejercicio por el Estado del *ius puniendi*. Este riesgo no es exclusivo de la actualidad política o de los medios de información o de la opinión política, siendo que se empieza a atisbar en las asociaciones judiciales y fiscales, algunas consideraciones o preocupaciones por la independencia judicial, que puede que respondan más a consideraciones políticas, que al análisis sereno y objetivo de la problemática expuesta. Incluso puede observarse sin complicaciones una polarización de las posturas respecto de la atribución de la fase de investigación al Ministerio Fiscal, ya que mientras se suele identificar las posturas contrarias a la citada atribución con los sectores más conservadores de la sociedad, e incluso de la doctrina, las posturas favorables se identifican con los partidarios de posiciones progresistas. Dicho esto, conviene dejar sentado que se encuentra lejos de mi propósito entrar en esta discusión que no considero doctrinal, huyendo de planteamientos que no estén fundamentados en el análisis serio y honesto de la problemática. En otras palabras, mi acercamiento al objeto de este trabajo de investigación será el del análisis estrictamente jurídico de la citada problemática, aproximándome a los textos legislativos con total honestidad intelectual, y desprendida de cualquier lastre ideológico. Es decir, la aproximación al tema de estudio será puramente científica, técnica y jurisprudencial.

Por último, he de hacer una breve referencia a la metodología empleada, una vez que han quedado definidos los condicionantes del objeto de estudio, así como el ámbito de la tesis doctoral.

Así, he puesto especial atención a la lectura de los textos legislativos, haciendo especial hincapié a su evolución histórica hasta el momento actual, como forma de comprender las razones de la regulación vigente. También me he centrado en el análisis

doctrinal que se ha efectuado de los textos legislativos vigentes, confrontando la opinión de los autores con las enseñanzas adquiridas por mi experiencia profesional. Finalmente, me he enfrentado a los textos prelegislativos, efectuando un análisis crítico de estos textos, así como confrontando mi opinión con la de la doctrina más autorizada.

También he tenido en cuenta los textos de la doctrina, tanto patria, como extranjera, pero como he indicado antes, he hecho uso de estos textos en la medida en que contribuyera al objeto de este trabajo de investigación.

He aprovechado mi experiencia profesional para poder entrar en contacto con operadores jurídicos de gran interés, tanto jueces de menores o fiscales adscritos a los Juzgados de Menores, como otros profesionales actores principales de la administración de justicia, como Letrados al Servicio de la Administración de Justicia, o miembros del equipo técnico. En este sentido, considero relevante citar la ayuda que me ha prestado la Fiscal General Federal responsable de la Fiscalía Federal del Estado de Hamburgo, en Alemania, la Sra. Sarah Führer.

Por último, he prestado atención a la doctrina jurisprudencial, fundamentalmente a la emanada del TC, doctrina elaborada en torno a las garantías contenidas en el artículo 24 de la CE, sin olvidarme de la doctrina de los tribunales ordinarios. El análisis del principio del juez no prevenido, así como las garantías de defensa, es fundamental para comprender las razones de la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de investigación en el proceso penal de menores, así como para poder trasladar las conclusiones que hagamos respecto de este proceso al proceso penal de adultos.

CAPITULO I: ANTECEDENTES DE LA ATRIBUCIÓN DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN AL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO DE MENORES.

El comienzo de este trabajo de investigación debe ser el estudio de los antecedentes históricos de los sistemas de justicia juvenil, lo que nos va a permitir acercarnos al modelo actual, en el que la instrucción en el proceso penal de menores viene atribuida al Ministerio Fiscal. Si el objeto de este trabajo es observar la experiencia de la jurisdicción de menores, a los efectos de poder sacar conclusiones sobre las bondades o las incertezas de la presumible atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal en el proceso penal de adultos, este diálogo que quiero establecer entre los dos tipos de procesos requiere que partamos de una premisa que no siempre ha estado clara en el tiempo: que el proceso penal de menores es un verdadero proceso penal, en el que se han de respetar todas las garantías procesales propias del mismo.

La pregunta que formulo en el apartado anterior se comprenderá pertinente por el lector si atendemos a que a lo largo de nuestra historia jurídica la respuesta a la delincuencia juvenil no siempre ha estado presidida por los principios fundamentales de culpabilidad, imputabilidad y sanción propios del derecho penal de adultos. El derecho penal de menores tal y como lo concebimos hoy en día es el resultado de una larga evolución histórica a lo largo de la cual han ido perfilándose distintas concepciones sobre cuál es el tratamiento más adecuado del problema de la delincuencia juvenil. Pero no ha existido una idea clara de cuál es la solución más conveniente frente a los actos delictivos cometidos por niños y adolescentes, pues estas conductas antisociales han venido revestidas de matices distintos de los propios de la delincuencia cometida por adultos.

Si en el caso de los mayores de edad prima la idea de castigo, función retributiva de la pena, los actos delictivos de los menores se han considerado consecuencia de circunstancias de precariedad o incluso expresión de las características y del estado de evolución propio de la adolescencia. Algún autor ha sostenido que en el caso de los menores de edad debe hablarse de responsabilidad, en el sentido de involucrar al menor de edad en el tratamiento o medida adecuada a la formación de su personalidad y convicciones, y no de imputabilidad o culpabilidad, conceptos que requieren de una capacidad de obrar plena que no puede reconocerse en quien todavía no ha alcanzado la suficiente madurez. Es decir, una persona no imputable, por estar sus facultades volitivas e intelectuales en constante formación, no puede ser objeto de castigo penal; en cambio, una persona responsable puede ser sometida a medidas de corrección de la conducta, que le permitan adquirir la capacidad necesaria para adquirir la imputabilidad

por sus actos². Esta respuesta al fenómeno de la delincuencia se ha conocido tradicionalmente como “correcionalismo”³.

Esta visión correcionalista iluminó lo que se ha venido a llamar modelo tutelar de menores sobre el que este trabajo de investigación se detendrá más adelante en este capítulo, pero del que sí que interesa destacar en este momento que es el que ha predominado en nuestro derecho hasta los textos legislativos de los años noventa, dificultando esta regulación la labor de investigación emprendida en este trabajo, por cuanto que partían de la idea de que la corrección no precisaba de un modelo penal, esto es de un auténtico proceso penal, sino de un modelo tutelar, es decir, de mecanismos de corrección de la conducta alejados de la idea de castigo o de proceso para el castigo con todas sus garantías. Las tesis contrarias, que parecen haber triunfado en el sistema actual de respuesta a la delincuencia juvenil, configuraron un modelo penal puro⁴. Incluso alguna autora, como BERNUZ BENEITEZ, sobre la base de las profundas modificaciones introducidas por la LO 7/2000 en relación con los delitos de terrorismo, argumenta que esta disposición ha introducido en España la discusión relativa a si en relación a los delitos graves (arts. 138, 139, 179 y 180 del CP) o de terrorismo (arts. 571 a 580 del CP) cometidos por menores de edad, el legislador ha introducido un sistema que recuerda a las teorías de JAKOBS y su “derecho penal del enemigo”, lo que de ser así influye sobre la concepción del proceso penal de menores⁵.

Por eso se ha tratado de dilucidar cuál es el enfoque más adecuado de esta materia, en que se mezclan aspectos de educación, prevención social, protección, con otros puramente retributivos y de defensa social. A lo largo de la historia reciente de España la balanza se ha ido inclinando unas veces hacia la protección de estos jóvenes infractores, y otras hacia la necesidad del castigo.

Sin detenernos en los antecedentes más remotos, veremos a continuación cómo se ha pasado de un modelo que ponía el énfasis en la protección del menor, cual niño abandonado, considerando que la comisión de un hecho delictivo venía a ser la consecuencia de su situación de desamparo o marginalidad, al modelo actual consagrado por la LORPM, que establece un auténtico proceso penal para menores de edad, que permite exigir a éstos, a partir de cierta edad, una responsabilidad adecuada a su madurez, distinta a la de los mayores, pero una responsabilidad de naturaleza verdaderamente penal, si bien haciendo primar el carácter educativo de la intervención,

² Vid. BUENO ARÚS, F. “Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad *sui generis*. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal del menor”. *Actual doctrina de la imputabilidad penal*. CGPJ. Madrid, 2006. Págs. 359 y 360.

³ El correcionalismo puede tener un origen humanista, respondiendo a lo que BUENO ARÚS denominaba “la naturaleza de las cosas”, y que en España ha sido la respuesta generalizada, partiendo de los estudios efectuados por DORADO MONTERO para la delincuencia juvenil. Vid. CAMARA ARROYO, S. “La utopía correcional de BUENO ARÚS: La Ley Orgánica de Justicia Juvenil”. *Revista de estudios penitenciarios*. In memoriam del Profesor BUENO ARÚS. Ed. Ministerio de Interior. Secretaría General Técnica. Año 2013. Pág. 23 y ss, y CAMARA ARROYO, S. *Internamiento de Menores y Sistema Penitenciario*. Ed. Ministerio de Interior, Madrid, 2010. Págs. 283 y ss.

⁴ Vid. CÁMARA ARROYO, S. *Internamiento...* op. cit., págs. 283 y ss.

⁵ Vid. BERNUZ BENEITEZ, M. J. “Justicia de Menores española...” op. cit., págs. 3 y ss.

al ofrecer su reinserción social horizontes más esperanzadores que en el caso de los delincuentes adultos. Es el modelo ecléctico de responsabilización que responde a los principios del proceso penal de menores alumbrados por la CDN de 1989, si bien como veremos fuertemente mitigado por la introducción de fundamentos más propios de los derechos que atienden a la eliminación de los riesgos sociales, que a la corrección del menor delincuente.

1. Antecedentes históricos del proceso penal de menores.

En esta evolución histórica se pueden distinguir varios modelos de respuesta a la delincuencia juvenil que se corresponden con las distintas concepciones antes expuestas, modelos que no siempre se identifican exactamente con momentos o lugares concretos. AYO FERNÁNDEZ, siguiendo a HUALDE, distingue: 1) el modelo de propiedad o patrimonial, que considera a los menores propiedad de los padres; 2) el modelo de protección, conforme al cual los menores deben ser protegidos por sus padres, y en defecto de éstos, por la escuela, las instituciones eclesíásticas o de caridad o por el Estado; y 3) por último, el modelo personalista o individualista, que reconoce a los menores como sujetos de derechos. El modelo de protección se desarrolló en los siglos XVIII y XIX, dando paso en el siglo XX al modelo personalista⁶. A principios del siglo XIX, los cambios que se generan como consecuencia de la Revolución Industrial conllevaron el abandono del mundo rural, el establecimiento de las familias en las grandes ciudades, pero al tiempo que se conseguía la integración de parte de la población, el nuevo sistema de vida, dejaba en la marginalidad a otros sectores, dando lugar al mismo tiempo a precarias condiciones de vida, que favorecen la aparición de la delincuencia juvenil, lo que propicia la intervención del Estado para poner freno a situaciones de pobreza o a posibles revueltas, adoptándose medidas como fueron los orfanatos, que lo mismo servían para los niños abandonados que para los jóvenes delincuentes⁷.

Es a finales del siglo XIX cuando surgen nuevas corrientes en materia de protección de menores, que dan origen al nacimiento de los Tribunales para niños. El primer país donde se establece un modelo de protección de menores moderno fue en Noruega en 1896, seguido de algunos Estados de EEUU en 1899, Países Bajos en 1901, Inglaterra en 1908, Alemania en 1908 y Bélgica y Francia en 1912, aunque el primer antecedente propiamente dicho se halla en los Tribunales para Niños surgidos en Chicago en 1899⁸.

⁶ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías del menor infractor*. Ed. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004. Pág. 21.

⁷ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 4.

⁸ Vid. GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. *Delincuencia juvenil y control social*. Ed. Círculo Editor Universo, Barcelona, 1981. Pág. 25. Estos tribunales para niños nacieron como consecuencia de

El modelo al que respondían estos Tribunales para Niños acogía la doctrina del positivismo criminológico, conforme al cual el castigo debe imponerse prestando mayor atención a la peligrosidad del autor que a la gravedad del delito, pues no se sanciona el hecho sino a su autor, teniendo en cuenta las necesidades y circunstancias de éste. Como características comunes a estos modelos destaca la existencia de una amplia discrecionalidad del juez, el carácter poco formalista de los procedimientos, la inobservancia del principio de proporcionalidad entre el castigo y el delito cometido, y la ausencia de un reconocimiento a los menores de los mismos derechos y garantías que a los adultos, lo cual se debe a que no se considera que se impongan penas propiamente dichas sino medidas de tratamiento y asistencia, medidas en definitiva de protección de menores. Sin embargo, cuando surge el Estado del Bienestar, nace un modelo individualista, en que el reconocimiento a los niños de una serie de derechos origina que se atiende más a sus intereses, y que precisamente en atención a dichos intereses, se opte por una intervención mínima⁹.

Estas concepciones modernas de la respuesta a la delincuencia criminal no eran las mantenidas en los primeros tiempos y en los incipientes derechos romano y visigodo, en parte debido a que aquéllas tenían resuelta, en gran medida, la tensión entre las concepciones de culpabilización o responsabilización del menor, y en los antecedentes remotos existía una fuerte discusión en este extremo, lo que dio lugar a sistemas penales que acogían la teoría del discernimiento (esto es, determinar en cada caso las capacidades intelectivas y volitivas, de formación de la personalidad y convicciones del menor, para poder determinar si éste es apto o no para sufrir una pena) y otros que se decantaban por un sistema de plazos o de fijación de edad, objetivando el momento a partir del cual el menor había de quedar sujeto a castigo penal, o siendo determinante de la dulcificación de la pena a imponer.

Así, siguiendo a BENITO ALONSO, encontramos que en los pueblos de la antigüedad se concedía un tratamiento diferente al menor de edad y al adulto, como el Talmud, en el que se indicaba que para que un menor de edad, que tras haber cometido una primera falta y ser reprendido por sus padres, fuera conducido por éstos ante el Tribunal de los Tres, para recibir azotes, o ante el Tribunal de los Veintitrés, para ser lapidado, y pudiera sufrir este castigo, se precisaba que el menor estuviera en la pubertad, esto es, que no hubiera alcanzado la edad viril. Más tarde, en el derecho romano encontramos una decidida apuesta, después de un coqueteo con la teoría del discernimiento (las XII Tablas distingue entre púberes e impúberes en función de su capacidad de discernimiento de lo que es o no correcto), por el sistema de fijación de edad en la época clásica, en el que se distinguió tres categorías: infantes, impúberes y menores, atenuada con la exculpación en caso de ausencia probada de discernimiento. En el derecho visigótico no existe un enfrentamiento claro al problema de la delincuencia juvenil, limitándose la Ley Sállica a señalar que no podía obligarse al

“los movimientos filantrópicos preocupados por la situación de las masas de niños desvalidos, que a veces se veían obligados a tener contacto con delincuentes adultos”.

⁹ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 22 y ss.

menor infractor de doce años al pago del *fredus*, en base a concepciones de discernimiento. El derecho canónico parece acoger los criterios de discernimiento del derecho romano. En la Edad Media, solamente encontramos una atenuación de las penas en función de la edad del autor del delito, sin que, como resulta de Las Partidas, pudieran responder por los delitos de adulterio o *luxuria*, y recogiendo tres límites de edad: hasta los diez años y medio, los menores de edad eran inimputables; desde el límite anterior hasta los catorce años, respondían de la comisión de determinados delitos (contra la vida, la integridad física o la propiedad), con un castigo menor; y los menores de diecisiete años, que respondían de todo hecho delictivo, si bien con una pena atenuada. En la Novísima Recopilación de 1805 se acoge también un sistema de castigo en función de la infracción penal y la edad del infractor, manteniéndose, por tanto, al menos en España, el siguiente “tríptico penal”: “infancia-irresponsabilidad”; “adolescencia-responsabilidad condicionada al discernimiento”; y “edad juvenil-punición atenuada”¹⁰.

En España, los antecedentes remotos del derecho de menores lo hallamos en instituciones históricas que tenían como denominador común que su objeto era el cuidado de los menores desamparados o que adoptaban conductas desviadas, así como la eliminación de la pobreza y la marginalidad. Así, el “Padre de los Huérfanos” en Valencia que data del año 1337, la institución de Fray Toribio de Velasco en Sevilla de 1724 o la Escuela de Reforma de Toribio Durán de Barcelona de 1890, constituyen los antecedentes más directos del derecho penal de menores, sin perder de vista los asilos y hospicios, que de manera indirecta prestaban servicios asistenciales y de cuidado, servicios identificables con el modelo tutelar de menores¹¹.

El “Padre de los Huérfanos” es una institución fundada en Valencia en 1337 que cumplía una doble finalidad protectora y correctora de menores huérfanos o vagabundos con el objeto de lograr un control social y moral de los mismos, mediante la imposición de penas, para lo que se servía de un proceso en que no existían las garantías jurisdiccionales tal y como las conocemos hoy en día, en que se realizaba una previa investigación de las circunstancias de los menores. BENITO ALONSO recuerda que el “Padre de los Huérfanos” ejercía tanto una función asistencial como una función de carácter represivo, estando configurado como una figura autoritaria, que “se paseaba por las calles y plazas de los pueblos con una vara en la mano en una actitud de constante vigilancia para recoger a los niños que encontrase abandonados”¹².

La institución de los Toribios de Sevilla fue fundada por el Hermano Toribio de Velasco, religioso perteneciente a la Orden III de San Francisco, en 1725 para el tratamiento de los menores abandonados o delincuentes, a los que se trataba de

¹⁰ Vid. BENITO ALONSO, F. “Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de Responsabilidad Penal de los Menores, como criterio de interpretación de la misma”. *Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-111, tomo 4. Editorial La Ley.* Págs. 2 y ss.

¹¹ Vid. SANZ HERMIDA, A. M. *El nuevo proceso penal del menor.* Prólogo de GIMENO SENDRA, J. V. Ediciones Universidad Castilla La Mancha, Cuenca, 2002, pág. 44 y LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., pág. 4

¹² Vid. BENITO ALONSO, F. “Los antecedentes históricos...” op. cit., pág. 8.

rehabilitar e integrar en la sociedad mediante su ocupación en oficios adecuados¹³, enseñándoles doctrina cristiana y acogiendo a los menores desamparados en su casa. No es difícil encontrar en esta institución o en la anterior un antecedente directo del modelo tutelar de menores.

La anterior experiencia motivó que, bajo el reinado de Carlos III, se fundasen múltiples instituciones de acogimiento y amparo de los menores de edad, en las que se desarrollaban actividades correccionales para la formación de éstos. Entre estas instituciones puede mencionarse el Fondo Pío Nacional, las Casas de Misericordia y los hospicios para “niños vagabundos”¹⁴.

Dejando a un lado los antecedentes históricos del derecho español de menores, LÓPEZ LÓPEZ defiende que, para entender cómo han evolucionado las distintas concepciones sobre el tratamiento del menor delincuente, hay que partir del positivismo jurídico, que postula la negación del libre albedrío, de forma que los actos del ser humano no son libres, sino que vienen “determinados por factores biológicos, sociales o psicológicos”. Este determinismo se manifiesta con mayor intensidad en la etapa de la adolescencia, de modo que si el menor de edad es un “imitador de los comportamientos” adultos que aprende en su entorno, la mayor parte de los jóvenes delincuentes responderán a un mismo perfil social, caracterizado por la pertenencia a familias desestructuradas, la ausencia de valores y expectativas de futuro, el fracaso escolar, etc. Por ello, los positivistas entienden que el Estado debe atender más a la necesidad de erradicar las situaciones de marginalidad que al castigo del delito, que no es más que una consecuencia de dicha situación. Es aquí donde se halla la justificación de uno de los principios básicos del proceso de menores: la idea de “prevención a través de la resocialización y reeducación” de los jóvenes infractores. Se concebía así el castigo del joven delincuente como la “curación de un enfermo”, la protección de un niño desamparado y procedente de una situación de desestructuración familiar, pobreza o precariedad, por lo que el procedimiento para la imposición de las medidas educativas no necesitaba de las mismas garantías que el proceso penal de adultos y la extensión de aquéllas no tenía que ser proporcionada a la gravedad del delito y la culpabilidad del autor, sino que debían mantenerse el tiempo que el menor tardara en curar o el tiempo necesario para corregir dichas situaciones. Incluso era posible la actuación sin esperar a la comisión de un hecho delictivo, es decir, la “prevención de los estados peligrosos” en que se hallaban los “menores vagos, vagabundos, licenciosos o prostituidos”. Estos dictados del positivismo jurídico fueron acogidos por las primeras leyes de menores que se dictaron en Europa, como fueron la de Suecia de 1902, la de Portugal en 1911, la de Francia y Bélgica en 1912 o la de Alemania de 1923, y también por la Ley Española de Bases sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales para Niños de 1918, que con las reformas introducidas en 1925 y 1948, han regido en la justicia de menores hasta el año 1992¹⁵.

¹³ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 38 y ss.

¹⁴ Vid. BENITO ALONSO, F. “Los antecedentes históricos...” op. cit., pág. 9

¹⁵ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 1 a 6.

Tras la Revolución Francesa nace la escuela clásica del derecho penal, que considera la pena como “un mal para vencer otro mal”. El iusnaturalismo racionalista permitió el reconocimiento de los derechos naturales y las libertades públicas. Surge así el positivismo criminológico, que considera la pena como un mecanismo de control social que permite proteger “los derechos de los honrados frente a los derechos de los delincuentes”¹⁶.

En España, el primer antecedente sobre protección de menores se encuentra en la Ley Creadora de la Beneficencia de 6 de febrero de 1822, vigente hasta 1848, desarrollada por el Reglamento para su ejecución de 14 de marzo de 1852, y modificada por el Real Decreto e Instrucción de 27 de enero de 1885. La Constitución de 1812 puso a los Ayuntamientos al frente de las instituciones de beneficencia, disposición recogida por el Decreto de 23 de junio de 1813. Dicha normativa atribuía al Estado, las provincias y los municipios la competencia en materia de protección de menores, que se ejercía a través de las Juntas de Beneficencia. La Junta General de Beneficencia fue absorbida en 1868 por la Dirección General del ramo, pero por Decreto de 30 de septiembre de 1873 se restablecen las juntas provinciales y municipales. Los establecimientos de beneficencia eran las casas de socorro, que recogían a los pobres o impedidos y a los niños huérfanos a partir de los seis años. Posteriormente, se promulgaron otras leyes sobre la materia, como la Ley de 14 de abril de 1834 sobre Tratamiento de Menores Delincuentes a través de Enseñanzas Profesionales; la Ley de 4 de enero de 1883 sobre Creación de Asilos e Instituciones de Atención Correccional; el Real Decreto de 19 de julio de 1901 sobre Creación de la Escuela Central de Reforma; la Ley de 1908 sobre Prisión Preventiva y Condena Condicional para Menores de Dieciocho Años; y la Ley de 12 de agosto de 1914, que crea el Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad¹⁷.

Es en el primer tercio del siglo XX cuando nacen en nuestro país los Tribunales para Niños, desterrando así el tratamiento administrativo de esta materia por el que optaron otros países¹⁸. En 1904, se promulga la primera Ley española de Protección a la Infancia, que dio lugar en 1908, a la creación de las Juntas Provinciales y Locales de Protección de la Infancia y del Consejo Superior de Protección de la Infancia y Represión de la Mendicidad. Este organismo impulsó la promulgación de la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 y el Decreto Ley de 25 de noviembre del mismo año, sobre la Creación y Funcionamiento de los Tribunales para Niños. Los Tribunales de Menores, compuestos por un juez y dos vocales, fueron estableciéndose paulatinamente en todas las capitales de provincia, creándose el primero de ellos en Bilbao en 1920. En 1925, se reorganizan y reciben el nombre de “Tribunales Tutelares para Niños”, denominación que se cambia en 1929 por el de “Tribunales Tutelares de Menores”. El

¹⁶ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 40.

¹⁷ Vid. BENITO ALONSO, F. “Los antecedentes históricos...” op. cit. págs. 8 y ss. y AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 40 y ss.

¹⁸ MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores de la ley orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”. N.º Vol. 15/96. *Cuadernos de derecho judicial. Menores privados de libertad*. Pág. 151.

nacimiento de la jurisdicción de menores como tal tiene lugar por tanto en el año 1918. En 1940, vuelven a reestructurarse estos Tribunales configurándose como tribunales colegiados no profesionales en las provincias que cuenten con establecimientos de protección y corrección, con la excepción de Madrid, en que existe un solo juez retribuido. En 1948, se adopta este modelo de tribunal unipersonal en las capitales de mayor población¹⁹.

Son tres los modelos a los que responden las distintas soluciones ofrecidas por la justicia de menores. En primer lugar, el modelo tutelar, al que responde la LTTM, que, bajo la influencia del positivismo y correccionalismo alemán, parte del carácter patológico de la conducta infractora y de la finalidad terapéutica de la intervención. En segundo lugar, el modelo penal, que cobra fuerza a partir de los años setenta, que, volviendo a los postulados de la escuela clásica, otorga prevalencia a la idea de retribución y considera que el mecanismo adecuado de prevención del delito es el castigo y el control social, basándose en la idea de que las propuestas resocializadoras no conllevan una disminución de la delincuencia. Por último, el modelo del bienestar o modelo educativo, que nace como consecuencia de las luchas de la clase obrera y tiene su auge después de la Segunda Guerra Mundial, que está presidido por la idea de que el Estado debe intervenir para la protección de las personas en situación de marginalidad social. Este modelo considera que el menor tiene derecho a la protección y a una dependencia de los adultos, de modo que a falta de padres o tutores, el Estado debe asumir la función de educación mediante la adopción de medidas orientadas al interés del menor. No se distingue entre los menores necesitados de protección y los necesitados de reforma, por lo que a la hora de elegir la medida adecuada no se tiene en cuenta tanto la gravedad del hecho cometido como las circunstancias sociales y personales del menor. En este contexto surgen los programas de diversión y mediación entre la víctima y el infractor. Estos mecanismos alternativos y desjudicializadores nacieron en EEUU en 1967, y fueron acogidos por el derecho penal alemán, austríaco, suizo e inglés²⁰. En otros epígrafes de este trabajo se tratará con más detalle la mediación y el principio de oportunidad, pero debo adelantar que estas soluciones están en el origen de los mecanismos extrajudiciales o medidas de justicia restaurativa que el CGPJ trata de introducir en el ámbito de la jurisdicción de adultos y que vienen presidiendo algunas de las reformas propuestas de la LECrim.

Actualmente existen, pues, según estudia la doctrina, dos modelos de justicia de menores: 1) el modelo de justicia o de responsabilidad; y 2) el modelo educativo-responsabilizador. En el modelo de justicia o responsabilidad se concede al menor una mayor responsabilidad por sus actos delictivos, debilitándose la idea de protección y con ella la preocupación por las necesidades del menor. Surge así una inquietud por la

¹⁹ Vid. <http://censoarchivos.mcu.es/CensoGuía/fondoDetail.htm?id=810815.Censo-Guía> de Archivos de España e Iberoamérica. Archivo histórico provincial de Asturias. Tribunal Tutelar de Menores. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Gobierno de España. Última visita: 25 de enero de 2017.

²⁰ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op.cit., págs. 27 y ss, y BENITO ALONSO, F. "Los antecedentes históricos..." op. cit., págs. 8 y ss.

reparación de las víctimas, que en muchos casos también son menores de edad. El menor ha de gozar en el proceso penal de las mismas garantías que un adulto, de modo que sólo puede ser juzgado por hechos tipificados como delitos en el CP y la sanción debe ser proporcionada al delito cometido²¹. Es el modelo que existe actualmente en la mayor parte de los países europeos. El menor es responsable de sus actos y debe asumir sus consecuencias, que adoptan la forma de medida, en lugar de penas. Sin perjuicio de la finalidad educativa de las medidas, al ser un castigo por el hecho delictivo concreto, deben ser proporcionales con la gravedad de aquél e imponerse en un proceso con todas las garantías, un proceso donde se ejerce la acusación por el Ministerio Fiscal y el menor es asistido de letrado especialista, y en que se aplican supletoriamente las disposiciones de la legislación procesal penal de adultos²².

El modelo educativo-responsabilizador responde a la concepción de que el menor es inimputable, y no se le puede exigir responsabilidad penal. El derecho de menores debe estar presidido por la necesidad de proteger al menor para asegurarle una formación integral, conforme a sus propias necesidades evolutivas y educacionales. No existe una idea retribucionista, pues la defensa de la sociedad frente a los actos delictivos del menor se produce mediante la adopción de medidas educativas que tienen por objeto impedir el comportamiento delictivo futuro, evitando la estigmatización. Todo ello con observancia de las garantías y derechos fundamentales del menor.

La actual legislación de menores ha optado por un modelo de justicia, como se desprende de la Exposición de Motivos de la LORPM, que lo define como un procedimiento de carácter sancionador-penal, opción no exenta de críticas por la doctrina²³.

2. De la legislación tutelar a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

²¹ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, en GONZALEZ CUSSAC, J.L., TAMARIT SUMALLA, J.M., y GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.). *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 18. El modelo de justicia parte de considerar al menor como sujeto de derechos que se asimila al de los adultos, partiendo del presupuesto de la responsabilidad de los menores a partir de cierta edad, generalmente doce o catorce años, “propiciando una transferencia al derecho penal y procesal penal de menores de las garantías nacidas en relación con los reos mayores de edad” para evitar que “bajo el manto de protección del menor discorra una política criminal que sitúe a éste en una posición de desventaja en comparación con los adultos”.

²² Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 30 y ss.

²³ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 33 a 36. En opinión de este autor, aunque se habla de medidas de tratamiento y educación, este modelo responde en realidad a la necesidad de proteger a la sociedad y de castigar al culpable. Este autor entiende que a tal fin debería haberse establecido un proceso con garantías distintas a las penales en que adoptar medidas de finalidad educativa y resocializadora, y así, siguiendo a RIOS MARTÍN, propone como cauce adecuado el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

El derecho de menores ha sufrido una importante evolución en España desde la legislación tutelar hasta nuestros días. Para comprender la idiosincrasia de esta jurisdicción, debemos hacer un breve recorrido por los hitos que han marcado la historia reciente de la justicia de menores en nuestro país, desde la LTTM hasta la vigente LORPM. Los Tribunales Tutelares de Menores, cuyo origen se encuentra a principios del pasado siglo, tienen como principal virtud la de otorgar al menor infractor un tratamiento diferenciado y adecuado a su edad. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la CE, la declaración de inconstitucionalidad de su art. 15 determinó la necesidad de una nueva regulación, que a su vez está en el origen del modelo después acogido por la actual regulación.

2.1. El Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948.

El Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores aprobado por el Decreto de 11 de junio de 1948, establece el sistema de la jurisdicción especial de menores. El 2 de agosto de 1918 se publicó por iniciativa de Montero Ríos, la Ley de Bases de Organización y Atribuciones de los Tribunales para Niños, desarrollada por el Decreto Ley de 25 de noviembre de 1918. El 10 de julio de 1919 se publicó el Reglamento Provisional, aprobado con carácter definitivo el 6 de abril de 1922. Dicha normativa fue objeto de posteriores reformas por Decreto Ley de 15 de julio de 1925, Decreto Ley de 3 de febrero de 1929, Decretos de 4 de enero y 10 de mayo de 1937, y finalmente por los Decretos de 11 de junio y 2 de julio de 1948. En particular, en el Decreto Ley de 15 de julio de 1925, estos Tribunales pasaban a denominarse “Tribunales Tutelares para Niños”, en lugar de “Tribunales Especiales para Niños”, y en virtud del Decreto Ley de 3 de febrero de 1929 se establece la denominación definitiva de “Tribunales Tutelares de Menores”. El texto refundido de 1948 se dictó para armonizar todas estas disposiciones, y aún después sufrió alguna modificación más, por Orden de 16 de mayo de 1950, Orden de 1 de diciembre de 1955 y Decreto de 26 de febrero de 1976²⁴.

La regulación estaba inspirada en los movimientos filantrópicos de finales del siglo XIX, que habían denunciado la situación de abandono de los menores necesitados de protección y el “riesgo de que se les tratase como disminuidos psíquicos”²⁵, y en los

²⁴ Para una exposición más detallada de la génesis de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales para Niños y diversas modificaciones de la misma, vid. MARTIN OSTOS, J. “Los futuros Juzgados de Menores”. *Anuario de la Facultad de Derecho. ISSN 0213-988X, n° 4, 1986*, págs. 230 y ss. Y en GONZALEZ FERNÁNDEZ, M. “Los Tribunales para niños. Creación y desarrollo”. *Juvenile Courts. Creation and development*. Universidad de Oviedo, págs. 113 y ss.

²⁵ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. A. *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*. Marcial Pons, Madrid, 1999. Pág. 123. SANCHEZ MARTÍNEZ considera que “el fundamento fue el positivismo criminológico, que bajo la dirección de los correccionistas españoles, dio la luz esta legislación sobre menores amparada en conceptos tales como tutela, terapia, rehabilitación, en claro

postulados de la escuela positivista, según los cuales, el menor infractor es un ser desvalido al que hay que proteger, un niño desamparado al que hay que cuidar. Por este motivo, un juez de perfil paternalista y con amplia discrecionalidad, imponía al menor las medidas educativas que consideraba necesarias para su tutela, a pesar de que algunas de ellas tenían un carácter restrictivo de la libertad. Estas medidas eran ejecutadas por el Consejo Superior de Protección de Menores, del que dependían los centros de internamiento de menores y la gestión económica de los recursos²⁶.

Los Tribunales Tutelares de Menores radicaban en las capitales de provincia donde existieran establecimientos de protección y corrección de menores (art.1 de la LTTM). Inicialmente se configuraron como órganos colegiados formados por un presidente, un vicepresidente, dos vocales propietarios y dos suplentes (art.1 de la LTTM)²⁷. Sin embargo, en Madrid, la jurisdicción se ejercía por dos jueces unipersonales retribuidos, organización que podría extenderse a otras capitales de importancia (art.1, apartado 2 de la LTTM) y que se fue convirtiendo en la regla general (art. 2 del Reglamento). El presidente, vicepresidente y jueces unipersonales debían ser elegidos entre personas mayores de veinticinco años, “de vida familiar intachable” y que por sus conocimientos técnicos fueran las más indicadas para “la función tuitiva” que tenían encomendada (art. 1 de la LTTM)²⁸. Por tanto, la jurisdicción especial de menores se ejercía en un primer momento por personas ajenas a la carrera judicial, y fue tras la reforma por Decreto de 26 de febrero de 1976 cuando se estableció que el cargo debía ser ejercido por miembros de la carrera judicial y fiscal que pudieran compatibilizar sus funciones²⁹.

2.1.1. Competencias y procedimientos de los Tribunales Tutelares de Menores.

fraude de etiquetas, evitando por tanto ser denominada represiva, que de haberse llamado así hubiere inquietado a las mentes bien pensantes. Con apelación al menor como incapaz, inmaduro, incompleto y necesitado de terapia se consigue con esta legislación garantizar la defensa social frente a la peligrosidad de estos sujetos, aplicándoles medidas adecuadas a su personalidad, entorno social, problemática familiar”.

²⁶ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “La nueva regulación del procedimiento penal de menores ¿un avance?” *Revista del Poder Judicial* nº 27, *Septiembre de 1992*. Págs. 1 y 2.

²⁷ Estos cargos eran gratuitos pero podían compatibilizarse con otras funciones (art.3 de la LTTM).

²⁸ El art. 3 LTTM establecía la exigencia para el Presidente, Vicepresidente y jueces unipersonales de la licenciatura en Derecho, que no era necesaria para los demás cargos, si bien se permitía que los que ya estuvieran nombrados que no fueran letrados o ejercieran otra jurisdicción podrían continuar en sus funciones como excepción con autorización del Consejo Superior. A su vez, los Presidentes, vocales y jueces tutelares eran miembros de las Juntas provinciales o municipales de protección de menores. El Secretario debía ser mayor de veintitrés años, y persona especializada en estudios de reforma y protección de menores, licenciado en Derecho y que reuniera las condiciones de moralidad antes expresadas. El Tribunal también cuenta con personal auxiliar, que sería nombrado por el Presidente o las Juntas con arreglo a las plantillas aprobadas por el Consejo Superior (art.4 de la LTTM).

²⁹ En el art. 7 del Reglamento se regulan las causas de abstención y recusación de los miembros del Tribunal o jueces unipersonales, por causa de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con los padres del menor, amistad íntima o enemistad manifiesta, o por ser o haber sido tutor, guardador, protutor o vocal del Consejo de familia respecto del menor en cuestión, así como por tener interés directo o indirecto en el asunto.

Los Tribunales Tutelares de Menores tenían atribuida una triple competencia: de corrección o reforma de menores; de protección de menores contra el indigno ejercicio del derecho de educación y guarda; y de enjuiciamiento de mayores de edad que cometieran las faltas previstas en el entonces vigente art. 584 del CP contra menores. En el ejercicio de su facultad de reforma o corrección de menores, estos Tribunales tenían competencia para conocer: 1) de las acciones u omisiones cometidas por los menores de dieciséis años, que el CP o las leyes especiales calificaran como delito o falta; 2) de las infracciones cometidas por los menores de dieciséis años consignadas en las leyes provinciales y municipales; 3) de los casos de los menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos o vagabundos siempre que a juicio del Tribunal, requirieran el ejercicio de su facultad reformadora (art. 9 de la LTTM). El precepto aclaraba que el ejercicio de la facultad reformadora no tendría carácter represivo, sino educativo y tutelar; que en ejercicio de la facultad de protección de menores, las resoluciones tendrían carácter preventivo; y que en ejercicio de la facultad de enjuiciamiento de mayores, esta jurisdicción sí que tendría carácter represivo (art. 9 de la LTTM).

La doctrina ha criticado el modelo acogido por la LTTM, valorando negativamente que la facultad reformadora se extendiera a la infracción de normas municipales y a los menores vagos, licenciosos y vagabundos, pues se entiende que se confundían los límites entre el derecho penal y el administrativo³⁰. MARTÍN OSTOS, más moderado, considera que la legislación tutelar venía presidida por lo que denomina “un paternalismo -a veces filantrópico- más encorsetado por criterios de beneficencia y asistencia social que inspirado en criterios jurídicos”³¹. No en vano el propio texto califica la función de los Tribunales Tutelares de Menores de “elevada misión social” (art. 27 del Reglamento)³².

La ley, además de las competencias previstas respecto de los menores prostituidos, licenciosos o vagabundos o que infringieran las leyes municipales o provinciales (art. 9 de la LTTM), permitía que los padres o tutores reclamaran el auxilio del tribunal para la corrección de sus hijos o pupilos menores, con la finalidad de internar al menor en un establecimiento de corrección paterna (art. 11 de la LTTM). No

³⁰ En este sentido, SANCHEZ MARTÍNEZ, F. A. *Antecedentes...* op. cit., pág. 123; SANZ HERMIDA, A. M. *El nuevo proceso...* op. cit., págs. 39 y 40. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “La nueva regulación...” op. cit., págs. 1 y 2. En concreto ORNOSA FERNÁNDEZ sostiene que no se establecían legalmente límites de duración de las medidas aplicables a los menores ni regían los principios de legalidad, tipicidad, contradicción y proporcionalidad.

³¹ Vid. MARTÍN OSTOS, J. “Los futuros...” op. cit., págs. 229 y 230. Este autor no es partidario de una “descalificación global de la pasada historia de la Jurisdicción de Menores en España” ni de una “positiva valoración de todo lo relativo a ella en los momentos actuales”, sino que se trata de analizar “los aspectos de uno u otro signo que han predominado en los diferentes momentos legislativos, siempre con miras a la constructiva labor de hallar, en un inmediato futuro, la más idónea y acertada regulación”.

³² Los Tribunales Tutelares de Menores podrán requerir auxilio a autoridades, jueces, funcionarios o tribunales de cualquier clase (art. 27 del Reglamento), que tenía obligación de prestárselo, precisamente por “la elevada misión social” de estos Tribunales, a pesar de no estar integrados en la jurisdicción ordinaria.

obstante, en relación con estos supuestos, se incluyen algunas limitaciones, al establecerse que en caso de infracción de ordenanzas municipales o de mera policía, no sería posible la privación de libertad (art. 10 de la LTTM) y que los indisciplinados denunciados por sus padres o tutores sólo podrían ser sometidos a la corrección del tribunal en caso de actos de insumisión previstos en el CP (art. 11 de la LTTM). En este último caso, se podían adoptar las medidas previstas en el art. 17 de la LTTM (art. 11 de la LTTM), y el procedimiento a seguir se limitaba a comprobar los motivos alegados por los padres o tutores y autorizar o denegar el internamiento (art. 12 de la LTTM)³³.

La ley, como veníamos diciendo, fue objeto de severas críticas doctrinales. Pese a ello, debe reconocerse a la legislación tutelar (que no puede olvidarse que arranca de 1918) la virtud de otorgar por vez primera en nuestro país un tratamiento diferenciado al problema de la delincuencia juvenil³⁴, que a partir de entonces quedó sustraído a las competencias de los órganos judiciales de adultos y a la responsabilidad establecida en el CP. Se trataba de dar respuesta al menor que incurría en conductas desviadas desde unos órganos que se configuran como jurisdicción especial, es decir, al margen de la jurisdicción ordinaria, y en un proceso que no podía calificarse exactamente de penal, en que un juez de corte paternalista, cumplía su misión de corregir y reeducar a un menor inimputable³⁵. La idea que inspira la LTTM es la necesidad de que los menores fueran objeto de un tratamiento adecuado a su edad, y que no se mezclaran en cárceles o locales de custodia con adultos delincuentes, pues su principal objetivo es terminar con dicha confusión, que “pervertía” a los menores y contribuía a convertirlos en auténticos delincuentes³⁶. Se hablaba de “niños descarriados”, pues la facultad correctora del tribunal entraba en juego más allá de las infracciones penales propiamente dichas, ante conductas que hoy podemos entender a lo sumo encuadrables en el ámbito del derecho administrativo, y que venían a ser el fruto de su situación de marginalidad.

A lo largo del articulado de la LTTM se evidencia que el objeto de la ley era dar al menor un tratamiento separado de los adultos. Por este motivo se prohibía en el art.

³³ Conforme al art. 57 del Reglamento, en caso de menores indisciplinados, sólo se ejercía la facultad correctora en caso de carecer de padres o tutores o suspensión de los derechos de guarda y educación. En el caso de los menores de vida licenciosa, cabía la corrección si los padres o tutores no ponían remedio a dicha corrupción.

³⁴ Hasta ese momento se trataba de dar soluciones permitiendo la atenuación de la pena en atención a la minoría de edad o falta de discernimiento, y solo las instituciones de beneficencia y de carácter tutelar se ocupaban de los niños y jóvenes en situación de pobreza y marginalidad. Para un estudio más detallado, vid. en BENITO ALONSO, F. “Los antecedentes históricos...” op. cit., págs. 2 y ss. En el mismo sentido, HERMIDA SANZ A. M. *El nuevo proceso...* op. cit., págs. 42 y ss.

³⁵ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición procesal de menores y jóvenes”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 157. Entiende este autor que no se trataba de un auténtico proceso penal, sino de una intervención dirigida a la educación del menor, que, a través de un juez paternalista, trataba de protegerle y reformarle, teniendo en cuenta su condición de inimputable (art. 8.2 del CP de 1973).

³⁶ Vid. SANZ HERMIDA, A. M. *El nuevo proceso...* op. cit., pág. 45. “La idea de la separación de los menores en estos centros correccionales y educacionales resultó una gran conquista de la época, evitando que su contacto con los mayores delincuentes les sirviera como escuela de delincuentes”. Aunque en su opinión resultaron ser igual de nocivos, por la estricta disciplina y “el igualamiento de las situaciones de abandono o desamparo con las delictivas o infractoras y los amplísimos poderes de que gozaba el personal de estos centros”.

11 de la LTTM que los menores fueran internados en prisiones o departamentos policiales de detención; y se establecía en el art. 15 de la LTTM que los locales en que actuaran los Tribunales Tutelares de Menores no podrían utilizarse para otros actos judiciales. En el mismo sentido, se recogían algunas disposiciones para el caso de que un órgano judicial de la jurisdicción penal ordinaria hubiese comenzado a instruir diligencias por delitos o faltas en que hubieran tenido participación personas menores de edad. Así, el art. 55 del Reglamento disponía que la jurisdicción ordinaria ostentaba competencia a tal efecto para instruir diligencias de carácter preventivo, pero en cuanto le constase que el Tribunal Tutelar de Menores hubiera iniciado un procedimiento, debía cesar su tramitación remitiéndole lo actuado. Si en tales diligencias de prevención el órgano judicial ordinario considerase necesaria la detención podía acordarla, pero sin ingresar al menor en una cárcel o prisión preventiva, sino poniéndolo a disposición del Tribunal Tutelar de Menores a tal efecto (art. 56 del Reglamento). Si de la tramitación de tales diligencias de prevención resultase acreditada la participación del menor en los hechos, el juzgado nunca decretaría el procesamiento por sí mismo sino que remitiría testimonio al Tribunal Tutelar de Menores (art. 59 del Reglamento). En los supuestos en que en el hecho delictivo hubiesen intervenido mayores y menores conjuntamente, el juez de mayores debía instruir separadamente las diligencias previas y en su día remitir testimonio de lo referente al menor al Tribunal Tutelar de Menores (art. 60 del Reglamento), o bien mandar testimonio al Tribunal Tutelar de Menores desde el momento en que apareciera la participación de un menor en los hechos (art. 61 del Reglamento). La declaración testifical de los menores de dieciséis años se limitaba a los casos estrictamente necesarios, y en caso de que fuesen menores sometidos a la guarda del Tribunal Tutelar de Menores, y éste lo autorizase, debían adoptarse las medidas adecuadas para que si el menor estaba detenido fuese conducido por la fuerza pública ante el tribunal. También debía evitarse que durante el trayecto de la conducción o en el tiempo que debiera permanecer el menor en la ciudad donde se celebrase el juicio ingresara en ninguna cárcel. Solo permanecería en el local donde se celebre el juicio el tiempo estrictamente imprescindible, esperando a ser llamados a declarar en estancias habilitadas para menores con asistencia de personas mayores (art. 65 del Reglamento).

Los Tribunales Tutelares de Menores se configuraban como órganos administrativos-judiciales³⁷, en que se aglutinaban potestades de protección y reforma de menores. Aun así, debe tenerse presente que el texto distingue perfectamente entre el procedimiento a seguir para la corrección de menores y para la protección de menores (Sección Segunda y Tercera, respectivamente, del Título II del Reglamento), sin perjuicio de algunas reglas procesales comunes (Sección Primera del Título II del Reglamento y Capítulo III de la Ley). Otra cuestión es que la función reformativa de menores viniera también presidida por una clara inspiración tutelar. De hecho, el propio art. 64 del Reglamento la califica de “función tuitivo-correccional”.

³⁷ <http://censoarchivos.mcu.es/CensoGuia/fondoDetail.htm?id=810815>. Censo-Guía de Archivos de España e Iberoamérica. Archivo histórico provincial de Asturias. Tribunal Tutelar de Menores. Ministerio de educación, cultura y deporte. Gobierno de España. Última búsqueda: 25 de enero de 2017. Así los califica también la propia STC nº 36/91, de 14 de febrero, en su FJ 2º.

Esta distinción entre el procedimiento para corrección y para protección de menores tiene su reflejo en las medidas que podían imponerse en el ejercicio de una u otra facultad. La ley distingue en el art. 17 las medidas que pueden establecerse en el ejercicio de la facultad de corrección y las medidas que pueden adoptarse en el ejercicio de la facultad de protección, sin perjuicio de que después se mezclaran en algunos centros niños y adolescentes objeto de reforma con otros que habían sido objeto de protección³⁸.

Es interesante indicar cuáles son tales medidas porque algunas de ellas permanecen con algunas adaptaciones en la actual legislación. La ley, en su art. 17, establece que en ejercicio de la facultad reformadora se podían adoptar las siguientes medidas: 1) amonestación o breve internamiento; 2) libertad vigilada; 3) custodia de persona, familia o grupo educativo; 4) ingreso en establecimiento oficial o privado de observación, educación, reforma de tipo educativo o de semi-libertad; y 5) ingreso en establecimiento especial para menores anormales. El internamiento en establecimiento correctivo se configura como la última opción, pues se limita a los supuestos en que los medios utilizados en las demás instituciones reformadoras auxiliares del tribunal hayan sido ineficaces, por la rebeldía del menor o sus condiciones personales de “desmoralización”. Las medidas que el tribunal puede adoptar en ejercicio de la facultad de protección de menores, son, conforme al art. 17.B, medidas de requerimiento, de imposición de vigilancia o suspensión del derecho de los padres o tutores a la educación y guarda. Cuando fuera necesario, el tribunal podía ordenar que el menor fuera confiado a la Junta de Protección de Menores o a una persona, familia o establecimiento o sociedad tutelar. Dentro de las medidas que podían imponerse en el ejercicio de las facultades de protección y corrección de menores, se distinguía a su vez entre las medidas aisladas, como la amonestación, requerimientos o breve internamiento, y las medidas duraderas, como la libertad vigilada, vigilancia, internamiento o colocación en familias (art. 36 del Reglamento). Por último, en el ejercicio de la facultad de enjuiciamiento de mayores por faltas de las previstas en el art. 584 del CP entonces vigente cometidas contra menores, el Tribunal Tutelar de Menores podía adoptar las mismas penas previstas en el CP (art. 17 de la LTTM), a cuyo efecto se preveía un procedimiento específico en la Sección Cuarta del Reglamento.

La figura del delegado tiene especial trascendencia pues evidencia cómo desde el primer momento se entendió necesaria la asistencia de personas ajenas al derecho, dedicadas o expertas en el tratamiento y reeducación de menores y se encomendó a órganos ajenos al propio tribunal el seguimiento y vigilancia de las medidas impuestas. En los casos en que se impusiera en el ejercicio de la facultad reformadora, una medida de libertad vigilada, o en el ejercicio de la facultad protectora, se acordara una medida de vigilancia protectora, o el menor fuera confiado a una persona, familia o sociedad tutelar, se nombraba por el presidente o juez unipersonal del tribunal un delegado para la vigilancia del menor y de la persona, familia o establecimiento al que había sido encomendado (art. 17 de la LTTM). El delegado era nombrado por el presidente del

³⁸ En este sentido, SANZ HERMIDA, A. M. *El nuevo proceso...* op. cit., págs. 45 y ss.

tribunal o por el juez unipersonal (art. 11 del Reglamento), debiendo recaer el nombramiento en varones o mujeres mayores de veintitrés años, “de reconocida moralidad”, que podían ser profesionales o de vocación social, y estos últimos, a su vez, técnicos o meros cooperadores³⁹.

Estas medidas de libertad vigilada o vigilancia protectora podían complementarse con otras adecuadas para la corrección o protección, con suspensión de los derechos de guarda y educación de los padres o tutores (art. 19 de la LTTM). En los casos de medidas prolongadas de vigilancia, guarda y educación, o reforma, ya fuera en ejercicio de la facultad protectora o correctora, el propio tribunal ejercía la acción tutelar sobre los mismos de forma permanente, hasta que se alzase la suspensión del derecho de educación y guarda de los padres o tutores o se acordara el cese o la libertad definitiva, fijándose el límite máximo en la mayoría de edad civil (art. 18 de la LTTM).

Se trataba, pues, de un sistema inquisitivo, en que no existía separación entre la investigación y el enjuiciamiento, no intervenía el abogado defensor ni el Ministerio Fiscal y se prohibía la publicidad de las actuaciones. La falta de intervención del Ministerio Fiscal se debía a la consideración de que, siendo el menor un inimputable, no debía ejercerse contra él una verdadera acusación, pues los menores quedaban excluidos de la exigencia de responsabilidad penal. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el Ministerio Fiscal, en relación con los menores, tenía la función tradicional de protección o defensa de sus intereses que parecía incompatible con la acusación⁴⁰. La comparecencia se hacía de forma personal, es decir, sin intervención de abogado ni procurador, salvo para los mayores de dieciséis años (art. 29 del Reglamento).

Se restringía la publicidad de las actuaciones, disponiendo que las sesiones de los tribunales, en el ejercicio de su facultad reformadora o protectora, no podían ser públicas, de modo que sólo podrán asistir los delegados y personas autorizadas por el tribunal (art. 15 de la Ley y art. 38 del Reglamento). No se permitía publicar las reseñas de las sesiones, aunque sí de los acuerdos, siempre que se omitiera el nombre u otros datos que permitieran la identificación del menor. Se prohibía también la publicación en

³⁹ Los delegados profesionales o delegados jefes eran funcionarios técnicos, podían ser retribuidos, y debían especializarse. Los delegados de vocación social podían ser técnicos o cooperadores. Los primeros eran nombrados entre personas que acreditaran su especialización, o que, a juicio del juez o presidente del tribunal, estuvieran capacitados. El cargo podía ser gratuito o gratificado. Los cooperadores no necesitaban acreditar especialización, y su cargo siempre era gratuito (art. 11 del Reglamento). Para su nombramiento, ante iguales condiciones, se prefería a los que fueran padres o madres de familia (art. 37 del Reglamento). El art. 12 establecía su dependencia del tribunal.

⁴⁰ En este sentido, DOLZ LAGO, M. J. “El Fiscal ante la reforma de menores: Radiografía de una metamorfosis paradójica. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 36/91 y al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores”. *Diario La Ley*, 1992, pág. 970, tomo 2, editorial La Ley. *La Ley 17706/2001*. Pág. 1. Explica este autor que la función clásica del Ministerio Fiscal fue la de protección de los menores frente a la eventual lesión de sus intereses (art. 124.1 CE, art. 3.7 EOMF, art. 174 CC, art. 1825 LEC). Pero cuando los menores habían sido autores de lesiones a intereses y derechos ajenos, mediante la realización de infracciones, para la corrección o reforma de esa conducta, al carecer de la mayoría de edad penal, fijada en el art. 8.2 del entonces vigente CP en los dieciséis años, y quedar amparados por la eximente de menor edad, la depuración de su responsabilidad pasó, desde los CP de 1928 y 1932 a exceder de la órbita penal vigente para los mayores de edad, excluyéndose por este motivo la intervención del Ministerio Fiscal.

los periódicos de los nombres o retratos de los menores, y de cualquier estampa o grabado relativo a sus actos (art. 39 del Reglamento). Los acuerdos adoptados por el Tribunal no se anotarían en el Registro Central de Penados (art. 42 del Reglamento). Tampoco las citaciones podrán ser publicadas por el tribunal en el periódico (art. 40 del Reglamento), y se prohibía que los organismos de policía facilitaran datos o informes sobre los menores que hubieran sido detenidos o denunciados a efectos de su publicidad (art. 41 del Reglamento). Incluso se prohibía que se extendiera certificación de las diligencias practicadas en los procesos de corrección de menores para usarlo como prueba en un proceso civil, permitiéndose, no obstante, que el juzgado solicitara de oficio certificación del acuerdo en lo relativo a la participación del menor en los hechos a efectos de fundar la declaración de una posible responsabilidad civil (art. 43 del Reglamento).

El Tribunal gozaba de competencia respecto de los menores de dieciséis años, como se ha dicho, sin límite mínimo de edad, y podía extenderla a aquellos sobre los que se estuviera ejerciendo su acción tutelar de forma permanente, que cometieran un hecho delictivo después de cumplir la mayoría de edad penal, sustrayendo esta competencia a los Juzgados de Instrucción (art. 20 de la LTTM).

Por lo que respecta al procedimiento a seguir, se distinguía, como hemos visto, según las distintas facultades que ejerce el Tribunal: de corrección, de protección o de enjuiciamiento de mayores.

Como reglas generales, se establecía en el art. 15 de la LTTM que, en el ejercicio de las facultades de protección y corrección de menores, las sesiones de los Tribunales Tutelares de Menores no se sujetarían a “las reglas procesales vigentes para las demás jurisdicciones”, y que en la tramitación se limitarían a lo indispensable para puntualizar los hechos en que se fundaran las resoluciones que dictaran. Conforme al art. 16 de la LTTM, los hechos calificados como delito o falta atribuidos a los menores debían apreciarse con “razonada libertad de criterio”, teniendo en cuenta “la naturaleza de los hechos en relación con las condiciones morales y sociales en que los menores los hayan efectuado”, prescindiendo del concepto y alcance jurídico con que se calificaban en el CP para los adultos. En desarrollo de tales previsiones, en el art. 22 del Reglamento se establecía que las actuaciones se realizarían en el plazo más breve posible, empleando “fórmulas sumariales y sencillas”, y el art. 31 del Reglamento disponía que en el dictado de los acuerdos los tribunales “ponderarán con razonada libertad de criterio y apreciarán en conciencia todos los elementos de juicio susceptibles de determinar la resolución”. Sólo para los acuerdos dictados en el ejercicio de la facultad de enjuiciamiento de mayores se establecía la clásica forma de Considerandos y Resultandos (art. 34 del Reglamento), en tanto que para los acuerdos dictados en el ejercicio de la facultad de corrección y protección, el art. 15 de la LTTM, se limitaba a disponer que se redactarían concisamente, con mención de las medidas adoptadas. Estos acuerdos no tenían carácter definitivo, sino que podían ser modificados o dejados sin efecto por el propio tribunal de oficio o a instancia del menor, de su representante legal o del delegado, siendo revisados cada tres años aquellos en que se adoptaran medidas

duraderas de vigilancia o internamiento (art. 23 de la LTTM). Podían también complementarse en caso de que las consecuencias de los hechos pudieran agravar sus derivaciones civiles o modificar su calificación (art. 75 del Reglamento). Durante el desarrollo del procedimiento, el tribunal podía corregir con multas o arrestos las faltas de respeto o desobediencia que no fueran constitutivas de delito (art. 8 de la Ley y art. 25 del Reglamento).

Una vez sentadas las reglas generales comunes a todos los procedimientos, analizaremos aquellas que son propias de cada una de las atribuciones del tribunal. En el ejercicio de la facultad de protección de menores, el Tribunal Tutelar de Menores instruía una información sumaria, en la que debía oír a todas las personas que pudieran dar razón de los hechos atribuidos a los padres o tutores, y se llevaba a cabo una investigación de los antecedentes del menor, su carácter, “la conducta moral y social de los padres, y el concepto público que éstos merecieran a personas de notoria probidad” (arts. 76 y 79 del Reglamento). La prueba sería exclusivamente la practicada por el tribunal, aunque se permitía a los padres y tutores presentar escritos de descargo, cuya valoración quedaba al arbitrio del tribunal (art. 80 del Reglamento). Conforme al art. 79 del Reglamento, el tribunal podía ingresar provisionalmente al menor en un establecimiento o confiarlo a una persona, familia o sociedad tutelar mientras se tramitaba el expediente. En los supuestos de guardadores de hecho, una vez demostrada la existencia de unos hechos que de haberse ostentado patria potestad o tutela habrían dado lugar a la suspensión del derecho de educación y guarda, el juez o tribunal podía adoptar las medidas oportunas para el internamiento o colocación en familia del menor (art. 82 del Reglamento).

En ejercicio de la facultad de corrección de menores, el tribunal debía instruir las oportunas diligencias para la comprobación de los hechos, las circunstancias de los mismos, la participación del menor en los hechos y su personalidad, adoptando en su caso las medidas convenientes, entre las que figuraba el internamiento provisional (art. 54 del Reglamento). Por lo que respecta a los perjudicados, sus facultades se limitaban al ejercicio de las acciones civiles ante la jurisdicción civil ordinaria (art. 14 de la LTTM) y a tal efecto, para preparar esta reclamación, podían solicitar al Tribunal Tutelar de Menores medidas de aseguramiento (art. 63 del Reglamento) y se les oíría sobre la participación del menor en los hechos (art. 64 del Reglamento). En la investigación o instrucción no se observaban las formalidades procesales vigentes en las demás jurisdicciones, sino que el tribunal tenía “absoluta libertad” para utilizar los medios que estimara más adecuados para la “función tuitivo-correccional” que tenía confiada, y a tal fin podía oír a las personas que estimara capacitadas para ilustrarle (art. 68 del Reglamento). Como medios de investigación, el tribunal podía recibir informes de carácter confidencial, que podían emitirse mediante comparecencia verbal ante el juez o presidente del tribunal, o bien mediante comunicación o carta dirigida al mismo. En caso de que se emitieran verbalmente, se consignaba un breve resumen en acta por el secretario, sin necesidad de hacer constar los datos de la persona que lo emitía, si bien sí que debía reseñarse la razón de ciencia de los informantes. En caso de que fueran

remitidos mediante carta o comunicación, si el informante solicitaba que no se hiciera constar su nombre en el expediente, el secretario consignaba un resumen en el acta y se inutilizaban los documentos quemándolos o rompiéndolos ante el presidente (arts. 69 a 71 del Reglamento)⁴¹. El juez o presidente del tribunal podía acordar el examen del menor por técnicos especializados, que debían ilustrarle sobre la constitución psicofísica del menor, y sobre la influencia de ésta en el desarrollo de su entendimiento y voluntariedad de sus actos (art. 73 del Reglamento). Posteriormente, debía explorar personalmente al menor, preguntándole sobre su participación en los hechos y los motivos que le habían llevado a ello, “procurando interrogarle con afecto”, prescindiendo de “toda solemnidad de forma susceptible de cohibir el ánimo del menor, y cuidando con insinuación paternal de captarse su confianza a fin de lograr que se exprese con espontánea libertad” (art. 74 del Reglamento). El acuerdo debía dictarse en el plazo más breve posible, una vez que el juez hubiera considerado que existían elementos suficientes para formarse un juicio exacto sobre los hechos (art. 75 del Reglamento).

Quedaba también restringido el derecho al recurso. Las funciones de tribunal de apelación eran ejercidas por una Comisión del Consejo Superior de Protección de Menores, formada por un presidente, un vicepresidente, dos vocales propietarios y dos suplentes, que debían ser letrados y reunir las condiciones de moralidad antes referidas (art. 5 de la LTTM)⁴². Solo eran apelables los siguientes acuerdos: 1) los acuerdos dictados en el ejercicio de la facultad de corrección que decretaran el internamiento de un menor o lo confiaran a persona, familia o sociedad tutelar o lo pusieran en libertad vigilada; 2) los acuerdos dictados en el ejercicio de la facultad de protección que acordaran la suspensión o limitación del derecho de los padres o tutores, o que denegaran la adopción de medidas, siempre que en este último caso el recurso se interpusiera por la madre o persona con vínculo de parentesco con el menor hasta tercer grado o por quiénes fueran o hubieran sido sus guardadores; 3) todos los acuerdos dictados en el ejercicio de la facultad de enjuiciamiento de mayores. Contra los acuerdos que dictaba el tribunal de apelación no cabía nuevo recurso (art. 44 del Reglamento). Este régimen también se extendía a los acuerdos provisionales dictados durante la tramitación del expediente que separaran al menor de sus padres o tutores por más de treinta días (art. 45 del Reglamento), pudiendo interponerse una vez transcurrido dicho plazo. El recurso de apelación podía presentarse por el propio menor o sus representantes legales, pero no por el perjudicado, que solo podría recurrir el acuerdo en cuanto en el mismo se negasen los hechos, la participación del menor u otras circunstancias que pudieran servir de fundamento a la reclamación civil (art. 46 del Reglamento). Las resoluciones dictadas en materia de protección o corrección de

⁴¹ Se exceptuaban los informes emitidos por autoridades o funcionarios, o representantes de establecimiento benéficos o docentes de carácter público, en que se hacía constar su procedencia si se emitían verbalmente, o se unían a las diligencias, si se emitían por escrito (art. 71 del Reglamento).

⁴² El presidente y vicepresidente de la Comisión eran nombrados por el Ministro de Justicia a propuesta del Consejo Superior, debiendo ser o haber sido catedráticos de Facultad de Derecho, u ostentar o haber ostentado cargos judiciales, fiscales asimilados a la categoría de magistrado, o haber sido presidentes de Tribunales Tutelares de Menores durante diez años (art. 5 de la LTTM).

menores eran ejecutivas, por lo que las apelaciones se admitían en un solo efecto, sin que produjeran efectos suspensivos del acuerdo. Solo los acuerdos dictados en el ejercicio de la facultad de enjuiciamiento de mayores son apelables en ambos efectos (art. 22 de la LTTM).

Se configuraba así un sistema en que se aglutinaban en el Tribunal Tutelar de Menores, de un lado, las funciones de investigación, acusación, y enjuiciamiento, y de otro, las de protección de menores, entremezclándose los aspectos de corrección y protección. El modelo consagrado por la legislación tutelar de menores contemplaba una intervención que pretendía la reforma del menor a través de medidas asistenciales. Más que considerarlo culpable, se veía al menor inmerso en una situación de riesgo que había desencadenado como consecuencia la comisión de un hecho delictivo u otras conductas desviadas. Por este motivo, en estos Tribunales Tutelares de Menores, bajo una actitud paternalista, el juez asumía funciones de instructor, defensor, juzgador y acusador, y no se limitaba a enjuiciar hechos delictivos sino que valoraba las “actitudes, modos de ser del menor, circunstancias sociales y morales”⁴³, tratando de dar respuesta a las necesidades del mismo. Por eso precisamente no tenían cabida las garantías procesales, pues el propio juez actuaba en protección del menor. Según explica TAMARIT SUMALLA, esta confusión entre el ejercicio de la facultad reformativa y protectora daba lugar a que convivieran incluso en los mismos centros, jóvenes sujetos a medidas de protección como consecuencia de su situación de abandono o desamparo con otros que eran objeto de medidas correctivas por la comisión de infracciones penales⁴⁴.

2.1.2. La legislación tutelar tras la entrada en vigor de la CE de 1978.

A partir de la entrada en vigor de la CE, el texto se había quedado anticuado. Por ello existieron algunos intentos de reforma, como el Estatuto del Menor de 1978 y el Anteproyecto provisional de la Ley Penal de Menores, publicado en 1985, pero no llegaron a fructificar. De éstas propuestas, merece especial atención, por su interés para comprender la evolución legislativa de los modelos tutelares, el Estatuto del Menor de 1978.

2.1.2.1. El Estatuto del Menor de 1978.

⁴³ Vid. COY, E. y TORRENTE, G. “Intervención con menores infractores: Su evolución en España”. *Anales de psicología 1997, volumen 13, nº 139-49. Universidad de Murcia*. Págs. 39 y ss. En opinión de los citados autores, “se corría el peligro de que el juez confundiera su propia moral con las necesidades del niño, cayendo en la tentación de desvalorizar su modo de vida y su entorno, que en la mayoría de las ocasiones era de marginalidad”.

⁴⁴ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZALEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M., y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 17.

En particular, el Estatuto del Menor de 1978 otorgaba competencia a los Tribunales de Menores para los supuestos de niños que presentaran trastornos de conductas irregulares, que conllevaran un riesgo personal para el propio menor, o una perturbación de la paz pública o del orden jurídico, si bien establecía que no se podría acordar la privación o la restricción de libertad sin respeto a las garantías procesales (arts. 1 y 2). Quedaban, pues, sometidos a la acción tutelar de los Tribunales de Menores, para la adopción de medidas protectoras de carácter educativo, los menores que presentaran graves trastornos de comportamiento, pusieran en peligro su integridad o seguridad personal o atentaran contra la pacífica convivencia o seguridad social o contravinieran el ordenamiento jurídico (art. 273).

Se mantenía la utilización de fórmulas sumarias y sencillas (art. 307), y la evitación de toda solemnidad de forma (art. 319), así como el carácter inquisitivo del procedimiento, que pretendía la averiguación de la verdad material en beneficio del menor. Los perjudicados continuaban al margen y podrían ejercer en su caso las acciones civiles ante la jurisdicción civil ordinaria (art. 323). En cuanto a las medidas aplicables, entre ellas se incluía la posibilidad de que el menor se disculpara ante los perjudicados o abonara determinadas cantidades “de su bolsillo” (art. 7), y a las clásicas medidas de internamiento, libertad vigilada o custodia familiar, se añadían otras como la prohibición de acudir a ciertos lugares o de no tratar con determinadas personas, así como multas y privaciones de derechos (art. 8 a 14).

Para la elección de la medida aplicable, el juez debía atender a la gravedad de los hechos, pero también a las circunstancias del menor, su situación personal, familiar, social y escolar (art. 15), y a tal fin estaba asistido por un equipo de expertos, que realizaban una propuesta no vinculante (art. 45). En este equipo se puede hallar el antecedente inmediato del equipo técnico actual.

Pero la particularidad más importante es que se establecía expresamente el respeto a los derechos y libertades del menor reconocidos en la CE y en los tratados internacionales suscritos por España (art. 16). En esta línea de reconocimiento de derechos y garantías, se establecía la intervención del Ministerio Fiscal y del abogado del menor (art. 34), y se disponía que el juicio oral debería celebrarse en la forma ordinaria (art. 44), permitiendo el recurso contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Menores ante la Sala Tutelar de Menores de la Audiencia Nacional. Por lo que respecta en concreto al Ministerio Fiscal, se creaba dentro del mismo una especie de Ministerio Público de Menores al que se denominaba “Promotores de Menores” (arts. 417 y ss.)⁴⁵.

El Estatuto del Menor mantenía por tanto la concepción tutelar y entremezclaba aspectos de corrección con protección de menores, pues no se limitaba la acción del

⁴⁵ Para un estudio más detallado del Estatuto del Menor, vid. MARTIN OSTOS, J. “Los futuros...” op. cit., págs. 247 y ss.

tribunal a la comisión de infracciones penales, sino a todas aquellas que supusieran una alteración de la paz pública o incluso un riesgo para el propio menor. Pero daba un paso importante en el reconocimiento de las garantías constitucionales y demás derechos y libertades proclamados por los textos internacionales, y potenciaba la actuación del Ministerio Fiscal dentro del proceso de menores, en que se daba entrada además al abogado del menor. Se creaba un Ministerio Fiscal especializado en menores, en el que podemos encontrar el germen de la importantísima función que en los años venideros se le iba a atribuir a este órgano en materia de menores. Sin embargo, el texto no prosperó, por lo que, no obstante la entrada en vigor de la CE, se seguía aplicando la LTTM.

En los Tribunales Tutelares de Menores encontramos el germen del actual proceso de menores. La legislación tutelar regulaba el procedimiento para el enjuiciamiento de los menores infractores junto al cauce para la protección de los mismos, y aun prescindiendo de las garantías jurídicas que hoy entendemos como irrenunciables, daba un paso muy importante en el tratamiento diferenciado del menor de edad. Hay que tener presente, además, que la regulación de la que hablamos proviene de la Ley de Bases de 1918 y, por tanto, difícilmente se podía exigir que la misma estuviera adecuada al texto constitucional, que se aprobó muchos años después. En ella, el mismo juez de menores asumía funciones de investigación y enjuiciamiento. Pero es que la separación entre instrucción y enjuiciamiento no podía esperarse del proceso tuitivo-corrector de menores, si partimos de la inimputabilidad de los menores y de la concepción tutelar del procedimiento.

La cuestión radica en que, mientras en el caso de la jurisdicción de adultos no hay duda de que nos hallamos ante un verdadero proceso penal, la jurisdicción de menores ha suscitado importantes conflictos sobre su naturaleza, dando lugar a verdaderos ríos de tinta acerca de si debía configurarse o no como un indiscutible proceso penal y por tanto, sujetarse a las mismas garantías establecidas para la jurisdicción de adultos. Esta cuestión la abordaré con más detenimiento en el capítulo siguiente. Baste ahora decir que el TC, aun reconociendo las especialidades propias del procedimiento de menores, lo consideró finalmente como un auténtico proceso al que son de aplicación las mismas garantías que en la justicia penal de mayores. Su auténtica naturaleza penal es uno de los puntos de partida de este trabajo, pues de lo contrario no tendría ningún sentido la comparación que se pretende entre el proceso de menores y el de adultos.

El problema que presentaba el proceso configurado en la legislación tutelar se debía, por tanto, a la confusión entre la facultad reformadora y protectora de los Tribunales Tutelares de Menores, y los amplios poderes que se concentraban en el juez tutelar para adoptar las medidas que más convinieran a la corrección del menor. La CE había consagrado una serie de derechos y garantías para toda persona que se viera inmersa en un proceso penal, garantías que no se contemplaban en el texto de la LTTM.

La doctrina⁴⁶ consideraba que todo ello convertía al joven infractor en una persona que se hallaba en peores condiciones que el delincuente adulto, desde la perspectiva de los derechos y garantías procesales tal y como hoy en día las entendemos. Esto obedecía, como se ha explicado a la naturaleza no penal de la responsabilidad exigida al menor y a la idea de que el delito no era más que una consecuencia de su situación de abandono. Pero la entrada en vigor de la CE convertía en insostenible dicha situación.

2.1.2.2. La Circular de la FGE 3/1984, sobre actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores.

Las propuestas legislativas que trataban de adaptar la legislación de menores a las exigencias derivadas de la CE no prosperaron. Ante esta situación, la Circular de la FGE 3/1984, sobre actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores, trató de dar una respuesta a la problemática existente, y estableció en su apartado I que el Ministerio Fiscal podía intervenir ante los Tribunales Tutelares de Menores cuando no existieran personas que ejercieran la patria potestad o tutela, en los casos de deficiente ejercicio de la patria potestad o tutela o en los supuestos de menores desvalidos⁴⁷. Y así establecía, en tanto se aprobaba la nueva regulación, una serie de criterios de actuación del fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores, con la misión de velar y proteger a los menores, desechando por tanto cualquier matiz represivo. La intervención del fiscal, según la Circular de la FGE 3/1984, debía orientarse hacia la adecuada protección de los menores, y tendría por objeto transformar sus circunstancias personales y hábitos de conducta, mediante su reforma, con el fin de convertirlos en “personas capaces de hacer un correcto uso de su libertad”, lo que les permitiría la “participación en la vida política, económica, cultural y social, cuando alcanzasen la mayoría de edad”⁴⁸.

⁴⁶ ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “La nueva regulación...” op. cit., pág. 2. ORNOSA FERNÁNDEZ entiende que no se podía desconocer que si “se va a internar a un menor un tiempo de su vida en un centro cerrado, del cual no va a poder salir en ningún momento, privándole así de derechos y libertades, estamos hablando de una auténtica pena, aunque se disfrace con el nombre de medida educativa, y por ello su imposición deber ir acompañada de las mismas garantías y derechos que pueda tener un adulto, independientemente de que el fin último del internamiento sea la reeducación del menor, como la propia Constitución establece en su artículo 25.2”.

⁴⁷ Así se desprende, según el apartado I de la propia Circular de la FGE 3/1984, del art. 4 del EOMF, que concede al Ministerio Fiscal la facultad de “interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos”. También le corresponde la facultad de visitar los centros de internamiento de cualquier clase que sean, y determinadas funciones de protección de menores encomendadas en los arts. 158.3, 228, 232, 248 y 299 bis del CC.

⁴⁸ Vid. Apartado I de Circular de la FGE 3/1984 sobre actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores. Se establecía que era preciso “examinar la regulación de los Tribunales Tutelares de Menores para establecer un modo inmediato de intervención del Fiscal ante los mismos (...) y siempre con la misión de velar y proteger a los menores, desechando cualquier matiz represivo en su actuación, y sin poder esperar a que una pronta y anunciada reforma de los citados Tribunales Tutelares de Menores, al tiempo que los sitúa dentro de la jurisdicción ordinaria, imponga expresamente la pertinente intervención del Fiscal”.

En consecuencia, se establecían una serie de funciones del Ministerio Fiscal, distinguiendo entre la facultad protectora y la facultad correctora del Tribunal Tutelar de Menores. Por lo que respecta a esta última, que es la que a partir de este momento más nos interesa, se establecía que en los casos en que el menor careciera de padres o tutores o éstos actuasen de forma deficiente, el Tribunal Tutelar de Menores debía notificar el acuerdo recaído al fiscal, para que pudiera interponer el recurso correspondiente, y también imponía su intervención en la ejecución de los acuerdos mediante la emisión de dictámenes. Por último, el Ministerio Fiscal podría solicitar las medidas oportunas para el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, igual que lo hace ante el resto de organismos judiciales y administrativos⁴⁹.

2.1.3. La separación de las funciones de reforma y de protección de menores.

Las subsiguientes reformas legislativas fueron poco a poco ahondando en la necesaria separación de las funciones de reforma y de protección de menores, para tratar de adecuar el sistema procesal a las garantías y exigencias impuestas por la CE. En este proceso podemos distinguir dos hitos: las modificaciones introducidas por la LOPJ y la Ley 21/1987, y el recurso a la normativa internacional para suplir la falta de adecuación de la legislación tutelar al texto constitucional.

2.1.3.1. Modificaciones introducidas por la LOPJ y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados preceptos del CC y de la LEC en materia de adopción.

La LOPJ introdujo algunas modificaciones de relevancia en el proceso de menores, como fue la sustitución de los Tribunales Tutelares de Menores por los Juzgados de Menores, que se crearon como órganos integrados en la jurisdicción ordinaria servidos por jueces de carrera, con jurisdicción en toda la provincia y sede en la capital de la misma, a los que se atribuía competencia para “el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieran incurrido en conductas tipificadas como delitos o faltas y aquéllas otras que en relación con los menores le atribuyan las leyes” (art. 97 de la LOPJ), consagrando de esta forma los principios de tipicidad y legalidad. El tenor literal, no obstante, dejaba abierta la puerta a la posible atribución de competencias en materias distintas a la reforma de menores.

El paso definitivo en la separación entre las funciones de reforma y protección de menores lo dio la Ley 21/1987, que atribuyó las competencias sobre protección de menores a las correspondientes entidades públicas de carácter administrativo. De esta

⁴⁹ Vid. Circular de la FGE 3/84. Apartado III.

forma se separaban las funciones de reforma de menores, atribuidas a los Juzgados de Menores que vendrían a sustituir a los Tribunales Tutelares de Menores y las funciones de protección de menores, que se encomendaban a dichas entidades de las Comunidades Autónomas.

El marco que legitimaba esta atribución venía dado por el art. 148 de la CE, que permitía que las Comunidades Autónomas asumieran competencias en materias de acción social, por lo que la ejecución de las medidas impuestas a los menores por los Juzgados de Menores pasó a atribuirse a aquellas, sustituyendo al Consejo Superior de Protección de la Infancia.

A partir de la Ley 21/87 se distingue perfectamente entre el tratamiento penal de un menor que ha cometido un hecho delictivo y la protección del menor en situación de desamparo o abandono, o que ha sido objeto de malos tratos como consecuencia del indigno ejercicio de la patria potestad o de la guarda, sustrayéndose así la función de protección o tutela del menor desamparado a los tribunales de menores. Desde este momento, los Juzgados de Menores sólo intervienen cuando el menor ha cometido un delito o falta, y si se trata de un menor en situación de desamparo, el órgano judicial no puede adoptar medida alguna, sino que debe poner esta situación en conocimiento de los servicios o entidades de la Comunidad Autónoma correspondiente, que será la competente para adoptar las medidas que procedan para la protección. Queda así separada una función propiamente administrativa de la competencia de los juzgados, que, conforme al art. 117 de la CE, no ejercerán más funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y aquellas que les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho⁵⁰. Sin embargo, hay que tener presente que una cosa es que las competencias en materia de protección y reforma de menores estén atribuidas o no al mismo órgano, y otra bien distinta es que la función de reforma o corrección de menores pueda seguir basada en un modelo de inspiración tutelar, al entender que el hecho delictivo cometido por el menor viene a ser una consecuencia de su situación de precariedad, sus déficit

⁵⁰ Este modelo difiere de los adoptados en algunos países de nuestro entorno. En Viena, el Tribunal de Menores asume competencias tanto en materia de responsabilidad penal, como en materia tutelar y de curatela sobre los menores hasta los diecinueve años, siempre que exista un riesgo para el desarrollo del menor (23 JGG). En Italia, el Tribunal de Menores tiene competencias en el orden civil, penal y administrativo, en relación con los menores de dieciocho años. Este Tribunal está formado por un magistrado del Tribunal de Apelación, que lo preside, un juez profesional, y dos ciudadanos, un varón y una mujer mayores de treinta años, distinguidos en el servicio a la comunidad, y que sean expertos en biología, pedagogía y psicología (art. 2 RD- Ley 1404/34). En cada Tribunal de Menores existen uno o más magistrados encargados como órganos unipersonales de la fase de investigaciones preliminares. En el Tribunal de Apelación hay una Sección de Menores, formada por tres magistrados profesionales y dos ciudadanos expertos, que conoce de los recursos frente a los Tribunales de Menores, y ostenta otras competencias en los procesos en que los imputados sean menores de edad. Las funciones propias del Ministerio Fiscal están atribuidas al Procurador de la República ante el Tribunal de Menores, al que corresponde el ejercicio de las acciones penales por los delitos cometidos por menores y la recepción de denuncias y querrelas contra menores. El procedimiento a seguir es el proceso penal ordinario, con algunas adaptaciones que se introdujeron a fin de que el menor se encuentre más protegido y en atención a la finalidad resocializadora del mismo, con respeto a garantías tales como la presunción de inocencia y el derecho de asistencia letrada. Así lo recoge AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 100, 115 y ss.

sociales, familiares, educativos, o de las propias características de su personalidad y edad adolescente.

La separación entre las funciones de reforma y protección supuso un paso de gran importancia en el avance hacia un nuevo proceso penal de menores que contemplara las garantías procesales y constitucionales, que se compatibilizó con la inspiración tutelar y educativa que siguió presente en la justicia de menores. No obstante, en la práctica se dan con frecuencia situaciones en que la comisión de ilícitos penales de escasa gravedad viene a ser fruto, como en su día entendió la LTTM, de una situación de desamparo, y el menor requiere, junto a la posible intervención penal, la adopción de medidas de protección, que ya no pueden ser acordadas por el propio órgano judicial. No en vano, las Secciones de Menores de las Fiscalías suelen aglutinar las competencias en materia de protección y reforma de menores, para facilitar una visión más global del problema.

La LOPJ estableció en el apartado primero de la Disposición Adicional Primera la obligación, después incumplida, de que en el plazo de un año el Gobierno remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley de reforma de la legislación tutelar de menores⁵¹, ley que aún tardó bastantes años (siete años) en aprobarse. Seguía, pues, vigente la antigua legislación en lo que no había sido reformada.

2.1.3.2. Otras normas complementarias.

El problema se planteaba porque la Disposición Derogatoria Tercera de la CE estableció que quedaban derogadas cuantas leyes se opusiesen al texto constitucional. La LTTM contravenía la normativa constitucional en el aspecto relativo a las garantías de toda persona sometida a un proceso. Esto suponía en la práctica un vacío legal, que obligó a los jueces de menores a convertirse en cierta medida en legisladores para paliar tal situación, procurando dotar a su actuación de las máximas garantías para los menores, para lo que acudieron a los convenios internacionales sobre la materia ratificados por España, particularmente: la Declaración Universal de Derechos del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores, (en adelante, «Reglas de Beijing»), aprobadas por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985; la Recomendación número R(87)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las Reacciones Sociales a la Delincuencia Juvenil adoptada el 17 de septiembre de 1987. Esta última, de particular importancia, estableció una serie de pautas de actuación.

⁵¹ En este sentido, vid. MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores...” op. cit., págs. 151 y ss., y ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “La nueva regulación...” op. cit., págs. 2.

En tales textos destacan una serie de principios que deben regir la justicia juvenil como es el principio de mínima intervención evitando, en la medida de lo posible, el recurso a la vía judicial para los menores; la creación de Juzgados de Menores integrados por profesionales especializados; el derecho de los menores a todas las garantías procesales; la publicidad restringida de las actuaciones; la detención provisional limitada a infracciones muy graves y por tiempo determinado; o que la medida de internamiento fuera el último recurso a aplicar, tendiendo principalmente a medidas dentro del ámbito familiar y social del menor o la reducción de la duración de las medidas⁵².

2.2. La inconstitucionalidad parcial de la legislación tutelar (STC nº 36/91, de 14 de febrero).

La legislación de menores de 1948 fue objeto de varias cuestiones de inconstitucionalidad, en que se planteaban la posible colisión de los arts. 15 y 16 de la LTTM con la CE⁵³. Estos preceptos establecían unas reglas procesales comunes para el ejercicio de la facultad de reforma y de protección de menores, a pesar de que el Reglamento establecía cauces específicos para cada una de ellas. El art. 15 de la LTTM restringía la publicidad y disponía que en los procedimientos para el ejercicio tanto de la función de corrección como de protección de menores, el Tribunal no quedaría sujeto a las reglas procesales que regían para las demás jurisdicciones, sino que se limitaría a lo indispensable para concretar los hechos en que se debieran basar las resoluciones, y que estas debían redactarse de forma concisa. El art. 16 de la LTTM imponía la razonada libertad de criterio en la apreciación de los hechos tipificados como delito o falta cometidos por menores, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en relación con las condiciones morales y sociales de su autor, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico previsto en el CP o leyes penales especiales⁵⁴.

⁵² Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “La nueva regulación...” op. cit., págs. 2 y ss.

⁵³ La STC resolvió varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas por los jueces de menores del Juzgado de Menores de Tarragona, nº 2 de Barcelona, nº 3 y 4 de Madrid, y de Oviedo (STC nº 36/91, de 14 de febrero. Antecedente 1º).

⁵⁴ El art. 15 de la LTTM establecía: “En los procedimientos para corregir y proteger a los menores, las sesiones que los tribunales tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieran de adoptarse”. El art. 16 de la LTTM disponía: “Los hechos calificados como delitos o faltas en el Código Penal y leyes penales especiales atribuidos a los menores de dieciséis años serán apreciados por los Tribunales Tutelares de Menores con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en relación con las condiciones morales y sociales en que los menores los hayan efectuado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que a los efectos de la respectiva responsabilidad se califican tales hechos como constitutivos de delito o falta en el Código Penal o leyes penales especiales”.

Los proponentes plantearon la inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM, por prescindir de las formas del procedimiento y con ello privar a los menores de las garantías procesales reconocidas en el art. 24 de la CE; y del art. 16 de la LTTM, por otorgar al juez una amplia discrecionalidad, lo que daba lugar a que los mismos hechos cometidos por distintos menores en los que concurrieran diversas situaciones o circunstancias pudieran dar lugar a la aplicación indiscriminada de las medidas previstas en el art. 17 de la LTTM. Estos preceptos, a juicio de los proponentes, vulneraban los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de seguridad jurídica reconocidos en el art. 9.3 de la CE, el principio de igualdad garantizado en el art. 14 de la CE y el principio de legalidad penal del art. 25.1 de la CE.

La STC nº 36/91, de 14 de febrero, declaró la inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM, si bien solo en relación al procedimiento para la corrección de menores, y mantuvo la constitucionalidad del art. 16 de la LTTM, siempre que fuera objeto de una interpretación conforme a la CE, como analizamos a continuación.

Nos centraremos en el art. 15 de la LTTM, por ser el que fue objeto de declaración de inconstitucionalidad. En relación con este precepto, los jueces de menores instantes de la cuestión se basaban en los siguientes argumentos:

- En primer lugar, el precepto vulneraba los arts. 10.2 y 39.4 de la CE. Si bien en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, no se especificaba la aplicación a los menores de los derechos y garantías que se consagraban, en virtud del principio de igualdad y no discriminación también reconocidos en los mismos, debía entenderse que tales derechos se extendían también a los menores. A ello se añadía que las “Reglas de Beijing”, en los apartados 2.3 y 7.1, hacen referencia a las garantías procesales de los menores. La Recomendación 20/1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 17 de septiembre de 1987, relativa a las “Reacciones Sociales ante la Delincuencia Juvenil”, reforzaba la posición legal de los menores durante todo el procedimiento, y también la CDN establecía una serie de garantías para los procedimientos seguidos contra menores.

- En segundo lugar, el art. 15 de la LTTM infringía el art. 9.3 de la CE, ya que, al no disponer un procedimiento específico para los menores adaptado a su especial condición, los jueces de menores aplicaban diferentes normas procesales, provocando inseguridad jurídica. Quedaba así también conculcado el principio de igualdad del art. 14 de la CE, porque, al no regularse un mínimo cauce procesal para los menores sujetos a enjuiciamiento, no se aplicaba a estos las garantías procesales con que cuentan los adultos en idéntica situación, lo que provocaba una desigualdad de trato.

- En tercer lugar, el art. 15 de la LTTM vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la CE, ya que al establecer que las resoluciones debían redactarse de forma concisa, se daba lugar a que las mismas en la práctica

carecieran de motivación, infringiendo también el art. 120.3 de la CE, pues, conforme a las SSTC nº 95/1983 y 96/1983, los requisitos y formas procesales cumplen un papel esencial en la ordenación del proceso⁵⁵.

La STC nº 36/91, de 14 de febrero, constituyó un punto de inflexión en la configuración procesal del derecho penal de menores y en la concepción mantenida por la legislación tutelar. El TC consideraba que el proceso de menores era un proceso que se seguía ante órganos que ejercían la potestad jurisdiccional, ya que los Juzgados de Menores se configuraban como juzgados ordinarios y especializados⁵⁶. Sobre la cuestión de la naturaleza del proceso de menores, problema que abordó la sentencia analizada como punto de partida para resolver las cuestiones planteadas, volveré en el capítulo siguiente con más detenimiento. Baste aquí decir que, tras la configuración de los Juzgados de Menores por la LOPJ de 1985, los mismos quedan integrados dentro de la jurisdicción ordinaria, desterrándose la posibilidad, admitida en algunos países de nuestro entorno⁵⁷ y en los inicios de los Tribunales Tutelares de Menores⁵⁸, de que éstos estuviesen constituidos por personas ajenas a la carrera judicial.

El TC consideraba que los derechos fundamentales que consagra el art. 24 de la CE, habían de ser respetados también en el proceso seguido contra menores “a efectos penales”⁵⁹, y a la vista del PIDCP y de la CDN, lo define diciendo que viene a ser “una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar”⁶⁰. El TC argumentaba en el FJ 5º que la regulación estaba inspirada en el modelo positivista y correccional, que consideraba al menor irresponsable penalmente, motivo por el cual no

⁵⁵ Vid. STC nº 36/91, de 14 de febrero. Antecedente 6º. Añade el texto que a pesar de que muchos de los derechos consagrados por el art. 24.2 de la CE se puedan ejercer directamente de conformidad con la Disposición Derogatoria Tercera de la CE, y el art. 5.1 de la LOPJ, hay otros de los que solo pueden llevarse a efecto si son expresamente reconocidos en la ley. Es el caso del principio acusatorio. “Así, es imposible la aplicación en estos casos del principio acusatorio que, como resalta la STC de 28 de marzo 1988, forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal, conculcándose lo establecido en los arts. 124 y 117.3 y 4 CE, ya que de otro modo se convertiría el juez en acusador, función que no le corresponde”.

⁵⁶ Así lo recoge la STC nº 36/91, de 14 de febrero, en el FJ 2º párrafo 4: “Nos encontramos en presencia de un proceso seguido ante órganos que ejercen potestad jurisdiccional, siendo los Juzgados de Menores juzgados ordinarios y especializados”.

⁵⁷ En Austria, los Juzgados de Escabinos de Menores, con competencia para los delitos que tienen asignada pena superior a cinco años e inferior o igual a diez años, estarían formados por dos jueces elegidos entre profesionales de la docencia, educadores o que desarrollen una actividad en la asistencia o beneficencia pública o privada. El Tribunal de Jurados, para delitos que tienen asignada pena superior a diez años, está formado por tres jueces profesionales y ocho jurados, elegidos entre personas que reúnan dichas características. En Alemania, el Tribunal de Escabinos de Menores, para los casos que no eran de la competencia del juez de menores ni de la Sala de Menores, estaba formado por el juez de menores como presidente, y dos escabinos, una mujer y un hombre, elegidos por un periodo de cuatro años, debiendo ser personas experimentadas en la educación de los jóvenes. Para un estudio más profundo, vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 87 y ss.

⁵⁸ En este sentido, como explica la STC nº 36/91, de 14 de febrero, en el FJ 2º, párrafo 4, la LTTM configuraba los Tribunales de Menores como híbridos administrativos, ya que podían estar formados por personas ajenas a la carrera judicial, nombrados por el Ministerio de Justicia y que dependían del Consejo Superior de Protección de Menores. Esta estructura se alteró, como ya se dijo, por la reforma operada por el Decreto 414/1976, de 26 de febrero, que permitió la compatibilidad al personal en activo de la carrera judicial o fiscal con el ejercicio de la jurisdicción de menores.

⁵⁹ STC nº 36/91, de 14 de febrero. FJ 6º, párrafo 8.

⁶⁰ Vid. STC nº 36/91, de 14 de febrero. FJ 6º, párrafo 9.

se le había de aplicar, en el procedimiento que se siga para valorar su conducta, las garantías jurídicas propias de otras jurisdicciones, ya que se entendía que no era posible la imposición de medidas represivas, de penas o sanciones. Por esta razón, el procedimiento de corrección de menores prescindía de las formas procesales y el art. 15 LTTM excluía expresamente la aplicación de las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones⁶¹.

La concepción tutelar y paternalista de la justicia de menores es la que explica la razón de ser de la ausencia de formalismos y de unas reglas procesales propiamente dichas. No obstante, concluyó el TC que una interpretación de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 de la CE a la luz de la normativa internacional permitió sostener que esos derechos deben de ser respetados también en el proceso de menores, que el TC calificó como procedimiento seguido contra los menores “a efectos penales”. El problema radica en que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales. Por esta razón, el art. 15 de la LTTM, al excluir la aplicación de las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, fue declarado inconstitucional y nulo⁶².

La sentencia aclara que el art. 15 de la LTTM regula conjuntamente el procedimiento para corregir y proteger a los menores⁶³, y ciñe la declaración de nulidad al procedimiento de reforma, excluyendo, pues, el procedimiento protector⁶⁴.

Añadió una segunda puntualización, pues a pesar de que las garantías constitucionales eran de aplicación a este procedimiento que se seguía contra los menores a efectos penales en el ejercicio de la facultad de corrección, existían algunos principios que le distinguían del proceso penal de mayores, o que no podían desplegar sus efectos con el mismo rigor que en el proceso de adultos. Era el caso del principio de publicidad, que se restringía en interés del menor, o el principio de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos y la medida aplicada, que cedía ante la necesidad de individualizar la medida más adecuada al interés del menor y a los fines reeducativos del proceso de menores, en virtud del principio de flexibilidad⁶⁵.

El pronunciamiento del TC creó una situación compleja, puesto que se declaró la inconstitucionalidad el precepto que regulaba el procedimiento a seguir en el ejercicio de la facultad de corrección, pero las restantes disposiciones de la LTTM seguían vigentes, salvo en lo que hubieran sido derogadas y modificadas por la LOPJ, de modo

⁶¹ Vid. STC nº 36/91, de 14 de febrero. FJ 5º, párrafos 1 y 2.

⁶² Vid. STC nº 36/91, de 14 de febrero. FJ 6º, párrafo 9.

⁶³ Vid. STC nº 36/91, de 14 de febrero. FJ 2º, párrafo 3.

⁶⁴ Vid. STC nº 36/91, de 14 de febrero. FJ 6º, párrafo 13.

⁶⁵ Vid. STC nº 36/91, de 14 de febrero. FJ 6º, párrafo 14. Así, dispone que las especiales características del proceso de reforma de menores determinan, sin embargo, “que no todos los principios y garantías exigidos en los procesos de adultos hayan de asegurarse aquí en los mismos términos. Tal es el caso del principio de publicidad, en donde razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones, podría justificar su restricción. En tal sentido conviene recordar que este principio admite excepciones en los términos señalados en las leyes de procedimiento, y así se recoge en el propio art. 120.1 CE, y en concordancia con el mismo, en el art. 233 L.O.P.J.”.

que los jueces de menores se encontraron con un importante vacío legal en cuanto a las normas procesales a seguir en el enjuiciamiento de menores. Aunque solo la actividad del legislador puede colmarlo de manera definitiva, hasta que esto ocurriera, debían ser los propios jueces quienes llenaran este vacío⁶⁶. Por lo tanto, el propio TC instó a los jueces de menores a dar en la práctica una solución a este vacío normativo creado por la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM en tanto no se aprobara la nueva legislación.

En relación con el art. 16 de la LTTM, la STC n° 36/91, de 14 de febrero, declaró la constitucionalidad del precepto, si bien instando a interpretarlo conforme a lo que estableció el FJ 7°, de modo que el mismo debía entenderse en el sentido de que en la jurisdicción de menores no era aplicable en todo su rigor el catálogo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pero el juez sí que venía limitado por la tipificación de la conducta, y debía tener en cuenta la correlación entre los delitos y las antiguas faltas y las penas asignadas, pues junto con la necesaria flexibilidad de que había de disponer el juez en la valoración de los hechos y de la gravedad de los mismos, también era preciso que se sujetase a determinados principios que operaban como límites a esa discrecionalidad⁶⁷.

2.3. La Instrucción de la FGE 2/1992, de 13 de febrero, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de menores.

El vacío legal creado por la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM debía suplirse por los jueces de menores hasta la aprobación de una nueva legislación, por mandato del propio TC, que se refería expresamente a la necesaria reforma de la legislación tutelar de menores. En septiembre de 1991 ya se había iniciado la tramitación parlamentaria de la que después sería la LO 4/1992, de 5 de junio, de reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Entretanto, por la FGE se dictó la Instrucción 2/1992, de 13 de febrero, en que se facilitaba a los fiscales una serie de pautas y criterios para suplir la laguna creada por la declaración de inconstitucionalidad del mencionado precepto.

⁶⁶ Vid. STC n° 36/91, de 14 de febrero. FJ. 6°, párrafo 16: “Este Tribunal es bien consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 L.T.T.M., en lo que se refiere solo al procedimiento corrector, crea una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva. Por eso, como ya hicimos en la citada STC 71/1990, hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores. En tanto eso no suceda, serán los propios Jueces quienes habrán de llenar el vacío producido”.

⁶⁷ Vid. STC n° 36/91, de 14 de febrero. FJ 7°, párrafo 6: “El tenor literal del precepto cuestionado, debe ser entendido solo como una prohibición de que se utilice en la jurisdicción de menores el catálogo de circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad en todo su rigor y extensión (...) Pero dicha prohibición no implica que el Juez no vea su libertad de calificación de los hechos limitada por la tipificación contenida en los preceptos penales transgredidos, ni que su discrecionalidad para la adopción de medidas no deba tener en cuenta la correlación entre delitos y faltas y las penas para ellos previstas”.

La instrucción tomaba como referencia el Proyecto de 21 de septiembre de 1991 de Reforma Urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, que atribuía la dirección de la investigación y la iniciativa procesal al Ministerio Fiscal y consagraba el principio de oportunidad⁶⁸. La Instrucción de la FGE 2/1992 no daba el paso de encomendar al Ministerio Fiscal la investigación del procedimiento, cuestión que se estaba discutiendo en los debates parlamentarios, hasta que dicha decisión no tuviera amparo legal, pero sí que se atrevió a establecer el principio de oportunidad, en base a la finalidad educativa del procedimiento⁶⁹. La principal novedad de la Instrucción de la FGE 2/1992 es que fue la primera vez que por parte de la fiscalía se admitió la necesidad de que los fiscales intervinieran en el procedimiento de reforma de menores, ya que hasta esa fecha, “o bien no intervenían o bien lo hacían conforme a distintos criterios, lo que contravenía los principios de seguridad jurídica e igualdad”⁷⁰.

La Instrucción de la FGE 2/1992 exponía que al Ministerio Fiscal se le había atribuido tradicionalmente la función tuitiva de los menores, pero su intervención en la actividad de corrección de menores nunca había estado clara, a pesar de que la población destinataria de la actuación protectora es la misma que la de la actuación correctora, ya que “el adolescente comienza desarrollando actos contrarios a la dinámica familiar y escolar—generadores de un riesgo para el libre desarrollo de su personalidad—y acaba realizando actos que la ley penal tipifica como delitos y faltas”.

⁶⁸ El Proyecto de 21 de septiembre de 1991, en su art. 1, daba una nueva redacción al art. 15 de la LTTM, que, en su apartado 1, regla 2ª, pasaba a establecer: “Corresponde al Ministerio Fiscal dirigir la investigación de los hechos, ordenando que la Policía Judicial practique las actuaciones que estime pertinentes para su comprobación y de la participación del menor en los mismos, impulsar en procedimiento así como solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo”. Consagraba así la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción en el proceso de menores, lo que justificaba en la necesidad de garantizar la imparcialidad del juzgador.

⁶⁹ “De momento esta Fiscalía General no considera oportuno que los Fiscales tomen a su cargo la instrucción de los expedientes, mientras no exista una ley que nos legitime para ello. Pero como esta postura podría dar lugar a que el juez de menores se contamine, dificultándole o impidiéndole dictar el acuerdo final, los Sres. Fiscales procurarán que la instrucción se limite a lo mínimo imprescindible, potenciando la oralidad e inmediatez en la probanza, dando así mayor agilidad al procedimiento”. Vid. Instrucción de la FGE 2/1992, de 13 de febrero.

⁷⁰ Explica DOLZ LAGO la disparidad de criterios entre las distintas Fiscalías y entre éstas y los Juzgados de Menores sobre las pautas a seguir. En concreto, en Zaragoza, desde la publicación de la STC intervenía el Ministerio Fiscal en estos procesos, a pesar de la inexistencia de una ley a la que ajustar su actuación, pero en otras Fiscalías como Valencia o Barcelona no tenía lugar dicha intervención. El 14 de marzo de 1991, el FGE remitió a las Fiscalías un oficio en que se les comunicaba a efectos informativos las conclusiones adoptadas en la Reunión de jueces de menores celebrada el día 7 de marzo de 1991 en Madrid convocada por el CGPJ, y que la FGE estaba elaborando una Circular que abordara el asunto. Las conclusiones adoptadas por los jueces de menores no satisfacían a la Fiscalía, dado que, a su parecer, se olvidaban del principio acusatorio al atribuir al juez la decisión sobre la apertura del juicio oral sin quedar vinculados por la petición del fiscal (Conclusión 2ª, número 8), y otorgar al juez de menores competencia para la ejecución de la sentencia y la potestad reglamentaria de los centros de reforma sin oír al Ministerio Fiscal. Por este motivo, las Juntas de Fiscales Jefes de Cataluña de 19 de marzo de 1991 y 14 de mayo de 1991 trataron de homogeneizar criterios exhortando al Fiscal General del Estado para que impartiera instrucciones al respecto. La publicación del Proyecto de Ley de reforma urgente de la LTTM de 21 de septiembre de 1991 paralizó la elaboración del borrador de la Circular. Pese a ello, la Fiscalía de Barcelona dictó la Instrucción de 3 de julio de 1991. El problema vino porque la Fiscalía de Lérida consideró que los criterios colisionaban con los adoptados en la reunión de jueces de menores, seguidas por el juez de menores de Lérida. Por ello, la Junta de Fiscales Jefes de Cataluña volvió a plantear la cuestión el 23 de octubre de 1991. Vid. DOLZ LAGO, M. J. “El fiscal...” op. cit., págs. 4 y ss.

Tras la promulgación de la Ley 2/1987, el Ministerio Fiscal era el único órgano que aglutina la función de protección y de reforma de menores, lo que le colocaba en “una situación privilegiada para ponderar el caso concreto en sus justos términos”. Por tanto, la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de corrección de menores no debía tener lugar únicamente a título de acusador, sino como una garantía procesal, según se desprendía de la STC nº 36/91, de 14 de febrero⁷¹.

A partir de la Instrucción de la FGE 2/1992, se establece la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal en garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, atendiendo al superior interés del menor y el libre desarrollo de su personalidad, lo que habría de conjugarse con la defensa de la legalidad y de los derechos de los perjudicados, el interés público tutelado por la ley y el interés social (regla 2ª)⁷². Se estableció así que los fiscales debían intervenir en los procesos seguidos contra niños y adolescentes mayores de doce y menores de dieciséis años por la comisión de hechos tipificados como delitos o antiguas faltas. Respecto de los menores de doce años, se debería solicitar la remisión de un testimonio de las actuaciones a las entidades públicas de protección de menores (regla 1ª)⁷³. Los fiscales deberían procurar que la instrucción de los procedimientos se limitase a lo imprescindible, y potenciar la oralidad y agilidad del procedimiento, a fin de evitar la contaminación del juez de menores.

La Instrucción de la FGE 2/1992 se refiere al equipo técnico, órgano formado por profesionales especializados que aportan sus conocimientos técnicos para los fines de la justicia juvenil⁷⁴. En el Estatuto del Menor de 1978, al que antes hemos hecho referencia, ya se establecía que el Juzgado de Menores se debía hallar asistido por un equipo de expertos. La Instrucción, con base nuevamente en el Proyecto de 1991, establecía que el Ministerio Fiscal debería requerir la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, su entorno social y cualquier

⁷¹ “Nunca pues ha de considerarse al Ministerio Fiscal como órgano represivo sino como protector y vigilante de sus derechos, tal y como se afirmaba en la Circular de la Fiscalía General del Estado”. Vid. Instrucción de la FGE 2/1992, de 13 de febrero.

⁷² Vid. Instrucción de la FGE 2/1992, de 13 de febrero, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de menores. La Instrucción expone que las diferentes interpretaciones entre los fiscales colisionaba con la unidad de criterio, y por este motivo, si bien este vacío normativo sólo podía suplirse de forma definitiva mediante la actividad del legislador, mientras dicha normativa se aprobaba, consideraba necesario dar una solución “unitaria y provisional”.

⁷³ Esta pauta está claramente inspirada en el art. 1 del Proyecto de 21 de septiembre de 1991, que daba nueva redacción al art. 9 de la LTTM, y establecía la competencia del juez de menores para conocer de los delitos y faltas cometidos por personas mayores de doce años y menores de edad penal y para el enjuiciamiento de determinadas faltas cometidas por mayores de edad, con exclusión de todos los demás supuestos.

⁷⁴ Para un estudio más detallado de los orígenes y funciones del equipo técnico, vid. BASANTA DOPICIO, J. L. “La psicología forense y el Equipo Técnico en la jurisdicción de menores: de los orígenes a la actualidad”. *Revista Galego-portuguesa de psicoloxía e educación*. Vol.19 (2) Ano 16º-2011 ISSN:1138-1663. Págs. 289 y ss. En 1988, se incorporaron los psicólogos a los Juzgados de Menores en los equipos técnicos de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia.

circunstancia que pudiera haber influido en los hechos, informe al que se atribuye carácter preceptivo, pero no vinculante (regla 5ª)⁷⁵.

Uno de los hitos fundamentales de la Instrucción de la FGE 2/1992, como ya he adelantado, es que se consagra por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el principio de oportunidad, que se justifica en la finalidad tuitiva de las medidas. Se admitía por la Instrucción de la FGE 2/1992 la posibilidad de archivar el procedimiento, oído el equipo técnico, sin adoptar medida alguna, cuando las circunstancias del menor y la naturaleza de los hechos revelaran que la continuación del mismo pudiera ser incompatible o perjudicial con la finalidad educativa o cuando la realización de la infracción fuera consecuencia de “un hecho episódico en su vida”.

Se establecía que procedería la petición de archivo: en primer lugar, cuando atendida su edad, circunstancias personales y familiares, no resultara procedente la adopción de ninguna medida legal, por considerarla incompatible con el proceso educativo del menor, dada la finalidad exclusivamente tuitiva de las medidas previstas en la ley; en segundo lugar, cuando de las conclusiones del informe del equipo técnico y de la naturaleza de los hechos que motivaron el expediente, teniendo en cuenta la edad del menor, y sus circunstancias personales, familiares y escolares, no se considere necesaria la continuación del expediente y se ponga de manifiesto una situación de desamparo del menor, librándose en este último caso testimonio a la entidad pública que corresponda para poner en marcha los mecanismos de protección de menores (reglas 3ª y 6ª)⁷⁶. Junto a tales manifestaciones del principio de oportunidad, se admitía también la

⁷⁵ Así lo disponía también la regla 3ª del nuevo art. 15 de la LTTM, en la redacción dada por el Proyecto de reforma urgente de la LTTM de 21 de septiembre de 1991.

⁷⁶ El art. 1 del Proyecto de 21 de septiembre de 1991, en la nueva redacción dada al art. 15 de la LTTM, apartado 11º, establecía que, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal, cuando éste solicitara la apertura de la fase de audiencia, el juez de menores podía acordar la remisión a las autoridades administrativas de protección de menores para la adopción de medidas educativas y formativas, si los hechos no revestían especial gravedad, siempre que no se hubiera empleado en su comisión violencia o intimidación. El juez de menores podía adoptar esta decisión aun sin la petición del fiscal en dicho sentido. Esta fue una cuestión muy discutida en los debates parlamentarios, en el que el Sr. Cuatrecasas y Membrado, del Grupo Catalán Convergencia i Unió planteó enmienda conforme a la cual debía ser el juez de menores quién adoptara esta decisión. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1991, IV legislatura, núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. Félix Pons Irazábal. Sesión plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Enmiendas del Senado. Proyecto de Ley de reforma Urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A, número 61.1 de 21 de septiembre de 1991(número de expediente 121/000061) pág. 7749. Poco después de la aprobación de la Instrucción, en los debates parlamentarios, por parte del aquél, se puso de manifiesto la conveniencia de que en las fases sucesivas del procedimiento, se mantuviera la fórmula de reparación extrajudicial. Por la Sra. Pereira Santana, del Grupo Socialista, se proponía la posible conclusión de todas las actuaciones, antes de la comparecencia oral, atendiendo a la poca gravedad de los hechos y a las condiciones o circunstancias del menor, que no hubiese empleado violencia o intimidación en su comisión o que el menor se hubiera comprometido a reparar el daño causado. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1992, IV legislatura, núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. Félix Pons Irazábal. Sesión plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictamen de la Comisión del Estatuto de los Diputados sobre iniciativas legislativas. Proyecto de Ley de reforma Urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A, número 61.1 de 21 de septiembre de 1991(número de expediente 121/000061) Págs. 8515, 8519.

conformidad del menor, bien con carácter previo a la celebración de la audiencia o durante la celebración de la misma (regla 10ª).

La Instrucción de la FGE 2/1992 establece que el Ministerio Fiscal podría solicitar la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor durante la tramitación del expediente (regla 7ª). Una vez reunidos elementos suficientes para ello, debía solicitar la celebración de la audiencia mediante un escrito de alegaciones, en que se debía hacer constar los hechos atribuidos al menor, la proposición de prueba y la solicitud de la medida más adecuada al interés del menor, dentro de las establecidas en el art. 17 de la LTTM (regla 8ª)⁷⁷.

La atribución al Ministerio Fiscal de la fase de investigación del proceso de menores se contemplaba como la solución tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM, a fin de ajustar el proceso de menores a las exigencias del denominado principio acusatorio. Dicha posibilidad, en relación al proceso de adultos había suscitado amplios debates doctrinales a lo largo de los años, y parecía haberse descartado a finales de los años ochenta, en los que se había barajado esta opción en los debates previos a la promulgación de la LO 7/1988, que, a diferencia de los países europeos, consagró finalmente la instrucción judicial, si bien ampliando las facultades de investigación del Ministerio Fiscal⁷⁸. El Anteproyecto de la LO 7/88 había optado inicialmente por atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal, pero estos preceptos fueron suprimidos en las discusiones parlamentarias⁷⁹. La cuestión se planteó pocos años después en relación al proceso de menores. Por otra parte, los criterios establecidos en la Instrucción de la FGE 2/1992 potenciaban la intervención del Ministerio Fiscal en la fase de investigación, y consagraban el principio de oportunidad, anticipándose así al legislador, para dar una solución temporal al vacío normativo que había dejado la STC nº 36/91, de 14 de febrero, en tanto que se tramitaba la LO 4/1992. En este contexto, el paso lógico fue el de encomendar a la fiscalía la fase de instrucción de los procedimientos seguidos por delitos cometidos por menores.

⁷⁷ La Instrucción se basa nuevamente en las reglas 8ª a 10ª del nuevo art. 15 de la LTTM, en la redacción que proponía el Proyecto de 21 de septiembre de 1991.

⁷⁸ Vid. FUENTES SORIANO, O. “La instrucción por el fiscal en el nuevo proceso penal” *Nuevos retos de justicia penal. Las Rozas (Madrid). La ley, 2008*. “Dado que, inicialmente instrucción y fallo recayeron sobre un mismo órgano judicial, se tomará como punto de partida la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988 de 12 de julio, que declara la inconstitucionalidad de dicho sistema de enjuiciamiento introducido por la Ley 10/80. A partir de ese momento y por imperativo constitucional, el legislador español hubo de rediseñar el hasta entonces vigente proceso penal a fin de otorgar la fase instructora y la de enjuiciamiento a dos órganos públicos diferentes. Puesto el legislador en la tesitura de optar entre el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial como órganos instructores, optó por esta segunda posibilidad, contraviniendo, por otra parte, las corrientes europeas del momento. Así fue la LO 7/88 reguladora del procedimiento abreviado, la que, en un intento – frustrado por cierto, de zanjar esta cuestión, consagró el sistema de instrucción judicial, si bien ampliando notablemente las facultades de investigación e intervención del Ministerio Fiscal”. Pág. 166.

⁷⁹ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “Filosofía y principios de los juicios rápidos”. *La ley. Nº 2, diciembre de 2002*. Pág. 2.

2.4. La atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal en la LO 4/1992, de 5 de junio, como antecedente inmediato de la LORPM.

La razón de ser de la LO 4/1992, según su propia Exposición de Motivos, es la necesidad de regular un proceso ante los Juzgados de Menores, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM. La urgencia de la adaptación de la legislación tutelar de menores a las exigencias planteadas por el TC, fue aprovechada por el legislador para modificar la denominación de la vigente normativa, pasando la LTTM a denominarse Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores (Disposición Adicional Primera) y para reformar o derogar algunos preceptos de la legislación tutelar de 1948.

La LO 4/1992 era una ley de reforma urgente y parcial. Urgente, porque debía darse una pronta respuesta legal al vacío normativo creado por la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM, que hasta esa fecha se había tratado de llenar mediante la actuación de los jueces de menores y la Instrucción de la FGE 2/1992. Parcial, porque en principio su objetivo se limitaba a sustituir el antiguo art. 15 de la LTTM, estableciendo una serie de reglas procesales, quedando en vigor en todo lo demás la legislación tutelar, sin perjuicio de que en un futuro más o menos inmediato se abordara la elaboración de un nuevo texto legislativo que viniera a sustituir a la vieja LTTM, en cumplimiento del mandato establecido en la Disposición Adicional Primera. Así lo pone de manifiesto la Exposición de Motivos cuando establece: “La presente ley tiene el carácter de una reforma urgente que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”⁸⁰.

Pero la LO 4/92 no fue precisamente provisional, pues se aplicó hasta la entrada en vigor, en enero de 2001, de la LORPM. Y aun siendo una reforma parcial, fue más allá del mero establecimiento de unas reglas procesales para suplir el derogado art. 15 de la LTTM, modificando otros preceptos y anticipándose a la futura legislación de

⁸⁰ En los debates parlamentarios, el representante del Grupo Socialista, Sr. Del Campo Casasús, puso de manifiesto que la ley respetaba las garantías procesales y favorecía el interés del menor, lo cual debía ser incorporado a la futura legislación de menores. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 191. Presidencia del Excmo. Sr. D. Juan Muñoz García, Vicepresidente Primero. Sesión Plenaria núm. 185, celebrada el jueves 21 de mayo de 1992. Orden del día: Enmiendas del Senado al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Pág. 9389. El Ministro de Justicia, De La Quadra Salcedo y Fernández del Castillo, recordaba que se trataba de una reforma que debía abordar únicamente aquello que había sido objeto de declaración de inconstitucionalidad y no por tanto una reforma de conjunto. Sin embargo, el representante del Grupo de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, Sr. Castellano Cardalliaguet, criticaba duramente que se hubiese optado por una vía represiva más que por una ley de inspiración protectora, vaticinando que la supuesta reforma provisional, parcial y urgente pudiera convertirse en una reforma total y que habría de estar en vigor por muchos años. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazábal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes de la Comisión sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Págs. 8509 y 8513

menores, que, como se verá, está claramente inspirada en esta ley. Así se pone de manifiesto en los debates parlamentarios, en que fue duramente criticado el hecho de que la LO 4/1992 diera un paso más y con el pretexto de adaptar la legislación de menores a las garantías constitucionales, transformara el modelo tutelar en un auténtico juicio que criminalizaba el tratamiento de la delincuencia juvenil⁸¹. Por otra parte, fue objeto de censura por otros el hecho de que la nueva ley se hubiera limitado a “parchear” de forma “parcial y apresurada” la legislación tutelar, corrigiendo el procedimiento, y no se hubiese aprovechado la oportunidad para renovar la filosofía que inspiraba la LTTM, creando una nueva ley del menor, pues se intuía que la vigencia de la LO 4/92 se iba a prolongar bastante más tiempo del que se esperaba de una reforma provisional⁸².

⁸¹ Por el representante del Grupo Izquierda-Iniciativa per Catalunya, Sr. Castellano Cardalliaguet, en el debate de la enmienda presentada, criticaba que “la reforma urgente y parcial que hoy va a aprobar la Cámara configura un auténtico juicio de menores, un proceso con todas y cada una de sus características (...) y no se va a apoyar porque encontramos una gravísima objeción a su aprobación: este proyecto ignora por completo el principio de inimputabilidad”. Según seguía exponiendo, “se abandona la tutela paternalista que tenía la anterior legislación, pero se centra realmente en la configuración de un auténtico juicio especial”. La enmienda que proponía pretendía que se configurara, más que un juicio, una intervención de naturaleza más administrativa que judicial, para que la jurisdicción de menores fuera una “jurisdicción que tutela, vigila, observa y garantiza un expediente administrativo de carácter corrector, pero no un auténtico juicio especial”. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazábal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes de la Comisión sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Págs. 8512 a 8514. Por su parte, el representante del Grupo CDS, Sr. Santos Miñón en los debates a la totalidad, calificaba la reforma de “ocasión desaprovechada”. De otro lado, la representante del Grupo Euskadito Ezkerra, Sra. Garmendia Galbete, calificó la reforma de “parcialísima”: “todo esto tiene que ver con la necesidad de sustituir la filosofía que inspira la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948. Pues bien, con esta reforma parcial, sin ninguna duda, sigue en vigor la filosofía correccionalista que inspira la ley y que hoy en día no se puede admitir por el respeto a la dignidad de la persona (...) y que es imposible mediante una reforma parcial, sustituirla por otra conforme a la Constitución, intención que ha existido en esta propuesta”. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1991. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazábal. Sesión Plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Debate de totalidad de iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Págs. 7737, 7742 y 7743.

⁸² El representante del grupo parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, Sr. Castellano Cardalliaguet mostraba su oposición al proyecto: “A ustedes no se les oculta que este proyecto de ley lo que supone es más que la reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, la reforma parcial y apresurada de una ley a todas luces necesitada de derogación total. Con este proyecto de ley—como tantas veces se ha dicho aquí de otras leyes—se trata, ni más ni menos, que parchear una ley absolutamente franquista, que parece ser ustedes asumen en su filosofía y lo único que quieren es corregir el procedimiento. Si ustedes repasan la Ley de Tribunales Tutelares de Menores verán que es absolutamente insostenible que en el año 1991, con la Constitución en la mano y a la luz de los avances que ustedes conocen suficientemente de lo que es el cuidado del niño, el avance de las ciencias auxiliares de carácter psicológico psicopedagógico; verán, como digo, que si en aquella época pudo estar justificada una legislación como ésta, hoy evidentemente no lo está”. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1991. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazábal. Sesión Plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Debate de totalidad de iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Pág. 7740.

La ley, según su propia Exposición de Motivos, configura “un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar las medidas aplicables a los menores”, dando especial relevancia al interés del menor. Como expone MARTÍN OSTOS, se hablaba de un proceso flexible y especializado por razón del sujeto, ya que debe atender al interés del menor, que goza de todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento constitucional y cuyo límite de actuación lo constituyen los hechos susceptibles de ser tipificados como infracciones penales⁸³. No obstante, y pese a mantener la vigencia de la legislación tutelar, no se puede desconocer que el modelo diseñado en la LO 4/92 respondía también a la preocupación ante el incremento de la delincuencia juvenil, por lo que se acentúan las medidas de represión⁸⁴.

2.4.1. La nueva figura del fiscal investigador.

La principal novedad de esta ley de reforma era la atribución de la dirección de la investigación y la iniciativa procesal al Ministerio Fiscal, lo cual se justifica, según la Exposición de Motivos, en la necesidad de preservar la imparcialidad del juzgador. Se consagraba el principio de oportunidad, por lo que al Ministerio Fiscal se concedían amplias facultades en orden a la terminación del proceso. Una sencilla y escueta explicación bastó al legislador para exponer los motivos de la configuración del Ministerio Fiscal como director de la investigación, en lugar de la clásica figura del juez instructor, más propia de nuestro sistema procesal⁸⁵, a pesar de la trascendencia de esta decisión, que podría servir de base o incluso de pretexto para la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción en el proceso penal español, con carácter general, tal y como se ha venido discutiendo desde años atrás en relación con las posibles reformas de la LECrim. en este sentido.

Como se explicará más detenidamente en el próximo capítulo, la confusión acerca de la naturaleza verdaderamente penal o más bien educativa o tutelar del proceso de menores, propició la adopción de este modelo procesal. La decisión de atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal, tomada por las razones de urgencia ya expuestas, supone una gran innovación procesal, pues chocaba de alguna manera con nuestro

⁸³ Vid. MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores...” op. cit., págs. 151 y ss. Este autor califica esta ley como “un galimatías añadido a la caótica situación normativa de la jurisdicción de menores en nuestro país” y afirma que la nueva regulación deja subsistente la antigua LTTM, aunque la Disposición Adicional Primera le da otro nombre.

⁸⁴ Vid. COY, E. y TORRENTE, G. “Intervención...” op. cit., págs. 40. Según estos autores, se trata del modelo de justicia que subyace “a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de occidente y que se enmarca dentro de la corriente de pensamiento neoliberal, que acentúa el carácter de peligrosidad social del menor desviado ante el incremento que paulatinamente se viene observando en el ámbito de la delincuencia juvenil y en el que se acentúan las medidas de represión y de control social y policial”.

⁸⁵ “Así se dispone que la dirección de la investigación y la iniciativa procesal corresponderán al Ministerio Fiscal, de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador. A este se le otorgan amplias facultades en orden a la terminación del proceso con el objetivo de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo puede llegar a producir”. Vid. Exposición de Motivos de LO 4/1992, de 5 de junio. Párrafo 3.

sistema, ya que ni siquiera la LOTJ, algo posterior, que reforzó la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos por delitos cuyo enjuiciamiento correspondía al jurado, apostó por este nuevo modelo, sino que continuó atribuyéndole la instrucción del proceso a un órgano jurisdiccional⁸⁶.

Esta opción del legislador fue en su momento duramente criticada por la doctrina. En este sentido, MARTÍN OSTOS censuraba que esta atribución se llevara a cabo “sin un gran debate científico ni político”, pese a la trascendencia de la misma⁸⁷. La Exposición de Motivos explica, como se ha dicho, que la dirección de la investigación y la iniciativa procesal corresponderían al Ministerio Fiscal, “de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador”. Pero algunos sectores doctrinales entienden que esta finalidad pudiera haberse alcanzado de otro modo, por ejemplo, estableciendo un juez instructor de menores y un juez de enjuiciamiento de menores, al modo del proceso de adultos, como se expondrá con mayor profundidad en el capítulo siguiente⁸⁸.

El proceso de menores ha sido utilizado en ocasiones como un ensayo de instituciones que después se han incorporado al derecho penal de adultos⁸⁹. Este modelo que el legislador no se atrevía, ni a día de hoy se ha atrevido todavía a implantar en el proceso de mayores, se contemplaba, sin embargo, como la más adecuada al proceso de menores, precisamente, por la naturaleza educativa y tutelar que se atribuía al mismo, y por las competencias tuitivas clásicamente atribuidas al Ministerio Fiscal como órgano encargado de velar por la protección de los derechos e intereses de los menores, como explicaba la Instrucción de la FGE 2/1992. Al considerarse el proceso de menores como una intervención de naturaleza educativa, se entendió que el Ministerio Fiscal era el órgano más adecuado para ostentar la dirección de la investigación en este proceso, en coherencia con la función tuitiva y protectora del mismo, pues se trataba de una investigación orientada no tanto a sancionar al menor como a la adopción de la medida más adecuada a su personalidad e interés en orden a la educación del mismo⁹⁰.

⁸⁶ Vid. GUERRERO PALOMARES, S. *El principio acusatorio*. 2ª edición. Cizur Menor (Navarra). Thompson-Aranzadi, 2009. Págs. 166 y ss.

⁸⁷ MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores...” op. cit., págs. 151 y ss. Este autor llama la atención sobre “la gravedad e importancia de tal medida, y de denunciar, a riesgo de incurrir en excesiva reiteración como se consumó, sin el mínimo debate político ni científico al respecto, a pesar de la importancia histórica de la decisión”. Añade que “no podemos resistirnos a destacar la relación existente entre esta innovación y la prohibición del ejercicio de acciones por particulares”.

⁸⁸ Vid. MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores...” op. cit., págs. 151 y ss. Considera este autor que podría haberse optado por el establecimiento de un juez para la investigación y otro distinto para el enjuiciamiento y fallo, a semejanza de otros países de nuestro entorno. También en este sentido, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “Propuestas para una reforma del proceso de menores”. *Revista del poder judicial*, 79-2005. Págs. 266 y ss.

⁸⁹ Es el caso de la libertad vigilada, introducido en nuestro CP tras la última reforma del mismo operada por la LO de 22 de junio de 2010, o del instituto de la conformidad, que fue tomado por nuestro ordenamiento jurídico del derecho penal de menores comparado.

⁹⁰ En este sentido, se pronunciaba la Circular de la FGE 3/1984, sobre actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores, cuando establecía en el apartado I: “La intervención del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores, mejorará la adecuada protección de los menores, logrando que los mismos puedan disfrutar de unas adecuadas medidas de protección o

Esta opción no fue sin embargo pacífica durante los debates parlamentarios. Así, en la sesión de 12 de diciembre de 1991, el representante del Grupo CDS, consideraba que la acusación por el Ministerio Fiscal contravenía el propio EOMF, pues se le atribuía la función de investigar y acusar al mismo órgano encargado de velar por la protección de los derechos e intereses del menor⁹¹. El representante del Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya criticó que se hubiera aprovechado la reforma para, tal y como se pretendía también en la legislación penal ordinaria, y por la creciente preocupación ante la comisión por menores de hechos de cierta gravedad, sustituir la figura del “juez imparcial instructor” por la del fiscal “no imparcial”, regido por el principio de dependencia jerárquica, más considerado como una “figura de acusación que de defensa”, destacando que el propio CGPJ había advertido frente a “estas desmedidas facultades del Ministerio Fiscal que convierten al juez realmente en un puro testigo del proceso que el fiscal fabrica”⁹². Por su parte, el Grupo Catalán ponía de manifiesto lo paradójico del modelo proyectado, pues la instrucción podría convertirse en algo totalmente contradictorio con la voluntad educativa propia de cualquier acción tutelar con menores, y estimaba más adecuado mantener la competencia en la clásica

transformar sus circunstancias personales y hábitos de conducta, mediante su reforma, que los haga capaces del correcto uso de su libertad y les permita la participación en la vida política, económica, cultural y social en un plano de igualdad con sus conciudadanos”. También DOLZ LAGO ve en la función tuitiva tradicionalmente encomendada al Ministerio Fiscal, que le ha valido la denominación de “Magistratura de Amparo” la justificación de la atribución al mismo de la dirección de la investigación. A juicio de este autor esta nueva función del Ministerio Fiscal “es una metamorfosis que confusamente podría abocarnos a una gran paradoja, cual es la contradictoria función acusadora y defensora del menor por parte del Ministerio Fiscal, que sólo puede ser salvada bajo la consideración del carácter no penal del procedimiento correccional o educativo”. Vid. DOLZ LAGO, J. M. “El Fiscal...” op. cit., págs. 1 y 2.

⁹¹ Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazábal. Sesión Plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Debates a la totalidad sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Pág. 7739. En este mismo sentido, el Grupo CDS consideraba contradictorio que el Ministerio Fiscal pasara a ser acusador e instructor, pues su Estatuto Jurídico es el de defensor de los derechos del niño, de forma que entendía que el proyecto, so pretexto de amparar los derechos procesales del menor, configuraba un proceso en que sólo se atendía a las consecuencias jurídicas de la infancia, y no a sus causas, “mira al delito y no al niño”. Vid. Diario de Sesiones del Senado. IV legislatura. Núm. 157. Comisión de Justicia. Presidencia de D. Joaquín Ruíz Mendoza. Sesión celebrada el miércoles 6 de mayo de 1992. Orden del día: Dictaminar el proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (621/000070). Pág.2.

⁹² En concreto, el Sr. Castellano Cardalliaguet, representante del Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, advertía que “se aprovecha esta sentencia del Tribunal Constitucional para que algo que se está tratando de meter de rondón en la legislación penal ordinaria, que es la sustitución de la función del juez imparcial instructor por la del fiscal, que de imparcial no tiene nada y no hay más que acudir a su Estatuto, se nos cuele ya en este proyecto de ley (...) No es ése el sentido que tiene el art. 39 cuando se refiere a los derechos del niño”. Aunque consideraba que habría sido un buen momento para la desaparición del juez de menores, y la asunción de sus funciones por el Juzgado de Familia, lo que proponía es la configuración de un modelo de corte administrativo y protector. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazábal. Sesión Plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Debates a la totalidad sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Pág. 7741.

figura del juez de menores⁹³. También el Grupo Popular contemplaba con recelo la consagración de la investigación por el Ministerio Fiscal, pues consideraba que el art. 117 de la CE, cuando atribuye a los jueces la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, les está otorgando competencia para toda actividad procesal, y que el Ministerio Fiscal no forma parte del poder judicial, sino que es una parte del proceso, que además depende jerárquicamente del Gobierno, criticando la sustracción al juez de la competencia para iniciar un proceso, y la atribución al Fiscal de esta facultad, pues implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales⁹⁴.

En la sesión de 18 de marzo de 1992, el problema de la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal fue nuevamente puesto de manifiesto por el Grupo Popular como principal objeción al modelo configurado⁹⁵. El Grupo Popular contemplaba la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal como un anticipo o ensayo del papel que en el futuro iba a tener el fiscal en los procesos penales en España, y mostraba su preocupación por la posibilidad de que esta dirección iniciada en el proceso de menores se pudiera seguir más adelante para otros procedimientos penales⁹⁶.

⁹³ Vid. El Sr. Cuatrecasas y Membrado, como representante del Grupo Convergencia i Unió, manifestaba: “En definitiva también centramos la actuación en el juez de menores. Si esta institución ha sido reconocida, ¿para qué desplazar la actuación básicamente a manos del Ministerio Fiscal? Que sea el juez el que pueda tomar la iniciativa, evidentemente a instancias también del Ministerio Fiscal, cuando corresponda, para llevar por sí mismo todas las actuaciones necesarias de cara a la corrección de los aspectos delictivos”. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Debates a la totalidad sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Pág. 7749 y 7750.

⁹⁴ El Sr. Jordano Salinas, representante del Grupo Popular, criticaba que el proyecto atribuía facultades jurisdiccionales al Ministerio Fiscal, hasta el punto de que el juez que tuviera conocimiento de un hecho delictivo cometido por un menor estaba obligado a ponerlo en conocimiento del fiscal pero sería éste y no el juez quién decidiría sobre la incoación o no del expediente. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Debates a la totalidad sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Pág. 7751.

⁹⁵ El Sr. Jordano Salinas, representante del Grupo Popular, en la defensa de las enmiendas presentadas, calificaba el proyecto de “clara invasión de la Administración en el campo de la jurisdicción” y sostenía que “si bien jueces y fiscales tienen formación jurídica similar, es lo cierto que no ocupan el mismo papel en nuestro procedimiento”. Añadía que “este proyecto cambiaría radicalmente la línea constitucional, encomendando al fiscal el impulso procesal, atribuyéndole un papel nuevo que ninguna otra ley procesal le adjudica. Esto obligará a ponerse en guardia porque el Ministerio Fiscal se rige por un claro principio de dependencia jerárquica y ejemplos muy recientes existen de este criterio disciplinario en el sentido de imponer los criterios del Fiscal General del Estado a cada uno de los fiscales que actúan”. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Pág. 8502.

⁹⁶ El representante del Grupo Popular se preguntaba, a la vista de problema que suscita el principio de dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal, si ésta es la línea que se quiere seguir en España para el resto de procesos. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 168,

Ante semejantes objeciones, se planteaban modelos alternativos, como fue el caso de la enmienda 162 presentada por el Grupo CDS, que proponía que en los municipios donde no existiera juez de menores, fuera el juez de paz quién llevase la investigación, precisamente por la mayor intermediación, por conocer mejor las circunstancias de éste y por evitar desplazamientos del menor y sus familiares a la capital de provincia⁹⁷. El Grupo Popular hallaba la posible solución en el establecimiento de la figura del juez de menores instructor y del juez de menores juzgador, al modo de la jurisdicción de adultos⁹⁸, propuesta, que, como después veremos, también ha sido acogida por algunos sectores doctrinales. Uno de los motivos por los que estas propuestas no fueron acogidas fue la inversión económica que suponía el desdoblamiento entre jueces especialistas en menores instructores y sentenciadores, y el desaprovechamiento de recursos que esta alternativa conllevaba, frente a la opción del Ministerio Fiscal, al que simplemente se atribuía una función más, casi como una “prolongación” de las que ya tenía encomendadas en materia de protección menores⁹⁹.

En cambio, el Grupo Socialista veía en figura del fiscal instructor el medio más satisfactorio en que podría colmarse el derecho a la tutela judicial efectiva y preservar la imparcialidad del juzgador, entendiendo que las funciones que se atribuyen al Ministerio Fiscal tenían cabida dentro de la CE y del EOMF y suponían un reforzamiento del papel protector que desde siempre ostentaba dicho órgano¹⁰⁰. El

celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061).

⁹⁷ Al mismo tiempo se proponía por el Sr. Santos Miñón, del Grupo CDS, en la enmienda 190 llenar de contenido a los jueces de menores, atribuyéndoles la competencia en materia de potestad, tutela, y adopción, descargando a los Juzgados de Familia. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Pág. 8514 y 8515.

⁹⁸ Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Pág. 8522.

⁹⁹ DOLZ LAGO, M. J. censura que la atribución de esta función al Ministerio Fiscal no fuera acompañada de la necesaria inversión e infraestructura. Para un desarrollo más detallado de este problema, vid. “La experiencia de las fiscalías de menores como sistema acusatorio desde la perspectiva de la instrucción penal a cargo del Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley*, nº 6828, Sección Doctrina, 26 de noviembre de 2007. Año XXVIII, Ref D- 255, Editorial La Ley. *La Ley 6318-2007*. Pág. 1 a 10. En este mismo sentido, el Grupo Popular, en su intervención en las sesiones del Senado a través de la Sra. Vindel López, ponía de manifiesto que a la figura del fiscal, en su triple función de garante de la legalidad, protector del menor y vigilante de las actuaciones de las entidades públicas, se le había privado de los medios necesarios para cumplir estos fines. Vid. Diario de las Sesiones del Senado. IV Legislatura, núm. 114. Presidencia del Excmo. Sr. Juan José Laborda Martín. Sesión del Pleno celebrada el jueves 14 de mayo de 1992. Orden del día: Dictámenes de comisiones sobre proyectos y proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados. Pág. 6203.

¹⁰⁰ Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de

Ministerio Fiscal asumiría así un nuevo papel, y se daba salida al problema que suponía tener que contar con jueces instructores y jueces sentenciadores para evitar la contaminación del juzgador¹⁰¹.

2.4.2. Procedimiento diseñado por la LO 4/1992.

Para entrar a analizar el nuevo proceso configurado para la jurisdicción de menores, debemos tomar como punto de partida el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la ley del menor. La LO 4/92 establece que los jueces de menores serían competentes para conocer de los hechos cometidos por menores tipificados como delitos o antiguas faltas en las leyes penales (art. 1, que modifica el art. 9 de la antigua LTTM, llamada a partir de entonces Ley de Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores). Se mantiene, no obstante, la competencia para conocer de determinadas faltas cometidas por mayores de edad penal. Se fija en doce años el límite mínimo para la competencia objetiva de estos órganos, de modo que el menor de dicha edad que hubiera cometido un hecho tipificado como delito o antigua falta, sería puesto a disposición de las instituciones administrativas de protección de menores. Se establece la mayoría de edad penal como tope máximo para la competencia de los órganos jurisdiccionales de menores, sin referencia a una edad concreta, a diferencia de la regulación anterior que lo fijaba en dieciséis años, lo que facilitó el aumento a los dieciocho años tras la promulgación del CP de 1995 (art. 9 de la ley tras la modificación introducida por el art. 1).

La LO 4/92 disponía en el nuevo art. 15 que correspondería al Ministerio Fiscal acordar la incoación del oportuno expediente y que éste dirigiría la investigación de los hechos, ordenando que la policía judicial practique las actuaciones que estime pertinentes para su comprobación. Al Ministerio Fiscal le correspondía, pues, la defensa de los derechos, la observancia de sus garantías, el cuidado de la integridad física y moral del menor, impulsar el procedimiento, y solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pudiera efectuar por sí mismo (regla 2ª del núm. uno del art. 15). Erigido el Ministerio Fiscal en director de la investigación, el juez de menores aglutinaba determinadas competencias durante la fase de instrucción, como garante de derechos y libertades, el conocimiento de la fase intermedia, de la fase de

Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061). Pág. 8520.

¹⁰¹ El Grupo Socialista exponía: “En la reunión de Jueces de menores, a que su señoría ha hecho referencia, hubo varias intervenciones. En una de ellas, el Sr. Rubio Llorente, Magistrado del Tribunal Constitucional que fue ponente de la Sentencia que declaró inconstitucional el art. 15 de la LTTM, dijo que una de las tesis a tener en cuenta para encontrar una salida a la necesidad de que el juez que instruya no sea el mismo que el que falle o a la inversa, sería probablemente la de una mayor participación del Ministerio Fiscal en la investigación, y, en su caso, en la instrucción”. Vid. Diario de las Sesiones del Senado. IV Legislatura, Núm. 114. Presidencia del Excmo. Sr. Juan José Laborda Marín. Sesión del Pleno celebrada el jueves 14 de mayo de 1992. Orden del día: Dictámenes de las comisiones sobre proyectos y proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados. Pág. 6201.

audiencia, y una serie de funciones en materia de ejecución. Correspondía al juez de menores, cual juez de garantías durante la fase de instrucción, el control de la investigación realizada por el Ministerio Fiscal, la adopción de las medidas cautelares, la realización de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales y el sobreseimiento por los motivos expuestos en la LECrim., entre otras funciones.

Se distingue así entre las funciones de investigación propiamente dichas, que se encomiendan al fiscal, y las funciones de garantía de derechos o de naturaleza jurisdiccional, que quedan reservadas al juez de menores, distinción que, como veremos, está en la base de las doctrinas que propugnan la atribución al fiscal de la investigación en todos los procesos penales.

Cuando el fiscal tuviera conocimiento de la presunta comisión de un delito o falta por parte de un menor, debía acordar, en su caso, la incoación del oportuno expediente, dando cuenta al juez de menores. En los demás casos, éste no tendría conocimiento de la denuncia presentada contra un menor. En caso de que acordara la remisión de lo actuado a otro órgano, u ordenara el archivo de la denuncia, debería notificarlo al denunciante y a las víctimas (art. 5 del EOMF y art. 785 bis de la LECrim.), pero no se establecía que debiera comunicarlo al Juzgado de Menores.

El fiscal debía ordenar la práctica de las diligencias imprescindibles para decidir sobre la procedencia de las medidas a imponer al menor, debiendo evitar la repetición de las diligencias ya practicadas, que, en su caso, se dejarían para el acto de la audiencia. La declaración del menor se reservaba para la comparecencia ante el juez. La práctica de ciertas diligencias que el Ministerio Fiscal no puede realizar por sí mismo, habrían de solicitarse necesariamente al juez de menores y ser acordadas, en su caso, por éste. Es el caso de la entrada y registro en lugar cerrado, las intervenciones corporales y la interceptación de comunicaciones, entre otras. Los reconocimientos en rueda solo debían llevarse a cabo en caso de resultar imprescindibles, sin necesidad de que el fiscal solicitara autorización judicial¹⁰². El Ministerio Fiscal podía acordar, en casos excepcionales, medidas urgentes como la detención, debiendo ponerlo en conocimiento del juez, con aplicación al menor detenido de los derechos reconocidos en la LECrim. (regla 3ª del núm.1 del art.15).

Desde el momento en el que pudiera resultar la imputación al menor de un delito o antigua falta, el fiscal debía requerir del equipo técnico la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pudiera haber influido en el hecho que se le atribuyese (regla 4ª del núm. 1 del art. 15).

Aunque por cada hecho se abría un procedimiento, debe tenerse en cuenta la existencia en la jurisdicción de menores del denominado “expediente único”, que era, y sigue siendo, una especie de fichero de cada menor donde consta “el historial” del

¹⁰² Instrucción de la FGE 1/93, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley 4/92, de 5 de junio.

mismo, de modo que cada vez que tenga lugar un nuevo hecho delictivo, simplemente habrá de actualizarse, lo que permite un mejor seguimiento del menor, y facilita la elaboración de estos informes. Una vez emitido dicho informe, el Ministerio Fiscal lo trasladaba al juez de menores (regla 6ª del número 1 del art. 15).

Por lo que respecta a las medidas cautelares, el Ministerio Fiscal podía solicitar del juez de menores la adopción de las medidas que fueran necesarias para la protección y custodia del menor, debiendo resolver el juez en atención al interés de este. En cuanto a la medida cautelar de internamiento en centro cerrado, podía ser acordada, a solicitud del fiscal y a la vista de la gravedad de los hechos, la repercusión de los mismos y las circunstancias personales y sociales del menor, por el tiempo imprescindible, debiendo ser revisada transcurrido un mes (regla 5ª del núm. 1 del art. 15). Para su adopción se celebraba una comparecencia, semejante a la regulada en el actual art. 505 de la LECrim., en la que debía oírse al menor, a su abogado, a un miembro del equipo técnico y al Ministerio Fiscal.

En caso de continuar el expediente por no ser procedente el sobreseimiento por aplicación del principio de oportunidad, al que después se hará referencia, se celebraba una comparecencia, a la que el juez debía convocar al menor, que podía hacerse asistir de abogado, a sus representantes legales, al Ministerio Fiscal, al equipo técnico, y a aquellas personas que estimara oportuno. En esta comparecencia, que venía a ser una especie de audiencia preliminar, el juez informaba al menor de forma adecuada a su edad y en lenguaje comprensible, de los hechos que se le imputaban, de sus derechos, en particular, su derecho a ser asistido de letrado y a no confesarse culpable, y se le recibía declaración en caso de que deseara prestarla (regla 6ª del núm. 1 del art. 15). En función del resultado de la comparecencia y del informe del Ministerio Fiscal, el juez de menores podría o bien imponer la medida de amonestación por acuerdo, dando por finalizado el expediente, o bien adoptar algunas de las decisiones establecidas en la regla 11ª, que son las siguientes: acordar el sobreseimiento; remitir al menor a las instituciones administrativas correspondientes para la adopción de medidas educativas, si los hechos no revestían gran trascendencia y en su comisión no se hubiera empleado violencia ni intimidación, sin necesidad de petición del Ministerio Fiscal; remitir las actuaciones al juez competente, en su caso; y acordar la celebración de la audiencia (regla 7ª del núm. 1 del art. 15). Por tanto, el juez conservaba importantes facultades en orden al sobreseimiento o a la remisión de las actuaciones a las instituciones administrativas para la adopción de medidas de carácter educativo, decisión para la que no se requería de previa petición del Ministerio Fiscal.

Una vez que el Ministerio Fiscal declaraba concluido el expediente, debía elevarlo al Juzgado de Menores, junto con un escrito de alegaciones, similar al escrito de conclusiones provisionales de la jurisdicción de adultos, en que solicitaría la apertura de la audiencia, el sobreseimiento o la imposición de la medida de amonestación (regla 8ª del núm. 1 del art. 15).

Aunque este trabajo se centra en la fase de instrucción, conviene hacer una breve referencia al desarrollo del resto del proceso, a fin de tener una visión de conjunto del mismo. Por lo que respecta a la fase de audiencia, en caso de solicitar la apertura de la misma, el fiscal, en el escrito de alegaciones, debía calificar jurídicamente los hechos, y solicitar la práctica de prueba y la imposición de la medida más conveniente. Una vez que se abría la fase de audiencia, se daba traslado al abogado del menor para presentar escrito de defensa, y se convocaba la audiencia, a la que debían asistir el Ministerio Fiscal, un miembro del equipo técnico, el menor asistido de Letrado y los representantes legales del menor, salvo que se estimase, oído el Ministerio Fiscal, que no era conveniente su presencia (reglas 12ª a 14ª del núm. 1 del art.15). La audiencia equivale por tanto al juicio oral de la jurisdicción de adultos. Pero se establecían algunas restricciones al principio de publicidad, de modo que el juez podría acordar en interés del menor que las sesiones no fueran públicas, pero no se le permitía autorizar la obtención o difusión de imágenes del menor ni de sus datos por los medios de comunicación social (regla 14ª del núm.1 del art. 15). El desarrollo de la audiencia era semejante al juicio oral de la justicia de adultos.

Al inicio de la sesión, después de que el juez informara al menor en un lenguaje comprensible de los hechos que se le imputaban y de las medidas solicitadas, se regulaba un trámite de conformidad. A tal efecto, se le preguntaba al menor si se reconocía autor de los mismos y prestaba su conformidad. Si reconocía los hechos y se mostraba conforme con la medida solicitada, el juez, oído el miembro del equipo técnico compareciente, dictaba acuerdo de conformidad con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal (regla 16ª del núm.1 del art. 15).

Si el menor no prestaba conformidad, se procedía a la práctica de la prueba, y finalmente informaban el Ministerio Fiscal y el abogado defensor del menor sobre la valoración de la prueba, la calificación de los hechos y la medida a imponer. Al final del acto se oía al miembro del equipo técnico compareciente y al propio menor (regla 17ª del núm.1 del art. 15). Tras la celebración de la audiencia, el juez dictaba resolución, en la que se valoraban las pruebas, las razones expuestas por la acusación y la defensa, la gravedad de los hechos, las circunstancias del menor, su personalidad, necesidades, situación, entorno familiar y social, y se acordaba la medida que fuera más adecuada al interés del menor (núm.1 del art. 16, según la redacción dada por el art. 2 de la LO 4/92).

Las medidas que podían imponerse, cuya duración no podría exceder, salvo excepciones, de dos años, eran las siguientes: amonestación o internamiento de uno a tres fines de semana; libertad vigilada; acogimiento por otra persona o núcleo familiar; privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores; prestación de servicios en beneficio de la comunidad; tratamiento ambulatorio o ingreso en centro terapéutico; e ingreso en centro de régimen abierto, semiabierto o cerrado (art.17, tras la redacción dada por el art. 4 de la LO 4/1992). En atención al interés del menor, se permitía que aún después de dictada resolución, la medida impuesta, salvo la amonestación o el internamiento de fin de semana, pudiera verse reducida o dejarse en

suspensión por el juez de menores, de oficio o a instancia del abogado o del Ministerio Fiscal, por un plazo máximo de dos años, a la vista de los informes emitidos sobre su cumplimiento (art. 23, en la redacción dada por el art. 5 de la LO 4/1992)¹⁰³.

2.4.3. El principio de oportunidad en la LO 4/1992.

La LO 4/92, junto con la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción del proceso de menores, consagró por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico el denominado principio de oportunidad, al que ya hacía referencia la Instrucción de FGE 2/92, de 13 de febrero. A este principio, por su trascendencia, daremos un tratamiento más pormenorizado en el capítulo siguiente. Por lo que aquí interesa, basta adelantar que este principio permite al fiscal el no ejercicio de la acción penal en determinados supuestos en que concurren todos los presupuestos para ello. Su interés se debe a que, aunque este principio puede compatibilizarse con un modelo de juez instructor, suele vincularse con los sistemas procesales que atribuyen al fiscal la fase de investigación y acompaña las diversas propuestas que en este sentido se han realizado para el proceso de adultos¹⁰⁴. La LO 4/92 contempla el posible archivo por aplicación del principio de oportunidad siempre que se den ciertos requisitos.

2.4.3.1. Reparación.

El primero de estos supuestos tiene lugar antes de la celebración de la comparecencia. Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o a que el menor hubiese reparado o se comprometiera a reparar el daño causado a la víctima, el juez, a propuesta del fiscal, podía dar por concluidas las actuaciones (regla 6ª del núm. uno del art. 15). La facultad del juez queda condicionada a la petición del Ministerio Fiscal. El término “podrá” induce a pensar que la petición del fiscal en este sentido no tenía carácter vinculante, si bien si se tiene en cuenta que el Ministerio Fiscal es el único órgano de acusación, no tendría sentido la continuación del expediente que, en todo caso, se vería abocado al archivo por falta de acusación. Si el juez no está conforme con la petición de archivo del fiscal, podría consultar al superior jerárquico. A su vez, la reparación estaba condicionada, en ocasiones, a una negociación anterior entre las partes a fin de obtener un acuerdo de reparación, que tiene lugar merced al

¹⁰³ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 56 y ss.

¹⁰⁴ En este sentido, GASCON INCHAUSTI, F. “Características de los grandes sistemas de investigación penal del Derecho comparado”. *Cuadernos digitales de formación. Nº 4, año 2011*. Pág 22.

instrumento de la mediación, a través del equipo técnico, cuestión de la que me ocuparé con más detalle en el capítulo siguiente¹⁰⁵.

2.4.3.2. Amonestación.

Un segundo supuesto lo encontramos en la propia comparecencia, y se refiere a la adopción de la medida de amonestación, que permite dar por concluido el expediente. El fiscal podrá solicitarla antes del escrito de alegaciones (regla 7ª del núm. uno del art. 15) o en dicho escrito (reglas 8ª y 9ª del uno del art. 15). El juez de menores, sin necesidad de abrir la audiencia y oído el menor, dictaría el acuerdo que procediera. Sin embargo, si el menor no reconoce los hechos o no se consideran probados debía continuar el proceso. En relación con este supuesto, se plantearon algunas dudas por la doctrina desde la perspectiva de las garantías procesales y particularmente desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia, ya que supone la imposición de una medida, aunque de muy leve entidad, sin practicar una mínima actividad probatoria, ya que la misma no puede tener lugar hasta la celebración de la audiencia¹⁰⁶.

2.4.3.3. Remisión a instituciones administrativas.

La tercera manifestación del principio de oportunidad se encuentra en la posibilidad de remisión del menor a las instituciones administrativas correspondientes para la adopción de medidas educativas y formativas, con determinados requisitos, si los hechos imputados no revestían especial transcendencia y siempre que en su comisión no se hubiesen empleado grave violencia o intimidación. Esto era posible tanto a petición del fiscal (regla 10ª del núm. 1 del art. 15), como de oficio por el juez de menores (regla 11ª, apartado c del núm. 1 del art. 15). Por tanto, el juez podía actuar en contra de la petición efectuada por el fiscal respecto de la apertura de la audiencia. Se

¹⁰⁵ Vid. DOLZ LAGO, M. J. “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”. *Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-131, tomo 3, Editorial La Ley. La Ley 11764/2001*. Págs. 1 a 3.

¹⁰⁶ DOLZ LAGO consideraba que la imposición de la amonestación en la comparecencia, sin practicar prueba sobre los hechos, podría resultar contraria al derecho a no ser condenado sino en virtud de una mínima prueba de cargo que demuestre su culpabilidad reconocido en el art. 24.1 de la CE. Por este motivo, la Fiscalía de Valencia propuso el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que fue aceptada por el juez del Juzgado de Menores nº 1 de Valencia. La comparecencia podría celebrarse sin asistencia letrada, de modo que se estaba celebrando un acto procesal del que se puede derivar una sentencia condenatoria sin tales garantías. Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que la continuación del procedimiento mediante la apertura de la fase de audiencia para la imposición de una medida, como la amonestación, de tan escasa entidad, podría resultar también contraproducente para los intereses del menor, al enfrentarse a un juicio, aun con “publicidad restringida”, pues “no sería proporcional mantener el contenido aflictivo del procedimiento para el menor con objeto de imponer una medida de aflicción inferior a la misma fase procesal que se pretende, a que la amonestación consiste en una simple reprensión privada”. Vid. DOLZ LAGO, M. J. “Algunos aspectos... op. cit., págs. 1 a 3.

concedían, pues, amplias facultades al juez de menores en orden a la terminación anticipada del procedimiento.

2.4.3.4. Reparación extrajudicial.

Por último, se daba otra manifestación del principio de oportunidad en fase de ejecución, a la que me referiré muy brevemente por exceder de los límites de este trabajo. El art. 16, núm. 3 establecía que el juez podía, en atención a la naturaleza de los hechos, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal o del abogado del menor, acordar la suspensión del fallo, siempre que el menor y los perjudicados aceptasen una propuesta de reparación extrajudicial, debiendo ponderarse el valor educativo de la reparación propuesta. Para alcanzar el acuerdo de reparación se acudía a la mediación realizada por el equipo técnico, tal y como veremos en el capítulo siguiente. Tal posibilidad cabía, incluso, a pesar la oposición de los perjudicados, si la misma se consideraba manifiestamente infundada (art. 16, núm.3, conforme a la redacción dada por el art. 3 de la Ley 4/1992). Si el menor incumplía el acuerdo de reparación se revocaba la suspensión y este debía cumplir la medida impuesta.

El Ministerio Fiscal tenía atribuido en este proceso el monopolio del ejercicio de la acción penal, de modo que no era posible el ejercicio de acciones por particulares, quedando excluidos la acusación popular, particular y privada y el actor civil, pues su participación en el proceso se consideraba incompatible con la finalidad educativa del mismo. La ley no modifica el régimen de la responsabilidad civil, a la que no se refiere en ningún momento, por lo que no cabía el ejercicio de acciones civiles derivadas de la comisión de un delito o antigua falta, sino que podrían ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales civiles, correspondiendo a los padres la reparación de los daños causados por los hijos que se encontraran bajo su guarda¹⁰⁷.

La doctrina del momento criticó duramente la LO 4/1992. MARTÍN OSTOS consideraba que el hecho de que se regulara un procedimiento especial para exigir responsabilidad penal al menor tenía su razón de ser en la necesidad de aplicarle unas reglas procesales adaptadas a su proceso de maduración, excluyéndole del rigor de la LECrim., pero no podía privar a éste de ninguna de las garantías procesales, y por ello se mostraba partidario de que se hubiera optado por establecer un doble procedimiento, en atención a la gravedad de los hechos y a la edad del menor¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Para un estudio más detallado del proceso regulado en la LO 4/1992, vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 56 y ss. y MARTÍN OSTOS, J. “El nuevo proceso de menores”. *Diario La Ley 1994*, pág. 1142, tomo I, Editorial La Ley, La Ley 1277-2001. Págs. 3 y ss.

¹⁰⁸ Vid. MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores...” op. cit., págs. 151 y ss. Considera este autor que la regulación de un procedimiento específico para la exigencia de la responsabilidad de los menores no debe suponer la privación de ninguna de las garantías fundamentales. Se saca al menor del “texto rituario criminal de mayores” para aplicarle unas normas procesales más apropiadas a su edad, pero sin que esto suponga un perjuicio para el mismo. La exclusión de los menores de la regulación

ORNOSA FERNÁNDEZ entendió que la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción realizada en la nueva regulación convierte al juez de menores en un “convocado de piedra”, ya que ni siquiera se prevé expresamente que este pueda oír al menor antes de adoptar una medida cautelar. Sostiene la citada autora que si bien la STC nº 186/90, de 15 de noviembre, consagra el principio acusatorio, también se refiere al principio inquisitivo, pues el juez deberá determinar dentro de la fase de instrucción quién es el autor de los hechos. Censuraba, por tanto, el criterio acogido por la LO 4/1992, pues en los últimos años se había realizado un esfuerzo por crear Juzgados de Menores y formar jueces especialistas, mientras que el Ministerio Fiscal carecía de una especialización como tal y no disponía de los recursos necesarios para llevar “el peso de la instrucción”¹⁰⁹.

Sin embargo, CUESTA ARZAMENDI valoraba esta reforma como un avance respecto de la situación anterior, toda vez que se adapta el proceso de menores a las exigencias constitucionales, limitando el objeto del mismo a los menores que hayan cometido infracciones penales, de modo que la intervención no podría ya sustentarse en las conductas irregulares o desviadas que no fueran constitutivas de delito o de la antigua falta. No obstante, la ley presentaba algunas dificultades y contradicciones, precisamente por la mezcla de aspectos penales con otros puramente educativos.

A juicio de este autor, la ley no alcanza su propósito de garantizar la imparcialidad del juzgador, ya que éste, al tomar declaración al menor en la comparecencia, o resolver sobre las medidas cautelares o sobre el sobreseimiento o la apertura de la audiencia, se terminaba contaminando igualmente. Por otra parte, esta atribución de la función investigadora al Ministerio Fiscal deja también en situación de inferioridad a la defensa del menor, frente al acusador-instructor, al no poder recurrir las decisiones del fiscal en la fase de instrucción ni poder solicitar la práctica de diligencias denegadas por aquél¹¹⁰. Como se verá más adelante, este desequilibrio entre las partes o desigualdad de armas es una de las principales objeciones que realiza la doctrina a la introducción en el proceso de mayores de un modelo de investigación por el fiscal.

contenida en el CP de adultos no implica la ausencia de legalidad, sino únicamente la disminución del rigor y la adopción de un enfoque más apropiado a su condición, con tratamiento flexible y personalizado. Por ello propone el establecimiento de dos procedimientos: uno ágil y sencillo, para las antiguas faltas e infracciones de menor entidad; otro para delitos graves. Otra opción es establecer dos procedimientos distintos según la edad del menor combinando este criterio con el de la gravedad del delito.

¹⁰⁹ ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “La nueva regulación...” op. cit., págs. 7 y ss. Esta autora considera que, teniendo en cuenta las especialidades de la jurisdicción de menores, podría haberse logrado de otra forma “la conjugación de la doctrina del juez imparcial y el principio acusatorio con el principio inquisitivo”. Conforme a la STC “el juez de instrucción estará obligado a determinar dentro de la fase instructora quién sea presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente a la comparecencia, que tendrá por objeto permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial, con independencia de que haya prestado declaración entre otras autoridades durante el sumario”.

¹¹⁰ Vid. CUESTA ARZAMENDI, J. L. “La justicia juvenil en España: regulación actual y proyectos en curso (*Juvenile justice in Spain: current regulation and projects underway*)”. Instituto Vasco de Criminología Villa Soroa- Ategorrieta, 1998. Págs. 12 y ss. Según la doctrina, la LO 4/1992 había tratado de combinar varios modelos difíciles de armonizar: el modelo tutelar, que está centrado en la educación, en interés del menor y por ello no considera que éste necesite una especial protección de sus derechos; el judicial-penal, que tiene por finalidad dar respuesta a la infracción, sin perjuicio de la educación del menor y con respeto a sus derechos; y un tercer modelo, que tiende a la desjudicialización.

Mayores problemas presentaba para la doctrina la determinación de la naturaleza jurídica del proceso creado por la LO 4/1992. GÓMEZ COLOMER considera que esta ley no establecía un auténtico proceso penal de menores, puesto que el menor, conforme a lo dispuesto en el art. 8.2 del CP de 1973, que seguía vigente en ese momento, era inimputable. Por ello entiende que la LO 4/1992 se limitaba a adecuar el proceso de menores de la legislación de 1948 a las garantías constitucionales, pero manteniendo el modelo tutelar¹¹¹. Esta cuestión, sobre la que volveremos en el capítulo siguiente, fue debatida durante la tramitación parlamentaria de la ley, en que algunos grupos parlamentarios consideraron que se había optado por un verdadero juicio penal, abandonando el tratamiento administrativo de esta materia y dejando de lado el carácter educativo de la intervención, en tanto que otros entendieron que, pese a las modificaciones introducidas, se mantenía en esencia el modelo tutelar de la LTTM¹¹².

A juicio de GÓMEZ COLOMER, las contradicciones de la LO 4/1992 venían de la atribución de garantías constitucionales al menor en el seno de un proceso que no se podía calificar con exactitud de penal o sancionador, sino que seguía respondiendo al modelo educativo¹¹³. Persistía, pues, una cierta confusión acerca de la naturaleza del proceso de menores, y de cuál era el tratamiento más adecuado del tema de la delincuencia juvenil.

2.5. La ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores del año 2000: su gestación legislativa.

La aspiración de la LO 4/1992 era la de ser una reforma provisional, urgente y parcial de la antigua LTTM, una normativa que debía estar en vigor únicamente hasta que se promulgara la nueva ley del menor, conforme al mandato recogido en la

¹¹¹ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 158.

¹¹² En este sentido, el Grupo CDS, a través de su representante, el Sr. Santos Miñón, en la enmienda 73 planteaba la máxima desjudicialización de los procesos de menores. Entendía que existen dos modelos para el tratamiento del tema de la delincuencia juvenil, el que traslada al ámbito de menores todos los principios del proceso penal, con las modulaciones correspondientes, que pone el acento en el aspecto represivo, marginando su carácter educativo; y el que subraya este carácter educativo y edifica un proceso en que, respetándose las garantías procesales y derechos fundamentales del menor, “no se haga un trasplante apresurado y simplista del modelo del proceso penal”. El Sr. Cuesta García, del Grupo Socialista, consideraba que el proyecto no convertía al menor en responsable penalmente, pero sí le reconocía, a partir de determinada edad, una responsabilidad de actuar. En el tramo de edad donde existe inimputabilidad penal, distinguía dos modelos de tratamiento: el modelo administrativo y el modelo de la justicia de menores. Nuestro ordenamiento ha optado por este último, pues “allí donde ha habido un modelo administrativo en el tratamiento de estos tramos de edad, también ha habido una desconfianza en este tratamiento por la falta absoluta de garantías”. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. Félix Pons Irazabal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes de la Comisión sobre iniciativas legislativas. Págs. 8514, 8520.

¹¹³ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., GÓMEZ COLOMER, J. L. y TAMARIT SUMALLA, J. M. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 158 y ss.

Disposición Adicional Primera de la LOPJ. Por este motivo, la LO 4/92 no pretendía una regulación global del proceso de menores sino que se limitaba a una reforma parcial y provisional para adecuar el procedimiento a las exigencias constitucionales. La necesidad de dictar una normativa completa en materia de responsabilidad penal de menores fue puesta de manifiesto en el Congreso, en el que se adoptó el 10 de mayo de 1994 una moción sobre las medidas para mejorar el marco jurídico vigente de protección del menor, que debía venir inspirada por el principio de reeducación. Sin embargo, esta nueva normativa no vio la luz hasta el año 2000, a pesar de que a partir del año 1995 se presentaron diversas propuestas legislativas para abordar la elaboración de una nueva legislación de menores, que sustituyera definitivamente al texto de 1948.

La necesidad de la nueva ley del menor se hizo más patente tras la promulgación del CP de 1995. Como consecuencia de la aplicación de las disposiciones transitorias y finales de dicho texto legal, después de la entrada en vigor del mismo, subsistía para las infracciones cometidas por menores el régimen que se establecía en el anterior CP de 1973, de forma que los menores de dieciséis años quedaban exentos de responsabilidad criminal y sujetos a los tribunales de menores, y los menores de dieciocho pero mayores de dieciséis años gozaban de la atenuante de minora de edad¹¹⁴. Este era el régimen que existía hasta la entrada en vigor de la LORPM, y si bien hubo cierto sector doctrinal que interpretó que la remisión a la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor entrañaba la remisión a la LO 4/92, ésta no fue la postura mayoritariamente acogida¹¹⁵.

A esta moción le siguió una serie de textos de anteproyectos, propuestas y proyectos legislativos: 1) el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995; 2) el Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de octubre de 1996; 3) la Proposición de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor de 29 de noviembre de 1996 (presentada por el Grupo Socialista del Congreso); 4) el Anteproyecto Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de enero de 1997;

¹¹⁴ Vid. VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores”. *Revista penal. ISSN 1138-9168. Proyecto de Investigación “Causas de exención y extinción de la responsabilidad penal en el Código penal de 1995”, financiado por la Generalitat Valenciana*. Págs. 156 y ss.

¹¹⁵ La Circular de la FGE 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal, con especial incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores, establecía en su apartado XII: “El artículo 19 no ha entrado en vigor, según declara el párrafo 2.º de la disposición final 7.ª La Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, a cuya vigencia se supedita la eficacia del citado artículo 19, es una ley futura y no la vigente Ley Orgánica 4/1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. A los hechos perpetrados por mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años les serán aplicables los artículos 9.3 y 65 del Código Penal derogado (preceptos que declara subsistentes la letra a) del apartado 1 de la disposición derogatoria). La edad inferior a dieciocho años continuará siendo una atenuante privilegiada en tanto no se promulgue la nueva legislación penal de menores anunciada en la citada disposición final séptima. Será preceptiva la rebaja en uno o dos grados (artículo 65), degradación que se efectuará conforme a las reglas del nuevo Código Penal. La disposición transitoria 12.ª previene que en esos procesos se soliciten informes de los equipos técnicos de Apoyo de los Juzgados de Menores para facilitar la individualización de la pena”.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 10 de mayo de 1999, que establece: “En definitiva, antes y después de entrar en vigor el CP 1995 el régimen legal de exención y atenuación de responsabilidad criminal por razón de la edad era y sigue siendo en la actualidad el establecido en el Código penal derogado”.

5) el Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997; y 6) el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 3 de noviembre de 1998¹¹⁶.

2.5.1. El Anteproyecto de Ley Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995.

En 1995, se presentó un Anteproyecto de Ley Penal Juvenil y del Menor. Según exponía la Memoria Explicativa, se trataba de un cuerpo legal que regulaba tanto los aspectos sustantivos como los aspectos procesales del derecho de menores. La principal novedad de este modelo, que se elaboró por el mismo Gobierno que presentó el CP de 1995 y que tomaba en consideración el texto del CP que en ese momento se estaba debatiendo en las Cortes, era la instauración un modelo de responsabilidad. Así, entre la disyuntiva entre modelo tutelar o proteccionista o el modelo de responsabilidad a los que han respondido las diversas concepciones posibles del tratamiento de la delincuencia juvenil, como se explicó en el primer epígrafe, este anteproyecto implantaba el modelo de responsabilización. En él, al modo del sistema alemán, se optaba por crear un verdadero proceso penal especial en el que se consideraba que el menor tenía una responsabilidad penal, aunque disminuida, y se le reconocían una serie de garantías, con una tajante separación entre la función acusadora y judicial, y articulando, en la fase de ejecución, establecimientos y equipos específicos para el cumplimiento de las medidas impuestas.

La competencia para la ejecución de las medidas correspondía a las entidades públicas de protección o reforma de menores de las Comunidades Autónomas, bajo control judicial (art. 45). El Anteproyecto configuraba un proceso que se incardinaba dentro del modelo acusatorio mixto o formal. Utilizaba una terminología que no dejaba lugar a dudas, y hablaba abiertamente de “penas juveniles”, de “delitos y faltas”, de “imputación”, evidenciando así su naturaleza claramente penal¹¹⁷.

La responsabilidad sólo se podría exigir ante la comisión de hechos tipificados como delitos o antiguas faltas, desterrándose otras conductas de naturaleza administrativa. En su primera parte se incluían normas que asociaban a cada infracción una serie de consecuencias jurídicas, con finalidad disuasoria, pero la diferencia fundamental con el proceso de mayores estribaba en que en el cumplimiento de estas consecuencias deben garantizarse los principios de integración social y desarrollo de la

¹¹⁶ Para un estudio de las líneas generales de las propuestas legislativas que precedieron a la LORPM, vid. VIDAL HERRERO, M. S. “Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un “modelo social de responsabilidad” del menor infractor” (Tesis doctoral dirigida por GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Penal). Madrid. 2015. Págs. 147 y ss.

¹¹⁷ En este sentido, vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. GÓMEZ COLOMER, J. L. y TAMARIT SUMALLA, J. M. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 165 y ss.

personalidad del menor, de modo que el derecho penal de menores venía presidido por una finalidad de prevención especial, a los que se añaden ciertos fines retributivos (art. 6).

La edad mínima para la exigencia de responsabilidad penal se fijaba en los trece años (art. 1.1), pero se distinguían a su vez varios tramos, los mayores de trece y menores de dieciséis años, y los jóvenes de entre dieciséis y dieciocho años, pudiendo extenderse en determinados supuestos a los jóvenes entre dieciocho y veintiún años (art.4), en cumplimiento del art. 69 del CP de 1995. No obstante, quedaban excluidos de la aplicación de esta ley los mayores de dieciséis años que cometieran delitos de terrorismo (Disposición Adicional Segunda, que reformaba el art. 19 del CP). Pero, además, se establecía que sólo existía responsabilidad del menor cuando éste tenía capacidad de comprensión de la ilicitud de los actos y capacidad de actuar conforme a dicha comprensión. Por ello, para los supuestos de trastorno mental o adicción a las drogas se preveía la aplicación exclusiva de medidas cautelares y de protección, como era la constitución de organismos tutelares conforme a las leyes civiles, o bien medidas de tratamiento ambulatorio o internamiento terapéutico (arts. 29, 5.2 y 7.1 del CP).

Dentro de las sanciones se distingue: la pena juvenil; las medidas disciplinarias; y las medidas educativas. Las dos primeras tenían carácter sancionador y disuasorio, reservando la pena juvenil a los delitos más graves. Las medidas educativas podían consistir en tratamiento ambulatorio o ingreso en centro socio-sanitario o de educación especial, asistencia educativa acompañada de la observación de reglas de conducta, reprensión u obligación de vivir con determinada persona, familia, grupo o institución (art. 7)¹¹⁸.

Por lo que respecta al proceso configurado en este anteproyecto, se mantenían el régimen de investigación por el Ministerio Fiscal (arts. 6 y 16) y la posibilidad de terminación anticipada del proceso por aplicación del principio de oportunidad. Al Ministerio Fiscal correspondían funciones de instrucción, de garantía de los derechos reconocidos a los menores y de dirección de la investigación por la policía judicial. La regulación de esta materia contenida en el Anteproyecto de 1995 fue recogida después en la LORPM.

En cuanto al principio de oportunidad se permitía el desistimiento de la incoación del expediente en los siguientes supuestos: cuando se tratase de infracciones que no fueran delitos graves cometidos por menores de dieciséis años, si el menor podía ser suficientemente corregido en el ámbito educativo y familiar, con la colaboración de sus padres o representantes legales (art. 18); cuando, con independencia de la edad del menor, los hechos cometidos no fueran violentos y se hubiera producido la conciliación entre el menor y la víctima o el compromiso de reparar el daño causado (art.19). Este último precepto distinguía entre la conciliación, como satisfacción moral, y la

¹¹⁸ Para un estudio más detallado del Anteproyecto de 1995, particularmente en lo que se refiere al problema de la menor edad y los aspectos sustantivos del mismo, vid. VIANA BALLESTER, C. "La responsabilidad penal... op. cit., págs. 156 y ss.

reparación, que implicaba la realización de determinadas actividades en favor del perjudicado o de la comunidad en general. El equipo técnico desarrollaba la labor de mediación para la consecución de tales acuerdos (art. 19.3). Por su parte, el art. 27 permitía la terminación anticipada del proceso en aquellos supuestos en que el equipo técnico considerase que no era conveniente al interés del menor la continuación del expediente, por haberse expresado suficiente reproche con los actos ya realizados. También se admitía la solución negociada, mediante el instituto de la conformidad, antes o durante la celebración de la audiencia (arts. 32 y 36). Por último, en virtud del principio de intervención mínima, cabía la sustitución de la medida acordada en atención al interés del menor (art. 51).

Se mantenía, pues, la figura del equipo técnico, como órgano de asesoramiento del juez de menores y del fiscal, al que correspondía, en términos similares a los regulados en la LO 4/1992, la elaboración de un informe sobre la situación educativa, psicológica y familiar del menor, sobre su entorno o sobre la conveniencia de no continuar el expediente. El art. 20 consagraba también el principio de unidad del expediente, después acogido por la LORMP, de modo que con independencia de que cada hecho diera lugar a un procedimiento distinto, se llevaba un expediente personal del menor, a fin de tener un conocimiento más global de sus circunstancias y su historial delictivo que facilitara la elección de la medida más adecuada para la finalidad educativa que perseguía la exigencia de esta responsabilidad penal a los menores.

En materia de responsabilidad civil se introdujo una novedad importante, cual es la responsabilidad solidaria y objetiva de los padres o tutores con los menores responsables, responsabilidad que podía ser moderada por el juez en caso de que los padres no hubiesen contribuido con su conducta dolosa o gravemente imprudente al comportamiento delictivo del menor (art. 61).

El anteproyecto garantizaba el principio acusatorio, al que denomina “principio de postulación”, al establecer que el juez no podía imponer una medida que supusiera mayor restricción de derechos o una mayor duración que la solicitada por el Ministerio Fiscal (art. 8). Este principio es compatible con el de flexibilidad en la elección de las medidas, conforme al cual, la determinación de la medida aplicable debía hacerse en atención no solamente a la gravedad de los hechos, sino especialmente a las circunstancias y personalidad del menor, su edad e interés (art. 7.3). Pese a ello se establecían algunas reglas más estrictas para la determinación de las medidas, como la limitación de las que podían imponerse por las antiguas faltas a la amonestación, prestaciones en beneficio de la comunidad o arresto de fin de semana y la posibilidad de aplicar el internamiento en régimen cerrado únicamente en los casos de delitos violentos (art. 9). Se restringía la duración de las medidas, que no podría exceder de dos años, para infractores de edades comprendidas entre trece y quince años, ni de cinco años,

para infractores de edades comprendidas entre dieciséis y dieciocho años (art. 9, regla 3ª y 4ª)¹¹⁹.

En la segunda instancia se mantenía la especialización, pues los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Menores se atribuían a una Sala de Menores que debía crearse en los TSJ.

El Anteproyecto exigía una auténtica responsabilidad al menor por sus actos, por lo que fue tachado de represivo, si bien la exigencia de dicha responsabilidad estaba orientada hacia el desarrollo de su personalidad, con respeto de todas las garantías. BUENO ARÚS, pese a la terminología empleada, entendía que se exigía una responsabilidad sancionadora, no estrictamente penal¹²⁰.

A juicio de GÓMEZ COLOMER, uno de los motivos por los que no prosperó el anteproyecto fue el arraigo que tenía en la judicatura y la fiscalía las ideas paternalistas y tutelares que hasta el momento inspiraban la jurisdicción de menores y el alejamiento de las tendencias del resto de Europa. Pero pese a que esta propuesta no fructificó, lo cierto es que está en la base del actual modelo de responsabilidad configurado en la LORPM¹²¹.

2.5.2. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de octubre de 1996.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de octubre de 1996 no atribuía a la responsabilidad del menor una naturaleza penal, sino un carácter educativo sancionador. El art. 2 se refería expresamente a la exigencia de una responsabilidad de tipo social¹²². La Disposición Adicional Primera reformaba el art. 19

¹¹⁹ Para un análisis de mayor profundidad del Anteproyecto de 1995, vid. BUENO ARÚS, F. “El Anteproyecto de la Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores elaborado por el Ministerio de Justicia”. *EGUZKILORE. Núm. 1. San Sebastián. Diciembre 1997. 157-167*. Págs. 160 y ss.

¹²⁰ Vid. BUENO ARÚS, F. “El Anteproyecto...” op. cit., págs. 160 y ss. .

¹²¹ Vid. GOMEZ COLOMER, J. L. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 162 y 166. A este autor se le encargó en 1994 por el Ministerio de Justicia la redacción de la parte procesal penal del borrador del anteproyecto. Sostiene que “lo curioso es que ese Anteproyecto sirvió para que la Ley 5/00, con otro Gobierno en el poder, y tras muchos balbuceos iniciales (en un principio se pretendió nada menos que castigar al menor en un procedimiento administrativo sancionador) tomara parte de lo mejor de aquél texto y se orientase, muy tímidamente, hacia el modelo de responsabilidad penal, bien es verdad que conteniendo matices importantes que la señalan significativamente con excepciones tuitivas muy superadas hoy, por la que no puede afirmarse seriamente que estemos ya en la modernidad”.

¹²² VIANA BALLESTER sostiene que la alusión que realiza al art. 19 del CP de 1995 a la responsabilidad penal del menor que en la fecha del Anteproyecto ya estaba aprobado y en vigor, podría resultar un impedimento para la caracterización de la responsabilidad del menor como no penal. Sin embargo, la reforma del art. 19 CP por la Disposición Adicional Primera daba una solución a este problema, al suprimir toda referencia a la naturaleza penal de la responsabilidad. Igualmente se sustituye el término “ley que regule la responsabilidad penal del menor” que aparece en el artículo 69 por la

del CP, que quedaba redactado en los siguientes términos: “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho tipificado en este Código se le podrá expresar el reproche a su conducta, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Justicia Juvenil”. El hecho de que se exigiera una responsabilidad de tipo sancionadora educativa, como explica la Exposición de Motivos, y el que la pretensión procesal no tuviera una naturaleza penal propiamente dicha, no obsta a que la exigencia de esta responsabilidad sólo pueda tener como presupuesto la comisión de delitos o antiguas faltas tipificados por el CP o Leyes penales especiales, quedando excluidos otros comportamientos antisociales o constitutivos de infracción administrativa.

El mínimo de edad se fijaba en los catorce años, distinguiéndose, siguiendo la línea del Anteproyecto de 1995, diversos tramos de edad, según fueran infractores de catorce a dieciséis años o de dieciséis a dieciocho años, y se permitía la extensión de este régimen en determinadas circunstancias a los jóvenes mayores de dieciocho y menores de veintiún años en determinados supuestos, en la línea exigida por el art. 69 del CP. Para los casos de menores inimputables, en quienes concurrieran circunstancias como la enajenación mental, trastorno mental transitorio, intoxicación plena, síndrome de abstinencia o alteraciones en la percepción, se aplicaban medidas civiles y de protección, y se diseñaba un régimen específico para menores con problemas de enajenación mental o conductas violentas.

Las medidas que podían imponerse eran: amonestación, servicios en beneficio de la comunidad, internamiento en centro cerrado y semiabierto, asistencia a un centro de día, libertad vigilada, tareas socioeducativas, ingreso en centro terapéutico, tratamiento ambulatorio, conciliación y reparación a la víctima, derivación a una familia acogedora o grupo educativo acogedor, arresto con tarea de fin de semana y privación del permiso de conducir vehículos a motor o ciclomotores.

Se mantenía la consagración del principio de oportunidad, y en aplicación del mismo cabía la suspensión o sustitución de medidas, siempre y cuando se hubieran alcanzado los objetivos socioeducativos perseguidos y se hubiere expresado suficientemente el reproche de la conducta¹²³.

2.5.3. La Proposición de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor de 29 de noviembre de 1996.

expresión “ley de jóvenes infractores”. Vid. VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal...” op. cit. Pág. 168.

¹²³ En relación con el Anteproyecto de 30 de octubre de 1996, VIANA BALLESTER considera que la nueva política criminal de menores partía de la teoría del castigo positivo, configurada por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA como aquella que pretende a un tiempo evitar una intervención que pueda interferir en el desarrollo evolutivo del menor, potenciar las alternativas a las penas, sin caer en meros sustitutivos o sucedáneos, ya que los principios que inspiran una y otra jurisdicción son diferentes y consagrar como finalidad u objetivos perseguidos por tales sanciones “autocontrol, razonamiento abstracto, flexibilidad cognitiva, locus de control interno, autoestima, egocentrismo, habilidades sociales específicas (...)”. Vid. VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal...” op. cit., pág. 169.

La Proposición de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor de 29 de noviembre de 1996, según explicaba su Exposición de Motivos, venía a colmar las exigencias derivadas del art. 19 del CP, que hacía necesario el establecimiento de supuestos y garantías para la depuración de la responsabilidad penal de los menores. Quedaban bajo el ámbito de aplicación de la ley los menores de edades comprendidos entre catorce y dieciocho años (art. 2), manteniendo la distinción según tramos de edad, y quedando los menores de catorce años exentos de responsabilidad penal, siéndoles de aplicación en su caso medidas de protección por la entidad pública de la respectiva Comunidad Autónoma. El régimen de los menores también podía extenderse en determinados supuestos a los jóvenes mayores de dieciocho y menores de veintiún años (art. 3.2). El presupuesto de la exigencia de esta responsabilidad era la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas (art. 1), con remisión al CP y leyes penales especiales, de modo que quedaban al margen cualquier otro tipo de infracciones.

La exigencia de responsabilidad penal tenía lugar únicamente para la consecución de dos finalidades, que son la integración del menor en la sociedad y la reparación del daño causado (art. 6). La propia Exposición de Motivos afirmaba que se trataba de un proceso penal, sin perjuicio de su finalidad educativa, y que en la configuración del mismo debía seguirse la línea iniciada por la STC nº 36/91, de 14 de febrero, que supuso el paso de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, y el reconocimiento de todas las garantías.

Las consecuencias de los delitos o antiguas faltas eran las medidas, que podían ser privativas de libertad o de otros derechos, multa o amonestación (art. 11 a 13)¹²⁴. En la determinación de la medida aplicable, regía el principio de flexibilidad, de forma que debía tenerse en cuenta, junto con la gravedad de los hechos y sus resultados, las circunstancias y personalidad del menor, a fin de imponer la más adecuada para la finalidad reeducativa que se perseguía (art. 25.1).

La dirección de la investigación correspondía al Ministerio Fiscal, al que se le atribuían las funciones de recibir las denuncias de los particulares, dirigir la investigación preliminar, interesar la adopción de medidas cautelares y ejercitar en su caso la acción penal (art. 41). Se regulaba la denominada fase de investigación preliminar, con el objeto de realizar las actuaciones necesarias para la averiguación de los hechos (art. 48), y durante la misma el Ministerio Fiscal debía realizar por sí u ordenar a la policía judicial la práctica de las diligencias de averiguación necesarias (art.

¹²⁴ De entre ellas, las medidas terapéuticas de ingreso en centro socio-sanitario o de educación especial tenían por finalidad el tratamiento asistencial, médico o de educación especial de los menores que sufran alguna anomalía o alteración psíquica (art. 17). Entre las medidas restrictivas de derechos se establecía la asistencia vigilada, nuevo término que se acuñó para una medida similar a la libertad vigilada, que consistía en una intervención socio-educativa que combinaba la asistencia del menor por personal especializado con la observancia de una serie de reglas de conducta, entre las que figuraba, entre otras, como la participación en programas formativos o la obligación de acudir a determinados centros educativos o de trabajo, la “prohibición de salidas nocturnas” (art. 21).

49.2), con la finalidad de decidir sobre el archivo o el ejercicio de la acción penal (art. 49.1).

El Ministerio Fiscal podría solicitar durante la instrucción del procedimiento, la adopción de medidas cautelares, para garantizar la presencia del menor en el juicio y la ejecución de la condena, que deberían ser en todo caso proporcionales a la gravedad de las medidas que pudieran imponerse al menor por los hechos de que se tratase (art. 55.1 y 2). Para su adopción el juez debía convocar a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia (art. 57) y tendría en cuenta los indicios racionales derivados de las investigaciones sobre la participación del menor en los hechos, el riesgo de alteración de fuentes de prueba o de reiteración delictiva (art. 56.1). Se introducía una importante limitación, pues la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado sólo podía imponerse por los hechos castigados en el CP con pena de prisión superior a cuatro años (art. 55.3), y su duración máxima sería de seis meses (art. 58), estableciéndose una duración máxima de tres meses para el resto de las medidas cautelares (art. 58).

La condición de imputado la adquiriría el menor desde que se solicitaba respecto del mismo la apertura del proceso, aunque las garantías y derechos los tenía desde que era objeto de investigación preliminar (art. 43). Las diligencias restrictivas de derechos fundamentales no podía practicarlas por sí mismo el Ministerio Fiscal sino que correspondía su autorización al juez de menores (art. 53).

Cuando el Ministerio Fiscal entendiera que de la investigación no resultaban elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal, decretaría el archivo (art. 61), y en el caso de que sí que existieran indicios bastantes para sostener la acusación, debía concluir la investigación. Una vez recibidas las actuaciones por el juez de menores, se permitía la petición por las partes de la práctica de nuevas diligencias, celebrándose al efecto una comparecencia (art. 62), en la que el juez podría ratificar el archivo decretado por el fiscal, practicar u ordenar la práctica de tales diligencias, o dar traslado para que le fuera solicitada la apertura del proceso.

Una vez abierto el proceso, se regulaba una fase o trámite de “instrucción judicial”, en el que el juez debería hacer el oportuno ofrecimiento de acciones a los perjudicados, si éste no se hubiese practicado, así como convocar al menor a una comparecencia, en la que se debía oír al Ministerio Fiscal y a las demás partes, e instruir al menor en sus derechos, tras la cual se debía acordar, bien el sobreseimiento por alguno de los motivos contemplados en la LECrim., o bien la incoación del proceso, ordenando en su caso la práctica de las diligencias complementarias que se estimaran pertinentes (art. 65 a 67). Presentado escrito de acusación, se admitía la negociación entre las partes mediante un doble trámite de conformidad: antes del juicio, si la medida solicitada no fuera privativa de libertad (art. 69), o al inicio del juicio, en los demás casos. Una vez presentado el escrito de acusación, se celebraba una audiencia preliminar (art. 71) en la que se oíría a todas las partes, y en la que se resolvería sobre las cuestiones previas (art. 73). Si no procedía el sobreseimiento, se acordaba la celebración del juicio oral, con un desarrollo semejante al previsto en la LECrim.

El Ministerio Fiscal no tenía el monopolio de la acción penal, sino que se admitía la acusación particular (art. 42), y la responsabilidad civil derivada de delito podía exigirse en el mismo procedimiento (art. 36.1). Se establecía una responsabilidad civil subsidiaria de los padres y tutores respecto de los daños y perjuicios ocasionados por los menores sujetos a su patria potestad, guarda o tutela, que vivan en su compañía, siempre que hubiera mediado negligencia por su parte en el ejercicio de tales facultades (art. 36.2). Pero junto a la responsabilidad de los padres o tutores, se refiere también el precepto, al más puro estilo del CC, a la de los titulares de los centros de enseñanza, por los delitos y antiguas faltas cometidos por los alumnos del mismo en los periodos de tiempo en que se encontrasen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro (art. 36.3).

Para las antiguas faltas, el procedimiento era el mismo, con algunas modulaciones, de modo que el Ministerio Fiscal, en cuanto tuviera noticia de los hechos debía comunicarlo al menor, que adquiría desde ese momento la condición de imputado, y una vez practicadas las diligencias de averiguación necesarias, salvo que procediera el archivo o la adopción de medidas alternativas, lo elevaría al juez de menores, para la celebración del que se denominaba “juicio oral”. El juez debía convocar a las partes al juicio, salvo que estimase que procedía el sobreseimiento (art. 81).

Se consagraba el principio de oportunidad, de forma que el Ministerio Fiscal, valorando la gravedad de los hechos si fueran constitutivos de delito, y en todo caso, si fueran constitutivos de antigua falta, una vez practicadas las diligencias de averiguación pertinentes, ofrecería al menor la realización de determinadas contraprestaciones, en concreto, la reparación civil del daño, la prestación de servicios a la comunidad o la colaboración con instituciones sociales de utilidad pública, o cualquier otra que el Ministerio Fiscal considerase adecuada a sus circunstancias, y en su caso, previo consentimiento del menor asistido de letrado, y oídos sus representantes legales y las víctimas, se archivaría provisionalmente el procedimiento. En los casos en que de la investigación resultara la irrelevancia del hecho o la ocasionalidad del comportamiento del menor, si la continuación del procedimiento pudiera resultar contraria a los intereses del menor, el Ministerio Fiscal solicitaría el archivo.

Para la segunda instancia, no se hacía referencia alguna a la Sala de Menores de los TSJ y se establecía simplemente la competencia de las Audiencias Provinciales (art. 37).

El anteproyecto configuraba un auténtico proceso penal, en el que se daba entrada a la acusación particular, se permitía el ejercicio de las acciones civiles por los perjudicados, y en general, se utilizaba una terminología genuinamente penal, pues se hablaba claramente de “imputado”, “investigación preliminar”, “juicio oral”, “indicios”, “ejecución de la condena”, una terminología que recuerda muy poco al modelo paternalista y tutelar.

2.5.4. Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de enero de 1997.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de enero de 1997 proclamaba en su Exposición de Motivos su naturaleza educativa sancionadora, partiendo de la consideración de la justicia juvenil como un proceso de carácter educativo y resocializador. No obstante, en los casos de pronóstico de peligrosidad futura del menor, se atisbaba cierta finalidad represiva y de defensa social.

El límite de edad mínima quedaba fijado nuevamente en catorce años, al considerar que por debajo de dicha edad era suficiente una respuesta en el ámbito educativo y familiar, sin necesidad de intervención del aparato sancionador del Estado, y se mantenía la diferenciación por tramos de edad.

El interés del menor se proclama como criterio rector y junto a él se reconocían todas las garantías constitucionales. Una vez más se consagraba el principio de flexibilidad en la determinación de las medidas aplicables, conforme a las circunstancias del menor y no tanto a la gravedad de los hechos¹²⁵.

2.5.5. El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997.

El Anteproyecto de 1 de julio de 1997, según explicaba su Exposición de Motivos, tiene la naturaleza de una disposición sancionadora, pues desarrollaba la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica al menor, aunque no la calificara de penal, responsabilidad que nacía de la comisión de hechos tipificados como delito o antigua falta, pero con una orientación claramente educativa, puesto que la intervención frente al menor infractor no tenía un fundamento retributivo, limitándose nuevamente el ejercicio de acciones por los particulares.

Quedaban bajo el ámbito de aplicación de la ley los menores de edades comprendidas entre trece y dieciocho años, según se establecía en el Título Preliminar, y por debajo de dicha edad, se hacía una remisión genérica al CC y a una posible intervención educativa especial en los menores de edades comprendidas entre los doce y los trece años que hubieran cometido delitos graves. En cuanto a los jóvenes de edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años, se le podía aplicar esta ley de menores en determinados supuestos de delitos de menor entidad, cuando las circunstancias del caso y del joven en cuestión así lo hicieran aconsejable.

¹²⁵ Para un análisis de las líneas generales del anteproyecto, vid. VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal...” op. cit., págs. 169 y ss.

El Ministerio Fiscal seguía siendo el director de la investigación, en términos semejantes a los establecidos por la LO 4/1992. Se consagraba también el principio de oportunidad, de modo que el Ministerio Fiscal podía desistir de la incoación del expediente (art. 18) o sobreseerlo (art. 19) en determinados supuestos, atendiendo a la menor gravedad de los hechos y a las circunstancias del joven infractor, siempre que no se hubiera empleado violencia o intimidación en su comisión y que existiera por parte del menor un compromiso de reparación del daño causado, o se hubiera producido la conciliación con la víctima.

En relación con la detención del menor, se establecía en el art. 17 que una vez que el menor fuera puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste debía resolver en el plazo de 72 horas sobre su puesta en libertad, el desistimiento de la incoación del expediente o la incoación del mismo, y, en su caso, debía ponerlo a disposición del juez de menores e instar las medidas cautelares oportunas, conforme al art. 28.

No se mencionaba la acusación particular, por lo que debía entenderse que no se admitía. El art. 25 limitaba el ejercicio de acciones por los particulares a las acciones civiles, de modo que el Ministerio Fiscal volvía a tener el monopolio en el ejercicio de la acción penal.

Se suprimía la comparecencia que se regulaba en las reglas 5ª y 6ª del antiguo art. 15 de la LTTM, de modo que quedaba unida a la fase de audiencia, si bien se sigue admitiendo la conformidad del menor con la medida solicitada. La audiencia se desarrollaba en términos semejantes a los regulados en textos anteriores, de forma análoga al juicio oral del proceso de mayores¹²⁶.

El informe del CGPJ en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia de Menores de 1 de julio de 1997, dio lugar a un cambio en la concepción de la responsabilidad del menor, que pasa a contemplarse como una verdadera responsabilidad penal, pues considera que el derecho penal juvenil se caracteriza por que la imposición de las medidas al menor infractor viene determinada por la comisión de un hecho delictivo y por sus particulares necesidades educativas¹²⁷.

2.5.6. El proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 3 de noviembre de 1998.

¹²⁶ Vid. DOLZ LAGO, M. J. “Algunos aspectos...” op. cit., págs. 6 y ss. Este autor criticaba la confusión generada por la Exposición de Motivos en orden a la naturaleza del procedimiento, y consideraba que desde una perspectiva verdaderamente constitucional del derecho penal, no existiría tanto “pudor” en llamar a las cosas por su nombre, con las especialidades que se quisieran en relación con los adultos. Por este motivo entendía que debía “desmitificarse la despenalización” como criterio científico, en aras a “una coherencia racional” del tratamiento de la delincuencia de menores.

¹²⁷ Vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia de Menores de 1 de julio de 1997.

El Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 3 de noviembre de 1998, como consecuencia de dicho informe del CGPJ, volvía a considerar que la responsabilidad del menor era de naturaleza penal, sin perjuicio del carácter educativo de la intervención. Por ello se acoge la denominación de derecho penal de menores frente a la de derecho penal de adultos¹²⁸.

Pese a ello en los debates parlamentarios sobre las enmiendas al proyecto de 11 de noviembre de 1999, algunos grupos políticos se mostraban contrarios a la atribución de un carácter penal a la responsabilidad del menor, proponiendo un tratamiento de naturaleza educativa o incluso un procedimiento de tipo administrativo para la exigencia de la responsabilidad del menor¹²⁹.

Este proyecto fue el que tras una larga tramitación parlamentaria, a través de los Proyectos de 18 de noviembre de 1999, remitido al Senado por el Congreso de los Diputados, y 30 de diciembre de 1999, aprobado por el Congreso, dio lugar a la vigente LORPM. Si observamos los Proyectos, son claramente herederos del proceso regulado por la LO 4/1992, aunque fueron tomando algunas disposiciones de las citadas propuestas legislativas.

Como se ha estudiado en los epígrafes anteriores, durante los años que mediaron entre la STC nº 36/91, de 14 de febrero, y la LORPM, la justicia de menores se administró primero con base en el mandato del TC a los jueces de menores para superar el vacío normativo creado por la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM, y después mediante la aplicación de la LO 4/1992.

¹²⁸ El punto cuarto de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 3 de noviembre de 1998 afirma que “el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que 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”.

¹²⁹ El Grupo Parlamentario Vasco, a través de su representante Sr. Fernández Miranda y Lozana, en el debate parlamentario a la totalidad, puso de manifiesto que en algún momento de la andadura preparlamentaria se pensó corregir el art. 19 del CP para que éste se refiriese a una responsabilidad del menor “a secas” en vez de una responsabilidad de tipo penal, suprimiendo el término “penal”. Finalmente la ley proyectada se llama ley de responsabilidad penal, aunque en la Exposición de Motivos se hace referencia a la naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora y educativa. Este enfoque responde a la moción aprobada por el Congreso el 10 de mayo de 1994 y a la CDN. Por su parte, el Sr. Castellano Cardalligué, del Grupo de Izquierda Unida-Iniactiva per Catalunya, sostenía que en 1992 ya se discutió si se debía hablar de “judicialización del proceso de menores en aras a su imputabilidad” o bien como él mismo mantenía, “de corrección de menores que participan en hechos que de ser cometidos por mayores son delito”. “A partir de hoy hay que decir a los ciudadanos que hay responsabilidad penal en España desde los trece años y dejarse de eufemismos. El joven de 13 a 16 años tiene unas medidas distintas pero con un juicio exactamente igual que el de los 16, el de los 18, el de los 21 o el de los 35 (...) Hablar aquí del proceso reeducador y educativo como distancia entre el proceso penal de los menores y el proceso penal de los mayores son ganas de enredar”. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1999. VI Legislatura. Núm. 217. Presidencia del Excmo. Sr. Federico Trillo- Figuroa Martínez- Conde. Sesión Plenaria núm. 209, celebrada el jueves 25 de febrero de 1999. Orden del día: Debates d totalidad de iniciativas legislativas (Proyecto de Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A. Núm. 144-1, de 3 de noviembre de 1998 (número de expediente 121/000144). Págs. 11622, 11623 y 11624.

2.5.7. La LORPM de 2000.

Finalmente, se aprobó la LORPM de 5 de enero de 2000, que surgió para dar cumplimiento por fin y tras ocho años de vigencia de una legislación de carácter provisional, al mandato de la aprobación de una nueva ley del menor contenido en la Disposición Adicional Primera de la LOPJ. La LORPM se muestra “moderadamente positivista” y “tímidamente retribucionista”, y apuesta por la “sustantividad jurídica del Derecho de menores”, si bien, como recuerda LÓPEZ LÓPEZ, mantiene su “dependencia penal y procesal respecto del derecho común, con el que sigue compartiendo los tipos penales y muchas de sus formas procedimentales”, pues el CP y la LECrim. son de aplicación supletoria¹³⁰.

La Exposición de Motivos de la LORPM establece los principios que la inspiran, y así proclama la “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora educativa” tanto del procedimiento como de las medidas aplicables, y el reconocimiento de todas las garantías derivadas de los derechos reconocidos en la CE y de las exigencias del interés del menor. Se prevé la diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores dentro de los infractores menores de edad, según tengan catorce o quince años, o bien dieciséis o diecisiete años, y se establece el principio de flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas, en función de las circunstancias del caso concreto¹³¹. Al tratarse de una intervención de naturaleza educativa, se rechazan otras finalidades propias del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, a fin de evitar “todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor”¹³². Debe primar, pues, el superior interés del menor, interés que ha de ser valorado con criterios técnicos por equipos de profesionales especializados, y que se conjuga con otros principios básicos, como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia¹³³.

La LORPM ha sufrido numerosas modificaciones. Para establecer algo de claridad, haremos una relación de las disposiciones legales de reforma de la ley del menor, a las que se hará referencia en distintos momentos de este trabajo: LO 7/2000, de 22 de diciembre, de Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los Delitos de Terrorismo; la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la Agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de Modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP y del CC sobre sustracción de menores; la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se

¹³⁰ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., pág. 6.

¹³¹ Vid. Exposición de Motivos LORMP. Apartado II.6.

¹³² Vid. Exposición de Motivos LORMP. Apartado II.7 párrafo 1.

¹³³ Vid. Exposición de Motivos LORMP. Apartado II.7 párrafo 2.

modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP; la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores; y la LO 8/2012, de 27 de diciembre, de Medidas de Eficiencia Presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Aunque en el capítulo siguiente nos dedicaremos más detenidamente a las mismas, debo ahora analizar las líneas generales de las reformas producidas a través de las dos leyes promulgadas antes de la entrada en vigor de la propia LORMP: la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la Agilización de la Administración de Justicia; y la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del CP y de la LORPM en materia de delitos de terrorismo. La LO 9/2000, suprimió la Salas de Menores de los TSJ, atribuyendo la competencia para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Menores a las Audiencias Provinciales, sin que esté prevista la creación de una Sección especializada, por lo que se ha visto afectado el principio de especialización propio de la justicia de menores. Además, dejó en suspenso durante dos años la aplicación de las disposiciones a los jóvenes de dieciocho a veintiún años, previsión que quedó definitivamente sin efecto más tarde, como se verá en el capítulo siguiente. La LO 7/2000 endureció considerablemente el tratamiento de los menores que cometieran no sólo delitos de terrorismo, sino también otros delitos graves, como homicidio, asesinato y agresiones sexuales y aquellos que llevaran aparejada en el CP una pena igual o superior a quince años de prisión (Disposición Adicional Cuarta), en una reforma guiada claramente por criterios que recuerdan más a una finalidad punitiva y represiva que a la finalidad educativa. Por otra parte, en la Disposición Adicional Cuarta se introduce la competencia del Juzgado Central de Menores, insertado en la AN, para conocer de los delitos relacionados con el terrorismo previstos en los arts. 571 a 580 del CP cometidos por menores. Pocos años después de su entrada en vigor, una nueva modificación llevada a efecto por la LO 15/2003 admitió en el proceso de menores a la acusación particular en determinadas condiciones, suprimiendo así el monopolio del Ministerio Fiscal, inicialmente previsto al estilo de algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno¹³⁴.

La LORPM, siguiendo la línea de la LO 4/1992, consagra la atribución de la fase de investigación al Ministerio Fiscal y la instauración del principio de oportunidad. La Exposición de Motivos de la ley no presta atención a dicho extremo, a pesar de la gran trascendencia de la decisión, puesto que la posibilidad de encomendar la instrucción de los procesos penales de adultos a un órgano distinto del juez, al estilo de los países de nuestro entorno, había suscitado los más encarnizados debates doctrinales durante años.

¹³⁴ En relación con estas reformas, vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El Proceso penal de menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*. Prólogo de JIMENEZ CONDE, F. Cizur Menor (Navarra). Thomson Aranzadi. 2007. Págs. 68 y ss., y ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “El juez de menores en la fase de instrucción del procedimiento penal de menores. Relaciones fiscalía-juzgado”. N° Vol. 3/2001. *Cuadernos de derecho judicial. La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. Págs. 190 y ss.

Por el contrario, el legislador ni siquiera se detiene a exponer los motivos que le han llevado a acoger este sistema, que, si bien ya había sido consagrado por la LO 4/92, ahora se instauraba definitivamente. Si en la tramitación parlamentaria de la LO 4/1992 hubo un profuso debate acerca de este modelo, los debates de la LORPM, aunque también tratan este extremo, se centran más bien en otras cuestiones. En cierto modo se había dado por sentado, que una vez que la LO 4/1992 atribuyó la fase de investigación al Ministerio Fiscal, opción que se había mantenido en las diversas propuestas legislativas, esta decisión no debiera revisarse¹³⁵. DE LA ROSA CORTINA entiende que lo que motivó esta decisión fueron razones de urgencia ante la confusión de las funciones instructoras, acusadoras y enjuiciadoras que existían en la LTTM, en el momento del dictado de la LO 4/1992, y la LORPM se limitaba a mantener la opción de la LO 4/92¹³⁶.

La atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción del proceso es una de las alternativas que existen para separar las funciones de instruir y enjuiciar, y dar cumplimiento a las exigencias de imparcialidad del juzgador derivadas de la propia jurisprudencia del TC (STC Pleno nº 145/1988, de 12 de julio) y del TEDH en el caso “*Nortier*”, referido específicamente al derecho de menores (sentencia 24 de agosto de 1993). Junto a la investigación por el fiscal, se consagra el principio de oportunidad.

La competencia para la incoación de un expediente se atribuye al Ministerio Fiscal. El juez tiene limitadas sus facultades, pues no puede investigar de oficio los hechos ni practicar más prueba que la que se le solicite por las partes, si bien le corresponde, en la fase de instrucción, la autorización de aquellas diligencias que

¹³⁵ No obstante, durante los debates parlamentarios se trajo a colación los problemas derivados de la atribución de la fase de instrucción a de la figura del Ministerio Fiscal. Así, la Sra. Almeida Castro, del Grupo Mixto ponía de manifiesto que no se dotaba al Ministerio Fiscal del estatuto adecuado para el ejercicio de esta actividad y que debería crearse un fiscal de menores en cada juzgado, con las mismas condiciones de guardia y dedicación que el juez, vinculado al oficio. La Sra. Barrios Curbello, del Grupo Popular, no consideraba incompatible que el Ministerio Fiscal tuviese la misión de defender los derechos del menor y al mismo tiempo le correspondiera ejercer la acusación, pues en todo caso no era una función represora, sino que tales competencias las ejercía en interés del menor y con finalidad educativa. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1999. VI Legislatura. Núm. 217. Presidencia del Excmo. Sr. Federico Trillo- Figueroa Martínez-Conde. Sesión plenaria núm.209, celebrada el jueves 25 de febrero de 1999. Orden del día: debates a la totalidad de proyectos legislativos. Págs. 11609, 11610, 11617. El Sr. Castellano Cardalliaguet, del Grupo Izquierda Unida, insistía en que la novedad principal de esta ley es que empezaba a poner en manos del fiscal la instrucción, cuestión respecto de la cual no tendrían ninguna objeción si no fuera por la configuración del Ministerio Fiscal en España, pero con un modelo de fiscal dependiente del Gobierno, sometido a los principios de jerarquía y un FGE que ejerce esa jerarquía sobre los miembros del cuerpo, no podían estar conformes. Criticaba que se iba a seguir produciendo la utilización del fiscal por los gobiernos, y además se iba a empezar a producir de una forma absolutamente parcial y discriminada en un tema tan importante como el de los menores. El modelo propuesto suponía, a su juicio, convertir al fiscal en juez, y un importante desequilibrio entre el papel del acusador y el de la defensa. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1999. VI Legislatura. Núm. 774. Justicia e Interior. Presidencia del Excmo. Sr. Julio Padilla Carballada. Sesión núm. 80 celebrada el lunes 18 de octubre de 1999. Orden del día: Emitir dictamen, a la vista del informe elaborado por la ponencia sobre el proyecto de ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (número expediente 121/000144). Pág. 99951.

¹³⁶ Vid. DE LA ROSA CORTINA, J. M. “La instrucción en el procedimiento de la LORPM. Intervención del juez de menores”. *CGPJ. La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid. 2001. Págs. 127 y ss.

afecten a derechos fundamentales. En este mismo hilo de argumentación, el Ministerio Fiscal no puede practicar por sí mismo, la declaración del secreto del expediente o la resolución sobre la petición de diligencias denegadas por el Ministerio Fiscal. Por este motivo, SUBIÑAS CASTRO considera que la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal supone la opción por un determinado modelo procesal más próximo a los sistemas acusatorios puros¹³⁷.

¹³⁷ Vid. SUBIÑAS CASTRO, B. I. “Diligencias restrictivas de derechos fundamentales en el proceso de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”. *La instrucción en el proceso penal de menores. Cuadernos digitales de formación. N° 20, 2011*. Págs. 4 y ss. Debe recordarse que tradicionalmente, la doctrina distinguía dos grandes modelos de proceso penal, el modelo continental o de *civil law* y el modelo angloamericano o de *common law*. El primero de ellos, el continental, se caracterizaba por la existencia de un sumario escrito, presidido por el principio inquisitivo, donde bajo control judicial se realizaba una completa investigación con gran trascendencia en el juicio oral. En los ordenamientos angloamericanos rige el modelo adversarial o acusatorio, de forma que no existe una fase de instrucción propiamente dicha y el proceso se configura como una contienda *inter partes*. Sin embargo, la diferenciación entre uno y otro modelo se ha desdibujado, debido a la evolución que han experimentado los sistemas procesales en los modelos occidentales, en lo que se refiere a la fase de instrucción, evolución que se ha producido en las siguientes direcciones: En primer lugar, se ha venido configurando un proceso más garantista y se establecen unos límites a las facultades de investigación de los poderes públicos. En segundo lugar, se configura un proceso más contradictorio, más acorde con el sistema acusatorio o “adversarial” propiamente dicho, en que se otorga mayor protagonismo a las partes y se limitan los poderes del juez en la fase de instrucción. Ello ha dado lugar en el derecho comparado a la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal. En tercer lugar, se ha tratado de conformar un proceso eficaz para perseguir las formas más graves de delincuencia como el terrorismo y delincuencia organizada, a fin de garantizar la defensa de la sociedad, lo que se ha traducido en la introducción de excepciones en ciertas medidas cautelares y en la incorporación de nuevas técnicas de investigación.

CAPITULO II: LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES: PRINCIPIOS INFORMADORES Y NATURALEZA JURÍDICA.

El proceso de menores está presidido por una serie de principios, algunos que son comunes con el proceso penal en general, con los matices propios de esta jurisdicción, y otros que le son propios. A lo largo del capítulo anterior hemos visto cómo ha evolucionado el proceso de menores, principalmente desde la legislación tutelar de 1948 hasta nuestros días, evolución que ha ido perfilando las notas que distinguen la justicia de menores, y en la que finalmente la balanza ha terminado por inclinarse hacia el denominado modelo de responsabilidad. El menor pasa así de conceptuarse como un ser inimputable, merecedor a lo sumo de la protección estatal, a convertirse en alguien a quien a partir de cierta edad se le exige una responsabilidad penal por sus actos delictivos, eso sí, una responsabilidad adaptada a las características propias de la menor edad, y en particular, a las concretas circunstancias de cada menor, conocidas y valoradas a través de la labor del equipo técnico. Una responsabilidad que se le exige con una finalidad reeducadora o resocializadora, por entender que una intervención temprana puede frenar una posible carrera delictiva y contribuir al recto desarrollo de su personalidad en formación.

1. Principios informadores del proceso de menores.

El criterio rector de este proceso es el superior interés del menor, que preside todas las actuaciones, principio que debe interpretarse sin perjuicio de las garantías que corresponden a todo justiciable¹³⁸, pues, como se ha visto en el capítulo anterior, al proceso de menores son de aplicación todas las garantías procesales y constitucionales, de forma que es imprescindible la observancia del principio de legalidad, el principio acusatorio, así como de los derechos que corresponden a toda persona sometida a un proceso. El hecho de que la medida a imponer se determine conforme al principio de flexibilidad, en atención a las circunstancias sociales y personales del menor, y en interés de éste, no obsta a la plena vigencia del derecho de defensa y a la presunción de inocencia, pues sólo tras un juicio con todas las garantías en que se haya practicado prueba de cargo suficiente sobre la realidad de los hechos y la participación del menor en los mismos podrán imponerse tales medidas, por muy convenientes que estas pudieran resultar para los fines educativos.

¹³⁸ Vid. Exposición de Motivos de la LORPM. Apartado I.4.

Por este motivo la doctrina ha cuestionado las formas anticipadas de terminación del proceso en las que la imposición de tales medidas no viene precedida por la práctica de prueba en un juicio con todas las garantías, sino por el acuerdo de reparación o conciliación del menor con la víctima o por el reconocimiento de los hechos en caso de conformidad. Los supuestos de no incoación o no continuación del expediente se fundamentan precisamente en el carácter educativo de este procedimiento, en que debe hacerse, en interés del menor, un uso flexible del principio de intervención mínima. He aquí la razón por la que el archivo por razones de oportunidad se introdujo en la justicia de menores, y sin embargo no se admite en la jurisdicción de adultos, con algunas excepciones referidas a los nuevos delitos leves desde la última reforma del CP operada por LO 1/2015, a la que se hará referencia más adelante.

No obstante, tales garantías procesales se adaptan al tipo de pretensión procesal ejercitada en este procedimiento educativo-sancionador, por lo que algunos principios como el de proporcionalidad o publicidad no rigen en toda su extensión, sino que sufren algunas modulaciones. En aras de la protección del interés del menor, se restringe la publicidad, y se modera el principio de proporcionalidad, pues la elección de la medida a aplicar no tiene lugar únicamente en función de la gravedad de los hechos y grado de participación del menor, sino que entran en juego criterios de flexibilidad, para imponer la que sea más adecuada a las necesidades resocializadoras del menor en cuestión¹³⁹.

Sin duda, son aplicables al menor los derechos proclamados en el art. 24 de la CE, en concreto, los derechos a la defensa y asistencia de letrado, a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley, a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa; y también las garantías establecidas en el CP, como los principios de culpabilidad, de legalidad, de intervención mínima y de aplicación retroactiva de la ley más favorable. Conforme a la Disposición Final Primera de la LORPM, el CP y LECrim. son de aplicación supletoria, por lo que todos los derechos y garantías establecidos en estas disposiciones rigen en el proceso de menores. Junto a éstos, deben observarse las garantías contempladas en los tratados internacionales suscritos por España¹⁴⁰, en los que se reconocen entre otros, el principio

¹³⁹ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 155 y ss.

¹⁴⁰ Las Reglas Mínimas Uniformes para la Administración de Justicia aprobadas por la Asamblea General de la ONU de 29 de octubre de 1985 (Reglas Beijing); las Reglas de la ONU para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobadas por la Asamblea mediante Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990; las Reglas de la ONU sobre Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio) aprobadas por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 545/110 de 14 de diciembre de 1990; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; y la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y muy especialmente la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

En concreto, el art. 7 de las Reglas Beijing establece como garantías procesales básicas “el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación de testigos y a interrogar a éstos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior”.

El art. 40.2 de la CDN establece los derechos que asisten a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales:

de legalidad; el derecho a ser informado a través de los padres o representantes legales del menor infractor de los cargos que se presentan contra él; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a la asistencia jurídica; el derecho a que la causa sea atendida sin demora por órgano judicial competente, imparcial e independiente, en audiencia pública y en presencia de los representantes legales del menor infractor, salvo que esto sea contrario a su interés; el derecho a no declararse culpable; o el derecho a que se interrogue a los testigos presentados en su descargo. Debe recordarse que en la justicia de menores, ya desde un primer momento, estos textos internacionales, de entre los que adquiere especial importancia la CDN, estuvieron muy presentes en la labor de instrucción y enjuiciamiento, pues conformaron el marco a través del cual los jueces de menores trataron de adaptar el procedimiento a una serie de garantías, cuando la obsoleta ley del menor aún no las contemplaba, y en ellos se halló el marco adecuado para ciertas prácticas todavía no reconocidas en las leyes, como la mediación, en sintonía con las tendencias desjudicializadoras en materia de justicia juvenil¹⁴¹.

1.1. Principio del interés del menor como criterio rector del proceso penal de menores.

Las notas que distinguen la delincuencia juvenil justifican la finalidad educativa propia de este procedimiento, en torno a la cual ha girado la evolución histórica y conceptual del mismo. Las infracciones cometidas por los jóvenes suelen ser consecuencia de su personalidad en formación y su propia inmadurez, de las características propias de la adolescencia, de la necesidad de mostrar rebeldía, o de

1) 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;

2) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

a) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

b) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

c) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

d) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

e) Si se considerase que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

f) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

g) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

¹⁴¹ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit, págs. 155 y ss.

identificarse con el grupo de iguales con el que habitualmente realizan estos actos delictivos, generalmente de menor entidad. Otras veces, la desestructuración familiar, los fracasos escolares, la situación de precariedad, el consumo de sustancias tóxicas o de alcohol, o las carencias afectivas, psicológicas, educativas y otras circunstancias sociales y personales influyen en la comisión de una infracción. Algunas de estas conductas tienen carácter ocasional, y el menor pierde el interés por ellas cuando pasa esta fase de la adolescencia¹⁴². Por estas razones se considera que es conveniente una adecuada intervención, de carácter educativo, y no meramente a modo de castigo, pues solventando los motivos que han ocasionado estas conductas, y fomentando el correcto desarrollo de su personalidad y el respeto hacia los valores constitucionales, puede ponerse fin a las mismas y darle al joven la posibilidad de tener un futuro mejor, alejado del mundo de la delincuencia, lo cual, a su vez, redundará en beneficio de la sociedad. Por su edad, estos infractores son permeables a este tipo de intervenciones, y se consideran recuperables para la sociedad, por lo que prima la finalidad educativa y resocializadora de la intervención penal.

El principio del superior interés del menor como criterio rector de la LORPM significa que todas las cuestiones que se planteen deben resolverse atendiendo a lo que resulte más conveniente para el menor, entendiendo por tal lo que sea más adecuado para el desarrollo de la personalidad de éste. En este sentido, el art. 27 de la CDN reconoce al niño “el derecho a alcanzar un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”. Lo que más conviene al interés del menor no debe confundirse, por tanto, con sus deseos, sino que será lo más beneficioso para la resocialización y reeducación del mismo, como finalidad del proceso de menores, por lo que la fijación de este interés requiere un conocimiento de las circunstancias del menor¹⁴³.

El interés del menor no aparece consagrado de manera expresa en el texto constitucional, pero puede entreverse su reconocimiento en el art. 39 de la CE, cuando se establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la “protección integral de los hijos”. En este mismo sentido, el art. 28 de la CDN dispone que “los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación”.

El interés del menor preside todas las actuaciones en materia de menores, tanto en el proceso penal, como en los de naturaleza civil o administrativa. No es, pues, un principio exclusivo del derecho penal. Particularmente en el ámbito del proceso civil, en concreto en los procedimientos de derecho de familia, el principio del *favor filii*, reconocido en relación a éstos en los arts. 92 del CC y 9.3 de la CDN, ha de presidir todas las resoluciones que se dicten, de modo que los menores tienen derecho a que la custodia se atribuya a aquel de los progenitores que mejor contribuya a una sana

¹⁴² En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, M. *La instrucción...* op. cit., págs. 2 y ss.

¹⁴³ Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M. “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, en BENÍTEZ ORTUZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate. I Congreso Nacional de Justicia penal juvenil*. Ed. Dykinson. Madrid, 2010. Pág. 85.

formación de su personalidad¹⁴⁴. Y este principio deberá presidir también aquellas decisiones que se adopten en el seno de los procedimientos administrativos en materia de protección de menores, cuya competencia está actualmente atribuida a las entidades públicas correspondientes de las distintas Comunidades Autónomas.

Por lo que respecta al procedimiento penal de menores, el principio del superior interés del menor implica el reconocimiento al menor de todas las garantías procesales y constitucionales¹⁴⁵, y da entrada a la aplicación del principio de oportunidad, a fin de evitar las consecuencias negativas derivadas del procedimiento en sí, permitiendo la terminación anticipada del mismo en determinados supuestos, mediante fórmulas que favorecen el proceso educativo del menor, a través de la conciliación con la víctima, el compromiso de reparación del daño causado, o la realización de actividades educativas, o evitando su continuación cuando, expresado suficiente reproche, ésta resultase contraproducente para el mismo. Los acuerdos de conciliación o reparación alcanzados gracias a la mediación que realiza el equipo técnico tienen efectos favorables para la educación del menor, ya que permiten que este adquiera conciencia de que sus actos originan consecuencias negativas para personas concretas, y se responsabilicen de los mismos, evitando a un tiempo los efectos estigmatizadores que se derivan para el menor del hecho de ser objeto de un juicio y de ser condenado en sentencia. De esta forma, el interés del menor justifica la introducción de estas fórmulas basadas en el principio de oportunidad para evitar la celebración del juicio así como el dictado de una sentencia condenatoria. El equipo técnico propondrá las soluciones más adecuadas al interés del menor, conforme a las circunstancias y necesidades de éste.

MORILLAS CUEVA estima que estas fórmulas, con la finalidad de evitar efectos contraproducentes para el menor, permiten sustituir las soluciones judiciales por “acciones e instituciones de carácter social”¹⁴⁶. Una de las principales objeciones de la doctrina consiste en que la búsqueda de soluciones extrajudiciales no siempre evita la estigmatización y puede conllevar una privación de las garantías legales, ya que la aplicación del principio de oportunidad supone un cierto reconocimiento de culpa como base para la conciliación o reparación con la víctima o la realización de actividades

¹⁴⁴ Así lo recoge la STS nº 644/1987, de 20 de abril, cuando dice que “es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil”.

¹⁴⁵ En concreto, el art. 7 de la CDN establece: “En todas las etapas del proceso se respetarán las garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior”.

¹⁴⁶ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal menores a debate...* op. cit., pág. 28.

socio-educativas¹⁴⁷. En mi opinión, en realidad no se trata de fórmulas extrajudiciales o de desjudicialización en sentido estricto, sino de la aplicación dentro del proceso, aunque sea en una fase inicial del mismo, de estas manifestaciones regladas del principio de oportunidad. La decisión corresponderá al fiscal encargado de la fase preparatoria o expediente de reforma, que en su caso deberá solicitar del juez de menores el sobreseimiento. El menor no será sometido a la fase de audiencia y al dictado de una sentencia, pero sí a mecanismos que se ponen en marcha en Fiscalía de Menores, y no por tanto al margen del sistema judicial, y que por esta razón no son equiparables a las soluciones adoptadas en el ámbito doméstico, escolar o de protección de menores. Y por esto es por lo que se plantea su posible trasposición, en determinadas condiciones, a la jurisdicción de adultos, donde, como se verá más adelante, están dando resultados satisfactorios las experiencias de mediación intrajudicial impulsadas por el CGPJ.

El principio de interés del menor requiere la especialización de todos los profesionales que intervienen en el proceso, que habrán adquirido una sólida formación en esta materia, y con ella, la sensibilización necesaria y los recursos adecuados para ofrecer un adecuado tratamiento al menor infractor. La reacción penal debe estar presidida, pues, por el respeto a la dignidad del menor y a su propia identidad¹⁴⁸, y debe estar orientada al pleno desarrollo de la personalidad de éste, debiendo adoptarse las decisiones que mejor puedan contribuir a su educación y al desarrollo de sus capacidades, en atención a sus particulares circunstancias¹⁴⁹.

No existe un acuerdo doctrinal sobre la naturaleza del “interés del menor”. GÓMEZ COLOMER expone que la ausencia de una definición del interés del menor dio lugar a resoluciones diversas en los Juzgados de Menores hasta que finalmente se establecieron criterios interpretativos comunes mediante el recurso de casación para unificación de doctrina. El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, que deberá ser concretado por el juez en el caso concreto, y a tal efecto se le dota de un instrumento cual es el informe del equipo técnico, que, aplicando los conocimientos propios de otras disciplinas, realiza una valoración de las circunstancias y personalidad del menor y proponen la medida más idónea para éste, respetando su identidad y características propias¹⁵⁰.

¹⁴⁷ En este sentido, DOLZ LAGO, M. J. “Algunos aspectos...” op. cit., págs. 1 y ss. y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “El proceso penal...” op. cit., págs. 90 y ss.

¹⁴⁸ En este sentido, la CDN establece en el art. 8: “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a su preservar su identidad”.

¹⁴⁹ Vid. ALTALVA LAVALL, M. G. “El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 347 y ss.

¹⁵⁰ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. M. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 176. La STC nº 187/96, de 25 de noviembre, califica de principio el interés del menor. Otros hablan de derecho o criterio. Este autor entiende que se trata de un principio de naturaleza mixta, procesal y sustantivo. En cuanto a la naturaleza del interés del menor, vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 320 y 321. Considera este autor que el interés del menor no es un interés procesal puro y

A partir del año 2013, el desarrollo del concepto de interés del menor ha experimentado un importante avance a través del Comité de los Derechos del Niño, al que corresponde interpretar y velar por el cumplimiento de la CDN, que, en la Observación General n° 14 del año 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, establece una doctrina actualizada de este concepto. La Observación General considera el interés del menor como un concepto dinámico que debe evaluarse en cada contexto, y que tiene por objeto garantizar el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos por la CDN¹⁵¹.

Conforme a la misma, el interés del menor es un triple concepto: es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. Es un derecho sustantivo, porque la garantía de este derecho debe aplicarse siempre que deba adoptarse una decisión que afecte a un niño, con obligación intrínseca para los Estados, de aplicación directa. Es un principio jurídico interpretativo, porque si una disposición jurídica admite más de una interpretación, deberá estarse a la que satisfaga de forma más efectiva el interés del menor. Y es una norma de procedimiento, pues el proceso de adopción de decisiones que afecten a un niño debe incluir una estimación de las posibles repercusiones positivas o negativas de la decisión, debiendo los Estados miembros explicar los criterios que fundamentan la resolución y la ponderación de los derechos del niño frente a otras consideraciones. Esta Observación tuvo una influencia decisiva en la modificación del art. 2 de la LO de Protección Jurídica del Menor por LO 8/15, de 22 de julio¹⁵².

La LORPM no establece un catálogo de delitos y sus penas, al estilo de los Códigos Penales, sino que se limita a realizar una remisión genérica a los delitos y antiguas faltas tipificados en el CP y leyes penales especiales (art. 1.1 de la LORPM) y a establecer una relación de medidas a imponer (art. 7.1 de la LORPM). Se establece un catálogo flexible de medidas aplicables a los menores infractores, sin concretar cuál de ellas y con qué duración debe aplicarse a cada delito, ya que para su fijación no se debe atender únicamente a la infracción cometida, sino a la valoración del conjunto de las circunstancias del menor, a fin de imponer la que sea más conveniente en interés del menor (art. 7.3 LORPM).

La doctrina censura esta técnica legislativa que considera contraria al principio de legalidad, y propone que la ley del menor especifique tanto las infracciones penales

simple, sino que está integrado por conceptos propios de otras disciplinas jurídicas, a través de profesionales expertos que proporcionan al juez los conocimientos propios de otras ciencias.

¹⁵¹ Se impuso a los Estados miembros una serie de obligaciones. En primer lugar, la de garantizar que el interés superior del niño se integre de forma adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales. En segundo lugar, la obligación de velar para que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés de éstos ha sido una consideración primordial. En tercer lugar, la obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones adoptadas. (Apartado 14 de la Observación 14-2013).

¹⁵² En este sentido, NIETO GARCÍA, C. "Naturaleza jurídica. Principios y conceptos básicos de la justicia de menores", en Curso virtual "Introducción a la jurisdicción de menores 2017". UNED. Febrero a mayo de 2017.

que pueden cometer los menores como las medidas aplicables a cada una de ellas, al estilo del CP. Pero lo cierto es que era la única fórmula compatible con la técnica de la remisión genérica al catálogo de delitos del CP, y permite una mayor flexibilidad en la determinación de la medida, lo cual redundaría en interés del menor, ya que permite elegir la más acorde a las circunstancias y necesidades educativas de éste¹⁵³. El legislador da un paso más en la flexibilidad que otorga al juzgador, y dentro de la medida de libertad vigilada, tras enumerar las reglas de conducta que pueden imponerse por el juez de menores, añade: “cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona” (art. 7.1h, 7ª de la LORPM). Incluso el precepto contempla la posibilidad de que el menor, como consecuencia de la obligación impuesta, deba dejar de convivir con sus padres o tutores, estableciendo que para tal caso el Ministerio Fiscal remitirá testimonio a la entidad pública de protección de menores. La voluntad del legislador ha sido precisamente la de otorgar al juez de menores, en su función de juez enjuiciador, la discrecionalidad necesaria para el establecimiento para cada caso concreto de aquella medida que sea más adecuada al interés del menor. Por este motivo, ALTALVA LAVALL llegó a considerar que el catálogo del art. 7 LORPM no tenía carácter de *numerus clausus*, sino que permitía aplicar cualquier otra medida que resultara beneficiosa para el menor, aunque no estuviera expresamente prevista¹⁵⁴.

La configuración del interés del menor como criterio rector implica que éste no debe ceder ante otros intereses, a pesar de que éstos fueran legítimos, y que no debe confundirse con los deseos del propio menor o de sus padres. La doctrina ha criticado la escasa atención que la ley presta a los padres de los menores, pues éstos, especialmente cuando se trata de jóvenes que proceden de familias con una situación normalizada, pueden aportar luz sobre las circunstancias del menor y sobre lo más adecuado para el interés de éste. Un elemento a valorar será la estabilidad o marginalidad del entorno familiar del menor, que puede proporcionar datos valiosos sobre las posibilidades de éxito educativo de la medida que se imponga, hasta el punto de que la doctrina entiende que en caso de que se pueda contar con la colaboración de la familia para el cumplimiento de las medidas también deberá tenerse en cuenta el interés y las circunstancias de las personas implicadas¹⁵⁵.

La necesidad de tener en consideración el entorno familiar y social del menor, conforme al informe del equipo técnico, puede llevar a situaciones que a simple vista

¹⁵³ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit. Pág. 323. Este autor censura esta técnica legislativa, si bien entiende que una vez realizada la remisión genérica a los delitos y faltas del CP, el establecimiento de un catálogo genérico de medidas es la única opción. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*. 4ª edición. Ed. Bosch. Barcelona, 2007. Págs. 96 y 97.

¹⁵⁴ Vid. ALTALVA LAVALL, M. G. “El interés...”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit. Pág. 365.

¹⁵⁵ Vid. ALTALVA LAVALL, M. G. “El interés...”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit. Pág. 372.

parecen discriminatorias, y así, puede ocurrir que ante un mismo hecho delictivo, según las circunstancias sociales y familiares, en un caso sea necesaria una mayor restricción de derechos que en otro. Cuando se trata de un menor cuyos padres están implicados, es más fácil la imposición de medidas de libertad vigilada, en tanto que en caso de familias desestructuradas pueden requerir de un internamiento en régimen semiabierto¹⁵⁶. A mi juicio esto no colisiona en modo alguno con el principio de igualdad, pues conforme a la clásica definición de justicia, *suum cuique tribuere*¹⁵⁷, se trata de administrar justicia en el caso concreto.

El informe del equipo técnico es, pues, una pieza clave para la valoración del interés del menor, labor que la regla del expediente único facilita notablemente. En la jurisdicción de adultos, cada vez que se tiene noticia de un hecho delictivo se iniciará un procedimiento independiente (art. 17 de la LECrim.) y los informes periciales que en relación con el encausado consten en dicha causa, salvo excepciones, no producirán efectos en otros procedimientos. En la jurisdicción de menores, rige la regla del expediente único. Cada hecho delictivo cometido por el menor dará lugar a la incoación de un procedimiento diferente, salvo que se trate de hechos conexos, pero al mismo tiempo se establece que todos los procedimientos incoados a un mismo menor se registrarán en un expediente personal del mismo abierto en fiscalía, y que se destruirá cuando éste alcance la mayoría de edad (art. 20. 1 y 2 de la LORPM). Del mismo modo se archivarán las diligencias abiertas en el Juzgado correspondiente. En los casos de hechos atribuidos a un mismo menor cometidos en distintos territorios, la determinación del órgano competente para el enjuiciamiento de todos ellos en unidad de expediente se realizará atendiendo al lugar del domicilio del menor, y subsidiariamente serán de aplicación los criterios del art. 18 de la LECrim. De igual modo, se determinará la competencia de la entidad pública a la que corresponde la ejecución de las medidas.

El expediente único es posible porque los Juzgados de Menores están centralizados en las capitales de provincia (exceptuando las grandes ciudades, no suelen ser más de dos por provincia), y muy excepcionalmente (por ejemplo, Algeciras), en poblaciones de gran entidad, donde también radica la fiscalía y el equipo técnico, y los jueces de menores realizan tanto las funciones de juez de garantías como las de juez de enjuiciamiento y de ejecución, de modo que los expedientes permanecen en el mismo órgano en todas las fases del procedimiento y es posible un conocimiento global por parte de todos los intervinientes del historial delictivo del menor en cuestión. La actuación del Ministerio Fiscal con unidad de criterio y como órgano único, aunque integrado por diversos representantes, favorece también esta posibilidad. Aunque pudiera objetarse que nos situamos en la frontera con el derecho penal de autor, el interés del menor y el carácter educativo del procedimiento justifica la necesidad de un

¹⁵⁶ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, F. I. “El derecho penal de menores en el Estado Social y Democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., pág. 85.

¹⁵⁷ Digesto 1.1.10. “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”.

conocimiento más completo de sus circunstancias que permite la adopción de la solución más acorde con la finalidad reeducativa que se pretende.

El interés del menor determina que en la fase de audiencia, una vez vencida la presunción de inocencia, y en orden a determinar la medida a imponer, no basta con una valoración del grado de participación del menor, grado de ejecución del delito y gravedad de los hechos, sino que debe realizarse una valoración de las circunstancias del menor que permitan justificar los motivos por los que se impone una medida y no otra, de entre el catálogo de medidas posibles. A tal fin, en la fase de informe, el Ministerio Fiscal, actuando ahora como órgano de acusación, y las demás partes, deberán valorar, junto a la calificación jurídica de los hechos y participación del menor, la procedencia de la medida interesada.

El juez, en la sentencia, dentro lógicamente de los límites que vienen dados por el principio acusatorio, deberá expresar los motivos por los que considera adecuada la medida que impone. Así, el art. 7.3 de la LORPM *in fine* le impone la obligación de expresar con detalle las razones por las que aplica una determinada medida y establece el plazo de duración. Para la elección de la medida a imponer, dentro del catálogo establecido en el art. 7 de la LORPM, el juez deberá atender de modo flexible no sólo a la prueba y a la valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores (art. 7.3 LORPM).

Una vez dictada sentencia en que se determine la medida impuesta, el interés del menor justifica que se admita la posible modificación de la misma. El derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 de la CE comprende el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos¹⁵⁸, sin perjuicio de las facultades de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad prevista en los arts. 80 y siguientes del CP. En el ámbito de la jurisdicción de menores, iniciada la ejecución, se admite que las medidas impuestas puedan ser reducidas, sustituidas y dejadas sin efecto por el juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y previa audiencia del equipo técnico, siempre que dicha modificación redunde en interés del menor, y que se haya expresado suficiente reproche penal al mismo por su conducta (art. 13 de la LORPM). A tal efecto, la entidad pública de protección de menores, a la que corresponde la emisión de informes sobre la ejecución de la medida, sus incidencias, y sobre la evolución del menor, pueden solicitar en dichos informes al Ministerio Fiscal que promueva la revisión de las medidas establecidas en sentencia (art. 49.1 y 2 de la LORPM)¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Vid. SSTC nº 159/87, de 26 de octubre, FJ 2º, y 67/84, de 7 de junio, FJ 2º.

¹⁵⁹ Para un estudio más detallado de esta cuestión, vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 250 y 251.

1.1.1. El endurecimiento del tratamiento del menor en las sucesivas reformas de la LORPM.

Las posteriores reformas de la LORPM vinieron a desvirtuar algunos de los principios inspiradores del proceso de menores, al menos los que inspiraron su redacción originaria, y particularmente, el principio del interés del menor, dejando a un lado la finalidad educativa y poniendo el acento en los aspectos represivos y de prevención general. Dos de estas reformas se producen, paradójicamente, cuando la LORPM, que tuvo un amplio periodo de *vacatio legis*, concretamente de un año¹⁶⁰, todavía no había entrado en vigor: la LO 7/2000 y la LO 9/2000¹⁶¹. Posteriormente, la LORPM fue nuevamente reformada por la LO 15/2003, y por la LO 8/2006.

A través de estas reformas se estableció para algunos casos el carácter imperativo de la medida de internamiento en régimen cerrado, ampliando sucesivamente los supuestos inicialmente previstos; se prolongó progresivamente la duración de la misma para determinados delitos; se aumentó la duración de la medida cautelar de internamiento; se introdujo la acusación particular, que en un principio no estaba prevista por entenderla incompatible con la finalidad educativa de la ley, reforzando la posición de las víctimas; se admitió para la protección de éstas las medidas de alejamiento, que también podían imponerse con carácter cautelar; se dejó en suspenso, y finalmente se derogó definitivamente, la posibilidad de aplicación de esta ley a infractores de edades comprendidas entre dieciocho y veintiún años; y se ampliaron los plazos de prescripción. Por su interés en relación al principio del superior interés del menor, merecen que nos detengamos en la LO 7/2000 y la LO 8/2006.

1.1.1.1. La LO 7/2000.

Por lo que respecta a las medidas aplicables a los menores, la LO 7/2000 excluye la aplicación de la ley a los infractores de edades comprendidas entre dieciocho y veintiún años que hubiesen cometido delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales, delitos relacionados con el terrorismo previstos en los arts. 571 a 580 del CP y otros sancionados por el CP con pena igual o superior a quince años de prisión, y atribuye a la AN, a través de los Juzgados Centrales de Menores, el conocimiento de los delitos de terrorismo cometidos por menores (Disposición Adicional Cuarta). La ley preveía que el Gobierno, en el plazo de cinco años, debía remitir al Congreso un

¹⁶⁰ La Disposición Final Séptima de la LORPM estableció la entrada en vigor al año de su publicación en el BOE, fecha en que también tendría lugar la entrada en vigor de los arts. 19 y 69 del CP de 1995.

¹⁶¹ La LO 7/00 entró en vigor de forma inmediata en materia de menores, de modo que la LORPM no llegó a aplicarse sin las modificaciones que la misma introducía.

informe de evaluación de análisis de las consecuencias de la aplicación de dicha disposición (Disposición Adicional Quinta).

La LO 7/2000 introduce una serie de supuestos en los que la medida de internamiento en régimen cerrado tiene carácter imperativo; amplía la duración de la misma en determinados casos, distinguiendo tramos de edad; y establece la medida de inhabilitación absoluta, de dudosa finalidad educativa. De esta forma, se limita para algunos casos la facultad judicial de valoración flexible de las circunstancias del menor para la determinación de la medida a imponer que establecía el art. 7.3 de la LORPM.

Para los delitos de homicidio, asesinato, agresión sexual, relacionados con el terrorismo y otros castigados en el CP con pena de prisión igual o superior a quince años, se amplía la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado. En el tramo de edad de dieciséis y diecisiete años, ésta pasa a tener una duración de uno a ocho años, con libertad vigilada sucesiva, de una duración de hasta cinco años, y en el tramo de catorce y quince años, el internamiento tendrá una duración de uno hasta cuatro años con libertad vigilada sucesiva de hasta tres años. En estos supuestos, en el tramo de edad de dieciséis y diecisiete años, además, solo podrá dejarse sin efecto la medida una vez cumplida la mitad de la duración de la misma. En caso de pluralidad de infracciones, si alguno de los delitos de terrorismo está castigado por el CP con pena igual o superior a quince años, se amplía la duración del internamiento en régimen cerrado hasta diez años para los infractores de dieciséis y diecisiete años, y hasta cinco años para los infractores de catorce y quince años. En los delitos previstos en los arts. 571 a 580 del CP, se impondrá una medida de inhabilitación absoluta por tiempo superior entre cuatro y quince años al de la medida impuesta de internamiento en régimen cerrado.

En los supuestos de extrema gravedad, será obligatoria la medida de internamiento en régimen cerrado, con una duración de uno a cinco años, complementada por una medida de libertad vigilada sucesiva de hasta cinco años. Se consideran supuestos de extrema gravedad aquéllos en que concurra reincidencia. En estos casos, no será posible la suspensión o sustitución de la medida hasta que se cumpla el primer año de internamiento (art. 9, regla 5ª)¹⁶².

¹⁶² La LO 7/00 dio una nueva redacción a algunos preceptos de la LORPM, que fueron posteriormente objeto de nuevas modificaciones. Esta ley añadió la letra n al apartado 1 del art.7 relativo a la inhabilitación absoluta.

La reforma dio una nueva redacción al art. 9.1 y 3, regla 5ª: “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 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. A los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia”.

La LO 7/00 introdujo la disposición adicional 4ª en relación a los delitos previstos en los art. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del CP y otros sancionados en el CP con pena de prisión igual o superior a

La reforma operada por la LO 7/00, antes incluso de la entrada en vigor de la LORPM, ha sido valorada negativamente por la doctrina en cuanto supone un endurecimiento en el tratamiento del menor expedientado¹⁶³. BERMUZ BENEITEZ criticó que esta reforma estaba inspirada en ideas de prevención general negativa más propias del derecho penal de adultos, en respuesta a la demanda social de endurecimiento de la reacción frente a los delitos de gravedad cometidos por menores, y recuerda que uno de sus objetivos principales era frenar la tendencia de los grupos terroristas a incorporar a los jóvenes procedentes de la *kale borroka*¹⁶⁴. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA argumenta que la ley de reforma vino inspirada por la idea de que se había producido un aumento de la participación de los menores en actos de terrorismo urbano, por la especial naturaleza y la repercusión social de estas conductas, si bien supuso “la ruptura del difícil equilibrio educativo-resocializador-reformador” de la LORPM, pues lo que se pretendía era “mitigar la alarma social y la defensa a ultranza de la sociedad”¹⁶⁵. Concluye que se producía un retroceso en los principios informadores de la legislación de menores motivada por la tendencia a

15 años: “Lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Ley Orgánica no será de aplicación a los mayores de dieciocho años imputados en la comisión de los delitos a que se refiere esta disposición adicional.

A los imputados en la comisión de los delitos mencionados en el apartado anterior, menores de dieciocho años, se les aplicarán las disposiciones de la presente Ley Orgánica, con las siguientes especialidades: (...) c) Cuando alguno de los hechos cometidos sea de los previstos en esta disposición adicional y el responsable del delito fuera mayor de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5.a del artículo 9 de esta Ley Orgánica. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 14, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta. Si los responsables de estos delitos son menores de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5.a del artículo 9 de esta Ley Orgánica. No obstante, lo previsto en los dos párrafos anteriores, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los menores de esa edad, cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos entre los artículos 571 a 580 del Código Penal. (...)”.

¹⁶³ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 15. “Esta reforma del Código Penal y de la LORPM viene a dar argumentos a las opiniones más críticas frente a los impulsos legislativos de orientación antiterrorista, que denuncian procesos de normalización de la excepcionalidad o de utilizar medidas contra el terrorismo como ocasión para propiciar una política involutiva de signo represivo. La reforma de la LORPM, acaecida antes de completarse el periodo de *vacatio legis*, resulta político-criminalmente inasumible, no sólo por relegar a un segundo plano el proclamado interés del menor, sino por introducir un régimen significativamente más severo que el de la primera versión de la Ley en los delitos más graves, aunque no tengan relación con el terrorismo”.

¹⁶⁴ Vid. BERMUZ BENEITEZ, M. J. “Justicia de menores...” op. cit., págs. 3 y ss. En este mismo sentido, AYO FERNÁNDEZ censura la reforma en los que a los delitos de terrorismo se refiere, por entender, conforme a su experiencia profesional en el País Vasco, que los delitos cometidos por menores en este ámbito quedaban reducidos a los actos de *kale borroka*, “sin que se haya detenido nunca a un menor de edad por pertenencia a la banda terrorista ETA”, y el número de asuntos de que conocían los Juzgados Centrales de Menores era muy escaso. Por otra parte, consideraba que los Juzgados de Menores de País Vasco y Navarra había juzgado a jóvenes por actos de violencia callejera sin ningún problema. Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., pág. 257.

¹⁶⁵ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “La política...” op. cit., en BENITEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., pág. 43.

legislar en función de hechos puntuales que desatan la alarma social, o de particulares circunstancias políticas¹⁶⁶. Hasta tal punto es así, que BUENO ARÚS se refiere a la existencia dentro del derecho penal de menores de un subsistema, en relación con delitos de especial gravedad, en los que prevalecen criterios de prevención general¹⁶⁷.

1.1.1.2. La LO 8/2006.

Una nueva modificación en esta materia tuvo lugar mediante la LO 8/2006, que viene a dar cumplimiento a la Disposición Adicional Sexta introducida por la LO 15/2003¹⁶⁸. Esta reforma amplió los supuestos en que puede imponerse la medida de internamiento en régimen cerrado, añadiendo a los delitos graves, aquellos delitos menos graves en cuya comisión se haya empleado violencia o intimidación o se haya producido un grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, así como cualquier delito cometido en grupo o en el que el menor actúe como miembro de una banda u organización (art. 9.2 de la LORPM).

En el art. 10 de la LORPM se aumenta el tiempo de duración del internamiento según el tipo de delito y los tramos de edad de los menores. Así, aunque la regla general es que la duración máxima de las medidas será de dos años, en los casos de delitos graves o menos graves cometidos con violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o integridad de las personas o en grupo, podrán alcanzar una duración de tres años en el tramo de edad de catorce y quince años, y de hasta seis años, en el tramo de edad de dieciséis y diecisiete años. En los casos de extrema gravedad, entendiéndose por tales los supuestos de reincidencia, se amplía la medida de internamiento en régimen cerrado, de carácter obligatorio, hasta seis años. En los casos de los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales, relacionados con el terrorismo (arts. 571 a 580 del CP) o castigados con pena igual o superior a quince años de prisión, en los que es obligatoria la medida de internamiento en régimen cerrado, en el tramo de edad de catorce y quince años se amplía hasta cinco años la duración de la misma. En los supuestos de pluralidad de infracciones, cuando alguna de ellas fuera un delito de los mencionados, se amplía hasta seis años la duración de la misma en el tramo de edad de catorce y quince años.

¹⁶⁶ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “La política...” op. cit., en BENITEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit. pág. 43.

¹⁶⁷ BUENO ARÚS, F. “La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en GONZÁLEZ MAYORAL NARRÓS, L. (coord.). *Jornadas sobre Derecho de Menores*. Madrid, 2003. Pág. 331.

¹⁶⁸ La Disposición Adicional Sexta establecía que evaluada la aplicación de la ley y oídos el CGPJ, el Ministerio Fiscal, las Comunidades Autónomas y los grupos parlamentarios, el Gobierno impulsaría las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por menores de edad que revistan especial gravedad, tales como los previstos en los arts. 138, 139, 179 y 180 del CP, y a tal efecto podrá aumentar el tiempo de internamiento, prever su cumplimiento en centros con medidas de seguridad reforzadas y que el mismo, una vez alcanzada la mayoría de edad, tenga lugar en centro penitenciario de adultos.

Se incorporan medidas de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, o con sus familiares o personas que el juez determine (art. 7 de la LORPM), que también podrá imponerse con carácter cautelar (art. 28.1 de la LORPM), y se aumenta la duración de la medida cautelar de internamiento, que pasa a tener una duración de hasta nueve meses (art. 28.3 de la LORPM).

En cumplimiento de la Disposición Adicional Sexta, se admite el internamiento en centros penitenciarios de adultos una vez alcanzada la mayoría de edad, si su conducta no responde a los objetivos propuestos, y en todo caso cumplidos veintiún años.

Si el menor cumpliera veintiún años cuando se le impone la medida o no hubiera finalizado el cumplimiento de la misma alcanzada dicha edad, se ordenará la continuación en centro penitenciario, salvo que proceda la modificación o sustitución (art. 14 de la LORPM). La LO 8/2006 condiciona, en la ejecución de la medida de internamiento en régimen semiabierto, la realización de actividades fuera del centro a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos propuestos, permitiendo que el juez de menores suspenda esta realización por tiempo determinado y acuerde que se desarrollen dentro del centro (art. 7.1.b de la LORPM). Por otra parte, según el art. 51.2 de la LORPM, tras esta reforma, si el menor al que se ha impuesto una medida de internamiento en régimen semiabierto evoluciona desfavorablemente, el juez de menores puede sustituirla por internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho por el que se impuso fuera un delito grave o un delito menos grave cometido con violencia o intimidación o grave riesgo para la integridad física o cometido en banda organizada. Como consecuencia de estas previsiones, como sostiene CRUZ BLANCA, podría agravarse la medida en fase de ejecución, pues el menor podría cumplir un internamiento en régimen cerrado para supuestos a los que en principio ha correspondido una medida de internamiento en régimen semiabierto¹⁶⁹.

A pesar de que la doctrina venía poniendo de manifiesto que este endurecimiento de la ley del menor resultaba contrario a los principios inspiradores de la misma¹⁷⁰, el informe del CGPJ al anteproyecto de reforma considera que la misma no supone una alteración sustancial de aquellos tal y como son concebidos por la LO 7/2000, y aprecia una mejora del procedimiento y una adecuación de la respuesta

¹⁶⁹ Vid. CRUZ BLANCA, M. J. “Sobre las medidas tras la reforma operada por LO 8/2006 de 4 de diciembre”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., pág. 165. También en este sentido, vid. VALEIJE ALVAREZ, I. “Las medidas de internamiento en régimen cerrado impuestas a los menores infractores”. Págs. 196 y 197. Infoprisión.com/sitios/default/files/docs_recibidos.Medidas_de_internamientopdf. Última visita: 28 de abril de 2017. Esta autora censura la disposición al entender que resulta contraria al principio de legalidad, pues permite la imposición en fase de ejecución de una medida más grave por unos mismos hechos.

¹⁷⁰ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “La política...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., págs. 46 a 48 y 50. Este autor critica esta justificación de la Exposición de Motivos, puesto que su análisis realizado de las estadísticas del Centro Sofía para el estudio de los menores detenidos entre 2000 y 2006 no reflejaba un aumento de las infracciones cometidas por menores. Esto no hace más que corroborar la distancia que hay en nuestro país entre los centros de decisión política y la realidad de la delincuencia.

jurídica a las “demandas sociales de mayor eficacia disuasoria y preventiva”¹⁷¹. La Exposición de Motivos justifica la promulgación de esta ley de reforma en el cumplimiento del mandato del legislador, una vez transcurridos cinco años de vigencia de la ley, valorando positivamente su aplicación, y amparándose en que el aumento de los delitos cometidos por los menores había generado una “preocupación social” y había “contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y más frecuentemente cometidas por menores como son los delitos y faltas patrimoniales”¹⁷².

Aparte de las reformas comentadas en particular, conviene hacer una breve referencia a la introducción de la acusación particular en el proceso de menores, acometida por la LO 15/2003, pues hasta ese momento sólo se admitía una limitada intervención del perjudicado en delitos graves cometidos por mayores de dieciséis años. La Disposición Adicional Segunda de la LO 15/2003 introduce en el art. 25 de la LORPM la posibilidad de personarse como acusación particular para los ofendidos y perjudicados por el delito. Paralelamente, en el art. 8 de la LORPM se permite a la acusación particular solicitar al Ministerio Fiscal la práctica de las diligencias que le interesen.

La introducción de la acusación particular ha suscitado ciertos problemas de interpretación acerca del adecuado equilibrio entre el interés del menor y los derechos de los perjudicados. En este sentido, podemos destacar la STC nº 23/2016, de 15 de febrero, que establece que la adecuada ponderación entre los derechos en conflicto no puede perder de vista que el interés superior del menor, en el proceso de menores, modula la intensidad de determinados derechos de la acusación particular, por lo que el canon constitucional no puede ser el mismo que en el derecho de adultos¹⁷³.

En cuanto a la posibilidad de aplicar la ley del menor a los jóvenes de edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años en determinados supuestos (art. 4 de la LORPM), la entrada en vigor de esta disposición fue aplazada por dos años por la LO 9/2000, y nuevamente suspendida hasta el 1 de enero de 2007 por la reforma operada por LO 9/2002, para finalmente quedar definitivamente sin efecto. La supresión de la posibilidad de aplicar la ley del menor a estos jóvenes entre dieciocho y veintiún años, que existe en otros países de nuestro entorno, supone, en opinión de MORILLAS CUEVA, negar la opción de “dar una oportunidad y una respuesta más humanitaria” a

¹⁷¹ Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 7/2000, de reforma de la LORPM.

¹⁷² Vid. Exposición de Motivos de LO 7/2000, de reforma de la LORPM.

¹⁷³ Vid. STC nº 23/2016, de 15 de febrero. FJ 4º. En el supuesto que se resuelve en la citada sentencia, la acusación particular aducía la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, solicitando la retroacción del procedimiento hasta el momento en que no se le habían notificado unos decretos del Ministerio Fiscal. El menor ya había cumplido un compromiso educativo, con consecuencias positivas a través de un proceso de reparación, por lo que el interés de éste debía prevalecer sobre los derechos invocados por la acusación particular.

estos jóvenes delincuentes, en atención al delito cometido y a sus circunstancias personales¹⁷⁴.

Tras estas reformas, se produce un endurecimiento de la ley del menor, que parece aproximarla al derecho penal de adultos, un tratamiento más cercano a la idea de castigo y retribución, al menos en relación con determinados supuestos, que se inicia con la LO 7/2000 y se intensifica con la LO 8/2006. Las estadísticas reflejan que la franja de edad donde más delitos se cometen es precisamente entre los dieciséis y diecisiete años. Si a esto se le añade la lentitud de la justicia, es frecuente que algunas de las medidas se impongan cuando el menor ha alcanzado la mayoría de edad o se prolongue su cumplimiento más allá de la misma. Y en estos casos, es posible el cumplimiento en un establecimiento penitenciario. La doctrina critica la puesta en marcha de una jurisdicción especializada si después la medida se va a cumplir en un centro penitenciario de adultos. El infractor habrá sido condenado a una medida de las previstas en la LORPM a través de un proceso regido por el superior interés del menor, pero después se verá abocado al cumplimiento de la misma como si de una pena de las previstas en el CP se tratase¹⁷⁵.

En relación con esta cuestión, la STS nº 911/2004, de 12 de febrero, declara que el régimen de cumplimiento imperativo de periodo mínimo en los supuestos de delitos de extrema gravedad debe imponerse en la sentencia, sin alterar las decisiones que resulten más beneficiosas para el menor¹⁷⁶. En el mismo sentido, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 13 de marzo de 2013 declara que la estimación de un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de menores sólo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor¹⁷⁷.

1.1.1.3. La alarma social como base del endurecimiento de las medidas.

Estas sucesivas reformas responden claramente a la alarma social originada por algunos hechos delictivos cometidos por menores. Desde el año 2000 se produjeron diversos hechos graves cometidos por menores, que, aunque ocasionales, tuvieron gran repercusión en los medios de comunicación y originaron una gran alarma social, creando una corriente de opinión que ponía en tela de juicio la eficacia de la justicia

¹⁷⁴ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “La política...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit. Pág. 49.

¹⁷⁵ Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M. “El interés...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit. Pág. 88. En estos casos de continuación de cumplimiento en establecimiento penitenciario de adultos, pese a ser aplicable el derecho de menores, la respuesta coincide con la del derecho penal de adultos. Por esto se pregunta este autor qué sentido tiene poner en marcha una jurisdicción especializada para luego ejecutar las medidas de internamiento en las prisiones.

¹⁷⁶ Vid. STS nº 911/2004, de 12 de febrero.

¹⁷⁷ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 13 de marzo de 2013.

juvenil. Fue el caso del asesino de la Katana; la violación y muerte de Sandra Palo; el crimen de San Fernando; el crimen de Albacete; el crimen de Ripollet; la violación de Baena; la violación de Isla Cristina; o el asesino de la ballesta¹⁷⁸.

Los principios inspiradores de la ley del menor, particularmente, los principios de reeducación, de interés del menor, de flexibilidad, están presentes en los procesos seguidos por infracciones de menor gravedad, pero cuando se trata de delitos de mayor repercusión, ceden el paso a las ideas de prevención general y de defensa social. Las reformas que han endurecido el tratamiento de los menores infractores que cometan delitos de mayor gravedad han puesto el acento en la idea del castigo, tratando de proteger a la sociedad y a las víctimas frente a estos “niños peligrosos” que, independientemente de sus necesidades educativas, constituyen una amenaza importante para la paz pública. Ante la alarma social producida por actos de extrema gravedad cometidos por menores, se reclama un endurecimiento del tratamiento de esta materia, y en definitiva el aislamiento de estos individuos peligrosos, por muy niños o jóvenes que sean, de la sociedad, pues las escasas posibilidades de reinserción justifican el peligro que representan para la colectividad. El legislador ha tratado de dar respuesta a estos reclamos de la opinión pública, que suelen intensificarse cuando los medios de comunicación dan publicidad a delitos de sangre cometidos por menores. Es difícil lograr la adecuada combinación entre los principios inspiradores de la justicia juvenil y la adecuada defensa social frente a actos de tanta gravedad como algunos de los que se contemplan, actos que, por otra parte, según las estadísticas, no son los más habituales en estas tempranas edades, pero que de producirse, suponen graves ataques a los bienes jurídicos más preciados.

Se puede hablar de dos subcategorías dentro del derecho de menores, el de los que cometen infracciones de menor entidad, y el de los “jóvenes peligrosos”. En relación a estos últimos, la sociedad reclama justicia y castigo, y el legislador no parece albergar muchas esperanzas de reinserción. Algo semejante a lo que ocurre en la justicia de mayores, a pesar de que el art. 25 de la CE también proclama la rehabilitación y reinserción social como finalidad de la pena. Las medidas tienen una duración notablemente inferior a las que habrían correspondido a un adulto que cometiera el mismo hecho delictivo, pero responden a principios retribucionistas y de prevención general, se elimina toda posibilidad de aplicación del principio de oportunidad, y se impone imperativamente al juzgador la aplicación de medidas de internamiento. Parece que el legislador no se atreve a dejar en manos de la discrecionalidad del juez de menores la determinación de la medida adecuada al caso concreto, y se establecen limitaciones a la suspensión y sustitución de las mismas. Además, las medidas podrán terminar de cumplirse en centros penitenciarios de adultos. Tras las reformas, y sin perjuicio de la labor que durante la ejecución se realiza en los centros de menores, el proceso de carácter educativo ha quedado para los delitos de menor entidad. Y aun así,

¹⁷⁸ Vid. JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194. Artículos RECPC 17-19, 2005. Pág. 2.

se endurece el tratamiento de las infracciones cometidas en grupo y en los supuestos de reincidencia, pese a que en la adolescencia es frecuente que las infracciones se cometan “en pandilla”, con el grupo de iguales.

Esta es la situación actual del proceso de menores, un proceso que me atrevo a comparar con el proceso de adultos. Aunque la finalidad de este trabajo de investigación es la contraria a la que inspira a nuestro legislador, pues lo que pretendo no es comprobar si el menor ha de ser tratado como un mayor (“si es mayor para delinquir es mayor para ir a la cárcel”, rezan los eslóganes de la opinión pública), sino analizar hasta qué punto, o si al menos en algunos tipos de delitos, algunas de las instituciones que sí parecen estar dando resultados satisfactorios en el proceso de menores podrían ser trasladables al proceso de mayores, un proceso, en que el panorama actual es bastante desolador.

1.1.2. La menor edad como criterio de inimputabilidad.

Siguiendo a LUZÓN CUESTA, la imputabilidad es “la aptitud de poder cometer un delito y soportar una pena, una especie de capacidad jurídica”¹⁷⁹. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN¹⁸⁰ la definen como el “conjunto de requisitos psicobiológicos exigidos por la legislación penal vigente, que expresan que la persona tiene la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico”¹⁸¹.

Para que exista dicha posibilidad de atribuir al sujeto el acto es necesario que el individuo tenga inteligencia y voluntad. Por esto, la imputabilidad se configura como antecedente necesario de la culpabilidad, debiendo “deducirse de la no concurrencia de las causas que la excluyen”, entre las que figura la menor edad. A diferencia de los casos de anomalía o alteración psíquica o de alteraciones en la percepción, en que pericialmente se determina en el seno de un procedimiento penal la inimputabilidad total o parcial, en el caso de la menor edad, el legislador ha optado por establecer una legislación especial, un conjunto de normas específicas, sustantivas y procesales, que conforman el denominado derecho penal de menores¹⁸².

El primer problema que plantea el derecho penal de menores es el de la imputabilidad del menor, pues si el menor no es imputable, no se le puede exigir una responsabilidad penal por sus actos en sentido estricto. La doctrina entendía que

¹⁷⁹ Vid. LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte especial. Adaptado al nuevo programa de las oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial*. Séptima edición. Segunda conforme al Código Penal de 1995. Ed. Dykinson. Madrid, 1998. Págs. 411 y ss.

¹⁸⁰ Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición conforme al Código Penal de 1995. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pág. 523.

¹⁸¹ Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal...* op. cit., pág. 523.

¹⁸² Vid. LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte especial...* op. cit., págs. 411 y ss.

conforme a la teoría jurídica del delito, el menor no es responsable penalmente porque le falta el elemento de la culpabilidad: en primer lugar, porque el menor no tiene capacidad para ser culpable o imputabilidad, pues carece de la madurez necesaria para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a dicha comprensión; y en segundo lugar, porque el menor no tiene capacidad para ser motivado por la norma penal, con la advertencia de una sanción¹⁸³. Así se puso de manifiesto en la discusión parlamentaria de la LO 4/1992, en que algunos grupos políticos objetaron que se había creado un verdadero juicio penal para menores, que ignoraba que éstos eran inimputables¹⁸⁴.

La concepción correccional diferenciaba entre la responsabilidad y la imputabilidad, y excluían toda responsabilidad penal del menor como consecuencia de su “personalidad inmadura”¹⁸⁵. En este sentido, BUENO ARÚS considera que, a pesar del tenor literal del art. 19 del CP, los menores de edad no tienen capacidad criminal y deben seguir siendo considerados inimputables, y por este motivo nunca se pretendió la regulación de un “Código Penal paralelo”, sino que se trataba de crear una ley sancionadora no penal que orientara al menor hacia el desarrollo de su personalidad¹⁸⁶.

¹⁸³ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías....* op. cit. Pág. 80. Entiende este autor que “la sanción penal aplicada a los menores atenta contra los fundamentos preventivos de la pena, entre otros motivos, porque la represión conduce a la criminalización secundaria y reproduce el rol criminal al generar estigmatización del menor infractor. Sólo la reintegración social efectiva en libertad o semilibertad respeta el mandato constitucional. La elección de este planteamiento se debe además a la gran inseguridad jurídica que presentan conceptos como el de madurez (posibilidad de comprensión de lo injusto) - base de la construcción dogmática de la falta de capacidad de culpabilidad- y a lo aleatorio del elemento cronológico que, aunque se utilizan para evitar una absoluta discrecionalidad judicial provoca situaciones absurdas al considerar imputable al que rebasa en segundos la edad límite”.

¹⁸⁴ El senador Mesa Noda criticaba que el proyecto de ley de 21 de septiembre de 1991, con el pretexto de garantizar los derechos procesales, creaba un procedimiento penal incompatible con el principio de inimputabilidad de los menores recogido en el art. 8.2 del entonces vigente CP. A su juicio, en los niños sólo se puede hablar de incapacidad de culpabilidad, pues el comportamiento de los menores no expresa una clara y libre intencionalidad de infringir la norma sino que es un síntoma de una condición problemática. Vid. Diario de las Sesiones del Senado. IV Legislatura. Núm. 114. Presidencia del Excmo. Sr. Juan José Laborda Martín. Sesión del pleno celebrada el jueves 14 de mayo de 1992. Orden del día: Dictámenes de comisiones sobre proyectos y proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados: de la Comisión de Justicia en relación con el proyecto de ley orgánica reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores. Pág. 6179.

El representante del Grupo CDS, Sr. Santos Miñón, objetaba: “Si existen limitaciones a la capacidad en el ámbito civil y mercantil para los menores de dieciocho años, no encontramos justificación a la reducción en materia penal”, y recordaba el art. 2 de la CDN, conforme al cual “los niños de mundo son inocentes, vulnerables y dependientes”. El representante del Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, Sr. Castellano Cardalliaguet, manifestaba que los menores son irresponsables criminalmente, por lo que criticaba que no se hubiera optado por un proceso de naturaleza protectora y educativa. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. Año 1991. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Félix López Irazábal. Sesión plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991, Orden del día: enmiendas del Senado. Págs. 7737 y ss.

¹⁸⁵ Vid. CAMARA ARROYO, S. “La utopía...” op. cit., págs. 23 y ss. Este autor explica que para los correccionalistas la imputabilidad se distingue de la responsabilidad en que la primera es imprescindible para todos los actos morales en tanto que la segunda sólo se predica de las acciones lesivas para terceros.

¹⁸⁶ Vid. BUENO ARÚS, F. “El anteproyecto...” op. cit., págs. 160 y ss. Considera este autor, al tratar sobre el anteproyecto de 1995, que ninguna de las regulaciones vigentes en nuestro país sobre el tratamiento de los menores delincuentes ha conseguido satisfacer la aspiración doctrinal de que el derecho penal de los menores sea algo distinto del derecho penal en general y estuviese verdaderamente encaminado a la recuperación social de los menores, siempre “más fácil (o menos difícil)” de conseguir que en el caso de los adultos.

Sin embargo, CUELLO CONTRERAS entiende que la minoría de edad no es un supuesto de inimputabilidad, puesto que el menor, a partir de los catorce años, tiene capacidad de culpabilidad, y, a pesar de su mayor dificultad para controlar los impulsos, “ha aprendido a diferenciar los contenidos vivenciales que habilitan para controlar la realidad”¹⁸⁷. El problema se puede resolver, como veremos, hablando de una responsabilidad penal “distinta” o “disminuida”, a partir de una determinada edad o de cierto grado de discernimiento, una responsabilidad adecuada a su edad, y que se exige con una finalidad educativa.

Para la delimitación de los sujetos sometidos al derecho penal de menores hay que partir de la clasificación de los individuos por edades realizada por la escuela clásica. Se distingue así entre la infancia, la impubertad próxima a la infancia, la impubertad próxima a la minoría y la minoridad. La infancia, se desarrolla desde el nacimiento hasta los siete años; la impubertad próxima a la infancia, tiene lugar desde los siete hasta los doce años; la impubertad próxima a la minoría, entre los doce y los catorce años; y la minoridad, entre los catorce y los dieciocho años. En la infancia y en la impubertad próxima a la infancia no hay ninguna imputabilidad, sino que existe una presunción *iuris et de iure* de falta de discernimiento suficiente, mientras que en la impubertad próxima a la minoría y en la minoridad existe una presunción *iuris tantum* de capacidad para delinquir, por lo que corresponderá al juez examinar si el delincuente obró o no con suficiente discernimiento. Si el juez estima que el sujeto actuó sin discernimiento deberá absolverle, y si entiende que obró con discernimiento, deberá imputarle el acto, aunque siempre con menor intensidad que la establecida para el mayor de edad¹⁸⁸.

Antes de continuar, conviene aclarar que, por lo que respeta a la menor edad, deberá estarse siempre a la edad al tiempo de la comisión del hecho delictivo, aunque se hubiera rebasado la misma al tiempo de iniciarse el procedimiento o durante la tramitación del mismo (art.5.3 de la LORPM)¹⁸⁹. Para su determinación, el criterio a

¹⁸⁷ En este sentido, CUELLO CONTRERAS considera que la irresponsabilidad del menor conforme al CP no se justifica por razones relacionadas con la capacidad de culpabilidad. Las razones por las que existe un régimen especial para los menores son dos: “a) por debajo de cierta edad, más allá incluso de los veintiuno, el menor y el joven son más enderezables que el adulto, razón por la cual merece la pena apostar por la reeducación; b) y, principal ahora, por debajo de ciertas edades, aunque se tiene capacidad de culpabilidad es más difícil controlar los impulsos, sobre todo si el joven se ve sorprendido por experiencias con las que no se había visto confrontado hasta entonces (...) Baste pensar en delitos claramente explicados por la inmadurez como los de conducción temeraria, vandalismo, abusos sexuales o reyertas entre bandas (...) Esto ocurre en jóvenes de familias desestructuradas pero poco a poco, como evidencia la violencia en las aulas (inclusión hecha de las de los colegios de clase media y alta) también de familias acomodadas, que no están sabiendo educar a sus hijos desde la primera infancia en el control de las pulsiones (lo que explica los casos de aumento de violencia de hijos pequeños respecto de sus progenitores”. Vid. CUELLO CONTRERAS, J. “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delinquentes jóvenes con trastorno narcisista de personalidad”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de Menores a debate...* op. cit., pág. 125.

¹⁸⁸ Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. A. *Antecedentes...* op. cit. Pág. 68.

¹⁸⁹ La LTTM, sin embargo, en su art. 20, concedía al tribunal la facultad de rechazar la competencia cuando se le pusiera a disposición un mayor de dieciséis años por hechos cometidos siendo menor, en aquellos casos en que por el tiempo transcurrido o por las circunstancias del sujeto no debía ser

seguir no será el fijado en el art. 315 del CC, que incluye completo el día del nacimiento, sino que el cómputo se realiza de momento a momento. Si se ignora la hora de nacimiento, la jurisprudencia aplica la regla del *in dubio pro reo*, de modo que se entenderá cometido el delito antes de alcanzar la mayoría de edad. En defecto de documento acreditativo de la edad, se estará al dictamen del médico forense, que debe realizar las oportunas pruebas para la determinación de la edad¹⁹⁰.

La doctrina tradicional consideraba que el criterio diferenciador entre la imputabilidad o la inimputabilidad penal no debía ser tanto la edad del sujeto como su capacidad de querer y conocer. El problema es que, al gozar la mayor parte de los menores infractores de dicha capacidad, la aplicación del criterio del discernimiento supondría rebajar considerablemente el mínimo de edad, por lo que las doctrinas más modernas exigían, además del discernimiento, la capacidad de autodeterminación, es decir, la aptitud para ajustar los propios actos a las necesidades impuestas por las reglas de conducta generalmente aceptadas, de manera que lo relevante no es tanto la edad o el grado de discernimiento del individuo como su capacidad para comprender la ilicitud de su acción y para haberla podido evitar. Dadas las dificultades que entraña la comprobación de tal elemento subjetivo, la mayor parte de las legislaciones han optado por una solución menos precisa, en aras de la seguridad jurídica, cual es el establecimiento de una edad a partir de la cual una persona es considerada mayor de edad a efectos penales¹⁹¹.

Son varios los criterios que pueden seguirse para la exclusión de la responsabilidad del menor. En primer lugar, el criterio biológico o de presunción *iuris et de iure*, que considera irresponsable al menor por debajo de una determinada edad; en segundo lugar, el criterio psicológico o del discernimiento, que atiende al discernimiento o madurez para excluir la responsabilidad penal, siempre con un límite mínimo de edad; y por último, el criterio mixto, que combina los dos anteriores¹⁹².

objeto de las medidas previstas para los menores, pudiendo confiarlo a la autoridad gubernativa para que adoptara las medidas oportunas.

¹⁹⁰ Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M. “El interés...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCO, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., pág. 92.

¹⁹¹ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 56 y ss.

¹⁹² El criterio mixto era el utilizado en el derecho alemán, que distinguió entre niños, que son los menores de catorce años; jóvenes, entre catorce y dieciocho años; y jóvenes adultos, entre dieciocho y veintiún años. Se excluye así la responsabilidad penal de los niños, y en relación con los jóvenes, es preciso probar que tienen la capacidad necesaria para comprender la norma penal y actuar conforme a dicha comprensión. Vid. RÖSNER, D. “El derecho penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes”. *Estudios de Derecho judicial. Legislación de menores en el siglo XXI. Análisis de Derecho Comparado. Vol. 18/99*. Págs. 307 y ss. Según explica TAMARIT SUMALLA la doctrina alemana ha puesto de manifiesto las dificultades de seguir el criterio del discernimiento, por lo que, en general, los tribunales, en la práctica, suelen afirmar de forma casi automática la responsabilidad, y no toman en consideración este precepto, y apunta que los países de la *Common Law* dieron más preponderancia a la decisión sobre el discernimiento hasta el punto de reconocer la responsabilidad de mayores de diez años. TAMARIT SUMALLA, J.M. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 5 y 16. En Austria quedaban sujetos al derecho de menores los mayores de catorce años y menores de diecinueve. En relación con los jóvenes adultos, hasta los veintiún años no se prevé la aplicación de la JGG, pero sí de la atenuante de edad. Vid. JESIONEK U. “Jurisdicción de menores en Austria”. *Estudios*

En nuestra legislación penal histórica, se han seguido diversos criterios al respecto. El sistema mixto fue acogido por el art. 23 del CP de 1822 que establecía una presunción *iuris et de iure* de responsabilidad por debajo de los siete años, y en relación a los mayores de siete y menores de diecisiete años, se exigía un examen sobre su “discernimiento o malicia”, según el desarrollo de sus facultades mentales¹⁹³. El criterio mixto se mantuvo en los CPs de 1848 y 1850, que establecían la exención de responsabilidad penal en todo caso de los menores de nueve años, y para los mayores de nueve y menores de quince años, disponían que era necesario probar si habían obrado o no con discernimiento, para determinar si se le debía imponer una pena o procedía declararle irresponsable, manteniendo en todo caso la atenuante para los menores de dieciocho años. El CP de 1928 acogió el criterio biológico al establecer la irresponsabilidad penal del menor de dieciséis años (art. 56), lo que fue mantenido por los CPs de 1932 y 1944, y también por los textos de 1963 y 1973, que consagraban el sistema de presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad, al incluir entre los exentos de responsabilidad criminal al menor de dieciséis años, estableciendo la atenuación para el menor de dieciocho años¹⁹⁴.

El CP de 1995 prescinde de la atenuante de menor edad, que no lo incluye en el art. 20 entre la enumeración de las causas que eximen de responsabilidad criminal. El art. 19 del CP establece que “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor”. Este precepto elevó la mayoría de edad penal de dieciséis a dieciocho años, para hacerla coincidir con lo dispuesto en la CE, el CC y los tratados internacionales ratificados por España¹⁹⁵, particularmente la CDN, que dispone que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años” (art. 1). También las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad o las Reglas de la Habana de 1990 consideran menor a toda persona de edad inferior a dieciocho años¹⁹⁶.

de derecho comparado. Legislación de menores en el siglo XXI. Vol 18/99. Págs.53 y ss. En Italia, se estableció una presunción *iure et de iure* de inimputabilidad por debajo de los catorce años, y la responsabilidad de los menores de entre catorce y dieciocho años siempre que sea capaz de entender y querer, lo cual implica una indagación del Tribunal, examinando sus antecedentes. Vid. GATTI, U. “El sistema italiano de justicia para menores de edad”. *Estudios de Derecho judicial. Legislación de menores en el siglo XXI. Análisis de derecho comparado. Vol 8/99. Págs.273 y ss.*

¹⁹³ “Tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable el menor de siete años cumplidos. Si el mayor de esta edad, pero que no haya cumplido aún los diecisiete, cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito o culpa, se examinará y declarará previamente en juicio si ha obrado o no con discernimiento o malicia, según lo que resulte y más o menos desarrolladas estén sus facultades intelectuales”. En el primer caso se imponía una pena atenuada y en el segundo la corrección en el ámbito familiar o en una casa de corrección.

¹⁹⁴ Vid. LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte especial...* op. cit., págs. 415 y ss.

¹⁹⁵ Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, Reglas de Beijing, establecían en el art. 4.1 que “en los sistemas que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual”.

¹⁹⁶ En este sentido, MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores...” op. cit., págs. 151 y ss.

El interés del menor requiere la fijación de un límite mínimo por debajo del cual no es posible exigir responsabilidad con arreglo a la ley penal del menor¹⁹⁷. En su día, la LTTM regulaba el procedimiento para la protección y corrección de menores de dieciséis años, en sintonía con la entonces mayoría de edad penal, sin fijar un límite mínimo de edad, y permitía que los Tribunales Tutelares de Menores extendieran su competencia a los mayores de dicha edad y menores de dieciocho años que hubiesen cometido un hecho delictivo sobre los que estuvieran ejerciendo su jurisdicción permanente (art. 20 de la LTTM). La situación cambió a partir de la LO 4/1992, que delimitaba su ámbito subjetivo de aplicación por referencia a los mayores de doce años y menores de edad penal (art.1, en modificación del art. 9 de la antigua LTTM), límite mínimo que fue anticipado por la Instrucción de FGE 2/1992 (regla 1ª) con base en el Proyecto de 21 de septiembre de 1991, como se explicó en el capítulo anterior. Por debajo de esta edad mínima no se podría exigir responsabilidad penal, ni siquiera conforme a la legislación especial de menores, sino que en caso de que un menor de dicha edad cometiese un hecho delictivo, se daría cuenta a las instituciones administrativas para la adopción, en su caso, de las medidas de protección que correspondieran (art. 9 regla 2ª, tras la modificación por el art. 1).

Tal y como se ha expuesto, en las propuestas legislativas que sucedieron a la LO 4/92 se siguen diversos criterios¹⁹⁸. El Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995 era de aplicación a los mayores de trece y menores de dieciocho años (art.1.1), con una excepción, pues los mayores de dieciséis años que cometieran delitos de terrorismo quedaban, sin embargo, excluidos de la legislación de menores y se les podría exigir responsabilidad penal conforme al CP (Disposición Final Segunda). Los menores de trece años, en caso de que cometieran delitos violentos, podían ser objeto de una intervención educativa especial (art. 3). Se distinguía, dentro de los menores de edad, varios tramos: los de trece a quince años, y los de dieciséis a dieciocho años. La edad debía entenderse referida al momento de comisión de los hechos, sin que el hecho de haberla rebasado durante la tramitación del procedimiento tuviese ninguna trascendencia. El régimen de los menores se podía extender a los jóvenes de entre dieciocho y veintiún años en determinados supuestos, cuando el juez lo considerase adecuado en atención a las circunstancias personales del autor y el grado de madurez, salvo que se tratase de hechos cometidos con violencia en las personas (art. 4).

Pese a estos límites de edad, se establecía que solo existía responsabilidad del menor cuando este tenía capacidad de comprensión de la ilicitud de los actos y capacidad de actuar conforme a dicha comprensión y por este motivo se establecía la exención de responsabilidad penal para aquellos en que concurrieran las causas eximentes previstas en el CP (art. 5), y se articulaban diversas medidas para los menores

¹⁹⁷ Así lo exige el art. 40.2, a) de la CDN: “el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.

¹⁹⁸ Para un estudio más detallado de estas propuestas legislativas en lo que se refiere a la minoría de edad, vid. en VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal...” op. cit., págs. 166 y ss.

que sufrieran trastornos mentales o adicción a determinadas sustancias, a los que solo eran de aplicación medidas cautelares y protectoras (art. 5, 7 y 29)¹⁹⁹.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de octubre de 1996 atribuía a los jueces de menores competencia para conocer de los delitos y antiguas faltas cometidos por los mayores de catorce y menores de dieciocho años tipificados en el CP y leyes penales especiales. Siguiendo la línea del anteproyecto de 1995, se establecían tramos de edad, distinguiendo entre los infractores de catorce a dieciséis años y los que tenían de dieciséis a dieciocho años. Las disposiciones de la ley del menor también se podrían extender a los jóvenes mayores de dieciocho y menores de veintiún años en determinados supuestos. Igualmente, se regulaban los supuestos de menores inimputables, en quienes concurrieran circunstancias como la enajenación mental, trastorno mental transitorio, intoxicación plena, síndrome de abstinencia o alteraciones en la percepción, estableciendo para estos casos el recurso a medidas civiles y de protección, a lo que se añadía un régimen específico para menores con problemas de enajenación mental o conductas violentas.

La Proposición de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor de 29 de noviembre de 1996 regulaba la exigencia de responsabilidad penal a los menores de edad que hubieran cumplido los catorce años y no hubiesen alcanzado la mayoría de edad penal (art. 2). Las disposiciones de la legislación de menores podían extenderse a los jóvenes de edades comprendidas entre dieciocho y veintiún años, en cumplimiento del art. 69 del CP, cuando el tribunal lo estimara conveniente en resolución motivada, atendiendo fundamentalmente al grado de madurez (art. 3). Se preveían supuestos de error (art. 9), así como la aplicación de medidas terapéuticas en caso de anomalía o alteración psíquica (art. 17).

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de enero de 1997 fijaba la edad mínima en catorce años, y mantenía la distinción de tramos de edades. Por debajo de los catorce años, se entendía que las infracciones cometidas solían ser irrelevantes, y en los supuestos en que pudieran generar alarma social, era suficiente la respuesta en el ámbito educativo y familiar, como indica su Exposición de Motivos en el apartado cuarto²⁰⁰.

El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997 establecía el límite mínimo de edad en los trece años, y para los menores de doce a trece años se preveía una intervención educativa especial y la aplicación de las medidas previstas en el CC. Este régimen podía extenderse en determinados supuestos a los jóvenes de entre dieciocho y veintiún años (art. 4)²⁰¹.

¹⁹⁹ En relación con la menor edad en el Anteproyecto de 1995, vid. BUENO ARÚS, F. “El anteproyecto...” op. cit., págs. 161 y 162.

²⁰⁰ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de enero de 1997. Apartado IV.

²⁰¹ Para un análisis crítico del proyecto de julio de 1997, vid. DOLZ LAGO, M. J. “Algunos aspectos...” op. cit., págs. 4 y ss. Considera este autor que si la mayoría de edad está en los dieciocho

El Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 3 de noviembre de 1998 establecía que su ámbito de aplicación comprendía a los mayores de trece y menores de dieciocho años (art.1). Tras los debates parlamentarios, la edad mínima fue elevada a catorce años en el Proyecto de 18 de noviembre de 1999 (art.1) y de 30 de diciembre de 1999 (art. 1), que dieron lugar a la LORPM.

El art. 19 CP de 1995 permite excluir la responsabilidad penal del menor pero solo la responsabilidad que a este correspondería conforme al CP, no por tanto la responsabilidad como tal, que puede ser exigida de acuerdo con la ley penal del menor. Los menores de dieciocho años responderán penalmente conforme a la legislación penal de menores siempre que hayan cometido un hecho tipificado en el CP o leyes penales especiales como delito o antigua falta (hoy delitos leves), y que no concorra en el mismo alguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad penal previstas en el art. 20.1 a 3 del CP (art. 5 de la LORPM). Dentro del marco de la responsabilidad establecida en la ley penal del menor es donde, conforme a la definición clásica del delito como “hecho típico, culpable y punible”, habrá que plantear si en relación con el hecho concreto concurre el elemento de la culpabilidad, como elemento necesario para que exista delito, ante la posible concurrencia de las circunstancias previstas en el art. 20. 1 a 3 del CP, es decir, alteración psíquica, alternaciones en la percepción o intoxicación plena por alcohol o drogas o síndrome de abstinencia.

El CP suprimió la inimputabilidad penal del menor delincuente para considerarle responsable criminalmente de sus actos, si bien no conforme al mismo, sino con arreglo a la legislación especial, adaptada a su minoría de edad²⁰². La LORPM, en su art. 1.1, establece que “será de aplicación para la exigencia de responsabilidad a las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delito o falta”²⁰³.

Cuando el autor de los hechos sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la LORPM, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas de protección de menores previstas en el CC y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a

años, “no tiene sentido seguir barajando edades superiores en la justicia de menores, porque las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno ni real ni constitucionalmente son menores”.

²⁰² En los debates parlamentarios de la LORPM se puso de manifiesto por el Sr. Iglesias Marcelo, del Grupo Socialista, que hay una situación de tránsito y de cambio desde situaciones de irresponsabilidad penal plena, que la ley sitúa antes de los catorce años, hasta la plena responsabilidad penal de los dieciocho años. En esta situación de tránsito, entre los catorce y los dieciocho años, sin haber una responsabilidad plena, hay un avance cuantitativo y una profundización en la adquisición de la autonomía personal, en que se es cada vez más responsable personalmente, aunque no penalmente. Vid. Diario de las Sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Presidencia del Excmo. Sr. Juan Moya Sanabria. Sesión celebrada el jueves 9 de diciembre de 1999. Orden del día: dictamen de proyecto de ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor. Pág. 4.

²⁰³ Un estudio de esta cuestión puede encontrarse en MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores...” op. cit. Págs. 151 y ss.

las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996 (art. 3 de la LORPM). Por lo tanto, la actual regulación distingue tres regímenes jurídicos: el aplicable a los niños, menores de catorce años, que son penalmente inimputables; el aplicable a los mayores de catorce años y menores de dieciocho, que son responsables conforme a la legislación de menores; y el aplicable a los mayores de dieciocho años, que se rigen por las leyes procesales y penales comunes²⁰⁴.

La inimputabilidad de los menores no excluye la intervención penal en aquellos casos en que el menor comprende la ilicitud de la norma, de modo que en realidad puede hablarse de una “responsabilidad distinta o una culpabilidad disminuida”²⁰⁵. La cuestión de la naturaleza de la responsabilidad que se exige a los menores es de suma importancia para este trabajo, ya que en función de que la misma sea o no una responsabilidad penal se podrá determinar la naturaleza penal de este proceso. Solo si el proceso de menores se considera un auténtico proceso penal podrá establecerse comparación con el proceso de adultos. Sobre este tema volveremos más adelante.

Volviendo a los criterios delimitadores de los sujetos sometidos al derecho penal de menores, nuestro legislador ha optado claramente por un sistema biológico. Esta opción ha sido puesta en entredicho por la doctrina. El problema viene dado, como explica TAMARIT SUMALLA, porque la evolución de las personas no es la misma para todos, por lo que no es fácil fijar unos límites precisos. Entiende este autor que se ha escogido delimitar el concepto de adolescencia con un criterio puramente biológico para dotar al sistema de seguridad jurídica, debido a que en realidad la fijación de estos límites de edad responde a “la funcionalidad político-criminal que se espera del sistema”²⁰⁶. Por esto, inicialmente se estableció la posibilidad de aplicar la ley del menor en determinados supuestos a los jóvenes de edades comprendidas entre dieciocho y veintiún años (art. 69 del CP y art. 4 de la LORPM), posibilidad definitivamente desterrada, pero que respondía a esta prolongación de la adolescencia propia de las sociedades occidentales, en las que estos jóvenes aún no han alcanzado la plena madurez²⁰⁷. Precisamente porque la adolescencia se retrasa bastante más allá de la

²⁰⁴ En este sentido, vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op.cit., págs. 57 y ss.

²⁰⁵ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 64 y ss. Este autor critica que en realidad no se había elevado la edad penal, pues por debajo de los dieciocho años existía una responsabilidad. Recoge el concepto de “responsabilidad distinta”. Es lo que ROXIN denominaba una “culpabilidad disminuida”, lo que no justificaba la necesidad de una pena, y por ello para sustentar la imposición de unas medidas al joven infractor, se habla de “responsabilización”.

²⁰⁶ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZALEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coords.). *Justicia penal...* op. cit. págs. 28 y 29. Sostiene este autor que la adolescencia es “un periodo de evolución propio de la civilización occidental del que se toma conciencia a partir de los comienzos del siglo XX, que comprende desde la pubertad hasta la plena madurez y que se caracteriza por una madurez biológica no acompañada de la madurez social. Este periodo de prolongación de la madurez psico-social es propio de sociedades complejas y tecnológicamente avanzadas, que han reducido notablemente las necesidades de mano de obra juvenil y además exigen un largo periodo de aprendizaje de determinadas habilidades socialmente útiles. La admisión de la posibilidad de tratar dentro del sistema penal de menores a los jóvenes de hasta veintiún años viene a responder a la necesidad de adaptación del derecho a una evolución social que tiene a la prolongación de la adolescencia más allá de la llegada a la mayoría de edad civil y política”.

²⁰⁷ La aplicación de la legislación de menores a jóvenes de edades comprendidas entre dieciocho y veintiún años venía contemplada por los tratados internacionales. En este sentido, la Recomendación

mayoría de edad en muchos casos, nace la conciencia de las ventajas de la aplicación de los mecanismos de desjudicialización a los jóvenes de edades comprendidas entre dieciséis y dieciocho años, con una finalidad educativa, de la que, a día de hoy, y pese a la progresiva introducción de mecanismos de mediación o de vías alternativas de resolución de conflictos, carece la jurisdicción de adultos²⁰⁸.

La LORPM considera que la conducta antisocial que refleja la comisión de un ilícito penal por un menor de catorce años puede requerir de la adopción de medidas asistenciales en tanto en cuanto supone un fracaso en el ejercicio de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y tutela de menores, y por tanto, el Ministerio Fiscal comunicará los hechos a la entidad pública a los efectos oportunos. Así, se pondrán en marcha los mecanismos establecidos en la legislación civil y administrativa para aquellos supuestos en que la conducta del menor revele el inadecuado ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia²⁰⁹. En este sentido, MARTÍNEZ FUENTES estudia la justicia de menores distinguiendo un derecho de menores en su vertiente de protección y un derecho de menores en su vertiente de reforma. Solo a este último se le puede llamar propiamente derecho penal de menores, que solo tendrá cabida superado el límite mínimo de los catorce años de edad.

Rec (2003) 20 del Comité Económico y Social Europeo del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil del menor en la UE, adoptada por el Comité de Ministros el día 24 de septiembre de 2003, en la 853ª reunión de los Delegados de Ministros, establece en el art. 11: “para tener en cuenta la dilatación del periodo de transición hacia la edad adulta, debería ser posible tratar a los jóvenes adultos menores de veintiún años de manera similar a aquélla en que se trata a los menores y aplicar a dichos jóvenes adultos las mismas medidas que a los menores en el caso de que el juez estimara que aquéllos no son lo suficientemente maduros y responsables en sus actos como si fueran verdaderos adultos.”

²⁰⁸ El art. 69 del CP estableció que “al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”. La entrada en vigor de este precepto se suspendió por plazo de dos años en la Disposición Transitoria Única de la LORPM. En desarrollo de la previsión contenida en el art. 69 del CP, el art. 4 de la LORPM establecía que podría ser aplicada la ley del menor a los jóvenes de edades comprendidas entre dieciocho y veintiún años que cometieran las antiguas faltas o delitos menos graves sin violencia ni intimidación ni grave peligro para la vida o integridad física de las personas, siempre que el juez de instrucción competente, oído el Ministerio Fiscal, el Equipo Técnico y el letrado del imputado, así lo acordara mediante auto, cuando las circunstancias personales y su grado de madurez lo hicieran aconsejable. La aplicación de este precepto se suspendió de forma temporal, primero hasta el día 13 de enero de 2003 por LO 9/2000, y después hasta el día 1 de enero de 2007 por la LO 9/2002. La Disposición Adicional de la LO 7/2000 ya había excluido de su aplicación los delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 580 del CP y los delitos de homicidio, asesinato y agresión sexual. Por este motivo, el precepto entró en vigor el día 1 de enero de 2007, pero su vigencia fue breve, pues el día 5 de febrero de 2017 fue suprimido por la LO 8/2006.

El problema creado por el breve periodo de vigencia de este precepto, que podría ser objeto de aplicación conforme al principio de retroactividad de la ley más favorable, fue resuelto por la Instrucción de la FGE 5/2006, que consideró que la derogación del artículo 4 de la LORPM excluye su aplicación a hechos tanto anteriores como posteriores al día 1 de enero de 2007, debiendo entenderse prorrogada la suspensión desde esa fecha hasta el día 5 de febrero de 2007, en que entraba en vigor la LO 8/2006. En consecuencia, el art. 69 CP quedó sin contenido, aunque no haya sido expresamente derogado. En este sentido, vid. JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. “Algunas reflexiones...” op. cit., págs. 8 y 9.

²⁰⁹ Vid. TAMARIT SUJALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GOMÉZ COLOMER, J. L. *Justicia penal...* op. cit., pág. 30.

Actualmente, la franja de edad comprendida entre los doce y catorce años se considera de inimputabilidad, y solo es posible la adopción de medidas de protección de menores. Este límite mínimo por debajo del cual el menor no puede recibir reproche penal sigue sin ser pacífico²¹⁰, y algunos profesionales son partidarios de una intervención más temprana²¹¹. TAMARIT SUMALLA propone una intervención con menores de catorce años que cometan delitos de especial gravedad, y considera que podría establecerse una distinción que permitiera aplicar determinadas medidas a partir de los doce años y penas juveniles a partir de los catorce años. En este sentido, defiende que si el inicio de la adolescencia desde el punto de vista psicológico está en los doce o trece años, habría sido lógico fijar en dicha edad el límite mínimo, desde su convencimiento, compartida por los prácticos del derecho de menores, de que una pronta intervención acorde con la edad del menor es positiva, pues cuanto menor sea el sujeto mayores posibilidades de éxito se albergan, evitando de este modo posteriores intervenciones de mayor intensidad y menores garantías. La realidad muestra, además, la comisión de hechos muy graves por menores de catorce años, en los cuales las medidas de protección resultan insuficientes. La adolescencia en nuestra sociedad se prolonga más allá de la mayoría de edad, y también se anticipa cada vez más. La preadolescencia cada vez es más adulta y la edad adulta cada vez es más infantil. Por esta razón, propone este autor una rebaja del límite mínimo de edad, pero distinguiendo entre franjas de edades y limitando la intervención con los más pequeños a los delitos de mayor gravedad²¹².

La fijación del límite máximo en los dieciocho años resulta doctrinalmente más pacífica, pues coincide con la mayoría de edad civil. No obstante, en la línea seguida por el anteproyecto de 1995, durante la tramitación parlamentaria de la LORPM, se planteó fijar la mayoría de edad penal a los efectos de los delitos de terrorismo en la

²¹⁰ RÍOS MARTÍN, J. C. y SEGOVIA BERNABÉ, J. L. “La ley de responsabilidad penal de los menores: Cambio de paradigma del niño en peligro al niño peligroso”. *Ministerio de Justicia. Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. VI-2000. Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Pág. 546. En este sentido, RÍOS MARTÍN ha considerado que “la doctrina deberá o bien admitir que a partir de los catorce años el menor no tiene capacidad de autodeterminación, o bien desvincular el elemento inimputabilidad del concepto dogmático del delito, pues lo contrario supone la falacia de elevar la edad penal nominal a los dieciocho años, pero rebajar el listón de la aplicabilidad del sistema penal”.

²¹¹ En este sentido se han pronunciado algunos profesionales de la justicia de menores. En concreto, DEL CACHO RIVERA pone de manifiesto que en 2012 la franja de edad de los delincuentes precoces había descendido desde 2008, descenso que considera acorde con los cambios en la sociedad, por lo que se muestra partidario de la rebaja del límite mínimo, especialmente en los casos más graves, para de esta forma poder realizar una intervención más temprana. “Si actuamos desde el derecho penal podemos llegar a tiempo, con una actuación coercitiva, pero con intención educativa”. www.diaridetarragona.com.13 de abril de 2012. Última visita: 13 de junio de 2012.

²¹² Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZALEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 20 y 31. Este autor reclama una intervención penal, y no meramente asistencial con los menores de catorce años que cometan delitos de especial gravedad, y en este sentido, considera acertado que en relación con niños de doce o trece años que cometen delitos especialmente violentos debe plantearse la terapia en régimen cerrado por periodos de escasa duración.

edad de dieciséis años, posibilidad que finalmente fue descartada²¹³. La doctrina minoritaria propone una vuelta al límite de los dieciséis años, estableciendo una atenuante de menor edad dentro del sistema de adultos para los jóvenes de entre dieciséis y dieciocho años. Pero en general la doctrina acepta este límite porque es el que viene impuesto por los tratados internacionales.

Entre los menores de catorce a dieciséis años y los jóvenes de edades comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho años, existen ciertas diferencias que afectan fundamentalmente a la duración de las medidas a imponer. El ATC nº 287/1991, de 1 de octubre, ha considerado que esta diferencia de trato no comporta discriminación procesal, ya que “no siendo iguales los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho a los menores de dieciséis, no tiene por qué someterse su enjuiciamiento a igual normativa”²¹⁴.

En mi opinión, la opción por el criterio biológico de la edad pura y simple seguido por nuestro legislador tiene su razón de ser en la necesidad de proporcionar seguridad jurídica y de no conceder tan amplios poderes discrecionales al juez a la hora de determinar cuándo un joven ha obrado con suficiente discernimiento. El criterio acogido permite dotar de automatismo a la opción por uno u otro proceso, el de menores o el de adultos, simplificando las soluciones, lo cual entiendo adecuado, máxime en un sistema judicial sobrecargado, en el que analizar en cada caso concreto, mediante pruebas psicológicas o periciales, si el joven infractor ha de ser enjuiciado conforme a la ley del menor o al derecho de adultos, generaría muchas dificultades prácticas y restaría agilidad a un procedimiento en el que la celeridad resulta esencial para cumplir con las finalidades que le son propias. De esta forma, el infractor será objeto de la jurisdicción de menores o de la de adultos en función de su edad, desde las primeras actuaciones judiciales. Así se evitan los problemas que podrían derivar de que la detención hubiera podido tener lugar conforme al derecho de adultos, para luego ser remitido a la jurisdicción de menores, o viceversa. A estas dificultades se añaden los distintos órganos competentes para conocer de unas y otras actuaciones. Ante un menor de catorce años, la competencia corresponderá a las entidades públicas de protección de menores; ante un menor de edad comprendida entre catorce y dieciocho años, la investigación estará atribuida al Ministerio Fiscal; y ante un mayor de edad penal, al juez instructor.

No obstante, se producen algunas disfunciones en aquellos supuestos en que no está claro el autor de los hechos y en un momento posterior resulta ser este menor de

²¹³ La representante del Grupo Mixto, Sra. Uría Echevarría, se mostraba conforme con la supresión de la posibilidad de fijar la mayoría de edad penal en los dieciséis años para los delitos de terrorismo, especialmente después de que el Consejo de Estado, en el informe al anteproyecto, tildara de posible inconstitucional dicha disposición. Vid. Diario Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1999. VI Legislatura. Núm. 774. Comisiones. Justicia e Interior. Presidencia del Excmo. Sr. Julio Padilla Carballada. Sesión núm.80, celebrada el lunes 18 de octubre de 1999. Orden del día: Ratificación de la Ponencia para informar el proyecto de ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (121/000144). Pág. 22944.

²¹⁴ ATC Pleno nº 287/1991, de 1 de octubre. FJ 3º.

edad; o bien en aquellos casos excepcionales en que no se conoce la edad del menor y debe acudir a una prueba pericial, supuesto este en que la comprobación corresponderá al juez instructor; o bien cuando los hechos se descubren después de alcanzada la mayoría de edad y en un momento posterior se determina que fueron cometidos siendo menor. En estos casos, es al juez de instrucción de adultos al que corresponde practicar las diligencias encaminadas a la determinación de la edad. Aunque las actuaciones se inicien en el Juzgado de Instrucción conforme a las disposiciones reguladoras del derecho penal de adultos, una vez determinada la minoría de edad del inculcado al tiempo de la comisión de los hechos, deberán remitirse las mismas a la Fiscalía de Menores. Estas disfunciones podrían atenuarse si el órgano competente para conocer de la instrucción de los procesos de adultos fuera el Ministerio Fiscal, pues un mismo órgano sería el encargado de instruir todas las causas con independencia de la edad de su autor. Pese a ello, existirían ciertas dificultades, ya que son aplicables distintas disposiciones y distintos procesos según que el infractor sea mayor o menor de edad.

El problema del criterio biológico es que genera algunas “desigualdades”, toda vez que en aquellos casos de delitos cometidos conjuntamente por mayores y menores de edad, el tratamiento sería distinto en uno y otro caso, más favorable en el caso del menor, por la menor duración de las medidas, la finalidad educativa de las mismas y la posibilidad de aplicar los mecanismos de diversión, y esto a pesar de que entre ambos individuos exista poca diferencia de edad. Existe una franja de edad próxima a los dieciocho años, en que en el propio grupo de iguales (recordemos en este punto que gran parte de los delitos realizados por los jóvenes son cometidos en compañía de los amigos), hay adolescentes, algunos de los cuales aún tienen dieciséis o diecisiete años y otros dieciocho o diecinueve, que incluso son compañeros de estudios o de actividades de ocio. Es frecuente en la práctica que puedan producirse peleas mutuas, en que unos de los encausados sean menores y otros mayores, o infracciones contra el patrimonio cometidas conjuntamente. En estos delitos de escasa entidad cometidos en grupo, siendo algunos de los miembros del grupo mayores por poco tiempo, y otros menores de edad, hay que resaltar la diferencia de trato entre uno y otro infractor, entre los que median pocos meses de edad en algunos casos. Para estos supuestos, el art. 4 de la LOPRM articulaba una vía adecuada, al permitir, en atención al grado de madurez del autor y a las circunstancias de los hechos, aplicar la ley del menor, posibilidad que ha quedado definitivamente descartada.

La dualidad de procesos favorece que la estrategia de defensa para el menor sea la de inculpar al mayor y viceversa, con la posible consecuencia de sentencias contradictorias. Sobre este tema volveremos más adelante, pero debo apuntar que el criterio acogido aporta seguridad jurídica, que no igualdad y proporcionalidad, por lo que los sistemas que permiten incluir el criterio del discernimiento resultan más justos. En el mundo de la delincuencia se pueden encontrar con frecuencia jóvenes mayores de edad con retrasos de maduración, precisamente a causa de las situaciones de marginalidad de las que con frecuencia proceden. Son casos en que las víctimas,

mayores o menores, suelen tener una mayor madurez. Cito a título de ejemplo un delito del art. 179 del CP en que el autor, de poco más de dieciocho años, había difundido imágenes de su anterior pareja sentimental, menor de edad, desvestida de cintura para arriba, entre su grupo de amigos, vía whatsapp. El joven presentaba a simple vista un grado de madurez que le situaba muy por debajo de la menor víctima de estos hechos, pero, por su edad, y pese al arrepentimiento manifestado, le debía ser aplicado con todo su rigor el derecho penal de adultos, y no pudo beneficiarse de los mecanismos desjudicializadores con los que cuenta la jurisdicción de menores²¹⁵. En estos casos, los operadores jurídicos tratan de forzar conformidades con la imposición de penas mínimas a fin de evitar efectos estigmatizadores y de dar una solución más adecuada, solución que se podría haber logrado de no haber sido derogado el art. 4 de la LORPM. Suprimida la referencia a los jóvenes de edades comprendidas entre dieciocho y veintiún años, a éstos se les aplicará en toda su intensidad el CP con independencia de su grado de madurez, que sólo podría dulcificarse por la vía del limitado reconocimiento que en la jurisdicción de adultos tiene el principio de oportunidad en el caso de delitos leves.

1.2. El principio de legalidad.

El principio de legalidad se estudia, según la doctrina tradicional, desde cuatro perspectivas: *nullum crimen sine lege* (principio de legalidad criminal, conforme al cual no podrá considerarse delito ninguna conducta no prevista por ley anterior a su comisión); *nullum poenae sine lege* (principio de legalidad penal, conforme al cual no podrá imponerse pena no prevista en ley para el delito en cuestión); principio de garantía procesal o jurisdiccional, conforme al cual no podrá nadie ser castigado sino en función del proceso que se determine, por el juez natural predeterminado por la ley y con las debidas garantías procesales; y principio de legalidad en la ejecución, conforme al cual no podrá ejecutarse pena sino en virtud de las garantías establecidas en la ley²¹⁶. Por tanto, el principio de legalidad, garantizado en los arts. 9 y 25 de la CE comprende, cuatro garantías: la garantía criminal, la garantía penal, la garantía judicial y la garantía de ejecución.

1.2.1. Garantía criminal.

La garantía criminal significa que nadie puede ser condenado sino por infracciones previamente establecidas en una ley. La LORPM hace una remisión al CP

²¹⁵ Causa instruida en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Elda (Alicante).

²¹⁶ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. “El derecho...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., pág. 68.

y a las leyes penales especiales. La doctrina critica que esta técnica presenta algunas deficiencias, puesto que la responsabilidad penal del menor se exige por todo tipo de delitos, lo cual puede resultar contrario al principio de intervención mínima²¹⁷. Según las estadísticas, los menores suelen cometer determinados tipos de delitos, y no podrán ser autores, por razones obvias, de algunas tipologías delictivas, como ciertos delitos económicos, o aquellos que presupongan ostentar determinados cargos públicos o contar con una infraestructura empresarial o de otro tipo, lo cual no ocurre en el ámbito de la delincuencia juvenil²¹⁸.

AYO FERNÁNDEZ sostiene que debiera haberse elaborado un catálogo de delitos propios, y sugiere que pudieran incluirse determinadas infracciones administrativas. Pero el problema, como el mismo autor admite, radica en que esta opción, que recuerda a la legislación tutelar, resultaría contraria al principio de intervención mínima y produciría muchas dificultades, dado el carácter supletorio del CP y de la LECrim. Esta precisión, no obstante, adquiere relevancia, tras la despenalización de algunas de las antiguas faltas mediante la reforma operada en el CP por la LO 1/2015, que ha desterrado del reproche penal las injurias leves entre particulares, la desobediencia leve a la autoridad y sus agentes, o la conducta consistente en dejar sueltos animales feroces en condiciones de causar mal (antiguos arts. 620.2, 634 y 631 del CP). En el ámbito de la delincuencia juvenil podría entenderse que tales conductas requieren de una intervención sancionadora educativa, pues revelan carencias del menor, y la conveniencia de una actuación temprana que reconduzca dichos comportamientos hacia otros más respetuosos con su entorno social y con las normas de conducta²¹⁹.

MORILLAS CUEVA, en este mismo sentido, explica que en algunos sistemas de justicia juvenil, se ha operado una extensión de los tipos penales, en el sentido de incluir algunas conductas que de ser cometidas por mayores no son delitos, pero que sí lo son en caso de ser cometidas por menores de edad, los denominados “delitos estatus”. No obstante, dicha técnica legislativa convertiría al menor en un sujeto de peor condición que el adulto que comete determinados actos infractores del orden establecido, situación a todas luces inconstitucional, que ya fue superada tras la STC nº 36/1991, de 14 de febrero. Esta postura, que parte de la inspiración tutelar, que siempre estuvo presente en nuestro ordenamiento jurídico, podría mantenerse si nuestro sistema hubiese optado por el modelo educativo, o por un procedimiento administrativo, pero no en un modelo de justicia o de responsabilidad en que se considera que el derecho penal de menores es un auténtico derecho penal, a lo que hay que añadir que resultaría contraria a su carácter de *ultima ratio*²²⁰.

²¹⁷ En este sentido, ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. *Derecho Penal de Menores...* op. cit., pág. 96.

²¹⁸ En este sentido, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. “Algunas reflexiones...” op. cit., pág. 32.

²¹⁹ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 154 y ss. Considera este autor que en caso de incluirse infracciones administrativas sería necesario declarar la supletoriedad de la normativa procesal administrativa, con la consiguiente invasión del derecho penal por el derecho administrativo.

²²⁰ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “La política...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., págs. 20 y 21. Se refiere este

En el extremo opuesto, se alzan otras voces partidarias de despenalizar algunas conductas para el caso de ser realizadas por menores de edad. Fue la línea seguida por la Proposición de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor de 29 de noviembre de 1996, cuyo art. 10 establecía que el menor solo respondería por delitos y antiguas faltas consumados, y únicamente por la tentativa de delitos graves con violencia e intimidación se establecía una responsabilidad penal para el menor. En los demás casos de tentativa, se daría cuenta a las autoridades administrativas a los efectos oportunos. Los actos preparatorios solo darían lugar, cuando fuera preciso, a la medida de amonestación. También algunos autores se muestran partidarios de la despenalización de determinados delitos para los menores, por su menor entidad o por haber sido cometidos sin violencia ni intimidación, en lugar de acudir en cada caso a la vía del principio de oportunidad²²¹.

TAMARIT SUMALLA, sin embargo, considera que la técnica de la remisión genérica a los delitos tipificados en el CP y leyes penales especiales colma las exigencias del principio de legalidad, a pesar de ser la fórmula menos acorde con el principio de seguridad jurídica. La LORPM es una ley penal especial, no un código autónomo, pero a pesar de ello, entiende este autor que la ley pudo ir más allá y establecer específicamente los hechos delictivos cometidos por menores frente a los que debe existir intervención penal, dado que sus objetivos no coinciden del todo con los del derecho penal de adultos. La redacción de un CP de menores, que tipificara cada conducta y le asignara la medida correspondiente sería excesivamente taxativa, lo cual resulta poco oportuno desde el punto de vista de la política criminal y del interés del menor y podría resultar contrario al principio de flexibilidad. Por eso propone una solución intermedia, en la cual la remisión a las infracciones del CP no se haga de forma indiscriminada, sino excluyendo determinados delitos, y precisando el grado de responsabilidad penal que debe atribuirse al menor según los casos²²². Cuestiones todas

autor a los denominados “delitos estatus”, “con frecuencia usados por la normativa penal juvenil norteamericana, y en los que se incluye como tales vivir en la calle, fugarse del domicilio, faltar al colegio, etc.”. Entiende que la vía penal no es la más adecuada para reprimir estas conductas, sino que deberán ser tratadas en un ámbito menos dañoso para el menor y más comprensivo de su realidad a través de políticas sociales.

²²¹ En este sentido, PORTILLA CONTRERAS considera que debe llevarse a cabo una “revisión del proceso de definición legal de los comportamientos desviados”, que ha de basarse en la despenalización de algunas conductas a las que se puede dar respuesta a través de medidas civiles, exceptuando los delitos cometidos con violencia. Basándose en las estadísticas que revelan que la mayor parte de los delitos cometidos por menores son contra la propiedad, propone la despenalización de los hurtos y hurtos de uso, robos con fuerza o daños, dándoles solución a través de la vía de la reparación del daño. Vid PORTILLA CONTRERAS, G. “Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor” *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997. Págs. 131 y ss. Por su parte, ORNOSA FERNÁNDEZ considera que deberían haberse despenalizado las conductas de escasa entidad penal, delitos de bagatela, por tratarse de menores, dada la inmadurez de su raciocinio, ello a pesar de “la ayuda” del principio de oportunidad, para llegar a aquellos supuestos donde esta no alcanza. Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “*El Derecho Penal...*” op. cit., pág. 96.

²²² Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZALEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 35 y ss. Se pregunta este autor cuál es el sentido de establecer una responsabilidad penal de menores cuyos presupuestos resulten idénticos a los de la justicia de adultos y si resulta “sensato” castigar *a priori* a los menores por delitos que difícilmente podrán cometer. Propone por ello este autor una solución

ellas que, a mi juicio, deberían haber sido mejor definidas en el texto legislativo, pero que se han querido dejar a la interpretación judicial realizada conforme a los principios de flexibilidad y del superior interés del menor, quedando corregido, por otra parte, el exceso que supone la remisión genérica a los hechos delictivos del CP mediante la consagración del principio de oportunidad.

1.2.2. Garantía penal.

En segundo lugar, el principio de legalidad se manifiesta a través de la garantía penal, conforme a la cual nadie puede ser condenado con penas que no estén previstas en una ley anterior a su imposición. Las sanciones o medidas que son susceptibles de ser impuestas a los menores están previstas en el art. 7 de la LORPM. Cuál sea la naturaleza de estas medidas es una cuestión muy importante desde la perspectiva de este trabajo de investigación, pues su naturaleza es crucial para determinar, como después se verá, la naturaleza penal o no del proceso de menores, cuestión ampliamente discutida por la doctrina, y sobre la que volveremos más adelante.

Si atendemos a la Exposición de Motivos de la LORPM, se deben definir las medidas en cuanto a su naturaleza como medidas sancionadoras-educativas²²³. La doctrina se ha planteado sí, a la vista de la nomenclatura utilizada, “medidas”, sería más adecuado sostener que las mismas tienen la misma naturaleza que las medidas de seguridad. AYO FERNÁNDEZ entiende que podría existir una confusión con la naturaleza propia de las medidas de seguridad, ya que éstas se basan en la peligrosidad criminal y social del infractor, que era también el fundamento de aquellas tal y como eran concebidas por la legislación tutelar, conceptos que no han sido desterrados completamente del derecho de menores. Además, algunas de las medidas enumeradas guardan gran similitud con las medidas de seguridad. Estas se basan en el concepto de peligrosidad post-delictual y, por tanto, en la comisión de un hecho delictivo, y las medidas imponibles a los menores, sin perjuicio de su finalidad educativa, parten de la perpetración de una infracción penal. Por este motivo, concluye que en realidad solo las

intermedia, en la cual la remisión a las infracciones del CP no se haga de forma indiscriminada, sino concretando qué hechos delictivos darían lugar a la intervención penal en la jurisdicción de menores, excluyendo los delitos imprudentes, de los que actualmente solo se dice que no podrán sancionarse con medidas de internamiento, y algunos supuestos que por su escasa gravedad deberían quedar fuera del ámbito de la justicia de menores. En este sentido, recoge las propuestas realizadas en orden a que se concreten algunas variables que permitan determinar qué hechos constitutivos de daños, hurto o robo con fuerza pudieran ser considerados como infracciones de escasa entidad. Propone que se determinen en relación a determinados delitos causas de exclusión de la sanción penal mediante la adopción de medidas en el ámbito familiar o escolar o mecanismos de reparación del daño, a fin de que la reacción penal solo tenga lugar de forma excepcional. El citado autor añade que debería delimitarse los presupuestos de la intervención penal en determinados delitos, como son los abusos sexuales, en que los parámetros tenidos en cuenta en la jurisdicción de adultos no resultan trasladables. Por último, propone que se precise el grado de responsabilidad penal que debe atribuirse al menor en atención a los grados de participación o de ejecución del delito.

²²³ Vid. Exposición de Motivos LORPM. Apartado II.11.

medidas de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio (art. 7 e) y d)), comparten la naturaleza propia de las medidas de seguridad²²⁴.

La LORPM, a diferencia del CP, no establece qué medida es aplicable a cada hecho delictivo. La redacción difiere mucho de aquella a la que nos tiene acostumbrados la legislación penal, donde a cada delito corresponde una o varias penas alternativa o cumulativamente, con un margen de duración preciso. El catálogo de delitos hay que buscarlo en el CP, y el listado de medidas permite la aplicación flexible de aquella que sea más adecuada al superior interés del menor en el caso concreto, interés interpretado conforme a los informes del equipo técnico. El juez goza de amplia discrecionalidad para fijar la medida que mejor se ajuste a la edad, circunstancias familiares y sociales y personalidad del menor. Solamente para las infracciones más graves se establece con carácter imperativo las medidas específicas que deben establecerse. Esta técnica podría entenderse como contraria al principio de legalidad en su modalidad de garantía penal, pero, según la doctrina, es la más acorde con la remisión genérica a los delitos tipificados en el CP²²⁵.

Si se examinan las opciones seguidas en otros ordenamientos, hay sistemas que optan por aplicar las mismas penas que a los adultos con limitaciones y atenuantes y otros que establecen sanciones específicas para los menores infractores²²⁶. Entre estos últimos, destaca el modelo alemán, que distingue entre las medidas educativas (vivir en una familia u hogar determinados, mediación, cursos de capacitación social, prohibición de contactar con determinadas personas, etc.); las medidas disciplinarias, a mitad de camino entre las medidas educativas y las sanciones penales en sentido estricto (amonestación, arresto juvenil, requerimiento de condiciones); y las penas juveniles, consistentes en privaciones de libertad en centro de menores, que se imponen cuando las anteriores soluciones son insuficientes o ante la gravedad de los hechos²²⁷.

Junto al catálogo genérico de medidas, se establecen unas reglas para su aplicación conforme a las cuales, para los delitos leves solo serían aplicables las medidas de menor gravedad, concretamente las de amonestación, libertad vigilada hasta seis meses, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del derecho a conducir vehículos a motor hasta un año, prohibiciones de aproximación o comunicación hasta seis meses o tareas socio-educativas hasta un máximo de seis meses

²²⁴ En este sentido, AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., pág. 167.

²²⁵ En este sentido, vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., pág. 168.

²²⁶ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “La política...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., pág. 21. Recuerda este autor que la legislación penal española anterior a 1995 se limitaba a aplicar la atenuante de edad al mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, imponiendo la pena inferior en uno o dos grados, y atribuyendo al tribunal la facultad de sustituir la pena impuesta por el internamiento en una institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección, en atención a las circunstancias del hecho y del menor.

²²⁷ En relación con el derecho penal de menores en Alemania, vid. RÖSNER, D. “El derecho penal de menores en Alemania...” op. cit., págs. 307 y ss. En Austria, a los jóvenes de entre diecinueve y veintiún años se les aplicaba el derecho de adultos, pero era considerada circunstancia atenuante. Vid. JESIONEK, U. “Jurisdicción...” op. cit., págs. 53 y ss.

(art. 9.1 LORPM). Las demás medidas son aplicables por hechos tipificados como delitos. La medida de internamiento en régimen cerrado se impondrá solamente por delitos graves o bien por delitos menos graves en que se haya empleado violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, o bien en los casos de pertenencia a grupo organizado (art. 9.2 de la LORPM).

Tampoco la duración de las medidas se concreta en la ley, sino que existe una amplia discrecionalidad judicial. Con carácter general, la duración máxima de la medida será de dos años (art. 9.3 de la LORPM), aunque se establecen plazos superiores para los delitos graves, o menos graves en que se hubiera empleado violencia o intimidación o creado grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, o cuando se hayan cometido en grupo o con pertenencia a banda organizada, duración que podrá alcanzar los tres años en los casos de los menores de catorce y quince años, y seis años, en caso de menores de dieciséis años o más (art. 10.1 de la LORPM). Como hemos visto, tras las modificaciones introducidas por la LO 7/00 y la LO 8/2006, que responden más bien a principios retributivos y de defensa social, que a la inspiración educativa que evoca esta jurisdicción, se introducen con carácter imperativo medidas de internamiento de mayor duración, distinguiendo según tramos de edades, en los supuestos de mayor gravedad²²⁸.

1.2.3. Garantías judicial y de ejecución.

El principio de legalidad comprende, en tercer lugar, la denominada garantía judicial, que implica que la imposición de la medida sancionadora tenga lugar por juez competente y en sentencia, tras el correspondiente proceso judicial, competencia que corresponde a los jueces de menores.

Por último, el principio de legalidad comprende la garantía de ejecución, conforme a la cual solo podrán ejecutarse las medidas conforme a lo previsto en la ley. En este sentido, la LORPM dedica el Título VII a la ejecución de las medidas,

²²⁸ En los delitos graves o menos graves cometidos con violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o integridad de las personas o en grupo organizado, cuando concurra extrema gravedad, deberá imponerse medida de internamiento en régimen cerrado por tiempo de uno a seis años, complementada de forma sucesiva por medida de libertad vigilada con asistencia educativa por tiempo máximo de cinco años. Se entenderá que concurre extrema gravedad siempre que se aprecie reincidencia (art. 10.1 de la LORPM). En los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales y terrorismo y aquellos otros en los que el CP tenga señalada pena de prisión igual o superior a quince años, será obligatoria la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado, cuya duración varía según el tramo de edad, complementada con medidas de libertad vigilada. En el tramo de edad de catorce y quince años la duración de la medida de internamiento será de uno a cinco años, y en el tramo de edad de dieciséis y diecisiete años, la medida tendrá una duración de uno a ocho años. Por tanto, su duración puede alcanzar los cinco u ocho años dependiendo de los tramos de edad (art. 10.2 de la LORPM). En caso de pluralidad de infracciones, cuando alguno de los delitos cometidos sea de los tipificados en los arts. 138, 139, 179, 180 o 571 a 580 CP, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá tener una duración de hasta diez años para los menores de dieciséis o diecisiete años, y de hasta seis años para los menores de catorce o quince años (art. 11 de la LORPM).

rubricando el art. 43 como “principio de legalidad”, en el cual establece que no podrán ejecutarse las medidas establecidas en esta ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con las disposiciones de la misma y de los reglamentos que la desarrollan, atribuyendo la competencia al juez de menores que haya dictado la sentencia.

1.3. El principio de intervención mínima.

El principio de intervención mínima, proclamado por los instrumentos internacionales en relación con la justicia de menores, particularmente por las Reglas de Beijing y las Recomendación número R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, es un principio de política criminal, un mandato dirigido al legislador, que se manifiesta a través del principio de subsidiariedad y del carácter fragmentario del derecho penal. El principio de subsidiariedad implica que la norma penal debe ser la *ultima ratio*, el último mecanismo a utilizar cuando se han agotado todos los demás medios, y el carácter fragmentario significa que el derecho penal sólo debe castigar los ataques más graves a los bienes jurídicamente protegidos²²⁹. Se trata, pues, de un principio predicable del derecho penal con carácter general, pero que en el ámbito de la justicia de menores, cobra una especial relevancia.

La doctrina, como ya hemos visto, ha cuestionado si la remisión genérica que hace la LORPM al catálogo de delitos establecidos en el CP, pudiera colisionar contra el carácter fragmentario del derecho penal de menores, especialmente teniendo en cuenta que los menores suelen cometer únicamente determinados tipos de delitos y existen otros que no pueden realizar, motivo por el cual algún autor ha propuesto que la ley contenga un catálogo de infracciones por las que el menor puede incurrir en responsabilidad penal, adaptadas a sus circunstancias, tipificando incluso tipos delictivos que son específicos de la delincuencia juvenil²³⁰. Los menores no pueden cometer algunos tipos descritos por el CP, y por otra parte, existen otras tipologías delictivas que son características del ámbito de la delincuencia juvenil, como es el caso

²²⁹ Vid. LUZON CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General. Adaptado al programa de la oposición de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*. 12ª edición. Quinta conforme al Código Penal de 1995. Ed. Dykinson. Madrid, 2001. Págs. 41 y 42.

²³⁰ En este sentido, ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “El Derecho Penal...” op. cit., pág. 96. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., pág. 4. Para este autor, ningún sentido tiene concebir una responsabilidad del menor por la comisión de delitos como falsedades, abusos sexuales, corrupción de menores, delitos contra el honor y delitos imprudentes, o las antiguas faltas. Pero una ley elaborada de modo “mimético” respecto del CP, podría privar al sistema de la necesaria flexibilidad. Por ello plantea este autor una opción a mitad de camino entre las dos anteriores, es decir, que la remisión al CP se realizara con exclusión de determinadas conductas que no podrían dar lugar a una reacción penal, como las imprudentes, y con determinación de tipos de escasa gravedad que no darían lugar a sanción. AYO FERNÁNDEZ, M. “Las garantías...” op. cit., pág. 118. Este autor propone una “extracción del Derecho Penal General de tipos delictivos específicos de los menores que debería ser complementada mediante una definición de unos pocos tipos de injusto, en el sentido de un Derecho Penal de menores autónomo”.

del acoso escolar o de algunos delitos cometidos a través de las redes sociales, si bien algunas de estas conductas también son cometidas ocasionalmente por jóvenes que rebasan escasamente la edad de dieciocho años. Esto nos sitúa nuevamente ante un problema que veremos más adelante, cual es el de la codelincuencia de mayores y menores de edad.

El principio de intervención mínima propugna la opción por mecanismos de oportunidad, a los que después nos referiremos con más detenimiento. Se limita el ejercicio de la acusación a los supuestos en que resulte más necesario, de modo que no siempre que se cometa un hecho delictivo debe existir una reacción penal propiamente dicha. Tal y como reclamaba el Grupo de Estudios de Política Criminal²³¹, se trataba articular fórmulas que permitieran no iniciar el proceso penal o poner fin al mismo, atendiendo a las circunstancias del hecho y del autor, y establecer mecanismos de conciliación o reparación que permitieran archivar el procedimiento, bajo la idea de que la aplicación de las medidas de carácter sancionador puede tener un efecto contraproducente para la reeducación del menor²³². Por esta razón el principio de oportunidad, se ha consagrado en la jurisdicción de menores.

En relación a la elección de las medidas imponibles a los menores, en aplicación de este principio de intervención mínima, gozarán de prioridad las medidas no privativas de libertad, siempre que sean suficientes para la consecución de los fines educativos, entre las cuales se escogerá la que sea más adecuada al interés de éste, exceptuando aquellos supuestos más graves en los que la ley impone imperativamente medidas de internamiento. Muy vinculado al principio de intervención mínima aparece el principio de necesidad de la medida, pues la misma debe ser necesaria para responder a las exigencias derivadas de los conceptos de prevención especial y finalidad educativa que las inspiran. Principio, el de necesidad, que también aparece íntimamente relacionado con el interés superior del menor²³³.

1.4. El principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es aquel principio propio del derecho penal en virtud del cual las penas deben ser proporcionadas con la entidad de los hechos que

²³¹ Grupo de Estudios de Política Criminal. “Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores”. 1999. Pág. 15.

²³² En este sentido, TAMARIT SUMALLA, J. A. “Principios...” op. cit., pág. 38.

²³³ Vid. BENÍTEZ ORTUZAR, I. F. “El derecho...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., págs. 76 y 77. Entiende este autor que el principio de necesidad de la medida resulta esencial al carecer la finalidad de prevención general propia del derecho penal de adultos. “El principio de necesidad de la pena tiene una doble proyección, desde la conminación penal abstracta y desde la imposición concreta de la pena. En la primera se vincula con el principio de intervención mínima del derecho penal y en la segunda como la fijación individualizada de qué pena es innecesaria o incluso perjudicial para los fines de prevención general o para la resocialización del propio delincuente”.

fundamentan su imposición. La proporcionalidad entre la pena y el bien jurídico afectado por el delito se ha configurado por el TC en sus SSTC nº 62/82, de 15 de octubre, y 65/86, de 22 de mayo, como un mandato al poder legislativo, íntimamente vinculado con la prohibición de exceso. La proporcionalidad puede entenderse en abstracto, en relación a la pena fijada por la ley para cada delito en cuestión, o en concreto, referida a la impuesta por el juzgador para el caso concreto.

LUZON CUESTA explica que la determinación de la pena es un problema que se plantea en dos momentos distintos, uno el legislativo, en el que se establece el catálogo de delitos y de penas correspondientes, así como las reglas que el juez ha de tener en cuenta para su aplicación, y otro el judicial, en que se fijará la pena correspondiente al caso concreto. En ambos momentos rigen los criterios de proporcionalidad e individualización. El principio de proporcionalidad implica que la pena se debe establecer en función de la gravedad del delito y la culpabilidad de su autor, lo cual responde a la idea de justicia, de dar a cada uno lo suyo, que impide castigar con igual pena delitos de gravedad distinta o sancionar con igual pena a los desiguales. En segundo lugar, el criterio de individualización conlleva que la pena ha de adecuarse a las circunstancias del caso concreto y del delincuente, lo cual adquiere su máxima expresión en el ámbito de la justicia juvenil²³⁴.

Este principio ha sido reconocido por las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (“Reglas Beijing”), que en su art. 5 establece que “cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.

La Exposición de Motivos de la LORPM establece que se rechazan algunas finalidades propias del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, por tratarse de una intervención de naturaleza educativa, a fin de impedir todo lo que pudiera resultar contraproducente para el menor²³⁵.

²³⁴ En este sentido, LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte general...* op. cit., págs. 49 y 267. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. S. *Derecho Penal...* op. cit., págs. 840 y ss. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN también se ocupan del problema de la individualización de la pena, y consideran que la influencia de las circunstancias referentes a la gravedad de los hechos debe valorarse de forma uniforme y genérica en todos los casos, sin perjuicio de la necesaria flexibilidad. Así, recogen las distintas teorías que en Alemania existen en orden a la determinación de la pena en el proceso penal en general: 1) La teoría de la pena exacta, conforme a la cual el punto de partida para la individualización de la pena es la determinación de la cualidad y cantidad de la pena correspondiente a la culpabilidad del autor; 2) La teoría del margen de libertad, conforme a la cual, la pena adecuada a la medida de la culpabilidad se puede establecer entre un máximo y un mínimo, márgenes dentro de los cuales juegan las consideraciones preventivas; 3) La teoría del valor de empleo, que considera que la medida del *quantum* de la reacción penal debe fijarse atendiendo exclusivamente a la culpabilidad, pero la determinación de la clase de reacción debe llevarse a cabo en función de consideraciones de prevención especial; y 4) La teoría de la prohibición de sobrepasar la medida de la culpabilidad, que considera que la culpabilidad sólo fija un límite máximo a la pena, pero ningún límite mínimo, de modo que las consideraciones preventivas pueden jugar sin traba en orden a la disminución de la misma.

²³⁵ Vid. Exposición de Motivos de la LORPM. Apartado II.7.

El art. 7.3 de la LORPM establece que la elección de la medida se realizará atendiendo de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino a la edad y circunstancias personales y familiares, personalidad y superior interés del menor que se hayan puesto de manifiesto en los informes del equipo técnico y también en aquellos que hubiera elaborado la entidad pública en el caso de que le hubiese correspondido la ejecución de otras medidas. El juez, en la sentencia, deberá razonar los motivos por los que elige esa medida y la duración exacta de la misma.

Esta discrecionalidad judicial no es absoluta, pues estará limitada por el principio acusatorio, es decir, por la petición del Ministerio Fiscal, y, en el caso de las medidas privativas de libertad, por la duración de las penas que podrían haber correspondido de haber sido el autor mayor de edad (art. 8 de la LORPM). Esto implica que las sanciones de internamiento que se impongan a los menores nunca podrán resultar más gravosas que aquellas que habrían correspondido a un mayor de edad por los mismos hechos, y en similares circunstancias de participación, grado de desarrollo del delito, etc., lo cual requiere un exhaustivo análisis del caso concreto²³⁶.

La proporcionalidad entendida como mandato al legislador, presenta algunas dificultades en la ley del menor, pues como hemos visto, no se establece una vinculación entre las infracciones y las medidas que determine a qué delito corresponde cada una de las medidas establecidas, sino que, salvo las disposiciones expresamente referidas a las antiguas faltas (art. 9.1) y a los delitos de mayor gravedad (art. 10) por lo que respecta al grueso de éstos, todos los delitos están castigados con cualquiera de las medidas incluidas en el catálogo. Tampoco se delimita la duración de las medidas en relación con cada tipo penal, sino que la ley únicamente se refiere a una duración máxima de dos años con carácter general, con las excepciones que prevé (art. 9 y 10 de la LORPM).

La doctrina, desde una comparativa con las penas fijadas por el CP, censura que esta técnica legislativa produce ciertas vulneraciones del principio de proporcionalidad. Las medidas deben ser acordes, sin perjuicio de sus fines educativos, al tipo de bien jurídico protegido, y el hecho de que se contemplen a modo de catálogo genérico obliga al juez a realizar una importante labor interpretativa²³⁷.

²³⁶ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 190 a 192.

²³⁷ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 190 a 192. Considera este autor que “la fijación de la relación de proporcionalidad entre el comportamiento típico y la sanción no es el resultado de una ejecución o aplicación de la Constitución, sino que es el fruto de un juicio de oportunidad en que “se ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma sino también a otros fines legítimos que puede conseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera que pueden catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma- intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo la denominación de prevención general y prevención especial (...). Dada la naturaleza sancionadora de las medidas que son susceptibles de imposición a los menores exigible que exista proporcionalidad en la reacción sancionadora que prevé la ley al comportamiento delictual del menor, sin olvidar que los objetivos educativos que proclama dicha ley pudiera modular la

La STC n° 36/1991, de 14 de febrero, exigía que, en relación con las medidas restrictivas de derechos fundamentales, debía respetarse el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta. Por esto, pese a la proclamación contenida en la Exposición de Motivos, el art. 8 de la LORPM impone la observancia de parámetros de proporcionalidad en las medidas privativas de libertad. TAMARIT SUMALLA interpreta la proclamación que realiza la Exposición de Motivos, atendido su carácter no normativo, en el sentido de que el principio de proporcionalidad debe entenderse de forma más flexible que en el derecho penal de adultos, para no contravenir las finalidades educativas, sin que esto suponga la exclusión de este principio, que debe conjugarse adecuadamente con los de reeducación, flexibilidad e interés del menor²³⁸.

1.5. El principio de oportunidad.

El principio de oportunidad, definido tradicionalmente por contraposición al principio de legalidad, permite la no persecución de determinadas infracciones penales ante supuestos en que concurren todos los presupuestos para mantener la acusación, pese a existir indicios racionales de la comisión de un delito, por diversas razones de política criminal o de conveniencia u “oportunidad”, bien por la escasa relevancia de la infracción cometida, como ocurre en los denominados “delitos de bagatela”, bien por la oportunidad política de la no persecución de ciertos tipos de infracciones, bien por resultar contraproducente para los fines del proceso.

En la jurisdicción de menores, la inspiración educativa, el interés del menor y la conveniencia de evitar cualquier efecto contraproducente para la finalidad resocializadora del menor, justificaron la introducción de este principio, que fue consagrado expresamente por vez primera por la LO 4/1992, y anticipado por la Instrucción de la FGE 2/1992, en base al Proyecto de 21 de septiembre de 1991. Un principio cuya introducción en la jurisdicción de mayores plantea serios reparos a la doctrina, especialmente desde la perspectiva del principio de legalidad.

proporcionalidad de las medidas previstas”. Por otra parte, en relación con la configuración de las medidas en la LORPM, denuncia este autor la infracción de la proporcionalidad debida, realizando un estudio comparativo desde la perspectiva de este principio con las penas fijadas en el CP. Y así, a título de ejemplo critica que se sancionan las antiguas faltas con medidas de permanencia de fin de semana cuando algunas de éstas en el derecho de adultos tienen fijada pena de multa o prevén el antiguo arresto de fin de semana (hoy reemplazado por la localización permanente) con carácter alternativo, con una duración incluso inferior. Tampoco en el CP se prevé la privación del derecho a conducir por las antiguas faltas. La duración de dos años como máximo de las medidas como regla general pudiera resultar contraria al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la duración de las penas previstas en el CP para determinados delitos.

²³⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 25.

1.5.1. Concepto.

El principio de legalidad proclama el imperio de la ley, sujetando la actuación de las autoridades a las leyes, y conduce a que el proceso penal deba iniciarse ante la sospecha de la comisión de cualquier infracción penal, de modo que el Ministerio Fiscal no puede solicitar el sobreseimiento si concurren los presupuestos materiales y es conocido el autor²³⁹.

Del principio de legalidad emanan a su vez otros dos principios básicos en nuestro sistema procesal penal: el principio de necesidad y el principio de oficialidad. El principio de necesidad es consecuencia de la inexistencia de una relación jurídico material penal y de un derecho subjetivo a la imposición de una pena por parte de los particulares, de modo que el *ius puniendi* pertenece exclusivamente al Estado²⁴⁰. El principio de oficialidad, según DE LA OLIVA SANTOS, es “aquel criterio derivado del interés público predominante marcado por la ley, por el cual el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia no están subordinados al poder de disposición de sujetos jurídicos en relación con la tutela de sus derechos o intereses legítimos”²⁴¹. Este principio se corresponde al carácter público de la acción penal²⁴².

De esta forma se garantiza la independencia en el sostenimiento de la acusación y se evita el ejercicio discriminatorio de la función jurisdiccional. En consecuencia, el principio de legalidad supone la obligatoriedad de la persecución criminal y la indisponibilidad de las partes sobre el objeto del proceso, que es precisamente lo que caracteriza al proceso penal frente al proceso civil, y también distingue a nuestro sistema procesal del sistema acusatorio puro o modelo adversarial. Frente a los sistemas que siguen el modelo anglosajón, que tienen por finalidad el hallazgo de una verdad formal, en nuestro sistema procesal, tradicionalmente se ha dado prioridad a la búsqueda de la verdad material. No obstante, la superación del sistema inquisitivo, y el reconocimiento de un régimen de garantías conllevan ciertas restricciones a la búsqueda de la verdad material²⁴³. La entrada en vigor de la CE supuso que esa finalidad debía

²³⁹ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. *Derecho procesal penal*. Madrid. 1999. Pág.110. El principio de legalidad nació con la ideología liberal de la Revolución Francesa, según explica el citado autor.

²⁴⁰ Vid. PEREZ MORALES, M. G. “Problemas que plantea el acusatorio en el actual proceso penal”. *Revista jurídica de la Región de Murcia*. N° 30, 2001. Pág. 64.

²⁴¹ DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal penal*. 2ª edición. AA VV. Madrid 1995. Pág.7

²⁴² En este sentido, GOMEZ ORBANEJA considera que el carácter público de la acción penal justifica la obligatoriedad de su ejercicio. Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Bosch. Barcelona, 1951. Págs. 212 y ss.

²⁴³ Vid. GUERRERO PALMARES, S. *El principio...* op. cit., págs. 38 y ss. Considera este autor que la limitación de la búsqueda de la verdad material por las garantías procesales ya se inició en España cuando la LECrim. prohibió las preguntas capciosas o estableció restricciones a la obligación de declarar como testigos. En este mismo sentido, RODRÍGUEZ VEGA explica estos principios estableciendo la distinción entre los sistemas inquisitivos y los sistemas acusatorios puros. “En los sistemas de justicia penal de estructura inquisitiva, el interés público o social en la persecución penal se resguarda con los principios de obligatoriedad de la acción penal y de investigación o instrucción –o como algunos los llaman, de investigación integral o instrucción plena–, principio este último con arreglo al cual el Tribunal

sujetarse como límites a los derechos y garantías reconocidas al individuo, que solo pueden restringirse si se dan los requisitos legalmente establecidos.

Paralelamente a la búsqueda de la verdad material, rige en nuestro sistema el principio de legalidad en la persecución penal, en tanto los países que optan por el sistema acusatorio puro y por la búsqueda de una verdad formal, introdujeron el denominado principio de oportunidad. La verdad formal es la proporcionada por las partes, sin que al proceso puedan incorporarse más datos fácticos que los aportados por ellas, de forma similar al proceso civil. El principio de oportunidad distinguía los sistemas acusatorios puros, que siguen el modelo angloamericano, de los sistemas acusatorios mixtos continentales, al menos en su concepción originaria, pues el proceso acusatorio propiamente dicho, va orientado, no tanto a la aplicación de la estricta legalidad vigente, como a la pacificación social.

En los sistemas acusatorios puros, adversariales y contradictorios, que optan por el principio de oportunidad y tienden a la búsqueda de la verdad formal, como el norteamericano, la actuación del juez se rige por el principio de neutralidad, de modo que el juez se mantenía equidistante de la actuación de las partes en el proceso, que se convierte en una contienda *inter partes*. Son las partes las que investigan y las que configuran el objeto del proceso, por lo que la labor de preparar las pruebas no corresponde al juez, sino a las partes. Por ello se otorga la facultad de investigación al Ministerio Fiscal como parte privilegiada. Pese a ello, en los modelos acusatorios continentales, como el alemán o el italiano, se ha visto matizado este principio de neutralidad del juez, que conserva algunas facultades durante la fase de instrucción²⁴⁴. No obstante, como veremos más adelante, los límites entre uno y otro modelo, se han venido desdibujando por la evolución sufrida por los sistemas continentales.

DE LA OLIVA SANTOS define el principio de oportunidad como aquel en virtud del cual el *ius puniendi* no ha de ser satisfecho conforme a los criterios legales en todos los casos en que concurran sus presupuestos, es decir, ante toda conducta punible, sino que quedaría condicionado al poder otorgado al Ministerio Fiscal para disponer, o

debe investigar la verdad material y no conformarse con lo que el Ministerio Público y el imputado someten a su consideración, le exponen y solicitan. Por consiguiente, el juez penal no se conforma con la llamada verdad formal, y la ley no confía respecto de una consecuencia jurídica tan importante como la pena, en el criterio de quienes participan en el proceso y en lo que tienen a bien exponer al Tribunal. Empero, en los sistemas acusatorios, precisamente a fin de configurar y preservar su carácter de tal en resguardo en último término de la imparcialidad del juzgador, el legislador promueve el interés colectivo en la persecución criminal sólo gravando al acusador público con la instrucción y acusación obligatoria respecto de los hechos delictivos, y liberando a los Tribunales de los gravámenes procesales que le significan el principio de instrucción, aun a riesgo que esta escisión mengüe la efectiva actualización del interés público en la persecución penal”. Vid. RODRÍGUEZ VEGA, M. “Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso. Agosto, 2013. Estudio-Derecho procesal penal. Universidad de las Américas. Santiago de Chile. <http://dx.doi.org/4067/50718-68512013000100020>. Pág. 643 y ss.

²⁴⁴ Vid. GUERRERO PALOMARES, S. *El principio...* op. cit., págs. 38 y ss. Para un análisis pormenorizado de esta cuestión, vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica”. *Revista del Poder Judicial, n° especial XIX. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Revista del Poder Judicial, n° volumen especial XIX, año 2016*. Págs. 17 y ss.

bien con amplio arbitrio o bien en las condiciones que la ley determine, del ejercicio de la acción penal²⁴⁵.

Expone LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que “se habla de principio de oportunidad por contraposición al de legalidad para referirse a aquellos ordenamientos jurídicos en que el ejercicio de la acción penal por los órganos encargados de su formulación no resulta imperativo en todo supuesto subsumible en una norma penal, sino que se permite un margen de apreciación en cuanto a la oportunidad de la persecución”²⁴⁶. Dicho margen puede establecerse expresamente en la ley o no. En el primer caso se habla de oportunidad reglada, y en el segundo, de oportunidad discrecional. Como veremos más detenidamente en el último capítulo, el citado autor explica que antes del proceso penal propiamente dicho existe un filtro, de modo que una importante cantidad de delitos no se persiguen y no han llegado al conocimiento de las autoridades. El legislador exceptúa de la obligatoriedad de la persecución pública algunos supuestos, por ejemplo, cuando exige la previa denuncia de la víctima para perseguir un delito, cuando exige determinadas condiciones de procedibilidad o reconoce eficacia al perdón del ofendido²⁴⁷.

El principio de legalidad niega la facultad del órgano encargado de la acusación para omitir la persecución por entender que la misma no es oportuna o conveniente, por razones de irrelevancia de la infracción u otros motivos, mientras que el principio de oportunidad supone que el fiscal puede interesar el archivo por la escasa entidad del hecho, por la resocialización del autor, por la falta de interés social en la persecución de la infracción penal, por la inutilidad de la pena o por razones de economía procesal²⁴⁸.

Entiende GIMENO SENDRA que el fundamento de este principio se halla en el propio art. 105.1 LECrim., pues conforme a su tenor literal el Ministerio Fiscal tendrá la obligación de ejercitar “las acciones penales que considere procedentes”, por lo que

²⁴⁵ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., TOMÉ GARCÍA, J. A. *Derecho procesal penal*. Octava edición. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007. Págs. 43 y 44. Explica DE LA OLIVA SANTOS que frente al principio de legalidad se sostiene que el sistema está regido por el principio de oportunidad, toda vez que se postula que, en vez de la legalidad, sean parámetros de oportunidad los que determinen desde la iniciación del proceso, hasta la imposición de la pena que está legalmente prevista, la formulación o no de la acusación y el contenido de la sentencia.

²⁴⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “El principio de oportunidad”. *Cuadernos de derecho judicial. Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*. Pág. 50.

²⁴⁷ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “El principio...” op. cit., págs. 50 y ss. Este autor estudia que existen diversos sistemas de selección que afectan a los comportamientos delictivos, de modo que antes del proceso penal existe un filtraje de una cantidad de delitos que no han llegado al conocimiento de las autoridades, por influencia de distintos factores, tales como el estrato social o la carencia de los medios necesarios para su investigación. Algunos delitos no llegan al conocimiento de los órganos judiciales, por lo que difícilmente se podrá proceder a su persecución. El propio legislador aplica criterios de selección cuando exige la previa denuncia de la víctima para perseguir un delito o reconoce eficacia al perdón del ofendido. Algunos sectores doctrinales consideran que ante la imposibilidad de perseguir todos los delitos, debe optarse por aquellos criterios que permitan emplear más recursos en la investigación de las causas más importantes, por lo que defienden la racionalización de dicha selección a través de la introducción del principio de oportunidad, a fin de establecer un control de las pautas que marcan la selección de las infracciones penales que han de perseguirse.

²⁴⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “El principio...” op. cit. Pág. 51.

considera que en determinados supuestos, no será procedente el ejercicio de la acción penal, cuando otros intereses constitucionales así lo aconsejen. Añade que el art. 124.1 de la CE atribuye al Ministerio Fiscal la facultad de promover la acción de la justicia, no solo en defensa de la legalidad, sino también de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Para que sea legítima la aplicación del principio de oportunidad, debe estar prevista en una norma procesal y fundarse en un interés constitucionalmente protegido, cual es la obtención de una mayor y mejor aplicación del *ius puniendi*, la pronta reparación de la víctima y la rehabilitación del encausado²⁴⁹.

El primero de los intereses constitucionalmente protegidos que debe servir de base a la actuación del Ministerio Fiscal es la protección de los intereses de la víctima. La víctima, como titular del bien jurídico protegido, tiene derecho a ejercitar la acción penal, a que se le comuniquen las decisiones adoptadas aunque no haya sido parte, a recurrir las resoluciones de archivo, e incluso a la no incoación del proceso penal por delitos privados. En el ámbito de los denominados delitos semipúblicos, GIMENO SENDRA estudia supuestos en los que el Ministerio Fiscal debe ejercitar la acción penal solo en determinadas condiciones. Así, el art. 191 del CP establece que para la persecución de los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, se precisa denuncia del agraviado, o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará “ponderando los legítimos intereses en presencia”. Esto significa que el Ministerio Fiscal, antes de decidir sobre el ejercicio de la acción penal, debe tener presente que la víctima pudiera no querer iniciar el proceso. También a título de ejemplo, se refiere este autor a los delitos contra la propiedad intelectual, el mercado y los consumidores, en los que se exige denuncia del agraviado, salvo “cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”. Se limita así el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal a determinados supuestos, lo que supone una clara introducción del principio de oportunidad en nuestro derecho²⁵⁰.

El segundo fin constitucionalmente protegido es la reinserción del condenado como fin del proceso penal. Estima este autor que esta finalidad difícilmente se consigue a través de las penas de prisión y se puede alcanzar mediante la suspensión de la pena privativa de libertad condicionada al cumplimiento de medidas limitativas de derechos, lo cual es posible cuando, previo acuerdo entre el Ministerio Fiscal y la acusación particular y la defensa, se dicta sentencia de conformidad en la que se establece una suspensión de la ejecución de la pena de prisión condicionada al cumplimiento de determinadas prestaciones, a someterse a un tratamiento de desintoxicación, a prohibiciones de aproximación o comunicación, y a otras medidas, bajo la advertencia de que de no ser cumplidas, provocarían el ingreso en prisión²⁵¹. Es frecuente en la práctica de las conformidades condicionar la suspensión de la pena de prisión a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, o a cumplir las prestaciones a las que se refiere el art. 84 del CP, entre las cuales, menciona “el

²⁴⁹ GIMENO SENDRA, J. V. “El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley*, n° 8746, sección Doctrina, 21 de abril de 2016, Ref. D-168, Editorial la Ley. La Ley 2115/16. Pág. 2.

²⁵⁰ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “El principio...” op. cit., pág. 3 y ss.

²⁵¹ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “El principio...” op. cit. pág. 3 y ss.

cumplimiento de lo acordado en mediación”. No nos detendremos en el estudio de la mediación por ser objeto de otros epígrafes de este trabajo.

Por su parte, POLAINO NAVARRETE ha planteado la duda de si la pena ha de ser una consecuencia necesaria del delito o si es conveniente amenazar con la pena considerándola solo como posible consecuencia jurídica de aquel²⁵².

Existen, pues, dos concepciones del principio de oportunidad: la oportunidad tasada o reglada y la oportunidad libre o discrecional. A la primera responde el derecho alemán y a la segunda el derecho inglés o estadounidense. Partiendo de que el principio de oportunidad esté establecido por la ley, puede articularse el mismo de dos formas. La oportunidad reglada se da cuando se establece taxativamente, mediante un catálogo cerrado, los casos en que el Ministerio Fiscal puede dejar de ejercitar la acción penal, y la oportunidad discrecional tiene lugar cuando la determinación de la conveniencia o no de su ejercicio se deja al arbitrio del órgano al que corresponde el ejercicio de la acción penal²⁵³.

No obstante, como veremos, el principio de legalidad no siempre se define por oposición al principio de oportunidad y viceversa, sino que ambos podrían coexistir pacíficamente²⁵⁴.

1.5.2. Justificación.

El principio de oportunidad se contemplaba desde hace años, antes de su consagración en la LO 4/1992, en algunas legislaciones penales de menores de nuestro entorno. En el derecho de menores austríaco, JGG disponía en el parágrafo sexto que cuando el hecho punible llevara aparejada una pena privativa de libertad máxima de cinco años, el fiscal debía renunciar a la prosecución criminal cuando no concurriera ninguna otra culpa, no se hubiera producido la muerte de ninguna persona y no parecieran precisas otras medidas para disuadir al sospechoso de la comisión de nuevos hechos delictivos, e igualmente establecía para determinados supuestos el sobreseimiento provisional por un periodo de prueba, ligado al cumplimiento de

²⁵² Vid. POLAINO NAVARRETE, M. “*Derecho Penal. Parte General. T.I. Fundamentos científicos del derecho penal*”. Ed. Bosch. Barcelona, 1984. Págs. 143 y ss.

²⁵³ DE LA OLIVA SANTOS, A. “Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del tribunal a las pretensiones en el proceso penal”. *Revista general del derecho*. Núms. 557-578, 1992. Pág. 9885. Este autor critica, sin embargo, esta distinción entre oportunidad tasada y oportunidad discrecional al entender que “lo oportuno no puede estar tasado”.

²⁵⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. “Legalidad *versus* oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios Públicos”. *Primeras jornadas de derecho judicial*. 1983. Pág. 721. Este autor considera que en el caso de la oportunidad reglada, “no existe una auténtica antítesis entre legalidad y oportunidad, en cuanto ésta viene regulada por aquélla”.

determinadas instrucciones o por cumplimiento de imposiciones a cuya observancia el menor se ha declarado dispuesto²⁵⁵.

Los instrumentos internacionales propugnan la adopción de mecanismos de diversificación y de terminación anticipada del proceso. En este sentido, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación N° R (87) 20, en la regla II, bajo la rúbrica de “desjudicialización (diversión)-mediación” recomienda “alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución o a nivel policial en los países donde la Policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema judicial y las consecuencias derivadas de ello” y “adoptar las medidas necesarias para que en el curso de estos procedimientos se aseguren la aceptación por el menor de eventuales medidas que condicionan la desjudicialización”.

En nuestro derecho, la LORPM, siguiendo la línea marcada por la LO 4/1992, ha consagrado en la jurisdicción de menores el principio de oportunidad reglada. La forma de terminación normal de la instrucción del expediente de reforma es el ejercicio de la acción penal ante el juez de menores, si bien también puede decidirse su conclusión por razones de oportunidad. Las razones que han llevado a la instauración del principio de oportunidad en el ámbito de la jurisdicción de menores parten de la consideración de que un amplio porcentaje de los delitos cometidos por menores se deben a factores psicológicos propios de la adolescencia, que impulsan a algunos jóvenes a exteriorizar su rebeldía social mediante la comisión de pequeñas transgresiones de las normas morales o jurídicas comúnmente aceptadas.

LÓPEZ LÓPEZ entiende que con frecuencia se trata de jóvenes que, una vez que han superado dicha etapa de su vida, terminan aceptando las normas de conducta, por lo que en estos casos el reproche penal resulta perjudicial. Pero también existen menores “gravemente asociales y criminalizados”, reincidentes, en los que las medidas de internamiento no alcanzan los objetivos de reeducación. Por esta razón, algunos países han optado por soluciones alternativas, lo que en EEUU se denomina diversión o diversificación procesal, que permiten interrumpir el proceso por razones de oportunidad o basadas en la conciliación entre el menor y la víctima, en determinados casos²⁵⁶.

La comisión de actos delictivos por menores es con frecuencia síntoma de la existencia de déficit educativos y, por tanto, de la necesidad de intervenir. La mayoría de los menores que cometen actos delictivos presentan fracaso escolar, absentismo y conductas conflictivas. Son decisivos factores como la precariedad económica, el consumo de drogas, la conflictividad familiar, etc., factores que son difíciles de tratar una vez que llegue la edad adulta. La influencia de la familia es determinante en el desarrollo de los comportamientos antisociales. Muchos de los jóvenes infractores provienen de familias conflictivas o de hogares en que se han vivido situaciones de

²⁵⁵ Vid. JESIONEK, U. “Jurisdicción...” op. cit., pág. 64.

²⁵⁶ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 318 y ss.

violencia doméstica, pero también a partir de cierta edad, es el grupo de amigos el que tiene un carácter decisivo, de modo que estos actos suelen cometerlos menores que tienen un grupo de iguales problemático o cuyos miembros también realizan actos delictivos²⁵⁷. En cierto modo, esta idea fue, salvando las distancias, la que en su día inspiró la tan criticada legislación tutelar, pues la comisión de ciertos hechos delictivos durante la menor edad es consecuencia de ciertos factores sociales que rodean al joven infractor.

Otras veces estas conductas se deben simplemente a factores propios de la edad, como la confusión o rebeldía de la adolescencia, la necesidad de experimentar, o la ausencia de autoridad paterna, factores que se pueden superar sin necesidad de la intervención del aparato represor del Estado, y en los cuales está casi asegurado el éxito de las medidas reeducativas adoptadas por la vía del principio de oportunidad. Estas características de la delincuencia juvenil y el hecho de que en el estadio de la evolución en que los mismos se encuentran es posible el éxito de las medidas reeducativas, son las que hicieron recomendable la adopción del principio de oportunidad en dicho ámbito. El derecho penal solo debe intervenir, conforme al principio de necesidad de la pena, cuando resulte necesario para la prevención del delito, pero no en aquellos casos en que puede resultar perjudicial o incluso contraproducente, en los que podrá acudir a otras vías, como las que proporciona el principio de oportunidad²⁵⁸.

No obstante, como después se verá, no hay tantas diferencias con los factores determinantes de la comisión de hechos delictivos en el ámbito de la jurisdicción de adultos, donde la experiencia demuestra que muchos de los infractores, si bien han rebasado la mayoría de edad, son bastante jóvenes y provienen igualmente de situaciones de marginalidad, consumo de tóxicos, etc. Pero, fijado el límite biológico en la mayoría de edad, quedan fuera del ámbito de la justicia juvenil, y se parte de consideraciones más estrictas de prevención general, sin perjuicio de la finalidad de rehabilitación y resocialización de las penas establecida en el art. 25 de la CE.

Otros sectores doctrinales han realizado algunas objeciones a la consagración en el proceso de menores del principio de oportunidad en aras del interés del menor. En este sentido, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN ha cuestionado que la búsqueda de alternativas al proceso penal sea efectivamente lo más conveniente al interés del menor.

²⁵⁷ Ponencia de ARIAS GINER, M. C. Curso de verano “Intervención multidisciplinar con menores: infractores, víctimas y en desamparo”. Director: ASENSIO MELLADO, J. M. 12 y 13 de julio de 2012. Universidad de Alicante. En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea” (2006/c 110/13), señala, entre otras, las siguientes causas de la delincuencia juvenil: “1. La pertenencia del menor a familias desestructuradas, 2. La marginación socioeconómica o pobreza, 3. El absentismo y el fracaso escolar, 4. El desempleo, 5. La transmisión de imágenes y actitudes violentas en medios de comunicación o videojuegos, 6. El consumo de drogas 7. Los trastornos de la personalidad y del comportamiento, normalmente unidos a otros factores sociales o ambientales, que hacen que el joven actúe de modo impulsivo o irreflexivo sin dejarse motivar por las normas de conducta socialmente aceptadas. 8. La insuficiencia en la enseñanza en la transmisión de valores prosociales”.

²⁵⁸ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D. “Los límites del ius puniendi”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Septiembre-Diciembre de 1994*. Tomo XLVII, fascículo III. Págs. 100 y ss.

Así, entiende que la LORPM parte de la consideración del proceso penal como un mal para el menor, pero realmente el proceso jurisdiccional constituye una garantía para éste, pues precisamente la razón de ser del proceso como instrumento para la administración de justicia es la de evitar arbitrariedades, por lo que afirma que imponer medidas sancionadoras o de corrección a los menores eludiendo la vía del proceso debe ser en todo caso tomada con cautela. Entiende la citada autora que el principio de intervención mínima es propio del derecho sustantivo, como un mandato al legislador, pero no del derecho procesal, de modo que, una vez que una conducta está tipificada, el derecho procesal siempre debe actuar. Concluye que si bien es cierto que algunas características del proceso penal pueden ser contraproducentes para el desarrollo del menor, y de ahí que se restrinja la publicidad del proceso, quizá la solución no venga dada tanto por evitar un proceso, sino por la mayor especialización del personal que actúe en relación con los menores infractores²⁵⁹.

En este mismo sentido, DOLZ LAGO, como ya vimos a propósito de la LO 4/92, ha cuestionado si la búsqueda de alternativas pudiera entrar en colisión con el derecho a la presunción de inocencia, pues supone la imposición de medidas al mismo como consecuencia de la supuesta comisión de un hecho delictivo sin que el mismo haya sido probado en un juicio con todas las garantías²⁶⁰.

1.5.3. Experiencias de justicia restaurativa en el proceso de menores.

La LORMP ha optado por consagrar un modelo de oportunidad reglada. El estudio de los supuestos en concreto regulados en la ley del menor en los que se admite la aplicación del principio de oportunidad será objeto del capítulo siguiente. Para la aplicación del principio de oportunidad, la justicia de menores cuenta con el instrumento de la mediación. Por la importancia que la mediación está adquiriendo como mecanismo de la llamada justicia restaurativa, permitiendo que la persecución penal no tenga lugar con todo su rigor en determinados supuestos, conviene examinar esta institución.

La justicia restaurativa es un medio de resolución de conflictos que pretende el restablecimiento de la paz perturbada y la satisfacción de los intereses de los perjudicados, mediante la creación de espacios de diálogo, donde ambas partes, cediendo en sus posiciones, comprendiendo la postura del otro, y asumiendo su propia culpa o el daño causado, según los casos, pongan fin al conflicto creado por la infracción de la norma. El nacimiento de la justicia restaurativa se vincula a movimientos que trataban de humanizar el sistema penal y de aliviar el sufrimiento que este origina al infractor y a la víctima. Entre ellos destacan los movimientos en favor de los derechos humanos de las personas privadas de libertad y los movimientos

²⁵⁹ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “Propuestas...” op. cit., págs. 245 y 246.

²⁶⁰ En este sentido, DOLZ LAGO, M. J. “Algunos aspectos...” op. cit., págs. 2 y ss.

defensores de los derechos de las víctimas, que dieron lugar a la introducción de una nueva disciplina en la criminología que recibía el nombre de victimología²⁶¹.

Poco a poco se fue imponiendo la idea de que el actual sistema penal no logra la satisfacción de ninguno de los implicados en el conflicto. No logra la reparación de la víctima porque la misma queda relegada a ser un simple testigo de los hechos, una prueba de cargo necesaria, cuya voluntad es indiferente para el sistema penal y a la que, en el mejor de los casos, se reconoce el derecho a una indemnización. No satisface al infractor, pues es de todos sabido que solo en un pequeño porcentaje se alcanza la finalidad de reinserción social y de rehabilitación de las penas, y que la pena de prisión contribuye a la marginalidad de los condenados. No satisface a la comunidad, que no ve reducirse la delincuencia ni la reincidencia, ni ve por tanto reforzada su seguridad.

Las experiencias de mediación nacen frente a la “violencia institucional”, que se ejerce sobre los infractores y frente al sufrimiento de las víctimas al no sentirse escuchadas por nuestro sistema penal. Sostiene la doctrina que el proceso penal no tiene capacidad para dar una respuesta satisfactoria frente al conflicto delictivo, pues la gestión del sufrimiento generado por el delito requiere de un diálogo y una reparación que no tienen cabida en el proceso penal. Por otra parte, existe una tendencia a abusar de las penas de prisión, que a la larga tienen consecuencias negativas²⁶².

En el derecho comparado, en EEUU se acogió por primera vez la mediación en la legislación de 1995, aunque desde 1972 se venían realizando programas de mediación por mediadores voluntarios. También en esta fecha fue cuando en el Reino Unido se ponen en marcha, siguiendo el modelo americano, los llamados *Servicios de Probation*.

Por lo que respecta a Europa, en Italia, el Decreto Presidencial 448/1988 admitió la posibilidad de mediación en los procedimientos de justicia juvenil. En Austria, como se ha explicado, la JGG permitía la diversificación como alternativa extrajudicial. En los Países Bajos, Bélgica contempla desde la Ley para Menores Delincuentes de 1955 la reparación como sanción alternativa según las circunstancias, y Holanda, desde la reforma de la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 1995 admite que el fiscal y la policía lleguen a un acuerdo de reparación con el menor con archivo del expediente. En Alemania, desde 1959 se comienzan a aplicar reparaciones simbólicas, lo cual se recoge en la Ley Penal Juvenil de 1953 como “misión de ejercitar la prestación especial”. Tras la reforma de 1990, se admite la mediación con el objetivo

²⁶¹ Vid. RÍOS MARTÍN, J, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., GALLEGO DÍAZ, M. CABRERA P., JIMÉNEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia” (2005-2008). *Estudios jurídicos. n° 2008, Ed. 2009-2010*. Pág. 13 Se define la justicia restaurativa como “la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”. Págs. 13 y ss.

²⁶² Vid. RÍOS MARTÍN, J. “Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia”. *Cuadernos Digitales de Formación. N° 3, 2008*. Págs. 1 a 4.

de que el menor no llegue a ingresar en el sistema judicial, a través de la conciliación, la reparación y las disculpas. En Francia, en los años ochenta comenzaron a ponerse en práctica trabajos de mediación, que culminaron en 1993 en la Ley de Reparación, que admite la mediación, conciliación y reparación antes de iniciar las actuaciones penales, durante las mismas o en la sentencia²⁶³.

Los planteamientos que conducen a sostener los beneficios de la mediación parten de la idea de que a través del derecho penal se pretende dar soluciones a problemas como la drogodependencia, la desigualdad social, las relaciones de dominación del hombre sobre la mujer, en los casos de violencia de género, y otras situaciones de marginalidad que se encuentran detrás del conflicto. Pero la ampliación del campo de actuación del derecho penal no ha supuesto una disminución real de la criminalidad ni un mayor sentimiento de seguridad en los ciudadanos. Frente a esta situación, la justicia restaurativa, que obedece a los postulados propios del principio de intervención mínima, pretende devolver a los implicados en el conflicto parte de la responsabilidad en la solución del problema que les afecta y trata de lograr a un tiempo los fines del proceso penal y la resolución de los conflictos en los que se traducen los actos delictivos. La justicia restaurativa persigue solucionar el conflicto que subyace en el delito más allá de los hechos enjuiciados o investigados en el proceso, tratando de estimular el diálogo, la empatía, el ponerse en el lugar del otro, ponerle “rostro” al infractor o a la víctima, y a través del encuentro conciliador, lograr los fines del proceso penal, en particular, la rehabilitación del infractor y la reparación a la víctima²⁶⁴.

Paulatinamente, en el ámbito de la justicia penal se ha ido dando mayor protagonismo a los intereses de las víctimas, especialmente tras la aprobación del EVD, aprobado por la Ley 4/2015. Las pretensiones de las víctimas para la superación del conflicto no coinciden con las que se pueden alcanzar a través del proceso, que se limitan a la sanción al infractor y a una reparación económica que en muchos casos difícilmente se obtendrá tras un nuevo procedimiento de ejecución. La víctima es en realidad un elemento de prueba, lo que convierte al proceso en una experiencia dolorosa, y genera la llamada victimización secundaria. Por otra parte, la función de reinserción de las penas parece estar quedando al margen del proceso y se imponen las finalidades retribucionistas²⁶⁵. La justicia de menores ha sido un ámbito de experimentación de prácticas de mediación, pues la flexibilidad del proceso, en el que predominan los aspectos resocializadores sobre la finalidad retributiva, le hace más

²⁶³ MUÑOZ OYA, R. “La mediación en el proceso penal de menores”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit. Págs. 191 y 192.

²⁶⁴ Vid. RÍOS MARTÍN, J, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., GALLEGRO DÍAZ, M., CABRERO P., JIMÉNEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 19 a 21.

²⁶⁵ Vid. RÍOS MARTÍN, J. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 4 a 7.

favorable a la mediación, ya que existe mayor predisposición a la conciliación y a la opción por soluciones extrajudiciales²⁶⁶.

Siguiendo a ÁLVAREZ RAMOS, la denominada justicia restaurativa, como movimiento de la criminología o victimología, potencia la participación de las partes en el proceso y la finalidad reparadora del mismo, procurando beneficios para la víctima, para el infractor y para la sociedad en general. Para la víctima porque se siente escuchada, logra un reconocimiento por parte del infractor de haberle causado un daño y su reparación, ya sea ésta material o moral; para el infractor, porque no se aplica el proceso penal con todas sus consecuencias; y para la sociedad, porque consigue la rehabilitación de los infractores y la prevención de la reincidencia. La justicia restaurativa tiene una serie de ventajas frente a la denominada justicia retributiva, pues a través de la participación de todos los implicados, permite alcanzar la reparación o compensación de las víctimas y la reconciliación y de esta forma fomenta la comprensión por el acusado del daño causado a una o varias personas concretas, lo que favorece la consecución de los fines resocializadores del proceso penal²⁶⁷.

No obstante, no debe perderse de vista que en el ámbito del derecho de menores el criterio rector del interés del mismo supone el sacrificio de algunas otras finalidades que le son propias al proceso de adultos. Los derechos de las víctimas deben armonizarse en justo equilibrio con la finalidad educativa de este procedimiento, y pueden ceder ante el mismo, de forma que la conciliación entre autor y víctima no se justifica tanto por las ventajas que para la misma pueda reportar, incluso a nivel emocional, sino por ser un instrumento de claro contenido educativo para el menor. Los beneficios que de la mediación se derivan para las víctimas deben ponerse en el contexto propio de la jurisdicción de menores, en el que las mismas son con frecuencia también menores de edad, y en ocasiones mantienen vínculos con los expedientados, pues en la práctica es habitual que éstos sean compañeros de instituto, miembros del grupo de amigos, etc., de forma que el recurso a estos mecanismos frena posibles conductas delictivas similares de cara al futuro.

La mediación, que surgió como una forma de *diversión*, a fin de dar una respuesta adecuada a los intereses de la víctima fuera del proceso penal, ha ido evolucionando hasta incardinarse dentro del sistema de justicia penal, y viene a ser una alternativa al modelo de justicia retributiva o rehabilitadora²⁶⁸.

²⁶⁶ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “La mediación reparadora en la Ley de Responsabilidad penal del Menor”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 47.

²⁶⁷ Vid. ALVAREZ RAMOS, F. (Equipo Psicosocial Judicial Donostia- San Sebastián). “Mediación penal juvenil”. *International E- Journal of Criminal Sciencies*. Artículo 3, Número 2, 2008. Págs. 1 y ss.

²⁶⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “La mediación...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit. Explica este autor que la expresión *restorative justice* se acogió en el Congreso Internacional de Justicia de Budapest de 1993 y ha sido promovida por las Conferencias Internacionales de Victimología de Adelaide (Australia) en 1994, Amsterdam en 1997 y Montreal en 2000. Págs. 40 y ss.

Uno de los instrumentos más importantes de la justicia restaurativa es la mediación, que en la justicia juvenil se aplica para lograr el archivo por razones de oportunidad, o una solución consensuada, a través de la conformidad y también durante el cumplimiento de la medida por parte del menor.

Como se estudiará con más profundidad en el capítulo siguiente, el art. 19 de la LORPM permite que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente de reforma, en el caso de delitos leves o menos graves, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, y particularmente, a la falta de violencia o intimidación grave, siempre que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. Se considera producida la conciliación cuando el menor reconoce el daño causado y se disculpa ante la víctima, aceptándolo esta, y por reparación el compromiso asumido por el menor de realizar determinadas prestaciones en beneficio de la víctima o de la comunidad. En el proceso de menores se contempla, pues, la mediación como un instrumento para llegar a alcanzar los compromisos a los que se supedita la aplicación del principio de oportunidad.

El Reglamento aprobado por el RD 1774/2004, de 30 de julio, que desarrolla la LORPM, regula el proceso a seguir para lograr soluciones extrajudiciales, permitiendo la intervención de los abogados defensores en la fase inicial para mayor garantía, y dando prioridad a la participación de la víctima. Es, pues, el equipo técnico el que asumirá las funciones de mediación entre el menor y la víctima e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento (art. 4 y 5 del Reglamento). En su papel de mediador, el equipo técnico deberá poner en contacto al menor y a la víctima, favorecer su entendimiento mutuo y proponer posibles soluciones, formalizar el acuerdo alcanzado y vigilar su cumplimiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal.

Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del juez de menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, continuará la tramitación del expediente. En aquellos casos en que no existan perjudicados directos, la reparación o conciliación con la víctima quedará sustituida por la realización de determinadas actividades educativas propuestas por el equipo técnico.

Aunque ya existían con anterioridad algunas experiencias en este sentido, en España, los primeros programas de mediación surgieron en torno al año 1990 en Cataluña²⁶⁹. Hasta 1992, la justicia de menores estaba basada en los principios del positivismo y del correccionalismo consagrados por la LTTM. No obstante, en Cataluña se pusieron en marcha programas de justicia juvenil que imitaban los modelos de Alemania, Austria y Holanda, con amparo legal en los tratados y recomendaciones

²⁶⁹ Vid. ALVAREZ RAMOS, F. “Mediación penal...” op. cit., pág. 24.

internacionales. Los primeros pasos se dieron sin una base legal sólida pero venían avalados por las recomendaciones y los tratados internacionales, como las Reglas de Beijing 1985, las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa o la Declaración de los Derechos del Niño. Estas experiencias se pudieron desarrollar gracias al consenso entre los jueces de menores y la administración autonómica que tuvieran competencias exclusivas para la ejecución de medidas en materia de menores. El margen de discrecionalidad que la legislación tutelar concedía a los jueces de menores favoreció que se comenzaran a implantar estos programas de mediación. En este marco se inició en mayo de 1990 el Programa de Mediación y Reparación, que no contó con una cierta base legal hasta la aprobación de la LO 4/92, que reconoció, como hemos visto, el principio de oportunidad²⁷⁰.

La Recomendación nº 19 del Consejo de Europa establecía unas pautas a seguir en los procesos de mediación, como son el consentimiento de los padres, la confidencialidad de las conversaciones, la voluntariedad, la neutralidad y formación del mediador, la asistencia a las partes y cumplimiento de las garantías legales, la no utilización del resultado de la mediación como indicio de culpabilidad, y la imparcialidad.

El programa se imbuía en un proceso de transición desde el sistema de los Tribunales Tutelares de Menores hacia un nuevo modelo y tomaba como punto de partida los trabajos iniciados a mediados de los años ochenta buscando nuevas vías de intervención con menores. Esta primera experiencia se desarrolló en Cataluña desde 1990 con menores de entre doce y dieciséis años, con base en el proyecto elaborado por la Comisión creada en 1989, y su finalidad era que el menor infractor se responsabilizara de sus actos, no como consecuencia del castigo, sino por su propia voluntad y compromiso, a través de un espacio de diálogo entre el autor y la víctima, mediante la intervención de un mediador profesional. Los resultados que se reflejaron a través del seguimiento del comportamiento y la evolución psicológica de los menores fueron muy positivos. La finalidad del programa era compensar las deficiencias educativas y socio-culturales de los jóvenes infractores para que éstos vieran otra salida a su vida distinta de la carrera delictiva. Se trataba así de darle al menor la oportunidad de resolver el conflicto por medio de la conciliación con la víctima. La experiencia demostró que los perjudicados no manifestaron deseos de venganza sino que se sintieron atendidos y escuchados, recibieron una explicación de lo sucedido, a modo de reparación emocional, en tanto que a los menores se les ofrecían alternativas de reparación. Para el éxito de la mediación fue fundamental que el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos fuera escaso, que el menor tuviera la capacidad de

²⁷⁰ Vid. MARTÍN, J. y DAPENA, J. “La mediación penal juvenil en España con especial referencia a la experiencia desarrollada en Cataluña”. *Revista RES Justicia Juvenil y Educación Social*. Nº 15, julio 2012. Pág. 1.

asumir su responsabilidad y que los padres dispusieran de los recursos económicos necesarios para hacer frente a la reparación material a la víctima²⁷¹.

La LO 4/1992 otorgó fundamento legal a la mediación. Si bien en la misma no se regulaba la mediación, sino simplemente se contemplaba la reparación, la mediación era un instrumento de aquélla. No fue hasta la aprobación de la LORPM cuando se dio a la víctima un papel más relevante dentro del proceso de menores, especialmente tras la reforma de esta por la LO 15/2003. Por ello, inicialmente, no se daba tanta importancia a la satisfacción de los intereses y necesidades de estas, sino que el programa de mediación perseguía una finalidad reeducativa del menor pero dando relevancia a la participación de la víctima²⁷². Se aborda así el delito como un conflicto.

A partir de la entrada en vigor de la LO 4/1992, se estableció expresamente la facultad del Ministerio Fiscal de proponer la conclusión del expediente, en el supuesto en el que el menor hubiera reparado, o se hubiera comprometido a reparar, el daño causado a la víctima. También en fase de ejecución se regulaba la reparación extrajudicial como alternativa a la ejecución de la medida impuesta en la sentencia, lo que permitía al juez de menores suspenderla, en determinadas condiciones, siempre que se asumiera una propuesta de reparación entre el infractor y los perjudicados. Por esto, si bien hasta este momento era el juez de menores quién tras tomar declaración al menor proponía la vía de la mediación, a partir del año 1992 el proceso de mediación se iniciaba a instancia del Ministerio Fiscal cuando las circunstancias del caso así lo permitían²⁷³.

El programa de mediación y reparación pretende una solución extrajudicial pero dentro del marco penal. La LO 4/1992 ofrecía dos posibilidades para la aplicación del programa de mediación. En primer lugar, contemplaba la reparación extrajudicial como forma de terminación del procedimiento, puesto que permitía al juez, a instancia del fiscal, dar por concluidas las actuaciones, atendiendo a la poca gravedad de los hechos, las condiciones o circunstancias del menor, y al hecho de que no se hubiera utilizado violencia o intimidación, siempre que el menor hubiera reparado o se hubiera comprometido a reparar el daño causado a la víctima (art. 15 de la antigua LTTM, tras reforma operada por el art. 2 LO 4/1992). En segundo lugar, contemplaba la reparación extrajudicial como alternativa a la ejecución de la medida²⁷⁴. En este caso, el procedimiento continuaba hasta sentencia, pero era posible suspender la ejecución de la medida impuesta previa asunción por el menor de la propuesta de reparación. Para esto,

²⁷¹ Vid. DAPENA J y MARTÍN J. “La mediación penal juvenil en Cataluña, España”. *Dirección General de Medidas alternativas y justicia juvenil*. Barcelona, 1998. Págs. 3, 10, y ss.

²⁷² Vid. NOGUERES, A. “La mediación en el ámbito penal juvenil”. www.eduso.net/res. Última consulta: 28 de septiembre de 2016.

²⁷³ Vid. MARTÍN, J. y DAPENA, J. “La mediación...” op. cit., pág. 2

²⁷⁴ “En atención a la naturaleza de los hechos, el juez de menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por un tiempo determinado y máximo de dos años, siempre que, de común acuerdo, el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, acepten una propuesta de reparación extrajudicial. No obstante, podrá acordarse la suspensión del fallo si los perjudicados, debidamente citados, no expresan su oposición o ésta es manifiestamente infundida” (art.16.3 tras modificación operada por art. 2.3 de la LTTM por la LO 4/92).

oído el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el abogado defensor, el juez valoraría, a la luz del principio del interés del menor, el sentido educativo de la reparación propuesta. La suspensión quedaba condicionada al cumplimiento de los compromisos de reparación, y en caso de incumplimiento procederá la ejecución de la medida impuesta en sentencia.

El procedimiento que llevaba a cabo el Equipo de Mediación del Departamento de Justicia de Cataluña era el siguiente: en un primer momento, el mediador se entrevistaba con el menor y sus padres para informarle del programa. Se analizaba la actitud del menor ante los hechos, si éste era capaz de asumir su responsabilidad, la explicación que daba al conflicto y su interés por la reparación del daño causado. Se evaluaba también la opinión de los padres, y su disposición para la reparación económica y, en caso de que se entendiera viable, se informaba al Ministerio Fiscal. El segundo paso era la entrevista del mediador con la víctima para informarle de la voluntad del menor y de la posibilidad de mediación, y se trataba de averiguar su versión de los hechos y las consecuencias morales y patrimoniales derivadas de los mismos para los perjudicados.

El programa de mediación podía llevarse a cabo con o sin participación de la víctima. En el primer caso, se creaba un espacio de diálogo con intervención del mediador, en que cada parte exponía sus peticiones, ofrecimientos y explicaciones, tratando de que dieran al hecho su justo valor, y de que se borrara la imagen negativa de la otra parte. El mediador debía procurar que ambos pasaran de una actitud negativa a otra más positiva y fueran conscientes de que estaba en sus manos la resolución del problema.

El mediador pondría los medios para que se alcanzara un acuerdo entre las partes en orden a la reparación del daño, e introducía elementos de diálogo que permitieran flexibilizar las posiciones, procurando que las partes alcanzaran un acuerdo. Normalmente los mediadores observaban como se iba suavizando el conflicto, como cada parte se situaba en el lugar de la otra, favoreciéndose el acuerdo, la comprensión, las disculpas y particularmente el compromiso real del infractor de no reincidir, que generalmente era suficiente para resolver el problema. En ocasiones, sería también necesario el compromiso de reparación material, en el que se debía contar con el consentimiento de los padres y su colaboración económica. Otras veces, la mediación tenía lugar sin la participación de la víctima, porque no estaba localizada, o no deseaba intervenir o contactar con el infractor. En estos casos, el equipo técnico proponía la actividad educativa que estimaba más adecuada para el menor.

Una vez que terminaba el proceso de mediación, el mediador evaluaba en un informe la actitud del menor, su compromiso con la reparación o cumplimiento de las actividades propuestas, la reparación que hubiera recibido la víctima, e incluso la

valoración que hacían las partes del nivel de resolución del conflicto, y si el resultado era satisfactorio, el Ministerio Fiscal solicitaría la conclusión del expediente²⁷⁵.

El informe sobre los resultados del programa de mediación y reparación en Cataluña expone que el proceso de mediación se iniciaba “a instancia del Ministerio Fiscal con aplicación del principio de oportunidad en aquellos casos en que se consideraba que la gravedad del delito y la naturaleza del conflicto permitían vislumbrar una posible solución extrajudicial”. Explica el informe que una vez terminado el proceso, el mediador remitía al Ministerio Fiscal un documento donde constaba el acuerdo alcanzado y su valoración del proceso de mediación. El fiscal, a la vista de los hechos y de la reparación alcanzada, solicitaba al juez de menores el sobreseimiento y la conclusión del expediente de reforma. Los datos revelan que entre mayo de 1990 y enero de 1999 participaron voluntariamente en el programa 6.624 menores infractores y 4.279 víctimas, el 25 por ciento hasta 1996 y el 50 por ciento desde 1997²⁷⁶.

Según concluyen las evaluaciones de este programa de mediación se fue constatando un cambio del perfil de jóvenes infractores que eran objeto de la justicia juvenil, que ya no provenían necesariamente de los estratos más bajos de la población sino que presentaban un perfil más diverso en cuanto a orígenes y estratos sociales²⁷⁷.

La mediación es positiva para el menor en la medida que le permite adquirir conciencia de las consecuencias de los hechos para la víctima en cuestión, de las que inicialmente no es consciente. La víctima adquiere una visión más próxima de la justicia, participa en la solución del conflicto y pierde el miedo al delincuente, sintiéndose valorada y escuchada²⁷⁸.

1.6. El principio de educación o de resocialización.

La Exposición de Motivos de la LORPM se refiere a la “naturaleza materialmente sancionadora educativa” del procedimiento y de las medidas aplicables a los menores²⁷⁹. El derecho a la educación se reconoce en el art. 27 de la CE e implícitamente en el art. 39 de la CE. También se proclama en los tratados internacionales suscritos por España, particularmente en el art. 7 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de la ONU en su

²⁷⁵ Vid. Trabajo del Equipo de Mediación del Departamento de Justicia de Cataluña. La mediación penal. Barcelona, 1999. Publicado por Departamento de Justicia (Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada). *Justicia y Sociedad* n°19. Págs. 31 y ss.

²⁷⁶ Vid. Informe sobre el programa de mediación y reparación en Cataluña en el marco de la Ley 4/1992 a cargo de DAPENA, J., publicado por Atelier en 2001, 295 págs. Título Mediación X, Coordinadora: GONZÁLEZ-CAPITEL, C. Págs. 223 y ss.

²⁷⁷ Vid. DAPENA J. y MARTÍN, J. “La mediación...” op. cit., pág. 26.

²⁷⁸ Vid. JIMÉNEZ SALINAS i COLOMER E. “La mediación penal”. AAVV. *Generalitat de Catalunya*. Barcelona, 1999. Pág. 51.

²⁷⁹ Vid. Exposición de Motivos LORPM. Apartado II, párrafo 6.

resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959; en la CDN, que, en el art. 28 establece que “los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación”²⁸⁰; y en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas Beijing”), que en el art. 5 disponen que “el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos”, lo que implica que deben evitarse las sanciones puramente penales.

ALBRETCH entendía que el derecho penal de menores exige a sus destinatarios un comportamiento ajustado a la legalidad y esa exigencia no puede quedar integrada en el concepto de educación, sino de puro control social, por lo que considera que el derecho penal de menores no es un derecho social, sino que también está encaminado a proteger a la población frente a las conductas desviadas de los jóvenes²⁸¹.

El principio de educación plantea algunos problemas a la doctrina, pues el objetivo del derecho penal es “la dirección parcial del comportamiento legal”, entendido como control social, mientras que la educación propiamente dicha como proceso que aspira al desarrollo de la personalidad, no es una tarea estatal y menos aún la tarea del derecho penal. La educación es un derecho y un deber de los padres para procurar una adecuada formación a sus hijos. Por lo tanto, en realidad lo que hace la ley es contemplar medidas de reeducación, pero entendidas estas como resocialización, en el marco de la prevención predelictual²⁸².

El principio de educación o reeducación, en el ámbito del derecho penal, se funda a su vez en el principio de culpabilidad. El menor, como se ha indicado en otros apartados de este capítulo, tiene una culpabilidad disminuida respecto de la del adulto, pero merece un juicio de reproche penal acorde a su estado de evolución. Precisamente por ello se le aplican las eximentes de responsabilidad penal en los casos en que el menor se halle incurso en alguno de los supuestos previstos en el art. 20, apartados 1 a 3 del CP, es decir, anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena por alcohol o drogas o síndrome de abstinencia o alteraciones en la percepción, procediendo entonces la aplicación de las medidas terapéuticas, que son las contempladas en el art. 7, apartados d y e de la LORPM, es decir, el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio. Muy vinculado al principio de resocialización o reeducación aparece el principio de flexibilidad. La LORPM da un papel fundamental a la flexibilidad en la valoración de las circunstancias del menor en conjunto con la gravedad de los hechos para la elección

²⁸⁰ El apartado 2 del art. 28 de la CDN concreta que la educación del niño deberá estar encaminada a: 1) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades. 2) Inculcar al niño el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales y de los principios reconocidos en la Carta de Naciones Unidas. 3) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país del que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya. 4) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos, y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena. 4) Inculcar al niño el respeto al ambiente natural.

²⁸¹ Vid. ALBRETCH, P. A. *El Derecho Penal de menores*. (Traducción de BUSTOS RAMIREZ, J.) PPU. Barcelona, 1990. Págs. 108 y ss.

²⁸² Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 158 y ss.

de la medida más adecuada al interés del menor, a fin de elegir la que mejor contribuya a su reeducación, elección para la que el juez cuenta con el instrumento del equipo técnico. De este modo se ponen en un primer plano los objetivos resocializadores de la ley del menor.

En este sentido, la STC n° 61/1998, de 17 de marzo, destaca que en el ámbito de la justicia de menores existe una peculiar combinación de elementos, sancionadores y educativos, que responde al predominio de la perspectiva preventivo especial, atendiendo al interés superior del menor de forma primordial²⁸³.

El principio de resocialización, como finalidad de las medidas previstas en el art. 7 de la LORPM, debe presidir la actividad de los centros de menores. Esta exigencia deriva de los principios reconocidos en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas Beijing”), que, en su art. 26, configura como objetivo del tratamiento en establecimientos penitenciarios “garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional, para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”. En este mismo sentido, las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, en la regla 38 proclama el derecho de los menores en edad de escolaridad obligatoria de recibir una “enseñanza adaptada a sus capacidades y necesidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad”²⁸⁴. Se establece la necesidad de mantener la adecuada comunicación con el mundo exterior, pues es indispensable para prepararle para su reinserción en la sociedad, debiendo permitírseles a tal efecto el contacto con sus familiares y amigos, y concedérseles permisos especiales para visitar su hogar y para salir de los centros por motivos educativos o profesionales (regla 59).

Por esta razón la forma de vida de los centros de internamiento de menores debe tomar como referencia la vida en libertad, se debe procurar que el menor no pierda los lazos con sus familiares y allegados, y la ejecución de estas medidas debe venir presidida por la idea de que el menor es sujeto de derechos y continúa formando parte de la sociedad (arts. 55 y ss. de la LORPM y arts. 23 y ss. del Reglamento). El fin del proceso de menores es la resocialización, la reintegración social. A tal fin se introducen en la ejecución de las medidas instrumentos como el tratamiento psicológico, el trabajo, el estudio o la educación, para que el menor pueda superar las causas que le llevaron a delinquir. Las medidas no deben tener una duración que frustre esta finalidad de

²⁸³ STC n° 61/98, de 17 de marzo. FJ 3°.

²⁸⁴ Conforme a la regla 38 deberá prestarse especial atención a la enseñanza de los menores de origen extranjero o con necesidades culturales o étnicas particulares y a los menores “analfabetos o que presenten problemas cognitivos o de aprendizaje”, que tendrán derecho a una enseñanza especial. La regla 39 dispone que deberá autorizarse y alentarse a los menores que hayan mostrado interés por continuar sus estudios a que lo hagan, promoviéndose su acceso a programas de enseñanza adecuados. Se establece el derecho a recibir una formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo (regla 42) y la necesidad de dar a los menores la oportunidad de realizar un trabajo remunerado que complementa su formación profesional con el fin de que cuando se reintegren en la sociedad encuentren un empleo adecuado (regla 45).

reinserción, pues la visión del tiempo para un menor no es la misma que para un adulto y la prolongación excesiva de la medida podría frustrar esta labor²⁸⁵.

No obstante, en las sucesivas reformas de la LOPRM, a las que ya se ha hecho referencia, la ampliación de la duración de las medidas se ha basado más bien en criterios de defensa social, alejados de los que inicialmente inspiraron esta legislación, presididos por una política criminal que responde al clamor popular de endurecimiento del tratamiento del menor infractor ante conductas que generan alarma social²⁸⁶. Esto se debe a que, como expone MONTERO HERNANZ, al comienzo de la vigencia de la LORPM se produjeron varios casos de delitos especialmente graves cometidos por menores contra sus padres o contra otros menores, lo que motivó el inicio de las reformas tendentes al endurecimiento del tratamiento del menor, y añadiendo elementos de claro signo represivo, al menos en relación con los delitos de mayor gravedad²⁸⁷.

A ello se añade que la facultad de reducir o dejar sin efecto la ejecución de la medida se supedita al cumplimiento de parte de la misma (arts. 10 y 40 de la LORPM) y la continuación del cumplimiento en establecimientos penitenciarios de adultos una vez alcanzada la mayoría de edad, y salvo excepciones, cumplidos veintiún años, lo que en nada contribuye al éxito educativo de este procedimiento, cuestiones a las que ya se ha hecho referencia.

1.7. El principio de flexibilidad.

El principio de flexibilidad es una constante en el ámbito de la justicia de menores. A él se refiere la Exposición de Motivos de la LORPM: “flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto”²⁸⁸. El principio de flexibilidad resulta inseparable de otros principios inspiradores de este proceso, como son el principio de intervención mínima, y particularmente el principio del superior interés del menor y de reeducación.

Los profesionales que intervienen en este proceso deben observar una relajación en las formas, adecuando su lenguaje para que éste sea comprensible por el menor,

²⁸⁵ Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M. “El interés...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., págs. 96 y 97.

²⁸⁶ Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M. “El interés...” op. cit. en BENÍTEZ ORTÚZAR y CRUZ BLANCA (dirs.) *El Derecho Penal de menores a debate...* op.cit.Pág. 96 y 97.

²⁸⁷ Vid. MONTERO HERNANZ, T. Ponencia “Reflexiones sobre la justicia juvenil en España casi un siglo después de su nacimiento”. Foro internacional para la inclusión de los menores. 20 a 22 de noviembre de 2016. Las Palmas de Gran Canarias. El ponente explica que un sentimiento de injusticia llevó a los padres de una de las menores víctimas de estos delitos a organizar un movimiento social recogiendo firmas para pedir el endurecimiento de la ley, lo que llevó al Gobierno a ceder a las peticiones de la sociedad civil, descartando postulados de resocialización. Los postulados resocializadores de la justicia juvenil no satisfacen los deseos de “justicia-venganza” de la sociedad ante determinados actos de delincuencia juvenil.

²⁸⁸ Vid. Exposición de Motivos. Apartado II.6.

huyendo de tecnicismos y practicando las actuaciones judiciales en términos que sean adecuados a la edad, circunstancias y características del menor. Al menor se le deberá informar en un lenguaje comprensible y adecuado a sus circunstancias de los hechos que se le atribuyen y de los derechos de los que goza, tanto en el momento de su detención (art. 17 de la LORPM), como al recibirle declaración. También se le informará en lenguaje claro y comprensible por el letrado de la administración de justicia de las medidas solicitadas, a efectos de una posible conformidad (art. 36 de la LORPM). Esta exigencia venía impuesta por las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas Beijing”), que en el art. 14.2 dispone: “el procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que el menor participe en él y se exprese libremente”.

El principio de flexibilidad adquiere especial relevancia en relación con la determinación de las medidas que deben imponerse al menor. En este sentido, el art. 7.3 de la LORPM dispone que para la elección de las medidas adecuadas, se deberá “atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, a las circunstancias personales, sociales, personalidad e interés del menor”. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el grado de ejecución del delito y de participación del autor en él, y demás elementos que rodeen al hecho punible, no darán lugar a la aplicación de reglas estrictas de determinación de la pena como las previstas para la jurisdicción de adultos, pero deberán tenerse presentes para la elección de la medida adecuada y su duración.

En este sentido, la STC nº 23/2006, de 30 de enero, establece que en el sistema de justicia de menores se deberá garantizar una respuesta a los menores delincuentes proporcionada a las circunstancias del delito y del autor, pero que deberá atender a su bienestar²⁸⁹.

El art. 8 de la LORPM establece que la duración de las medidas de internamiento no podrá exceder de la que habría correspondido a la pena privativa de libertad de haber sido el autor mayor de edad. A la vista de este precepto, la doctrina considera que, conjugando los principios de proporcionalidad y de flexibilidad, habrá de realizarse una valoración paralela de la pena que habría podido corresponder al justiciable de haber sido mayor de edad, teniendo en cuenta todas las circunstancias, como son las atenuantes y agravantes, las formas imperfectas, los grados de participación y ejecución del delito, entre otras. Debe observarse que el art. 8 de la LORPM sólo se refiere a las medidas privativas de libertad, a diferencia de las previas propuestas legislativas que lo extendían a las medidas privativas de otros derechos, lo cual responde a la necesidad de no frustrar las consecuencias del principio de flexibilidad, es decir, de no establecer reglas estrictas que pudieran dificultar la labor del juzgador en la determinación de la medida más adecuada al interés del menor²⁹⁰. Los

²⁸⁹ STC nº 23/2006, de 30 de enero. En el mismo sentido, vid. STC nº 243/2004, de 16 de octubre (FJ 4º) y STC nº 64/2011, de 16 de mayo (FJ 3º).

²⁹⁰ Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M. “El interés...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., págs. 108 y ss.

criterios de flexibilidad deberán en todo caso ser respetuosos con el principio de proporcionalidad, no pudiendo justificar un trato desfavorable por el solo hecho de entenderlo adecuado a las necesidades educativas del menor²⁹¹. Pero en la elección de la medida el juez de menores también se verá limitado por el juego del principio acusatorio.

1.8. Principio acusatorio.

La CE no se refiere de forma expresa ni al sistema ni al principio acusatorio. No obstante, existe una abundante doctrina jurisprudencial al respecto. Como explica PEREZ MORALES, los derechos relacionados con el sistema acusatorio se encuadran en el art. 24 de la CE, al consagrar el mismo la prohibición de indefensión, el derecho del inculpado a conocer la acusación que se formula contra él y el derecho a un proceso con todas las garantías²⁹².

En el proceso penal del menor configurado en la LORPM rige el denominado principio acusatorio. El análisis en profundidad de la significación de este principio ha dado lugar a numerosísimos estudios, por lo que no se pretende abarcar la definición del mismo en estas breves líneas, en que me centraré en las implicaciones de este principio en el ámbito de la jurisdicción de menores.

Como punto de partida conviene hacer una breve referencia a la existencia de los dos sistemas procesales penales: el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio. Algunos sectores doctrinales han entendido el principio acusatorio como un concepto histórico, y se remontan a la época clásica para construirlo. Sin embargo, siguiendo a MONTERO AROCA²⁹³, podemos considerar que estos modelos no responden con claridad a distintos momentos históricos sino más bien a diferentes concepciones del proceso. A la

Este autor considera que de realizarse una valoración paralela con la pena no privativa de libertad que habría correspondido de haber sido el autor mayor de edad se terminaría con el principio de flexibilidad y con la especialidad de la jurisdicción de menores y ello impediría la imposición de la medida más adecuada al interés del menor. El proyecto de ley de 18 de noviembre de 1999, sin embargo, sí que establecía que la duración de todas las medidas no podría superar al máximo de la pena que habría recaído de ser el autor mayor de edad: “Tampoco podrá exceder, en ningún caso, de la duración máxima de la pena que se le hubiera impuesto por el mismo hecho de tratarse de un mayor de edad penal al que se hubieran aplicado las reglas que al efecto establece el Código Penal” (art. 8.2).

²⁹¹ A título de ejemplo puede citarse la STC nº 211/1993, de 28 de junio, que resuelve un recurso contra la SAP Zaragoza nº 77/1990, de 2 de marzo. La AP Zaragoza había reducido la imputación de dos delitos de robo a uno solo, y pese a ello imponía las mismas medidas acordadas por el Juzgado de Menores, correspondientes a dos delitos. El Ministerio Fiscal consideró que no se infringe principio ni derecho alguno pues se acordaron las medidas adecuadas para su reeducación. El TC estimó el recurso de amparo por vulneración del principio de proporcionalidad.

²⁹² Según sostiene PEREZ MORALES, debe distinguirse entre los elementos que se refieren propiamente a la necesidad de ejercicio previo de la acción penal y a la imparcialidad del juez y aquellos otros que atienden a los derechos reconocidos en el art. 24 de la CE. Vid. PEREZ MORALES, M. G. “Problemas...” op. cit., pág. 22.

²⁹³ Vid. MONTERO AROCA, J. “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”. *Revista La Ley* 1994-1. Pág. 976.

cuestión de cómo ha de conformarse el proceso penal, a través del cual los jueces y tribunales aplican el derecho penal, la doctrina, tradicionalmente, ha tratado de dar respuesta a través de la distinción entre dos sistemas: el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio.

a) El sistema acusatorio.

Es el sistema que se corresponde con el modelo que existió en algún momento histórico primitivo. Este se basaba en una noción privada del delito y no establecía diferencia entre el proceso civil y el proceso penal, de modo que el proceso penal se concebía como una contienda *inter partes*, situadas en pie de igualdad, en el que el juez no era más que un tercero imparcial, y respondía al ejercicio de un derecho subjetivo del acusador frente al acusado. La acusación se sustentaba por el ciudadano ofendido por el delito, que afirmaba su derecho subjetivo a que al autor de aquel se le impusiera una pena. Por lo tanto, el proceso solo se ponía en marcha si el particular formulaba acusación, la cual determinaba el ámbito objetivo y subjetivo del proceso, es decir, el hecho que se imputaba y la persona a quien se acusaba. El juez no podía practicar prueba de oficio, más allá de la solicitada por las partes, ni por tanto, investigar los hechos. La sentencia debía ser congruente, de modo que no podía condenar a persona distinta de la acusada por el particular, ni por hechos distintos ni a pena diferente de la solicitada. Por tanto, la actividad jurisdiccional se configuraba como un verdadero proceso sujeto a los principios de dualidad, igualdad y contradicción.

El sistema acusatorio se superó cuando desapareció la concepción del delito como algo privado y se entendió que afectaba al interés de la colectividad, llegándose así a la conclusión de que la persecución de los delitos no podía dejarse al arbitrio de los particulares, sino que dicha función debía ser asumida por el Estado, encomendando la acusación a un órgano público.

b) El sistema inquisitivo.

El derecho penal dejó de ser una contienda *inter partes* para dar paso a un órgano público que asumía la acusación, el juez, de modo que este al mismo tiempo acusaba y enjuiciaba. Así, desaparecía la figura del ciudadano acusador, y quedaba en manos del juez-acusador el inicio de la actividad necesaria para la actuación del derecho penal. La investigación de los hechos y la determinación de las pruebas correspondían exclusivamente al juez-acusador, que además delimitaba el objeto del proceso. Por tanto, no hay verdaderas partes, ya que los poderes del juez-acusador son absolutos frente al acusado. Según la doctrina, no se trata de un verdadero proceso, sino de un

“sistema de aplicación del derecho penal típicamente administrativo”, ya que los tribunales no utilizaban el medio, que es el proceso, para la actuación del derecho penal²⁹⁴.

Como explica PÉREZ MORALES, el sistema inquisitivo confunde en un mismo órgano las funciones de instrucción, acusación, resolución y ejecución de la sentencia. Al otorgarse al juez la potestad de perseguir el delito sin necesidad de acusación alguna contra él, se convierte a este en un juez parcial. A ello se añade que no se establece la obligación de informar al imputado de los hechos que se le imputan²⁹⁵.

No es fácil concretar con qué momento histórico se corresponde este sistema, que suele identificarse con la Grecia o la Roma clásica, donde existía una tutela de carácter privado, en la que las partes exigían la efectividad de sus derechos. No obstante, lo cierto es que el sistema acusatorio propiamente dicho nació más tarde. GUERRERO PALOMARES considera que como diferencia fundamental entre el sistema acusatorio puro y los modelos antiguos puede destacarse que mientras en los sistemas antiguos se entendía el delito como un agravio privado al perjudicado, en los sistemas acusatorios puros la infracción penal es una afrenta a la comunidad, por lo que nace un interés público en su persecución, de modo que el ejercicio de la acción penal se encomienda a un órgano público en régimen de monopolio. Tradicionalmente, la doctrina ha acudido al principio inquisitivo para construir el concepto del principio acusatorio por oposición a aquel. Mientras en el sistema inquisitivo el juez puede acusar, en el sistema acusatorio no es así, pero lo cierto es que no todas las características de estos modelos pueden definirse por oposición²⁹⁶.

Se puede tomar como punto de partida de los modernos sistemas procesales el sistema acusatorio del feudalismo medieval, que dejaba el ejercicio de la acción penal a la iniciativa del perjudicado. A partir de la Edad Moderna estos sistemas siguieron dos direcciones distintas²⁹⁷. En Inglaterra y Gales, se siguió el sistema acusatorio puro, en el que el Estado ponía a disposición de los ciudadanos los medios judiciales para la resolución de los conflictos, si bien se asumía por la policía la acción penal, configurando el *Crown Prosecution Service*, creado en 1985, como órgano público encargado de promover la acción de la justicia ante los tribunales penales, al modo del Ministerio Fiscal continental.

Por su parte, los países de la Europa continental, por influencia de los principios del derecho romano y canónico, y de la centralización política propia de la monarquía absoluta, adoptaron formas inquisitivas, en las que el Estado asumía, a través de magistrados profesionales, la aplicación de los mecanismos procesales necesarios para restablecer la paz pública perturbada por el delito. A través del proceso penal se

²⁹⁴ Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTON REDONDO, A., BARONA VILAR, S. “*Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*”. 9ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Págs. 14 a 16.

²⁹⁵ Vid. PÉREZ MORALES, M. G. “Problemas...” op. cit., pág. 54.

²⁹⁶ Vid. GUERRERO PALOMARES, S. *El principio...* op. cit., pág. 99.

²⁹⁷ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 84 y 85.

pretendía la búsqueda de la verdad material, a diferencia de la verdad formal, que es característica de los modelos más próximos al proceso civil. El paso siguiente fue el sistema acusatorio mixto o formal, hoy vigente en España. Su antecedente se encuentra en las leyes revolucionarias francesas de 18 de enero y 16 y 29 de septiembre de 1791 y su origen en el *Code d'Instrucción Criminelle* napoleónico de 1808. Así, en la Novísima Recopilación aún se asumía el principio inquisitivo, pero a lo largo de dicho siglo se produce una evolución que culmina en el principio acusatorio mixto o formal²⁹⁸.

En España, como explica PEREZ MORALES, el legislador de 1882 optó por diferenciar la función de investigación de la de decisión como presupuesto necesario de la imparcialidad del juzgador, optando por esta fórmula para superar el sistema inquisitivo²⁹⁹. Se tratan de dejar atrás lo que la Exposición de Motivos de la LECrim. calificaba de “vicios capitales” del sistema, cuales eran que el juez instructor fuera el mismo que pronunciara la sentencia, a pesar de los prejuicios que la instrucción hubiera generado en el mismo, y que el inculpado no tuviera prácticamente intervención en el sumario³⁰⁰.

Nuestro ordenamiento se configura, pues, como un sistema acusatorio mixto o formal. ARMENTA DEU lo define como aquel en el que la investigación y la persecución de los delitos, al igual que en el sistema inquisitivo, es una función pública, que no puede quedar a iniciativa de los particulares, pero, como ocurre en el sistema acusatorio, tampoco es una función atribuida al juzgador³⁰¹. Conforme al sistema acusatorio mixto o formal, se distinguían dos fases sucesivas en el proceso penal: la instrucción sumarial y el juicio oral. La primera fase se caracterizaba por el secreto, la escritura y su carácter no adversarial, mientras que la fase de juicio oral se distinguía por la oralidad, publicidad y contradicción. La fase de instrucción o sumario, denominada doctrinalmente procedimiento preliminar, responde a la función de preparar el juicio, que se cumple de un modo más inquisitivo que acusatorio, de modo que el juez puede proceder de oficio, y no está limitado objetiva ni subjetivamente, sino que puede investigar cualquier hecho. La fase de juicio oral se sujeta al principio acusatorio, que supone la vigencia de las máximas *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*³⁰².

²⁹⁸ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, M. *La instrucción...* op. cit., págs. 84 y 85. En relación con esta cuestión, vid. GASCON INCHAUSTI, F. “Características...” op. cit., págs. 5 y ss.

²⁹⁹ Vid. PÉREZ MORALES, M. G. “Problemas...” op. cit., pág. 54.

³⁰⁰ Vid. Exposición de Motivos de la LECrim. Apartado VIII. “Los jueces y magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos, convertida en vana formalidad, que, en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados del espíritu hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con frecuencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces de consignar los que pueden favorecerle”.

³⁰¹ Vid. ARMENTA DEU, T. *Principio acusatorio y Derecho penal*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona. Ed. J.M Bosch Editorial. Barcelona, 1995. Pág. 22.

³⁰² Vid. MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y LÓPEZ EBRI, G. *Contestaciones al programa de derecho procesal penal para acceso a la carrera judicial y fiscal*. 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. Págs. 14 y ss.

El Ministerio Fiscal desarrollaba una función instrumental para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y así, en la fase de sumario, realizaba una función inspectora y de tutela de las garantías procesales, y en la fase de juicio oral, ejercitaba la acusación pública.

Con la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación en el proceso de menores nuestro ordenamiento opta por un modelo que responde más a un sistema acusatorio puro, propio de los países anglosajones, si bien realiza en el mismo algunas modulaciones.

El principio acusatorio, tal y como lo entendemos hoy en día, ha quedado configurado por la doctrina del TC, y presupone una serie de limitaciones a las facultades de actuación de oficio del juez, lo que encuentra su culmen en el otorgamiento de las funciones instructoras al órgano que después va a ejercitar, en su caso, la acusación. En este modelo, el órgano judicial como juez de garantías, no asume de oficio una labor de investigación, sino que solo adoptará algunas resoluciones limitativas de derechos fundamentales, y abrirá la fase de audiencia cuando el Ministerio Fiscal o la acusación particular le presenten como resultado de dicha investigación elementos suficientes para justificar el inicio de la fase de enjuiciamiento.

El principio acusatorio presupone el derecho de defensa del imputado y la posibilidad de rechazo de la acusación, provocando la aplicación de la contradicción, es decir, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y haciendo posible conocer los argumentos de ambas partes, que deberán manifestar los elementos fácticos y jurídicos que les sirven de apoyo³⁰³. Este principio implica que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando por ello obligado el juez o tribunal a pronunciarse “dentro de los términos del debate”, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia³⁰⁴. El debate procesal vincula al juzgador y le impide excederse de los términos en que viene formulada la acusación, o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse³⁰⁵.

La STS nº 4084/2014, de 15 de octubre, recoge la doctrina de la Sala Segunda del TS en relación al ámbito y contenido de este principio: el principio acusatorio, aunque no se le reconoce expresamente bajo dicha denominación en el art. 24 de la CE, es un presupuesto básico del proceso penal, que tiene una triple proyección. En primer lugar, el tribunal queda vinculado a los hechos objeto de acusación, sin que pueda introducir otros distintos, lo que generaría indefensión. El acusado no puede ser, por tanto, condenado por hechos distintos de aquellos por los que se formula acusación

³⁰³ Vid. STC nº 53/1987, de 7 de mayo. FJ 2º.

³⁰⁴ En este sentido, SSTC nº 11/1992, de 27 de enero; 95/1995, de 19 de junio; y 36/1996, de 11 de marzo.

³⁰⁵ SSTC nº 205/1989, de 11 de diciembre, y nº 161/1994, de 23 de mayo.

contra él y de los que no ha podido defenderse. En segundo lugar, el tribunal está vinculado por la calificación jurídica que la acusación hace de los hechos, si bien esta calificación puede modularse en virtud de la teoría de la pena justificada, siempre que exista una homogeneidad de bien jurídico protegido y no origine indefensión. En tercer lugar, existe una vinculación del tribunal con la pena solicitada por la acusación, de modo que no puede imponer una pena superior³⁰⁶. En este sentido, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006 estableció que: “el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento en el que se sustancie la causa”³⁰⁷.

El principio acusatorio requiere que exista un acusador y un acusado. El juez no podrá asumir sucesivamente las funciones de acusador y de juzgador, pues no puede ser juez y parte, por lo que reserva dicha función a las partes³⁰⁸.

Sin entrar en disquisiciones doctrinales sobre las facultades del juez sentenciador, este principio presupone que el juez no podrá imponer una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Fiscal o acusador particular. Por ello, el art. 8 de la LORPM, haciéndose eco de este principio, prohíbe al juez de menores imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. En el mismo sentido, en la jurisdicción de mayores, el art. 789.3 de la LECrim. impide imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado.

Debe existir pues una correlación entre acusación y sentencia. Los términos de la acusación, que delimitan el objeto del proceso, vienen definidos por las conclusiones definitivas, que podrán diferir de las conclusiones provisionales, siempre que se

³⁰⁶ Vid. STS nº 4084/2014, de 15 de octubre: “El principio acusatorio en el proceso penal, aunque no está expresamente reconocido con tal denominación en el art. 24 C.E, es un presupuesto básico de todo enjuiciamiento y, en esencia consiste en el derecho a ser informado de la acusación formulada, y de dicha información se deriva un deber de congruencia entre la acusación formulada y el fallo de la sentencia. Ello implica tres proyecciones de dicho principio:

a) En primer lugar el Tribunal queda vinculado a los hechos vertebradores de la acusación sin introducir otros distintos, pues caso contrario, se produciría una indefensión para el imputado que podría ser condenado por hechos distintos de los que fue acusado, y, obviamente, de los que no pudo defenderse.

b) En segundo lugar existe una vinculación del Tribunal a la calificación jurídica que efectúa la acusación, vinculación que con limitaciones puede modularse en virtud de la teoría de la pena justificada, siempre que exista una homogeneidad de bien jurídico atacado y

c) Finalmente existe una tercera vinculación del Tribunal en el campo punitivo, constituida por la imposibilidad de imponer pena superior a la mayor de las calificaciones acusatorias existentes (...).

La doctrina del Tribunal Constitucional es clara en el sentido de que "nadie puede ser condenado en un proceso penal si no se ha formulado precisamente contra él una acusación suficientemente determinada por quien puede iniciar el proceso y mantener la pretensión acusatoria" (STC 302/2000). Igualmente prohíbe los escritos de calificación imprecisos, vagos o insuficientes, debiéndose rechazar las acusaciones tácitas o implícitas. (...) De esta Sala, se pueden citar, entre otras muchas, SSTS 1954/2002; 368/2007; 513/2007, 435/2010 y 474/2011, entre otras muchas. (...)"

³⁰⁷ Vid. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006.

³⁰⁸ STC nº 104/1986, de 17 de julio. FJ 3º.

mantenga la identidad esencial de los hechos que sustentan la acusación y la calificación resulte homogénea (STS nº 4084/2014, de 15 de octubre).

El escrito de alegaciones del proceso de menores equivale al escrito de conclusiones provisionales del proceso de mayores. Aunque en la LORPM no se prevé expresamente, por la aplicación supletoria de la LECrim., se entiende que debe admitirse la posibilidad de que tras la práctica de la prueba en el acto de la audiencia, las partes y el Ministerio Fiscal ratifiquen o modifiquen sus conclusiones, conforme a las previsiones del art. 789 LECrim., en relación no solo con la calificación de los hechos o la valoración de la participación del menor en los mismos, que resulte de la valoración de la prueba, sino también en lo que se refiere a la procedencia de una u otra medida³⁰⁹, si bien el interés del menor jugará como límite a tener en cuenta en dichas modificaciones.

La jurisprudencia del TS y del TC es clara al considerar que dicha posibilidad no vulnera las garantías constitucionalmente establecidas, que son plenamente aplicables al menor de edad, que, como ya puso de manifiesto la STC nº 36/1991, de 14 de febrero, ya analizada, no puede estar en peor situación que el infractor adulto³¹⁰.

El desarrollo de la audiencia es muy semejante al juicio oral regulado en la legislación procesal de adultos. El art. 37 de la LORPM establece que tras la práctica de la prueba el juez oirá al Ministerio Fiscal y acusación particular sobre la valoración de los hechos, calificación jurídica y procedencia de las medidas solicitadas. Este trámite equivale al de las conclusiones definitivas del proceso de mayores, donde quedan fijados definitivamente los términos de la acusación.

El principio acusatorio, en la jurisdicción de adultos, rige de forma absoluta en la fase de juicio oral, en tanto que en la fase de instrucción permanecen los principios de oficialidad e investigación de oficio, si bien, con algunas limitaciones derivadas del

³⁰⁹ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 288 y ss.

³¹⁰ La STS nº 2310/2016, de 5 de mayo, da respuesta a un supuesto en que el Ministerio Fiscal presentó una calificación alternativa al inicio del acto de juicio oral, y fue esta calificación alternativa la que fue acogida por la sentencia. La sentencia argumenta en los siguientes términos: “La jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (STS 609/2007, de 10.7, entre muchas otras) identifica el escrito de conclusiones definitivas como el instrumento procesal con que cuentan las acusaciones para concretar la pretensión punitiva que ha de resolver el órgano de enjuiciamiento y destaca que una supuesta fijación de la acusación en el escrito de calificación provisional, no sólo vaciaría de sentido las previsiones legislativas contenidas en los artículos 732 y 788.4 de la LECRIM, sino que tornaría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTS 16.5.1989, 284/2001 de 28.2). La jurisprudencia de esta Sala fija pues que la calificación provisional no vincula de manera absoluta al Tribunal Sentenciador y que es el escrito de conclusiones definitivas el que sirve de referencia para evaluar la congruencia del fallo (SSTS 1/98 de 12.1 y 13.2.2003)”.

Por su parte, la STS nº 5665/2014, de 10 de diciembre, establece: “El Fiscal estaba habilitado en ese momento para la modificación de conclusiones que efectuó. En el trámite de conclusiones definitivas sin apartarse del objeto de la causa -los hechos punibles que resulten del sumario- el sustrato fáctico propuesto por la acusación puede ser variado introduciendo nuevas circunstancias o aspectos, enriqueciendo el relato (incluso en algunos supuestos más excepcionales y en condiciones más estrictas introducir hechos nuevos ajenos a la fase de investigación). Si se trata de variaciones referidas en todo caso a los hechos investigados, objeto del proceso, no hay obstáculo en esas modificaciones aunque acarreen un cambio en el título de imputación (entre todas, STS 684/2013, de 3 de septiembre)”.

principio acusatorio, que impiden al juez la adopción de determinadas medidas cautelares limitativas de libertad sin petición del Ministerio Fiscal o que le hacen requerir del previo informe de éste para algunas decisiones, impidiendo la apertura de la fase de enjuiciamiento si todas las partes hubiesen solicitado el sobreseimiento. En el proceso de menores rige el principio acusatorio en ambas fases del procedimiento, pero durante el denominado expediente de reforma se atribuyen algunas facultades al juez de garantías para el control de la investigación, y para salvaguardar los derechos fundamentales y garantías constitucionales del menor durante dicha fase del procedimiento.

1.9. El derecho de defensa.

La STC nº 36/1991, de 14 de febrero, estableció que todas las garantías del art. 24 de la CE son de aplicación al proceso de menores. Por ello la prohibición de indefensión que dicho precepto proclama debe extenderse al menor expedientado. El art. 40 de la CDN establece que el menor dispondrá de asistencia jurídica en la preparación de su defensa, y que la causa será dirimida en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado. No obstante, debe tenerse en cuenta que no genera indefensión toda infracción de normas procesales, sino que es necesario que el menor expedientado se viera privado de su derecho de defensa³¹¹. A diferencia de lo que ocurría en la legislación tutelar, la LORPM es clara en la afirmación del derecho de asistencia de abogado del menor. Una defensa que, además, debe estar especializada en justicia de menores, mediante los correspondientes cursos de formación de los Colegios de Abogados.

El derecho de defensa comprende el derecho a ser oído, el derecho a utilizar los medios de prueba que convengan y a intervenir en la prueba propuesta por las demás partes, de modo que queden asegurados los principios de contradicción y paridad de partes. El principio de igualdad de armas requiere que ambas partes cuenten con los mismos medios y posibilidades³¹². En cuanto se inicia el expediente de reforma por el Ministerio Fiscal, y se da cuenta al juez de menores, deberá notificarse al menor y a sus padres o tutores, que podrán designar abogado de su confianza, nombrándose en su defecto, abogado de oficio (art. 22.2 de la LORPM). La notificación del expediente de reforma es, pues, la que otorga la condición de expedientado al menor infractor. A partir de este momento, el menor tiene derecho, en términos similares al mayor investigado, a ser informado de los hechos por los que se sigue el proceso contra él y de los derechos que le asisten, a entrevistarse reservadamente con su letrado, a intervenir en las diligencias de investigación que se practiquen y proponer aquellas que sean de su

³¹¹ En este sentido, vid. STC nº 290/1993, de 4 de octubre. FJ 4º.

³¹² En este sentido, STC nº 186/1990, de 15 de noviembre. FJ 5º. Las partes han de contar con los mismos medios de ataque y de defensa, sin más limitaciones que las derivadas de la especial naturaleza de la actividad investigadora desarrollada.

interés, a ser oído por el juez de menores antes de adoptar cualquier decisión que le concierna, y también, como especialidad propia de este proceso, a la asistencia afectiva y psicológica, con la presencia de sus padres o tutores, salvo que el juez no lo considere conveniente, y a la asistencia del servicio del equipo técnico (art. 22 de la LORPM)³¹³.

Por tanto, desde que se comunica la incoación del denominado expediente de reforma, el menor debe estar asistido de letrado y este podrá solicitar al Ministerio Fiscal que se le dé vista de lo actuado, salvo en los supuestos de secreto del expediente (art. 23.2 de la LORPM). Si al recibir el Juzgado de Menores el expediente de reforma la designación de letrado no se hubiera producido, se le requerirá para nombrarlo, y si no lo hiciera en el plazo de tres días, se le designará uno de oficio, recayendo el nombramiento sobre un abogado que pertenezca al turno de especialistas del Colegio de Abogados correspondiente (arts. 16.3 y 22.2 de la LORPM). El requerimiento no será preciso en el caso del menor que hubiera sido detenido, puesto que en este caso el Ministerio Fiscal le habrá recibido declaración en calidad de detenido asistido de su letrado (art. 17.2 de la LORPM), pues también corresponde al menor el derecho a la asistencia de letrado en las diligencias policiales y judiciales que establece el art. 17 de la CE.

El letrado del menor deberá intervenir para solicitar al Ministerio Fiscal la práctica de diligencias de investigación o reiterar dicha petición ante el juez de menores; en la adopción de medidas cautelares, especialmente la medida de internamiento, que requiere de la celebración de una comparecencia similar a la prevista en el art. 505 LECrim.; para formular escrito de alegaciones una vez abierta la fase de audiencia; para asistir al menor en una posible conformidad; para intervenir en la proposición y práctica de prueba durante la fase de audiencia; para mostrar su parecer en relación con la sustitución de las medidas adoptadas; para interponer los recursos que correspondan u oponerse a los interpuestos por el Ministerio Fiscal; para instar la adopción de medidas de protección del menor tras el cumplimiento de las medidas, entre otras³¹⁴.

El menor podrá escoger al letrado que crea oportuno, si bien, según expone AYO FERNÁNDEZ, como es lógico, normalmente serán los padres quienes ejerciten este derecho, pues el menor dependerá económicamente de ellos. Los padres o tutores del menor no son parte en el procedimiento, a pesar de la finalidad educativa del mismo, Este problema viene resuelto, según sigue exponiendo el citado autor, por el derecho que tiene el menor a la asistencia afectiva y psicológica de sus padres o tutores a lo largo de todo el proceso.

En aquellos casos en que los padres o guardadores tampoco se puedan permitir económicamente la designación de abogado, se nombrará uno de oficio. Incluso podrá nombrarse letrado de oficio, conforme a la STC nº 47/1987, de 22 de abril, en supuestos

³¹³ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 237 y ss.

³¹⁴ Para un estudio detallado de esta cuestión, vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 237 y ss. y 260 y ss. Este autor entiende que el momento en el que nacen los derechos irrenunciables del menor no es tanto el momento de la incoación del expediente como la práctica de cualquier acto de imputación material, lo cual se evidencia en caso de detención del menor.

en que se hubiera solicitado, aunque la intervención no sea preceptiva, a fin de evitar desequilibrios entre las partes. No obstante, téngase en cuenta que la designación de oficio, al igual que en el proceso de mayores, no equivale a que la asistencia sea gratuita, debiéndose ventilar en un momento posterior la existencia de un derecho a la asistencia jurídica gratuita. Comparto en este punto los planteamientos de este autor en el sentido de que deberá tenerse en cuenta la solvencia económica de los padres o tutores, pues de otro modo la asistencia letrada será gratuita en prácticamente todos los supuestos³¹⁵.

La Disposición Adicional Cuarta de la LORPM, en su apartado 3, establece que el Consejo General de la Abogacía deberá adoptar las oportunas disposiciones para que en los Colegios de Abogados se impartan cursos homologados para la formación de los letrados que deseen adquirir la especialización para intervenir ante la jurisdicción de menores.

Algunas particularidades presenta la actuación del letrado en el ámbito de la jurisdicción de menores, toda vez que la misma también debe estar presidida por el superior interés del menor, que, como antes se expuso, no necesariamente coincidirá con sus deseos, ni siquiera con los de sus padres o tutores. Para ello será conveniente el contacto del letrado con los equipos técnicos a fin de tener un mejor conocimiento de las circunstancias del menor, especialmente en los casos del turno de oficio, y así poder valorar sus necesidades a la hora de proponer cuál es la medida más adecuada.

En cuanto a la intervención en los programas de mediación, como explica PONZ NOMEDEU, el letrado podrá asesorar al menor sobre la aceptación de los acuerdos de reparación o conciliación o la aceptación de las actividades propuestas por el equipo técnico. En la fase de instrucción adquiere, por tanto, relevancia su intervención. Así ocurre en el caso de sobreseimiento por adopción de un acuerdo de reparación o por conciliación con la víctima, conforme al art. 19 de la LORPM³¹⁶. En algunos supuestos, se plantearán problemas por la pugna entre los deseos del menor o incluso de la familia de éste, y los dictados del principio del superior interés del menor, pues en no pocos casos, lo más idóneo para la reeducación del mismo es asumir un compromiso de reparación del daño causado para con la víctima o realizar alguna de las actividades propuestas por el equipo técnico, o incluso la imposición de determinadas medidas en fase de audiencia, que puede no ser lo preferido aquellos.

Inicialmente, al no admitirse la acusación particular en sentido estricto, la ley del menor solamente se ocupó del derecho de defensa del menor expedientado. La situación ha cambiado tras la incorporación de la acusación particular tal y como la conocemos hoy en día, y especialmente desde la entrada en vigor del EVD. Pese a que, tras la reforma del art. 25 de la LORPM operada por la LO 15/2003, se permitió a los

³¹⁵ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 261 y ss.

³¹⁶ Vid. PONZ NOMEDEU, E. V. “La responsabilidad penal de los menores desde la perspectiva del abogado”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 382 y ss.

perjudicados constituirse como acusación particular, como destaca AYO FERNÁNDEZ, no se reguló ningún trámite específico al modo del ofrecimiento de acciones de los arts. 109 y 110 de la LECrim., para informarles de sus derechos, sino que la ley del menor únicamente se refiere a la necesidad de que se les notifique la incoación del expediente de reforma y la posibilidad de ejercitar acciones civiles, personándose en la pieza separada de responsabilidad civil (art. 22.3 de la LORPMP). La laguna puede quedar suplida mediante la aplicación supletoria de la LECrim., concretamente de los arts. 109 y siguientes de la LECrim., conforme a la Disposición Final Primera de la ley del menor³¹⁷.

El derecho de defensa plantea algunos problemas desde la perspectiva de la igualdad de armas. Son básicamente los mismos que generaría la instrucción por el Ministerio Fiscal en el proceso penal de adultos. GÓMEZ COLOMER entiende que para que el derecho de defensa sea efectivo sería conveniente que no se produjera confusión de las posturas de cada órgano. El problema viene dado por la función de defensa del interés del menor que la ley otorga al mismo órgano investigador y acusador, lo que le puede llevar a centrar su atención en la práctica de las diligencias inculpativas, dejando de lado las que puedan exculpar al menor. El letrado defensor ha de solicitar la práctica de las diligencias que le convienen al órgano que después ejercerá la acusación. Esta deficiencia se trata de corregir permitiendo al letrado reproducir la petición de diligencias ante el juez de garantías al inicio de la fase de audiencia³¹⁸.

1.10. Principio de especialización.

La jurisdicción de menores es una jurisdicción especializada, lo que quiere decir que todos los que intervienen en la misma deben tener, además de la preparación propia del cargo o profesión correspondiente, la oportuna formación en esta materia, dadas las peculiaridades que presenta respecto del proceso de adultos.

Por lo que respecta al organigrama judicial, el art. 96 de la LOPJ incardinó los Juzgados de Menores dentro de la jurisdicción ordinaria, pero los configuró como jurisdicción especializada dentro del orden jurisdiccional penal. Los Juzgados de Menores asumen una triple competencia, de forma que actúan como juzgado de garantías durante la fase de instrucción; como juez de la fase intermedia; y como órgano de enjuiciamiento.

³¹⁷ En este sentido, vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., pág. 240.

³¹⁸ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 188. Considera que habría sido más adecuado copiar al sistema angloamericano “el procedimiento de *Discovery* (...) El Ministerio Fiscal estaría obligado a poner todas las pruebas a disposición de la defensa antes del juicio so pena de nulidad, y el defensor a comunicar al Ministerio Fiscal su intención de presentar una coartada”.

Sin embargo, en la segunda instancia, tras la reforma operada por LO 9/2000, se suprimen las Salas de Menores de los TSJ y se atribuye el conocimiento de los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Menores a la AP correspondiente (art. 61.2 de la LOPJ), sin establecer la necesidad de que exista una Sección especializada. Se produce así el contrasentido de que se exige especialización en la base pero no se cumple estrictamente dicha exigencia en los órganos de apelación, de modo que las resoluciones de jueces especialistas en la materia podrán ser revisadas por otros que no lo son. Este problema generalmente se resuelve en la práctica mediante las normas de reparto interno, atribuyendo el conocimiento de estos recursos a los magistrados de la Sección que fueran especialistas en derecho de menores, si los hubiera, pero no siempre es así. Por último, la Sala Segunda del TS tiene una competencia limitada al recurso de casación para unificación de doctrina (art. 42 de la LORPM).

La LO 7/2000 atribuyó a los Juzgados Centrales de Menores, incardinados en la AN, la competencia para el conocimiento de los delitos de terrorismo, concretamente los delitos previstos en los arts. 571 a 580 del CP, y a la Sala de lo Penal de la AN la competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas por aquellos. Paralelamente, la ejecución de las medidas de internamiento acordadas por la AN se realizará con apoyo del personal especializado que el Gobierno ponga bajo la dirección de ésta, por lo que estas medidas se cumplirán en establecimientos y con el control de dicho personal especializado (art. 54 de la LORPM).

La Exposición de Motivos de la LO 7/2000 justifica esta reforma en motivos relacionados con el interés del menor y finalidades educativas³¹⁹. Nada más lejos de la realidad, pues lo que se pretende es el endurecimiento del tratamiento de los menores autores de este tipo de delitos, ya que en esta reforma subyace una clara impronta retribucionista y de defensa social frente a este tipo de ataques, lo que venía justificado por una determinada política criminal en relación con esta materia.

La doctrina ha criticado duramente esta opción, que aleja la jurisdicción de menores de los planteamientos educativos que la presidían, como ya se expuso en epígrafes anteriores, y así AYO FERNÁNDEZ valora negativamente la introducción de esta competencia pues considera que eran muy pocos los delitos de terrorismo cometidos por menores, y que la mayor parte de los mismos venían a ser actos de *kale*

³¹⁹ La Exposición de Motivos de la LO 7/2000 establece en el apartado V: “No se trata de excepcionar de la aplicación de la LO 5/2000 a estos menores ni tampoco de aplazar o graduar la entrada en vigor de la misma prevista para el próximo 13 de enero de 2001, sino de establecer las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad, manteniendo sin excepción todas las especiales garantías procesales que, para los menores, ha establecido la Ley 5/2000 y para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras, especialmente valiosas y complejas respecto de conductas que ponen radicalmente en cuestión los valores más elementales de la convivencia, pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador”.

*borroka*³²⁰. El citado autor calificó la atribución de esta competencia de innecesaria, al considerar que los Juzgados de Menores venían conociendo sin problema de los actos de violencia callejera cometidos por estos jóvenes, y que las estadísticas no revelaban cifras alarmantes de menores expedientados relacionados con el terrorismo de la banda terrorista ETA³²¹. Sin entrar en planteamientos políticos de mayor calado, lo cierto es que en los últimos tiempos ha variado considerablemente la perspectiva del fenómeno terrorista, una vez que parece superado el terrorismo etarra y que las miradas se centran en el fenómeno yihadista. El pánico sembrado por estos actos que atentan contra multitudes indiscriminadas de personas ha reforzado las necesidades de defensa social frente a estos ataques³²².

Una vez aclarado el organigrama judicial, y centrándonos en el principio de especialización propio de esta jurisdicción, la novedad de la LOPJ radica en la incardinación de los Juzgados de Menores en la jurisdicción ordinaria. La Disposición Final Tercera de la LORPM dispone que las plazas de jueces de menores deben ser servidas necesariamente por magistrados pertenecientes a la carrera judicial³²³.

La Disposición Final Cuarta dispone que el CGPJ y el Ministerio de Justicia, procederán a la formación de miembros de la Carrera Judicial y Fiscal especialistas en materia de menores, que tendrán preferencia para desempeñar los correspondientes cargos en las Audiencias Provinciales y en los Juzgados y Fiscalías de Menores.

³²⁰ Recuérdese la reforma que la propia LO 7/2000 introducía en el art. 577 del CP para tipificar conductas de “terrorismo urbano”. El precepto, que fue objeto de posterior reforma, castigaba a los que “sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista y con la finalidad subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los arts. 263 a 266, 323 o 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones, o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios, o asfixiantes o de sus componentes”.

³²¹ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., pág. 257.

³²² Vid. <http://gaceta.es/noticias/policia-alemana-detiene-refugiado-dieciseis-anos-preparaba-atentado> y <http://www.elperiodico.com.es/not>, y www.lasexta.com/.../cuatro-detenidos-montpellier-ellos-menor. Últimas consultas: 21 de noviembre de 2016 y 11 de febrero de 2017, respectivamente. A título de ejemplo, en Alemania se produjeron detenciones en el verano de 2016, de menores relacionados con actos preparatorios de terrorismo yihadista, uno de ellos un niño de doce años, y en febrero de 2017 ha sido detenida una menor de dieciséis años que preparaba actos terroristas suicidas en puntos turísticos de la ciudad de París. Recuérdese también que en España, fue condenado un menor de edad por los atentados del “11M”.

³²³ Conviene recordar que, como se explica en epígrafes anteriores, la LTTM configuraba los Tribunales Tutelares de Menores como híbridos administrativos, ya que podían estar formados por personas ajenas a la carrera judicial, nombrados por el Ministerio de Justicia y que dependían del Consejo Superior de Protección de Menores. Esta estructura se alteró por la reforma operada por el Decreto 414/1976, de 26 de febrero, que permitió la compatibilidad al personal en activo de la carrera judicial o fiscal con el ejercicio de la jurisdicción de menores (así lo explica la propia STC nº 36/1991, de 14 de febrero). En cuanto a la línea seguida en el derecho comparado, en algunos países se admitía que formaran parte del Tribunal de Menores personas ajenas a la carrera judicial, expertos en ciencias como la psicología, pedagogía o biología, o destacadas por su servicio a la comunidad, como se expuso en el capítulo anterior.

En todas las Fiscalías existirá además una Sección de Menores. La Sección de Menores de las Fiscalías tiene la particularidad de que en ella se ejercen las funciones tanto de protección como de reforma de menores atribuidas al Ministerio Fiscal. También la Disposición Final Tercera establece la obligación del Gobierno de adecuar la planta de los Juzgados de Menores y la plantilla de la carrera judicial y fiscal a las necesidades derivadas de la aplicación de esta ley, así como la plantilla de funcionarios de la administración de justicia. Igualmente se adecuarán, a través del Ministerio de Interior, las plantillas de los Grupos de Menores de las Brigadas de Policía Judicial.

La especialización es una exigencia impuesta por los tratados internacionales en la materia. En este sentido, el art. 12 de las “Reglas Beijing” establece que “para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de Policía que traten a menudo o de forma exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En grandes ciudades habrá contingentes especiales de Policía con esa finalidad”. Añade el art. 22 que a todo el personal que se ocupe de casos de menores se le impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación y de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción.

En cumplimiento del principio de especialización, el art. 61 del Reglamento 2/2011, de 28 de abril, de la Carrera Judicial, establece que los miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado podrán obtener la especialización en materia de menores mediante la realización del curso de especialización previsto en el art. 329 de la LOPJ, especialización que queda reflejada en el escalafón de la carrera judicial. Una vez superadas las pruebas de especialización establecidas por el CGPJ, los jueces especialistas en menores dispondrán de un plazo de tres años para participar en los concursos de provisión de plazas de Juzgados de Menores, con una obligación de permanencia mínima de dos años, requisito necesario para la consolidación de la especialidad en derecho de menores, pues en otro caso perderán la condición de especialistas.

El art. 63 del Reglamento dispone que los cursos de especialización se deberán convocar con la periodicidad que se determine por el CGPJ y que para participar en las pruebas de especialización se exige ostentar la categoría de magistrado. Para la selección de los candidatos, la Comisión de Calificación del CGPJ atenderá y apreciará el expediente personal, los servicios profesionales y los méritos alegados por los solicitantes. A los candidatos seleccionados se les remitirá el material docente, y transcurrido el plazo de un mes, serán convocados para la realización en la Escuela Judicial con sede en Barcelona de una prueba objetiva. Los candidatos que superen esta prueba, deberán acceder a una fase teórico-práctica del curso de especialización. Superada esta prueba final de evaluación, se publicará la relación definitiva de aprobados del curso de especialización. No obstante, los magistrados que sin disponer del título de especialista obtengan plaza en Juzgados de Menores, deberán realizar un curso de carácter teórico-práctico, que no producirá en ningún caso el efecto de la especialización en materia de menores.

Se ha pasado, pues, de un modelo en el que a los jueces de menores no se les exigía ser miembros de la carrera judicial, a otro en el que se les impone la superación de las pruebas de especialización, o bien participar con carácter obligatorio en cursos de formación cuando se trata de magistrados que, por quedar vacantes no cubiertas por especialistas, accedan a un órgano de esta naturaleza. Sin embargo, lo cierto es que actualmente la práctica no se corresponde exactamente con la teoría. Si bien la mayor parte de los Juzgados de Menores están servidos por jueces especialistas, también los hay que están servidos por jueces o magistrados no especialistas y que, debido a los principios de inamovilidad judicial, no darán paso a otros que hayan obtenido la especialización. Algunos de estos órganos, dada la situación actual de la carrera judicial, no solo no están servidos por jueces especialistas, sino que en los últimos años se han cubierto, al menos temporalmente, mediante magistrados en comisión de servicio sin relevación de funciones, o por jueces en expectativa de destino o jueces de adscripción territorial. Todo ello ha dado lugar a que las pruebas de especialización no hayan sido convocadas por el CGPJ desde el año 2007, y las nuevas propuestas para la redacción de una nueva LOPJ no parecen poner el acento en la especialización en materia de menores³²⁴. Por estas razones, en la práctica el principio de especialización se ve abocado a la desaparición.

1.11. El principio de publicidad.

En el ámbito de la jurisdicción de menores, el principio de publicidad o derecho a un proceso público sufre algunas modulaciones en aras de la protección del superior interés del menor como principio rector de este procedimiento. El principio de publicidad se proclama en el art. 24.2 de la CE y tiene por finalidad, según establece la STC nº 65/1992, de 29 de abril (FJ 2º) “la protección de las partes frente a una justicia sustraída al conocimiento público y mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales”³²⁵.

Este principio rige en toda su extensión en la fase de enjuiciamiento, pero no en la fase de instrucción, pues, conforme al art. 301 LECrim., las actuaciones sumariales son reservadas, y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral. En el proceso de menores, el principio de publicidad no es de aplicación a la fase preliminar ni al expediente de reforma, y en la denominada fase de audiencia, sufre ciertas limitaciones derivadas de las especialidades de este proceso, pues el derecho a un proceso público no es un derecho absoluto.

³²⁴ El reciente acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 23 de marzo de 2017, que adscribía forzosamente jueces de menores a Juzgados de otra clase para compatibilizar los servicios, como medida de refuerzo de órganos saturados, finalmente anulado tras el correspondiente recurso, evidencia que, al margen de las exigencias legales, la especialización de la jurisdicción de menores no es una prioridad del CGPJ. www.poderjudicial.es. Última visita: 12 de junio de 2017.

³²⁵ Vid. STC nº 65/1992. de 29 de abril. FJ 2º.

En el ámbito internacional, la regla 8 de las “Reglas de Beijing” establece que para evitar una publicidad indebida o un proceso de difamación que perjudique al menor, se deberá respetar en todas las fases el derecho del menor a la intimidad, y añade que, en principio, no deberá publicarse información que permita la individualización del menor. Siguiendo esta línea, la Exposición de Motivos de la LORPM, en el apartado II.9, proclama que existen “razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que pueden derivar de la publicidad de las actuaciones pueden justificar su restricción”³²⁶.

En relación con el acceso del público, la LORPM deja la decisión a discrecionalidad del juez en atención a las circunstancias del caso. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 1995 establecía la prohibición absoluta, disponiendo que las sesiones del juicio no podían ser públicas, si bien se admitía la presencia de aquellas personas que pudieran tener un interés educativo o aportar datos de relevancia pedagógica. A diferencia de este antecedente legislativo, la LORPM ha optado por un criterio más flexible, y así, consagra la posibilidad de que el juez acuerde que las sesiones no sean públicas cuando así lo exija la protección del menor infractor de la víctima (art. 35.2 de la LORPM). Debe tenerse en cuenta que, en numerosas ocasiones, la víctima también será menor de edad. La razón de ser de esta limitación es que la publicidad de los procesos podría perjudicar los fines educativos del menor y dificultar la resocialización al convertir a este en “un personaje público”³²⁷.

Por lo que atañe al acceso de los medios de comunicación social, también el anteproyecto de 1995 era más tajante en su exclusión que la vigente ley del menor, pues no permitía el acceso a la sala, ni tampoco la obtención o difusión de imágenes del menor o de datos que permitan su identificación. La LORPM nuevamente otorga la facultad discrecional al juez en atención a las circunstancias del caso y del menor. Se prohíbe que los medios de comunicación social puedan obtener o difundir imágenes que permitan su identificación, pero el juez deberá valorar los intereses en juego a la hora de permitir o no el acceso de los mismos a la sala de vistas. A raíz de la reforma operada por LO 8/2006, a ello se añade que quiénes ejerciten la acción penal deberán respetar el

³²⁶ Exposición de Motivos de la LORPM. Apartado II.9.

³²⁷ En este sentido, MARTÍN RÍOS, J. C. *El menor infractor ante la ley penal*. Ed. Comares. Granada, 1993. Págs. 287 y ss. El citado autor considera que es contrario a los fines pedagógicos que el menor tenga la sensación de ser el centro del interés general. También en este sentido, vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 273 y 274. El citado autor entiende que “la educación que supuestamente se pretende del menor con la imposición de la correspondiente sanción se vería enormemente dificultada si el menor se encontrase situado ante una multitud o quizás mejor ante las noticias televisivas o radiofónicas o de prensa escrita como un personaje de la vida pública cotidiana. Además, la resocialización se vería dificultada por la exposición a la vergüenza”, situación contraria al pensamiento educativo”. Este extremo también fue puesto de manifiesto en la tramitación parlamentaria de la LO 4/1992, en que el Sr. Santos Miñón, del Grupo CDS, en concreto, en la discusión de la enmienda 73, ponía de manifiesto que estos procesos no debían ser públicos, pues no resultaba adecuado a la finalidad educativa del proceso de menores que el menor fuera “el eje en torno al cual estuvieran una serie de personas mayores y con unos planteamientos y una situaciones que en muchas ocasiones se escapan al sentido de su propia mentalidad”. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. Félix Pons Irazábal. Sesión plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: dictamen de la Comisión sobre iniciativas legislativas. Pág. 8514.

derecho del menor a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales y demás datos que figuen en el expediente en los términos que establezca el juez de menores (art. 35.2 y 3 de la LORPM). Para adoptar la decisión deberá conjugarse el interés del menor infractor y de la víctima, en concreto su derecho al honor y a la intimidad, con el derecho a la información, por lo que la solución no es sencilla. Por lo tanto, como regla general, se permite informar sobre los hechos pero protegiendo el derecho a la intimidad del menor y haciendo prevalecer el mismo sobre la libertad de información, al prohibir la difusión de imágenes o datos que permitan su identificación, lo cual es acorde con los postulados de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor³²⁸.

En nuestro país, algunos asuntos en que estaban implicados menores de edad se han prestado al denominado “circo mediático”. Asuntos de gravedad que han generado el interés de la opinión pública, y en los que se ha realizado un auténtico juicio popular. No es el objetivo de esta tesis doctoral el estudio de los límites entre el derecho de información y los derechos y garantías del encausado en un proceso penal, cuestión sobre la cual se han escrito ríos de tinta, que no pueden ser aquí reproducidos. Pero piénsese en asuntos como “Marta del Castillo”, un supuesto de codeincuencia entre mayores y menores de edad, en el que fue expedientado el menor apodado “El Cuco”. La opinión pública reclamaba, y todavía reclama, “justicia” o más bien “venganza” para todos ellos, ante el desgraciado suceso, y criticó duramente las sentencias recaídas. Todos los medios de comunicación difundieron la noticia, y las redes sociales se inundaron de mensajes que reclamaban una “justicia justa”, convocando a la ciudadanía a manifestaciones, recogidas de firmas, etc., todo ello con absoluto desconocimiento del proceso penal y de los principios informadores del derecho de menores, que se estimaron casi “irrisorios” por la sociedad ante un supuesto de tanta dimensión. La opinión pública ejerce una auténtica presión y reclama el endurecimiento de las penas y medidas ante hechos que generan tal alarma social, a la que contribuye el papel de los medios de comunicación. Y a su vez la alarma social ante hechos graves perpetrados por menores ha generado una serie de reformas que conceden un mayor relieve a principios de prevención general y de defensa social.

2. Naturaleza del proceso de menores.

³²⁸ Vid. AYO FERNANDEZ, M. “*Las garantías...*” op. cit., págs. 270 a 275. En relación con la limitación de la presencia de los medios de comunicación social, según el AAP Madrid (Sección 5ª), de 10 de septiembre de 2000, la decisión deberá examinar factores como son “la naturaleza de los hechos enjuiciados, el carácter público o privado de la persona enjuiciada, la afectación de la práctica de prueba a aspectos de la vida íntima de las personas relacionadas con el procedimiento, la declaración en el juicio de personas merecedoras de especial protección, la concurrencia de especiales circunstancias que pudieran hacer peligrar la seguridad de testigos y otros intervinientes o el peligro de alteraciones del orden público”. En el Auto citado sólo se admitió la presencia de una sola cadena televisiva, por razones además del reducido espacio de la sala de vistas, que suministraría las imágenes a las demás, colocándolo en la zona reservada al público. Imágenes, que nunca podrían incluir fotos del menor ni permitir su identificación.

Mientras en el caso de la jurisdicción de adultos no hay duda de que nos hallamos ante un proceso penal, la jurisdicción de menores ha suscitado conflictos sobre su naturaleza, dando lugar a verdaderas polémicas acerca de si el procedimiento para la imposición de las medidas correctoras y reformadoras de los menores infractores debe configurarse o no como un auténtico proceso y, por tanto, sujetarse a las mismas garantías establecidas para la jurisdicción de adultos.

Para el correccionalismo español, el derecho de menores no es un derecho penal propiamente dicho. Sin embargo, para la doctrina más moderna, el derecho penal de menores es un auténtico derecho penal, si bien es un derecho antiformalista, que rechaza algunos elementos del derecho penal de adultos en aras a su misión reeducadora³²⁹.

Según ORNOSA FERNÁNDEZ, lo que estaba claro tras la entrada en vigor de la CE y la proclamación del principio de igualdad, es que “los menores no podían estar en peor condición que los adultos” en el sentido de que no les fueran aplicables las garantías jurídicas en el seno del proceso penal. No obstante, se criticó que se estaba criminalizando el tratamiento penal de los menores³³⁰. La duda se agravaba por el hecho de que los Tribunales Tutelares de Menores eran herederos de su inicial configuración como órganos administrativos-judiciales, formados por personas ajenas a la carrera judicial, y solo a partir de la reforma operada por el Decreto 414/76, de 26 de febrero, comenzaron a estar servidos por personal de la carrera judicial o fiscal en activo, que compatibilizaban sus funciones con el ejercicio de la jurisdicción de menores³³¹. A esto se añade que en otros países se había optado por el tratamiento administrativo de esta materia, como se vio en el capítulo anterior.

Cuál sea la naturaleza del proceso de menores es una cuestión de radical importancia. La finalidad de este trabajo de investigación es analizar si el modelo de atribución al Ministerio Fiscal de la fase de investigación y de introducción del principio de oportunidad reglada ensayado en el proceso de menores es trasladable al proceso penal regulado en la LECrim. Solo es posible comparar lo que es equivalente. Por tanto, si el proceso de menores no tuviera una verdadera naturaleza penal, ningún sentido tiene tomarlo como campo de experimentación de las instituciones que en un futuro se pretenden implantar en la justicia de adultos. Esta cuestión no ha sido pacífica en la doctrina. En el análisis que en el primer capítulo realizamos de los antecedentes legislativos de la LORPM, se puede apreciar la eterna duda del legislador acerca de cuál era la verdadera naturaleza del proceso de menores.

³²⁹ Vid. LOPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 7 y ss. Considera este autor que el derecho penal de menores rechaza los ritos propios del derecho penal de adultos, en aras de la función educadora. De hecho, las salas de vistas suelen carecer de estrados y los juicios se celebran sin togas ni distintivos. DORADO MONTERO, padre del correccionalismo español, sostenía que “el derecho penal de menores no es derecho penal propiamente dicho, sino obra benéfica y humanitaria, psiquiatría, pedagogía y arte de buen gobierno”.

³³⁰ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “La nueva regulación...” op. cit., págs. 5 y ss.

³³¹ Vid. STC nº 36/1991, de 14 de febrero. FJ 2º, párrafo 4.

2.1. La conjugación de elementos educativos y sancionadores en la evolución del proceso de menores.

GIMENO SENDRA, en su voto particular a la STC nº 71/1990, de 5 de abril, manifiesta que “existen serias dudas de inconstitucionalidad en torno a la naturaleza procesal de las actuaciones que transcurren ante los Juzgados de Menores”³³².

El TC tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la STC nº 36/1991, de 14 de febrero. La sentencia parte de un estudio sobre la naturaleza del proceso de menores, pues el abogado del Estado, ante las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, alegó que “la cuestión de inconstitucionalidad solo puede plantearse en el seno de un proceso, siendo realidades inherentes al mismo la satisfacción de intereses y el enfrentamiento de las partes procesales”, afirmando que “los procedimientos en los que se plantean las diferentes cuestiones por los jueces de menores, por el contrario, no son verdaderos procesos, sino procedimientos de carácter educativo y cautelar, en los que no cabe promover cuestiones de inconstitucionalidad”³³³. Si el procedimiento para la aplicación de medidas correctoras a los menores no es un proceso como tal, no puede plantearse la necesidad de aplicación de las mismas garantías establecidas constitucionalmente para el proceso de adultos, por lo que la naturaleza del proceso de menores es el punto de partida. En este sentido, el TC, si bien puso de manifiesto la peculiar naturaleza del procedimiento de protección de menores regulado junto con el procedimiento reformador en el artículo 15 de la LTTM, no cuestionó su naturaleza como verdadero proceso, lo que también se afirma del procedimiento de corrección o reforma. No se puede negar el carácter de proceso partiendo de la falta de contradicción, la no intervención del Ministerio Fiscal ni del letrado defensor del menor, pues ello constituye precisamente el objeto del recurso³³⁴.

Por lo que aquí interesa, la STC nº 36/1991, de 14 de febrero, establecía que solo puede existir infracción de los principios y garantías establecidos en el art. 24 de la CE por parte del art. 15 de la LTTM, si el procedimiento por él diseñado es un verdadero

³³² Voto particular formulado por GIMENO SENDRA, J. V., a la STC nº 71/1990, de 5 de abril.

³³³ Vid. STC nº 36/1991, de 14 de febrero. FJ 2º, párrafo 1.

³³⁴ STC nº 36/1991 de 14 de febrero. FJ 2º, párrafo 3. “En lo que respecta a la naturaleza de los procedimientos seguidos ante los Juzgados de Menores, este Tribunal, en STC 71/1990, ATC 473/87 y STC 952/88, si bien puso de manifiesto la peculiar naturaleza del procedimiento de protección de menores regulado junto con el procedimiento reformador en el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, no cuestionó, en momento alguno, su naturaleza como verdadero proceso. Idéntica afirmación, con más fundamento aún, hay que realizar en el procedimiento para corregir o reformar a menores. No es admisible negar el carácter de proceso como argumento de admisibilidad, aduciendo la falta de contradicción, la no intervención del Ministerio Fiscal ni de Letrado defensor del menor, pues ello constituye precisamente uno de los principales motivos aducidos para cuestionar la constitucionalidad del citado precepto, que pese a regular un cauce procesal para imponer medidas reformadoras a los menores que hubiesen incurrido en conductas tipificadas en la Ley como delitos o faltas, no prevé la necesaria intervención de tales partes ni otras garantías procesales que pudiesen considerarse imprescindibles en un Estado de Derecho para este tipo de procedimientos”.

proceso o un procedimiento disciplinario sancionador, pero no si se le otorga distinta naturaleza³³⁵. La citada STC establece que los derechos y garantías reconocidos en el art. 24 de la CE deben también respetarse en el “proceso seguido contra los menores a efectos penales”. Precisamente por esto se declara la inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM, pues el mismo niega la sujeción a las reglas procesales, ya que la garantía de estos derechos solo puede tener lugar mediante el cumplimiento de dichas normas procesales³³⁶. La STC n° 36/1991, de 14 de febrero, puntualiza que la declaración de nulidad del precepto solo afecta al mismo en cuanto se refiere al ejercicio de la facultad de reforma, no de la función de protección de menores³³⁷. El TC concluye que el proceso de menores “no es ese procedimiento distinto del proceso penal al que se refiere el art. 40.3 b CDN, sino un procedimiento que se origina en una acción u omisión penal (o administrativa) tipificada cuya autoría se atribuye a un menor, es decir, un procedimiento aplicable a los menores a efectos penales”. En consecuencia, concluye que el procedimiento de menores es “una variante del proceso penal”, y por ello ha de respetar sus principios básicos³³⁸. Por lo tanto, el proceso para el ejercicio de la facultad correctora, ya bajo la legislación tutelar, se consideraba por el TC como un verdadero proceso penal, sin perjuicio de las particularidades del mismo.

³³⁵ Vid. STC n° 36/1991, de 14 de febrero: “Esta palmaria discordancia entre el procedimiento configurado por el art. 15 LTTM y los derechos fundamentales que garantiza el art. 24 EC no basta, sin embargo, para sostener la inconstitucionalidad de aquél. (...) El procedimiento previsto en el art. 15 LTTM sólo podrá ser considerado constitucionalmente ilegítimo por colisión con el art. 24 CE si se entiende que se trata de un proceso (o eventualmente de un procedimiento disciplinario o sancionador) pero no si se le atribuye otra naturaleza”. FJ 6°, párrafo 3.

³³⁶ Vid. STC n° 36/1991 de 14 de febrero: “Los derechos fundamentales que consagra el art. 24 CE han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que en consecuencia en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el art. 15 LTTM, al excluir la aplicación de “las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones”, ha de ser declarado inconstitucional y nulo”. FJ 6°, párrafo 9.

³³⁷ Vid. STC n° 36/1991, de 14 de febrero: “(...) Que la declaración de nulidad del precepto, en cuanto regulación del procedimiento corrector, no suponía una erradicación total del ordenamiento, en la medida en que el objeto de análisis de las cuestiones de inconstitucionalidad era solo el análisis de dicho precepto como procedimiento a seguir en el ejercicio de la facultad reformadora, y no de la función protectora, de la jurisdicción de menores, sobre la cual ya se había ocupado la STC 71/1990”. FJ 6°, párrafo 12.

³³⁸ Vid. STC n° 36/1991. FJ 6°, párrafos 7, 8 y 9. “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, C.D.N.) no excluye totalmente la posibilidad de un procedimiento no judicial puramente corrector, distinto, no sólo en matices y detalles, sino en su concepción general, del proceso penal. El recurso a un procedimiento de este género, en el que en todo caso «se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales» se hace depender, sin embargo, del establecimiento de una edad mínima, por debajo de la cual «se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

(...)

Tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, P.I.D.C.P.), como de la C.D.N. resulta inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar. Así se desprende ya de lo dispuesto en el art. 14.4 P.I.D.C.P., cuyo tenor literal («En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales, se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social») al ordenar que la minoría de edad sea tenida en cuenta para la ordenación del proceso, impone también implícitamente la obligación de que en la ordenación de éste se aseguren los derechos que, con carácter general, para todos los procesos penales, enumera el apartado anterior (3) del mismo artículo”.

La STC n° 60/1995, de 17 de marzo, que, como se verá más adelante, recayó a propósito de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas acerca de la imparcialidad del juez de menores, también se pronunció sobre la naturaleza del proceso de menores. La sentencia, como cuestión previa para entrar en el fondo del asunto, parte del problema relativo a la naturaleza del procedimiento de menores, que debe establecerse para así determinar si puede de algún modo asimilarse a la del proceso penal, ya que si no es así no debe extenderse la exigencia del principio acusatorio al procedimiento reformador de menores. La sentencia recuerda que esta cuestión fue resuelta en sentido positivo por la STC n° 36/1991, de 14 de febrero, si bien, aclarando que no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos regían en los mismos términos, por lo que existen ciertas modulaciones derivadas de la naturaleza de las medidas, que no tienen carácter represivo, sino que están presididas por el interés del menor orientadas hacia su reinserción, y de la especial protección del menor en el seno del proceso³³⁹. Por tanto, aun reconociendo las especialidades propias del proceso de menores, ante la finalidad educativa del mismo, el TC lo ha considerado como un auténtico proceso penal.

La naturaleza penal del procedimiento para la imposición de medidas a los jóvenes infractores viene reforzada por aquellas disposiciones que integran la jurisdicción de menores en la jurisdicción ordinaria y establecen que dichos órganos serán servidos por miembros de la carrera judicial, a los que se exige además el plus que comporta su especialización. Fue la LOPJ la que incardinó a los Tribunales Tutelares de Menores, sustituidos por los Juzgados de Menores, en la jurisdicción ordinaria, abandonando así su consideración como jurisdicción especial. A este respecto, el artículo 26 de la LOPJ establece que los jueces de menores tienen potestad jurisdiccional, pues les corresponde el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieran incurrido en conductas tipificadas como delito o antigua falta (hoy delitos leves) y aquellas otras que, en relación con los menores, le atribuyan las leyes (art. 97 de la LOPJ). La Disposición Final Cuarta exige además, en sintonía con lo dispuesto en los instrumentos internacionales, la especialización de los jueces de menores.

A pesar de los pronunciamientos del TC, la naturaleza de la responsabilidad que se exigía al menor en la legislación de menores, y por ende, del proceso en que ésta se

³³⁹ Vid. STC n° 60/1995, de 17 de marzo. FJ 5°. “Antes de entrar en el examen de fondo de las cuestiones de inconstitucionalidad, hay que destacar la singular importancia de la naturaleza del procedimiento de menores, que, como cuestión previa, ha de indagarse a los solos efectos de determinar si puede de algún modo asimilarse a la del proceso penal, ya que si así no fuera habría de desecharse la extensión de esta exigencia del principio acusatorio al tradicionalmente denominado procedimiento reformador de menores. La cuestión fue resuelta en sentido positivo por nuestra Sentencia 36/91, no sin declarar que “no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí en los mismos términos. Y es que tanto por la naturaleza de las medidas, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y estar orientadas hacia su efectiva reinserción, como por la especial protección del menor en el seno del proceso, desaconseja la exclusión de garantías esenciales del proceso penal, como es la publicidad del juicio oral, no todas las garantías esenciales del proceso penal son mecánicamente aplicables a este proceso especial que exige ciertas modulaciones”.

depuraba, no era una cuestión pacífica, ni en la doctrina, ni en los sucesivos intentos de crear una nueva ley de justicia juvenil que acabara con la situación de provisionalidad de la LO 4/1992.

Durante los debates parlamentarios de la LO 4/1992, se discutió si el cauce más adecuado para el problema de la delincuencia juvenil era el proceso penal. En estos, el senador del Grupo CDS planteaba cuál era el modelo más idóneo de entre los varios que se barajaban: una traslación de la legislación de mayores con alguna modulación; la derivación a un proceso puramente administrativo; o un sistema mixto.

El senador del Grupo Mixto criticaba la opción por un proceso penal, a su juicio incompatible con el principio de inimputabilidad del menor, y “la traslación a la esfera infantil del procedimiento abreviado de adultos”, pese a las “sutilezas del lenguaje”, proponiendo la vía administrativa como la solución más adecuada. Se sugería una ley administrativa de protección de la infancia que permitiera enmarcar el proceso de menores en el campo de las instituciones administrativas de protección a los niños³⁴⁰.

El representante del Grupo CDS definía el nuevo proceso de menores como una “mala copia del procedimiento abreviado de la LECrim.”, y sugería la supresión del término “proceso”, que lo asimilaba al regulado en la LECrim, y su sustitución por una denominación que lo alejase de toda idea de proceso penal.

El representante del Grupo de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya calificaba el proceso regulado por el entonces proyecto de verdadero proceso penal para menores, pues se configuraba un auténtico juicio que culminaba en la imposición de una pena.

El Grupo Socialista también consideraba que se había configurado un verdadero proceso penal de menores, que calificaba como “una variante del proceso penal”, que debía respetar sus garantías básicas³⁴¹.

El Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995 optaba por el modelo de responsabilidad, y configuraba el proceso de menores como un procedimiento dirigido a la exigencia de la responsabilidad penal del menor por la comisión de un hecho delictivo, si bien la diferencia fundamental con el proceso de adultos es que dicha responsabilidad se exigía con finalidad educativa.

³⁴⁰ Vid. Diario de las Sesiones del Senado. Presidencia del Excmo. Sr. Juan José Laborda Martín. Sesión del Pleno, celebrada el jueves 14 de mayo de 1992. Orden del día: Dictamen de la Comisión de justicia en relación con el proyecto de ley orgánica reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de menores. Pág. 6178 y ss.

³⁴¹ Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. Año 1991. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. Félix Pons Irazábal. Sesión plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: debates a la totalidad de iniciativas legislativas. Pág. 7738, 7741, 7745, 7747, 7748, 7749. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 400. Presidencia del Excmo. Sr. Javier Barrero López. Sesión plenaria núm. 49, celebrada el martes 3 de marzo de 1992. Orden del día: proyecto de ley de reforma urgente de la ley de tribunales tutelares de menores. Pág. 11801.

En opinión de VIANA BALLESTER, el anteproyecto partía de que la responsabilidad del menor por la comisión de hechos delictivos era de naturaleza penal, si bien se hacían primar los principios de integración social y de prevención especial³⁴².

BUENO ARÚS entiende que se pretendía exigir al menor una auténtica responsabilidad sancionadora orientada hacia el desarrollo de su personalidad y con respeto a sus derechos fundamentales, pero no de naturaleza penal, pues la responsabilidad de los menores no puede ser de tipo penal sino que debía tener otra naturaleza, constituyendo así la responsabilidad juvenil un nuevo *genus*, una nueva categoría de responsabilidad dentro del ordenamiento jurídico. En opinión de este autor, el anteproyecto proponía una norma sancionadora, no penal, que exigía responsabilidad al menor por considerarle dueño de sus actos, con el doble carácter de castigo por los actos realizados y de advertencia intimidatoria para evitar la comisión de hechos delictivos en el futuro³⁴³.

No obstante, GÓMEZ COLOMER indica que el texto hablaba abiertamente de “penas juveniles”, de “delitos y faltas”, de “imputación”, evidenciando así su naturaleza claramente penal, y éste fue uno de los motivos por los que no prosperó³⁴⁴.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de octubre de 1996 no atribuía a la responsabilidad del menor una naturaleza penal, sino de carácter educativo sancionador. En él se contemplaba una responsabilidad de tipo social (art. 2)³⁴⁵. El presupuesto para la aplicación era la comisión de una infracción penal, pero la sanción no se fundaba en ideas de retribución sino de tipo resocializador. Por esta razón la pretensión procesal no era de naturaleza penal, aunque se aplicaban los principios y garantías propias del proceso penal³⁴⁶.

³⁴² Vid. VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal...” op. cit., págs. 166 y ss.

³⁴³ BUENO ARÚS considera que la responsabilidad exigida al menor no puede ser de carácter penal, sino que ha de tener distinta naturaleza, toda vez que la imputabilidad no se inicia hasta los dieciocho años, y por este motivo se reformó el art. 19 CP, dándole una redacción un tanto ambigua. Vid. BUENO ARÚS, F. “El Anteproyecto...” op. cit., págs. 160 y 166.

³⁴⁴ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 162.

³⁴⁵ Para un estudio detallado de este anteproyecto, vid. VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal...” op. cit., pág. 169 y ss. Esta autora aprecia en el anteproyecto la impronta de uno de sus autores, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en el sentido de que la exigencia de responsabilidad penal al menor ha de orientarse a la integración de aquel, evitando todo efecto antipedagógico.

³⁴⁶ En este sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA defiende la teoría del castigo positivo, que se fundamenta en tres principios fundamentales: evitar cualquier intervención que interfiera en el desarrollo evolutivo del menor, como la privación de libertad o la recriminación pública; potenciar las alternativas a las penas de adultos, sin recurrir a la creación de sucedáneos; las sanciones deben llevar aparejada como objetivos: autocontrol, razonamiento abstracto, flexibilidad cognitiva, locus de control interno, autoestima, egocentrismo, empatía, percepción social, habilidades sociales específicas. El castigo positivo no deja de tener un carácter represivo pese a su finalidad pedagógica, y es conveniente que sea percibido por el menor como tal castigo para así cumplir su función. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores” *Cuadernos de derecho judicial*, nº 15, 1996 (*Ejemplar dedicado a: Menores privados de libertad*) MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. (dir.). CGPJ. Madrid, 1996. Págs. 272 y 278 y ss.

La Proposición de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor de 29 de noviembre de 1996 regulaba la exigencia de responsabilidad penal a los menores de edades. La exigencia de responsabilidad penal respondía a dos finalidades: la integración del menor en la sociedad y la reparación del daño causado³⁴⁷. Pero lo cierto es que la propia Exposición de Motivos hablaba de un proceso penal, y a lo largo del articulado se empleaba una terminología genuinamente penal, y así se hablaba de “imputado”, de “juicio oral”, de “indicios” y de “ejecución de la condena”. El régimen de las medidas cautelares evidencia un carácter puramente penal, al asemejarse en gran medida a la regulación contenida en la LECrim.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de enero de 1997 volvió a la consideración de la responsabilidad del menor como una responsabilidad de naturaleza sancionadora educativa, y propone la reforma en este sentido de los arts. 19 y 69 del CP de 1995³⁴⁸.

El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997 se basó en la idea de que la responsabilidad que se exigía al menor no era una responsabilidad de tipo penal, sino de naturaleza educativa sancionadora. Esto a pesar de que el presupuesto para su aplicación era la comisión de hechos tipificados como infracción penal³⁴⁹.

A propósito del anteproyecto de julio de 1997, DOLZ LAGO considera que el problema radica en que se daba por sentado que la justicia penal era “represiva”, y había que huir de ella mediante la utilización de eufemismos, a pesar de reconocer el componente sancionador de la norma y sostiene que si la responsabilidad jurídica del menor nace de la comisión de un hecho delictivo, no hay motivo para rechazar el calificativo de “penal”, pues la naturaleza penal de la infracción cometida califica el procedimiento en que se exige la responsabilidad derivada de aquella. El hecho de que no se impongan penas sino medidas, y que no se trate de castigar sino de educar al menor, no impide, según este autor, sostener la naturaleza penal del procedimiento, y resalta la idea de que el derecho penal moderno no persigue el castigo puro y simple sino la reeducación y rehabilitación social del delincuente, que el art. 25.2 de la CE proclama como finalidad de la penas³⁵⁰.

El informe del CGPJ de fecha 12 de noviembre de 1997, emitido en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia de Menores de 1 de julio de 1997, dio

³⁴⁷ Vid. VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal...” op. cit. Esta autora explica que no se mencionan ideas de prevención general, por lo que se trata de “una responsabilidad penal muy depurada y vaciada, por cuanto sólo se exige en la medida en que se pretende resocializar e integrar al menor infractor, y reparar el daño causado a la víctima”. Pág. 169.

³⁴⁸ Vid. VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal...” op. cit., pág. 169.

³⁴⁹ En este sentido VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal...” op. cit., pág. 170.

³⁵⁰ Vid. DOLZ LAGO, M. J. “Algunos aspectos...” op. cit., págs. 6 y ss. Según este autor la cuestión estriba en determinar si se trata de un modelo de justicia penal o de justicia civil, pero el problema es que esta cuestión se aborda partiendo de que la justicia penal es “mala y represiva”. Por este motivo, se ha optado por un falseamiento de la realidad, lo cual proviene de un mal entendimiento del derecho penal, pues si éste se contemplara desde una óptica constitucional, no habría problema en llamar a las cosas por su nombre.

lugar a un cambio en la concepción de la responsabilidad del menor, que pasa a concebirse como una verdadera responsabilidad penal. En este sentido, considera el contenido del anteproyecto como un derecho penal juvenil, que se caracteriza porque la imposición de las medidas al menor infractor viene determinada por la comisión de un hecho delictivo y por las particulares necesidades educativas del menor³⁵¹.

El Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 3 de noviembre de 1998, que finalmente dio lugar, como se ha analizado en el capítulo anterior, a la LORMP, a la vista del informe del CGPJ, atribuye a la responsabilidad que se exige al menor un carácter penal, lo que no es incompatible con la finalidad educativa de la intervención. Por este motivo se acoge la denominación de derecho penal de menores frente al derecho penal de adultos³⁵². No obstante, esta cuestión seguía sin ser pacífica. En los debates parlamentarios algunos grupos políticos se oponían a la exigencia al menor de edad de una responsabilidad de tipo penal y proponían un procedimiento de tipo administrativo de naturaleza educativa³⁵³.

³⁵¹ Vid. Libro Blanco de la Justicia. Pág. 247. El Libro Blanco de la Justicia señalaban los principios por los que la futura ley reguladora de la responsabilidad penal del menor deba regirse, entre ellos: 1) La naturaleza penal de la justicia de menores, sin perjuicio de sus propias especialidades; 2) La consecuente sujeción del procedimiento a los principios del proceso penal; 3) Particular consideración de los principios específicos del proceso de menores; y 4) La garantía desde el inicio del procedimiento, y en todas sus fases, de los derechos de la víctima. En este mismo sentido, VIANA BALLESTER destaca la preocupación por lograr una regulación de carácter “no esencialmente represivo sino orientada fundamentalmente a la integración y la recuperación del menor infractor. (...) En consecuencia, el Derecho penal de menores es, para el CGPJ, un derecho con igual función que el Derecho penal de mayores, y las finalidades de las consecuencias impuestas (llámesele pena, llámesele medida), son las mismas en ambos casos, retribución, y prevención general y especial” Vid. VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal...” op. cit., pág. 171.

³⁵² El apartado cuarto de la Exposición de Motivos del Proyecto de LO reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 3 de noviembre de 1998 establece: “También para responder a esta exigencia se promulga la presente Ley Orgánica, si bien lo dispuesto en este punto en el Código penal debe ser complementado en un doble sentido. En primer lugar, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que 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”.

³⁵³ En los debates parlamentarios algunos grupos políticos se pronunciaron en contra la naturaleza penal de la responsabilidad del menor. Así, el representante del Grupo Nueva Izquierda-Iniciativa per Catalunya, el Sr. López Garrido afirmaba que el proyecto debatido era un error, “pues no estamos ante una responsabilidad penal, no estamos aplicando aquí los principios del Código penal, estamos ante un objeto fundamentalmente educativo”. El representante del Grupo Izquierda Unida, el Sr. Castellano Cardallagué manifestaba que “en lugar de optar por la judicialización, nos hubiera gustado que hubiéramos ido por el camino de la administrativización, eso sí, con la correspondiente intervención en su momento por parte de los fiscales, pero haberle dado otro trámite”. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de 11 de noviembre de 1999, núm. 270, págs. 14.479 y ss. El Sr. López Garrido sostiene que entre estas las distintas posibilidades por las que se mueve el proyecto, debía “sacarse todo lo que tenga que ver con una cierta venganza de la víctima”. El Sr. Barrios Cubelo, del Grupo Popular, sostenía que no habría problema en cambiar el nombre de la ley, puesto que “de penal muy poco tiene esta ley a no ser en un momento dado el derecho supletorio”. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Núm. 774. 18 de octubre de 1999. Págs. 22946 y ss. El Sr. Castellano Cardallagué afirma que en España existe la responsabilidad “penal” de los menores, ya que las medidas son distintas, pero el juicio al que son sometidos es exactamente el mismo. A su juicio, hablar de proceso educativo son “ganancias de enredar”, insistiendo en que la comisión por un menor de un hecho delictivo no debería tener tratamiento penal, sino administrativo y terapéutico. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los

Mientras persistía la discusión doctrinal sobre la naturaleza de la responsabilidad que se exigía al menor de edad y sobre la naturaleza del tipo de procedimiento en que debía producirse dicha exigencia, se seguía aplicando la LO 4/1992. Solo una cosa estaba clara, y era que el proceso en que se exigía esta responsabilidad, desde la STC nº 36/1991, de 14 de febrero, debía venir presidido por las mismas garantías procesales y constitucionales aplicables a los adultos. En medio de todas estas discusiones doctrinales, los Juzgados de Menores aplicaban un proceso, que presentaba muchas semejanzas con el procedimiento abreviado incorporado a la LECrim., tras la reforma operada por LO 7/1988, con la diferencia esencial de que la fase de instrucción estaba atribuida al Ministerio Fiscal. Un proceso, que de no terminar anticipadamente como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad, o por alguno de los motivos de sobreseimiento establecidos en la LECrim., daba paso a la fase de audiencia, en que, con un claro paralelismo a la fase de juicio oral del proceso de mayores, y delimitados los términos de la acusación en el denominado escrito de alegaciones, se practicaba la prueba, y de considerar vencida la presunción de inocencia, se imponía al menor una medida adecuada a las circunstancias y necesidades educativas de éste y con una clara finalidad socializadora, proceso que con algunas variante se mantuvo en la LORPM.

La LORPM configura un sistema de responsabilidad penal, lo cual venía anticipado en el art. 19 del CP, que se ocupaba de la minoría de edad de forma diferenciada respecto de las causas de exención de la responsabilidad penal. Como explica TAMARIT SUMALLA, al disponer que el menor de dieciocho años “no será responsable criminalmente con arreglo a este Código” viene a decir que será responsable “criminalmente” con arreglo a la ley del menor. Añade el precepto que cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable conforme a la ley que regule la responsabilidad penal del menor. Al disponer que al menor se le podrá exigir responsabilidad conforme a la legislación de menores, el precepto no se atreve a calificar de forma alguna dicha responsabilidad del menor, pero sí que lo hace, quizás inconscientemente, al hacer referencia a la ley que regule la “responsabilidad penal del menor”³⁵⁴. Y de hecho la LORPM lleva en su título esta mención de “responsabilidad penal del menor”.

La Exposición de Motivos de la LORPM se refiere en el apartado II.6 a “la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad”³⁵⁵. El apartado II.7 añade que la ley “tiene la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores

Diputados, VI legislatura, núm.217, sesión plenaria núm. 209, celebrada el jueves 25 de febrero de 1999, págs.11608 y ss. El representante del Grupo Socialista sostenía que no debía negarse a la ley el carácter penal, que era una exigencia impuesta por el CP, pues ni el principio de interés del menor ni el de intervención mínima exigen que conductas de relevancia penal queden impunes en perjuicio de la víctima y de la sociedad en general. Vid. Diario de las Sesiones del Senado, celebrada el jueves 9 de diciembre de 1999. Págs. 541 y ss.

³⁵⁴ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 23.

³⁵⁵ Vid. Exposición de Motivos LORPM. Apartado II.6.

infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales”³⁵⁶. La Exposición de Motivos evita por lo tanto hablar de un proceso penal o de una responsabilidad penal del menor. No obstante, la doctrina estima que de alguna forma se afirma la naturaleza sancionadora de las medidas que pueden imponerse a los menores, sin perjuicio de su contenido educativo³⁵⁷. La Exposición de Motivos se refiere a una “reacción jurídica”, “una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad”.

Sin embargo, el apartado II.1 parece hacer una concesión al modelo tutelar cuando alude a los supuestos en los que el menor presente síntomas de enajenación mental, en los que el Ministerio Fiscal deberá promover la adopción de las medidas más adecuadas a su interés³⁵⁸. Son situaciones a las que se da respuesta a través de las medidas terapéuticas del art. 7, apartados d) y e) de la LORPM, que guardan similitudes con las medidas de seguridad del CP, imponibles a los individuos que se hallaren incurso en algunas de las causas de inimputabilidad de las previstas en el art. 20.1 a 3 del CP. El art. 5 de la LORPM dispone la aplicación de medidas terapéuticas a los menores que incurran en causas de exención completa o incompleta de la responsabilidad criminal consistentes en alteración psíquica, intoxicación plena, síndrome de abstinencia o alteraciones en la percepción. Esta disposición ha sido criticada por la doctrina³⁵⁹, por entender que en estos supuestos debería acudir a los mecanismos de protección de menores inimputables, en términos similares a los establecidos en el art. 3 de la LORPM. En mi opinión, esta disposición no obsta al carácter penal de la intervención, que se funda en la comisión de un hecho delictivo, de igual manera que ocurre con la imposición de medidas de seguridad en los casos de eximentes completas o incompletas del proceso de mayores. Si es posible declarar la inimputabilidad de los menores de dieciocho años por causa de trastorno mental o grave adicción, e imponerles medidas terapéuticas, al estilo de los arts. 101 y ss. del CP, es porque, con carácter general, se afirma la imputabilidad, aunque disminuida o adaptada a su edad, de los menores, y la naturaleza penal de la reacción legal frente a la

³⁵⁶ Vid. Exposición de Motivos de la LORPM. Apartado II. 7.

³⁵⁷ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit. pág. 24. Este autor considera que “negar todo contenido sancionatorio a las medidas previstas supone incurrir en contradicción con la aceptación explícita de la existencia de responsabilidad penal. La sana costumbre de huir del eufemismo enmascarador de la realidad debería haber sido tomada en este aspecto más en serio por el legislador. Una reflexión similar cabe hacer respecto a las ideas de proporcionalidad o prevención general, de las que no puede prescindirse pese a que en el ámbito del Derecho Penal de Menores se acentúen marcadamente las exigencias preventivo-especiales”.

³⁵⁸ Vid. Exposición de Motivos LORPM. Apartado II.1.

³⁵⁹ Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M. “El interés...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., pág. 91. Este autor critica esta disposición. Considera que si conforme al art. 8 la medida aplicable al menor no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena en caso de haber sido mayor de edad el infractor, la solución más adecuada habría sido la de optar por acudir en estos casos al sistema de protección de menores. En el proceso de adultos, estos supuestos darán lugar a la exención de responsabilidad criminal, y en su caso, a la aplicación de medidas de seguridad. Este autor considera que la aplicación de las medidas terapéuticas encuentra su fundamento en la culpabilidad, y que no deberían ser aplicables al menor inimputable, al que se debería simplemente eximir que tener que pasar por un proceso penal.

delincuencia juvenil. Debe tenerse además en cuenta que el Ministerio Fiscal tiene entre sus funciones la de promover los mecanismos de tutela en relación con las situaciones de desamparo o de incapacidad de las que tenga conocimiento.

No obstante, el carácter primordialmente educativo de la intervención penal con los menores infractores, lo cierto es que también está presente la idea de prevención general y de castigo. Así se ha puesto de manifiesto en las sucesivas reformas de la LORPM a las que se ha hecho referencia con anterioridad, llegándose a plantear elevar la mayoría de edad penal para los delitos relacionados con el terrorismo. En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ censura la falta de un criterio claro en el tratamiento de esta materia³⁶⁰.

La Exposición de Motivos se refiere a la finalidad preventivo-especial de las medidas, que estarán orientadas a la reinserción y estarán regidas por el superior interés del menor, y afirma que la responsabilidad del menor “presenta, frente a la de los adultos, un carácter primordial de intervención educativa”³⁶¹. Sin embargo, como entiende la doctrina, cuando se menciona la intervención con los menores de catorce años que hayan realizado hechos delictivos, se alude a la respuesta en el ámbito familiar y de asistencia civil, lo que indica que respecto de los mismos no existirá una intervención de carácter penal y a *sensu contrario*, será así respecto de los mayores de catorce años³⁶².

Por tanto, es posible establecer la naturaleza del procedimiento a partir de la naturaleza penal de las infracciones cuya comisión determina la puesta en marcha del mismo y a partir de la naturaleza de las medidas a imponer, y también a partir de la aplicabilidad de los derechos reconocidos en el art. 24 de la CE, interpretado de acuerdo con los tratados y convenios Internacionales sobre la materia, conforme a lo establecido en el art. 10.2 de la CE. El sistema diseñado combina, pues, medidas que se imponen en desarrollo del principio educacional o de la prevención especial con aquellas de mayor intensidad, como son las medidas privativas de libertad³⁶³. De esta forma, se conjuga el

³⁶⁰ LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 5 y 6. Este autor considera que la experiencia ha evidenciado que los métodos de diagnóstico y reeducación empleados por el positivismo no sirven para reducir la delincuencia de los menores. Por este motivo se venía reclamando “un cambio de orientación en la política criminal juvenil para dejar de comprender y empezar a castigar”. Sin embargo, esta vuelta a los postulados de la escuela clásica se está realizando de forma fragmentada “por la convergencia en esta materia de fuertes sentimientos encontrados. Nadie conoce con certeza cuál es el tratamiento correcto de la delincuencia juvenil, si debemos avanzar hacia la desjudicialización de conductas o apostar por el endurecimiento de la respuesta penal ante las infracciones, incluso no delictuales (como el absentismo escolar) de los menores de edad”.

³⁶¹ Vid. Exposición de Motivos de la LORPM. Apartado II.7.

³⁶² Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 82 y ss.

³⁶³ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 82 a 84. “Un sistema de consecuencias jurídicas gradual, flexible y concebido en atención a los problemas específicos de los menores, así como un procedimiento más informal y que sin embargo atiende a los principios de prueba y celebración de vistas, fundamentales en el Estado de Derecho, es plenamente fundamentable con base en los últimos resultados criminológicos obtenidos de la investigación empírica en los campos de las sanciones y de la evolución de la criminalidad juvenil”. Este autor considera que el modo más adecuado de hacer frente al problema de la integración social de los menores es un derecho penal de menores y un

establecimiento de una serie de consecuencias flexibles que atienden a las necesidades y características propias de la adolescencia con otras que atienden más a los fines de defensa social, con respeto en todo caso a las garantías constitucionales.

Se ha hecho referencia en el capítulo anterior a los dos modelos de justicia juvenil, el modelo educativo protector y el modelo de justicia o responsabilidad. Los instrumentos internacionales en materia de menores sugieren un modelo que combine ambas propuestas, al proclamar desde el punto de vista procesal, una serie de garantías, e introducir desde el punto de vista sustantivo, medidas de carácter preventivo-especial y de contenido educativo, promoviendo la desjudicialización, la diversificación y las vías alternativas de resolución de conflictos³⁶⁴.

Por este motivo, TAMARIT SUMALLA sostiene que la atribución de responsabilidad penal al menor de edad puede entenderse como un instrumento educativo, pues entiende que un sistema que promoviera la no responsabilización resultaría “antieducativo”. Es por esto que el modelo de responsabilidad es compatible con el contenido preventivo-especial de la pena “en la medida en que se acepte que la intervención del sistema de justicia juvenil tiene al mismo tiempo efectos preventivo-generales sobre el conjunto de la población menor de edad”³⁶⁵.

Esta combinación de elementos es la que además parece desprenderse del apartado II.9 de la Exposición de Motivos de la LORPM, lo que se puso de manifiesto por el TC, entre otras, en ya la citada STC n° 61/1998, de 17 de marzo³⁶⁶. Se trata, pues, de armonizar las exigencias derivadas del interés de menor y la finalidad educativa de la intervención, con el establecimiento de una respuesta de carácter penal que tome en consideración los derechos de las víctimas, en ocasiones también menores, particularmente desde la reforma operada por LO 15/2003, que introdujo la acusación particular, y teniendo en cuenta las exigencias derivadas del EVD.

Como afirma TAMARIT SUMALLA, se podría hablar de una “concepción preferentemente educativa de la intervención penal”³⁶⁷, lo cual a mi juicio no le resta naturaleza penal a su contenido. Esto a pesar de que la Exposición de Motivos rechaza algunas finalidades del derecho penal de adultos, pues no se refiere al rechazo de

derecho de asistencia social de menores, dotados de “un sistema de reacciones diferenciado y orientado a la desagudización de los conflictos, a la asistencia social y a la educación”.

³⁶⁴ En concreto, la CDN, las “Reglas Beijing”, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) de 1990. En particular, vid. el art. 40. 1 de la CDN.

³⁶⁵ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 18 y 19. El concepto de educación de la LTTM no es unívoco. En la doctrina alemana se admite el predominio de los fines preventivo-especiales sin perjuicio de que también se tengan en consideración fines retributivos y preventivo-generales. Critica este autor que el derecho a no declarar contra sí mismo podría resultar contrario a la finalidad educativa, pues parece más acorde con la misma que el menor asuma su culpa.

³⁶⁶ Vid. STC n° 61/1998, de 17 de marzo. FJ 3°. Esta peculiar combinación de elementos sancionadores y educativos responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial.

³⁶⁷ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op.cit., en GÓNZALEZ CUSSAC, J. L. TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 24.

finalidades propias del derecho penal sino del derecho penal de adultos, por contraposición al derecho, también penal, de menores.

2.2. El proceso de menores como auténtico proceso penal.

Mientras en el derecho penal de adultos prima la idea de prevención general intimidatoria y la proporcionalidad entre la gravedad de los hechos y el castigo impuesto, en el derecho penal de menores se da prioridad a la finalidad resocializadora. Las medidas a imponer a los menores no deben tener finalidad represiva, sino estar presididas por las ideas de reeducación y de prevención especial. Tales diferencias se desprenden de la propia Exposición de Motivos de la LORPM, que se refiere a una intervención educativa, aunque de cierta intensidad. La doctrina se plantea si la finalidad educativa es propia de un derecho penal propiamente dicho, o sería más apropiada para otro tipo de procedimientos, de naturaleza civil o administrativa, que se barajaron como alternativas para el tratamiento de la delincuencia juvenil³⁶⁸.

El concepto de educación debe entenderse referido a la finalidad resocializadora y de reinserción de los menores infractores, sin perjuicio del derecho-deber de los padres o guardadores a educar a sus hijos y procurarles una formación integral. Una resocialización tendente al íntegro desarrollo de su personalidad que debe reeducar al menor en la observancia de las normas de convivencia, y que, respetando su identidad y su dignidad, permita reorientar su vida para evitar que continúe en el mundo de la delincuencia una vez llegada la edad adulta. Pero, por lo demás, tanto el derecho penal de menores como el de adultos, entra en juego como consecuencia de la comisión de una infracción penal, y solo en ese caso procederá poner en marcha el aparato sancionador del Estado, por muy educativo que resulte para el menor.

La naturaleza penal del proceso de menores se puede sustentar desde dos perspectivas: la naturaleza penal de los hechos que justifican la intervención, y la naturaleza penal de las medidas que se fijan como consecuencia de dichos actos. La

³⁶⁸ Vid. VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal...” op. cit. Pág. 175. “Conocidas son las críticas que se realizan a la función educadora del Derecho penal cuando de adultos se trata, pero ¿merece la misma crítica si dicha función se realiza por el Derecho penal de menores? A mi entender, sólo podría admitirse la finalidad educativa de las medidas a imponer si la educación consiste en el aprendizaje de los valores superiores del ordenamiento jurídico, constitucionalmente establecidos, que han merecido tutela penal. Igualmente, la función educativa sólo debe ir encaminada a enseñar que la libertad individual en un Estado social y democrático de derecho, como lo es el Español, tiene su límite en la libertad y los derechos de los demás, y es cuando ese límite se traspasa cuando, la tutela penal entra en juego. Más allá de esas funciones, todo Derecho penal con finalidad educativa en su fase de ejecución debe ser considerado inconstitucional por violación del derecho fundamental de libertad individual, ideológica y de pensamiento (esta última ilimitada). En este sentido el artículo 55 de la Ley, cuando dispone los derechos de los menores internados, recoge que todos los menores internados tienen derecho a que se respete su propia personalidad, su libertad ideológica y religiosa y los derechos e intereses legítimos no afectados por el contenido de la condena. La finalidad educativa debe ir encaminada a enseñar cuáles son los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal, así como que consecuencias recaen de su lesión o puesta en peligro”.

intervención surge, por tanto, de la comisión de hechos tipificados como delito o delito leve en el CP o leyes penales especiales, tanto en el proceso de menores como en el proceso de adultos, pues existen una serie de bienes jurídicos dignos de protección. Por otra parte, por lo que atañe a las medidas imponibles a los menores, la ley del menor opta por consagrar una serie de sanciones específicas de la jurisdicción de menores. Aunque algunas de ellas nos recuerdan a las penas de los adultos, otras son características del proceso de menores, e incluso en algún caso, como ocurrió con la libertad vigilada, ya recogida en la legislación tutelar, han sido incorporadas después a la legislación penal de adultos, con algunas matizaciones, por sus ventajas.

El término medidas, ya utilizado por la LTTM y por la LO 4/1992, sugiere, en opinión de MORILLAS CUEVA, la aplicación de consecuencias jurídicas distintas de las penas y de las medidas de seguridad del CP. La finalidad parece ser lo que diferencia a estas medidas de las penas, en las que prevalece la idea de retribución, idea que, no obstante, también está presente en las medidas que se pueden imponer a los menores, al menos en algunos casos³⁶⁹.

La doctrina se encuentra dividida en relación con la naturaleza de las medidas, y así podemos distinguir, siguiendo a este autor, tres posturas: en primer lugar, la de aquellos que, como LANDROVE DÍAZ, entienden que son auténticas penas, sin perjuicio de su contenido educativo³⁷⁰; en segundo lugar, los que consideran que se tratan de medidas de seguridad o penas según los casos, y así se califican de medidas de seguridad la de tratamiento ambulatorio o internamiento terapéutico (art. 7, d) y e) de la LORPM), mientras que otras, como el internamiento en régimen cerrado, se aproxima más al concepto de pena³⁷¹; por último, la que entiende que las medidas gozan de una naturaleza propia, *sui generis*, distinta de las medidas de seguridad y las penas, como consecuencias propias del proceso de menores, como sostiene MORILLAS CUEVA, que entiende que no son medidas de seguridad, porque no se basan en la peligrosidad del sujeto, ni penas, puesto que no se fundamentan en la culpabilidad ni son necesariamente proporcionales a la gravedad del delito³⁷².

Como ya se expuso al tratar sobre la garantía penal, se ha planteado la doctrina si las medidas de la ley del menor deben entenderse equiparables a las medidas de seguridad del CP. Como expone AYO FERNÁNDEZ, las medidas de seguridad tienen su razón de ser, sin perjuicio de la valoración de determinadas circunstancias del individuo, en la comisión de un hecho delictivo. Una lectura detenida de los arts. 6 y 95 del CP evidencia que se fundan en la existencia de una peligrosidad postdelictual³⁷³.

³⁶⁹ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “La política...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., págs. 23 y 24.

³⁷⁰ Vid. LANDROVE DÍAZ, G. “La ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. *Revista la Ley, 2000, Tomo IV*. Pág. 6.

³⁷¹ En este sentido, vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 163 y ss.

³⁷² Vid. MORILLAS CUEVA, L. “La política...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., págs. 23 y 24.

³⁷³ Vid. Arts. 6 y 95 del CP. Debe tenerse en cuenta que el art. 6 del CP establece que las medidas de seguridad tienen su fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito, y no podrán ser más gravosas ni de mayor duración que la

También las medidas previstas para los menores infractores se basan en la perpetración de un hecho tipificado como delito, lo que no obsta a su finalidad educativa y resocializadora, y no impide la valoración de determinadas circunstancias del menor infractor a fin de determinar, conforme a las recomendaciones del equipo técnico, cuál es la medida más adecuada al caso concreto.

Recordemos que las medidas de seguridad, como las penas, responden también en la jurisdicción de adultos, conforme a los dictados del art. 25 de la CE a una finalidad de rehabilitación y reintegración social. Las medidas educativas sancionadoras tienen su fundamento en la declaración de responsabilidad penal, y en el caso de que esta no se pueda exigir por concurrir algunas de las circunstancias eximentes previstas en el art. 20.1 a 3 del CP, entrarían en juego, conforme al art. 5 de la LORPM, las medidas previstas en el art. 7.1, apartados d) y e) de la LORPM, es decir, tratamiento ambulatorio o internamiento terapéutico en régimen abierto, semiabierto o cerrado, que son las que se consideran de naturaleza terapéutica, compartiendo, pues, estas últimas la naturaleza propia de las medidas de seguridad. Por esto, pese a las similitudes, las medidas previstas en la ley penal del menor, salvo las contempladas en los apartados e) y d) del art. 7, no son medidas de seguridad, pues no tienen su fundamento en la peligrosidad postdelictual, sino en la comisión del hecho delictivo, y ello a pesar de que este concepto sea tenido en cuenta para su elección³⁷⁴.

Por lo tanto, la naturaleza de las medidas imponibles a los menores infractores es la misma que la de las penas, y solo las medidas de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio son equivalentes a las medidas de seguridad, fundada lógicamente su imposición en la comisión de un delito. Los principios de educación e interés del menor podrían sugerir la imposición de estas medidas en beneficio del menor, aun no habiéndose probado suficientemente la autoría del delito, bastando con la existencia de indicios fundados. Sin embargo, la terminología empleada y la finalidad educativa de la sanción no debe llevarnos a error, pues se ha hecho prevalecer la aplicación de las garantías propias del proceso penal, y al igual que ocurre en la justicia de adultos, aunque se aprecie la necesidad de que el encausado se someta a algún tipo de tratamiento psicológico, psiquiátrico o de desintoxicación, no será posible la

pena aplicable al hecho en abstracto, ni superar los límites necesarios para prevenir la peligrosidad del autor. El art. 95 del CP añade que las medidas de seguridad se aplicarán, previos los informes procedentes, a las personas que hayan cometido un hecho previsto como delito, cuando del hecho y circunstancias personales del autor se pueda deducir un pronóstico de comportamiento futuro que revele la posible comisión de nuevos delitos.

³⁷⁴ En este sentido, vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 167 y 168. “Debemos recordar que examinando la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y relacionándolo con sus orígenes correccionalistas se comprueba que las medidas de dicha ley se basaban al igual que las medidas de seguridad en un estado de peligrosidad social-los vagos, licenciosos y vagabundos a los que se refería el art. 9 de dicha ley-y no diferían por tanto de éstas. Sin embargo, estas medidas de seguridad sufrieron un desarrollo histórico garantista que también afectó al Derecho de menores, acotándose la peligrosidad social al supuesto de hecho de la comisión de un delito, siendo esto también un logro reciente del Derecho de menores”. Las medidas de seguridad son sanciones ante un comportamiento antisocial que revela una peligrosidad social. Según la doctrina, las medidas contempladas en el art. 17 de la LO 4/1992 son medidas de naturaleza penal, no existiendo diferencias con las que se plasmaban en el art. 5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social.

imposición de estas medidas sin antes vencer la presunción de inocencia. En los demás casos deberá acudir a los procedimientos de naturaleza civil y administrativa correspondientes, y a los mecanismos de protección oportunos, mediante la debida comunicación a los organismos competentes.

Por otra parte, y sin perjuicio de su carácter educativo, no se puede olvidar que la idea de prevención general está presente en la legislación de menores, por mucho que se quiera negar. La amenaza de sanción permite disuadir a otros potenciales jóvenes delincuentes de la comisión de hechos delictivos mediante la coerción al dar a conocer cuáles podrían ser las consecuencias de sus actos. La sociedad debe sentir la protección y defensa frente a los hechos delictivos, aun cuando sean cometidos por menores, al menos en los casos más graves. Solo en relación con los menores inimputables se puede decir que las medidas terapéuticas tienen únicamente fines preventivos especiales.

La LORPM evidencia lo que TAMARIT SUMALLA ha llamado un “distanciamiento semántico”³⁷⁵ respecto del derecho penal de mayores. Es como si no se atreviera a llamar “encausado” al menor, y prefiere hablar del menor “expedientado”; a llamar prisión al “encarcelamiento” del joven infractor, y por eso habla de internamiento; a hablar de la fase de instrucción o investigación, y prefiere hablar de “expediente de reforma”; o a llamar juicio al juicio, y por eso se habla de “audiencia”. Aunque valora positivamente esta nomenclatura, adecuada al sentido de la justicia de menores, critica este autor que esto puede conducir a confusión e incluso a falseamiento de la realidad³⁷⁶.

En particular, la denominación de las sanciones como “medidas” ha generado amplias polémicas doctrinales acerca de la naturaleza de las mismas, que algunos autores han considerado próxima a la de las medidas de seguridad del CP, como se he expuesto. Considero que el art. 7 de la LORPM debió distinguir entre “penas juveniles” o “sanciones educativas” y “medidas de seguridad aplicables a los menores” a fin de aclarar la naturaleza de las “medidas” a las que se refiere el precepto.

La terminología propuesta aclara su verdadera naturaleza, como sanciones penales aplicables a los menores que han cometido una infracción penal y en quienes no concurre causa de inimputabilidad, sin perjuicio de su contenido educativo y finalidad resocializadora, y permite distinguir las de las medidas terapéuticas, de las que pudo ocuparse en un precepto aparte, como hace el CP, expresando los supuestos que darían

³⁷⁵ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords). *Justicia penal...* op. cit., págs. 26 y ss.

³⁷⁶ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords). *Justicia penal...* op. cit., págs. 26 y ss. Indica este autor que la LORPM marca diferencias entre el tratamiento de los menores y el de los inimputables, ya que en relación con estos últimos el sentido de la medida es el preventivo especial. Critica este autor que se haya denominado eufemísticamente las medidas como reacción penal fundada en la responsabilidad de la persona a la que se imponen y que califica como algo distinto de las medidas de seguridad. No comparte este autor las posiciones de quienes consideran estas medidas como medidas de seguridad y sostiene que debe evitarse una terminología que induzca a confusión entre las penas juveniles y medidas de seguridad.

lugar a su aplicación. Entiendo que esta solución no atenta contra los principios de flexibilidad y de superior interés del menor, que son los que justifican que no se asocie cada medida a una infracción, y permiten introducir claridad en el elenco de consecuencias que establece la ley del menor. Es posible, no obstante, que la técnica utilizada responda a que el legislador prefería permitir la aplicación de estas medidas a otros supuestos, aun sin darse la eximente propiamente dicha, si fuera de interés para el menor, dejando esta cuestión a la valoración del juez, y por eso optara por incluirlas sin más en el art. 7 de la LORPM.

La terminología “penas juveniles” propuesta tampoco resulta contraria a ninguno de los postulados de la ley del menor, pues además de adolecer de connotaciones peyorativas, pese a afirmar su carácter penal, permite designar a las cosas por su nombre, lo cual es adecuado a la finalidad educativa y de prevención especial de la misma, al dar a conocer al joven infractor que las consecuencias de sus actos tienen una verdadera naturaleza penal, y de este modo, disuadirle de volver a infringir la norma.

Pero no debe olvidarse que en el derecho penal de adultos, aunque prevalezca la idea de castigo y prevención general, están también presentes los fines de rehabilitación y de prevención especial de las penas, conforme a lo dispuesto en el art. 25 CE. Tanto el derecho penal de menores como el de adultos parten de la comisión de una infracción penal, y, con observancia de idénticas garantías, imponen consecuencias jurídicas, que, en ambos casos deben estar orientadas hacia la rehabilitación social, pero que en el caso de los menores tienen menor intensidad y extensión que en el derecho de mayores, precisamente por la edad del sujeto al que van dirigidas, pues la duración excesiva frustraría los fines de reeducación e integración social.

En conclusión, no son tantas las diferencias entre ambos procesos, y por tanto se puede afirmar que el proceso de menores es un auténtico proceso penal, porque en él se exige al menor una responsabilidad de naturaleza penal por la comisión de hechos previstos como infracción penal, y se le imponen consecuencias cuya naturaleza es semejante a la de las penas del derecho penal de mayores. Las diferencias entre el derecho penal en general o derecho penal de adultos y el de menores no son tantas como para afirmar que este último no es un verdadero derecho penal y negar en consecuencia la naturaleza penal del proceso en el que se exige la responsabilidad del menor.

Siguiendo a MORILLAS CUEVA, podemos afirmar que el modelo pretende equilibrar los aspectos judiciales y educativos³⁷⁷. Es precisamente esta simbiosis la que, a mi juicio, permite hablar del proceso de menores como de un auténtico proceso penal, pues se ha configurado un modelo que exige responsabilidad penal al menor por la comisión de hechos tipificados como delitos, con remisión a la legislación penal de adultos, un modelo de carácter educativo, de finalidad fundamentalmente preventivo-especial, que modula algunas de las características del derecho de adultos, pero que también incorpora preceptos inspirados en la idea de defensa social y de prevención

³⁷⁷ Vid. MORILLAS CUEVA. L. “La política...” op. cit., pág. 30.

general, imponiendo a los menores medidas que, sin perjuicio de su carácter resocializador, tienen el carácter aflictivo propio de toda sanción penal.

Esta postura que afirma la naturaleza verdaderamente penal del proceso de menores ha sido sostenida por GÓMEZ COLOMER cuando afirma que “las normas de enjuiciamiento de menores conforman un auténtico proceso penal”³⁷⁸. Se trata, pues, de un proceso que se diferencia del de adultos en la existencia de una serie de instituciones que favorecen mejor la resocialización. Atribuyendo la responsabilidad de sus actos al menor se cumplen más satisfactoriamente los objetivos educativos que tratando al menor como un inimputable necesitado de protección. Este autor admite que se trata de un proceso especial por razones subjetivas, es decir, por razón del sujeto, y prueba de ello es la remisión al catálogo de delitos del CP y leyes penales especiales³⁷⁹.

También BENÍTEZ ORTÚZAR mantiene esta postura, al sostener que el derecho penal de menores desempeña el mismo papel como sistema de control social que el derecho penal de adultos, aunque con la particularidad de que la respuesta atiende al menor grado de madurez del sujeto. Si el derecho penal se define como el “conjunto de normas que asocian a la comisión de un hecho tipificado como delito la pena y la medida de seguridad como legítima consecuencia”, el derecho penal de menores responde al mismo concepto, sustituyendo la referencia a pena y medida de seguridad por la de medida. Tanto el derecho penal de menores como el de adultos pretenden sancionar la lesión de los bienes jurídicos que merecen protección penal, y asegurar la pacífica convivencia ciudadana.

Es por esto que el derecho penal de menores no deja de ser una forma de restablecimiento de la paz social, y por tanto un instrumento de control social, como el derecho penal en general, lo que se materializa a través del proceso, también penal, de menores³⁸⁰.

En conclusión, el derecho penal de menores no es algo distinto del derecho penal, puesto que tiende al restablecimiento de la paz social mediante la regulación de una serie de consecuencias jurídicas, llamadas medidas, imponibles a aquellos sujetos que, a pesar de su menor edad, hayan violentado las normas establecidas para la pacífica convivencia, mediante la comisión de un hecho tipificado en el CP. Unas medidas que,

³⁷⁸ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición procesal...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 155. Este autor considera que “cuesta mucho admitir en nuestra sociedad que enjuiciar a un menor que ha cometido un delito es prácticamente lo mismo que enjuiciar a un mayor que ha cometido el mismo delito, solo cambian algunas instituciones que puede favorecer más y mejor su resocialización. Por eso no ha calado todavía entre nosotros que las normas de enjuiciamiento de un menor que ha cometido un delito deben conformar y conforman un auténtico proceso penal y no sucedáneos incomprensibles (proceso administrativo) y que tratando al menor como un ser responsable y no como un ser enfermo o un ser a mimar y educar (tutelar) nos acercamos de una manera más segura a su repesca social”.

³⁷⁹ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición procesal...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 155.

³⁸⁰ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, F. I. “El derecho penal...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *Justicia penal...* op. cit., págs.59 y ss.

como hemos visto, tienen naturaleza sancionadora, lo que no obsta a su finalidad educativa, pues precisamente responsabilizando al menor por sus actos con arreglo a su madurez, se alcanzan los fines resocializadores comunes a todo proceso penal.

CAPITULO III: LA INSTRUCCIÓN POR EL FISCAL EN EL PROCESO DE MENORES.

La atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la fase de investigación del proceso penal no es una novedad de la LORPM, sino que, como hemos visto, se introdujo por vez primera en la ley de reforma de la legislación tutelar aprobada en el año 1992, como cauce para adecuar el procedimiento de corrección de menores a las exigencias constitucionales, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la antigua LTTM. A partir de ese momento, todas las propuestas legislativas en materia de menores mantuvieron dicho modelo, a pesar de las discusiones doctrinales que el mismo suscitaba. A lo largo de los capítulos anteriores hemos analizado los antecedentes históricos y los principios informadores del actual proceso de menores, cuestión que me parece de suma importancia, pues precisamente en ellos se encuentran las razones de la opción por este modelo procesal para los jóvenes infractores. Esta atribución se produce en un contexto muy distinto del que a día de hoy mantiene vivo este debate en el ámbito de la justicia de adultos, lo cual, a mi juicio, no obsta a que pueda plantearse en algunos aspectos la posible traslación de este modelo a los procedimientos regulados en la LECrim., con algunas modulaciones.

Pero entiendo que debemos partir de la base de que las motivaciones que dieron lugar a la conversión del Ministerio Fiscal en el órgano instructor de los delitos cometidos por menores infractores fueron particulares, consecuencia de la evolución desde el modelo tutelar al actual modelo de responsabilización, y de la adaptación de este procedimiento a las garantías constitucionales y derechos fundamentales, evolución que se produce en medio de un importante debate doctrinal y de una gran confusión acerca de la auténtica naturaleza penal de este proceso.

1. Justificación de la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación en el proceso de menores.

La atribución de la fase de instrucción del proceso de menores al Ministerio Fiscal se produjo por vez primera en la LO 4/1992, que, con el fin de asegurar la imparcialidad del juez, optó por encomendar la fase de investigación al Ministerio Fiscal, tal y como justifica su propia Exposición de Motivos³⁸¹. Tras la declaración de inconstitucionalidad por la STC nº 36/1991, de 14 de febrero del art. 15 LTTM, la necesidad de asegurar la vigencia del principio acusatorio determinó que se optara por este modelo procesal.

³⁸¹ En este sentido, MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores...” op. cit., págs. 151 y ss.

El vacío legal creado por la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 LTTM trató de suplirse por la Instrucción de la FGE 2/1992, en que se admitía la necesidad de que los fiscales intervinieran en el procedimiento de reforma de menores³⁸².

La atribución al Ministerio Fiscal de la fase de investigación del proceso de menores respondía a la necesidad de encontrar una fórmula adecuada a las exigencias derivadas del principio acusatorio³⁸³. Y ello a pesar de que dicha posibilidad se había planteado y había sido descartada para el proceso de adultos poco tiempo antes en la gestación de la LO 7/1988 en relación con el procedimiento abreviado³⁸⁴.

No es fácil dar una definición del Ministerio Fiscal. En líneas generales, puede definirse como un órgano de relevancia constitucional, con personalidad jurídica propia y autonomía funcional³⁸⁵. Pasamos a transcribir el art. 124 de la CE, que configura el Ministerio Fiscal, por la capital importancia que tiene un buen entendimiento de esta figura: “El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

No es sencillo determinar, conforme a esta configuración, si entre las funciones que deben atribuirse a este órgano, se encuentran, por definición del mismo, la investigación de las causas penales.

Esta institución, a la que se encomiendan múltiples competencias dentro del ordenamiento jurídico, tiene su origen en la ley francesa de 1790, en el *Code de Procedure Civile* de 1806 y en la Ley de 1820. Al Ministerio Fiscal corresponde, según

³⁸² Vid. Instrucción de la FGE 2/1992, de 13 de febrero. Reglas 3ª y 6ª. En la doctrina, vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “La nueva regulación...” op. cit., pág. 6.

³⁸³ PEREZ MORALES aclara que el concepto de sistema acusatorio no debe confundirse con el de principio acusatorio, pues existe cierta tendencia confundir ambos conceptos y a identificarlos. Explica la citada autora que “la confusión tiene su origen en que todo sistema acusatorio lleva implícita la aplicación del principio acusatorio, sin embargo, esto no ocurre a la inversa, es decir, no todo sistema en el que rige el citado principio puede considerarse como acusatorio. Mientras que el sistema acusatorio es un modo de conformar la totalidad del proceso penal, un tipo abstracto elaborado con fines didácticos que no se ha dado en estado puro en ningún ordenamiento jurídico, en cambio, el principio acusatorio constituye un postulado concreto que tiene vigencia en determinados procesos penales”. Vid. PEREZ MORALES, M.G. “Problemas...” op. cit., págs. 54 a 56.

³⁸⁴ En este sentido, vid. GIMENO SENDRA, J. V. “Filosofía...” op. cit., pág. 2 y FUENTES SORIANO, O. “La instrucción...” op. cit., pág. 166.

³⁸⁵ Esta es la definición del Ministerio Fiscal que ofrece TORO PEÑA, J. A. en “El Ministerio Fiscal o el juez de instrucción como órgano encargado de la fase de instrucción en el proceso penal”. *Diario La Ley*, N° 7885, Sección Doctrina, 21 de junio de 2012, Año XXXIII, Ref. D-252, Editorial La Ley. Pág. 1. El citado autor considera que el Ministerio Fiscal se integra, con autonomía funcional, dentro del Poder judicial.

la LECrim., el ejercicio de la acción penal en los delitos públicos y semiprivados, y la inspección directa en la formación de los sumarios; se constituye como parte en los procedimientos que instruyen los jueces y puede solicitar actos de investigación, debiendo darle parte de la incoación de la instrucción. Si bien una de las funciones del Ministerio Fiscal es el ejercicio de la acción penal, también puede oponerse a la ejercitada por otro, pues la legalidad ha de presidir su actuación. Conviene recordar que en nuestro vigente sistema procesal, el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal, ya que ésta es pública, ni, al menos hasta la LO 1/2015, en lo que se refiere a los delitos leves, se somete en su actuación a principios de oportunidad³⁸⁶.

La LORPM, heredera de la LO 4/92, también atribuye al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación, la defensa de los derechos del menor, la supervisión de las actuaciones en su interés y la observancia de las garantías legales y constitucionales (arts. 6 y 16 de la LORPM). GÓMEZ COLOMER critica que la inspiración paternalista y tutelar del proceso de menores no ha desaparecido del todo en la LORPM, pues se atribuye al mismo órgano la función de averiguación de los hechos, de acusación y de velar por los intereses y derechos del menor, una acumulación de funciones que presenta algunas dificultades, como veremos más adelante³⁸⁷.

La supuesta provisionalidad con que en 1992 se produce la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal, y la confusión acerca de la naturaleza penal o educativa de este procedimiento, llevó a que no existiera una conciencia clara de la enorme trascendencia de esta decisión, que la LORPM se ha limitado a mantener. La preferencia del Ministerio Fiscal sobre nuestra clásica figura del juez instructor tiene su razón de ser precisamente en el carácter tutelar que en los años noventa aún se atribuía a este procedimiento, que no todos consideraban como propiamente penal. Finalmente, el cauce establecido para la reforma de los menores, presentaba múltiples semejanzas con el procedimiento abreviado de la LECrim., pese a lo cual las dudas que planteaba la imputabilidad de los menores dieron lugar a que se siguiera manteniendo por amplios sectores doctrinales su naturaleza netamente educativa.

A mi juicio, la decisión tuvo una enorme trascendencia, pues en la actualidad y partiendo de la naturaleza penal del proceso de menores, la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación del proceso de menores puede servirnos de base para la opción de este modelo procesal en la justicia de adultos.

La justicia de menores ha sido “experiencia piloto” de algunas instituciones que después pasaron a la justicia de adultos, como es el caso de la libertad vigilada, que ya

³⁸⁶ Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S. “*Derecho jurisdiccional III...*” op. cit., págs. 62 a 64.

³⁸⁷ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “*Tuición...*” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 167 y 168.

contemplaba la LTTM³⁸⁸ y que se introduce en nuestro CP tras la reforma del mismo operada por la LO de 22 de junio de 2010³⁸⁹, o del instituto de la conformidad, que fue tomado por nuestro ordenamiento jurídico del derecho penal de menores comparado. También el principio de oportunidad, actualmente consagrado en los delitos leves tras la reforma del CP por LO 1/2015, proviene de la justicia de menores, donde se han alcanzado resultados satisfactorios en delitos de menor entidad. Precisamente por esto, MARTÍN OSTOS criticaba que el legislador no fuera consciente de la trascendencia de la decisión de atribuir al fiscal la investigación en los procesos de menores³⁹⁰.

Fue, por tanto, una ley de carácter provisional, como la de 1992, que configuraba un proceso que se seguía calificando de tutelar, la que podría estar en la base de la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción en todo nuestro sistema procesal, pues la LORPM fue heredera de este modelo, y a su vez es ensayo o inspiración de las propuestas que en este sentido se barajan para el proceso de adultos.

La jurisdicción de menores es un campo de ensayo de reformas legislativas. Según TAMARIT SUMALLA, este procedimiento puede utilizarse como prueba de reformas procesales, lo cual es habitual en otros países europeos, porque ofrece mayor facilidad para la introducción de soluciones novedosas, por su flexibilidad, y cita a título de ejemplo los programas de conciliación entre autor y víctima, o los mecanismos de desjudicialización³⁹¹.

El modelo de justicia de menores no está exento de críticas. Se ha puesto de manifiesto la ineficacia del derecho penal de menores, e incluso los efectos contraproducentes del mismo, y en este sentido el citado autor coteja datos provenientes de estadísticas oficiales y de investigaciones criminales. Los datos revelan que existen más porcentajes de reincidencia en los menores que han sido sometidos a alguna medida que en los que no han sido objeto de las mismas, lo que parece revelar que el propio sistema de justicia juvenil ayuda a incrementar las posibilidades de que el joven infractor continúe delinquir. Otras investigaciones reflejan que la reincidencia es menor entre los jóvenes delincuentes sometidos a medidas que entre los mayores de edad condenados a una pena. Por otra parte, TAMARIT SUMALLA es consciente de que normalmente la intervención penal recae sobre los individuos más conflictivos, y que ofrecen peor pronóstico. Estos estudios permiten apreciar la existencia de menor reincidencia en los sistemas que aplican medidas alternativas, como la mediación. Por

³⁸⁸ El art. 17 de la LTTM ya contemplaba la libertad vigilada como medida a imponer en el procedimiento de corrección de menores.

³⁸⁹ Vid. CORONADO BUITRAGO, M. J. “Libertad vigilada”. *Novedades legislativas en el orden penal. Cuadernos digitales de formación. Nº 46, 2009*. Págs. 2 y ss.

³⁹⁰ Vid. MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores...” op. cit., págs. 151 y ss. Esta decisión se adoptó, a su juicio sin un suficiente debate científico y político, a pesar de la gran trascendencia de la misma.

³⁹¹ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. L. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords). *Justicia penal...* op. cit., pág. 14. “La provisionalidad se prolongó más allá de lo razonable, al fracasar el intento del Ministro Juan Alberto Belloch de hacer que el Parlamento aprobara junto al CP de 1995 la ley reguladora de la responsabilidad del menor, a la que el Código remite en su art. 19 (...) La Ley refleja los equilibrios y compromisos entre los distintos grupos parlamentarios que formaron la mayoría que permitió su aprobación (...)”.

esta razón, concluye que el derecho penal de menores debe hacer prevalecer las vías desjudicializadoras y las medidas no privativas de libertad y pone como modelo el sistema de justicia alemán, en el que se ha optado por evitar la intervención penal ante hechos episódicos o de escasa entidad, otorgar preferencia a la reparación a la víctima sobre la sanción penal en sentido estricto, y hacer prevalecer las medidas de carácter educativo sobre el castigo propiamente dicho³⁹².

Fue, en definitiva, la misma evolución desde el modelo tutelar que en nuestro país experimentó la jurisdicción de menores la que propició la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación, en un proceso en el que, inicialmente, se atribuía a este órgano el monopolio en el ejercicio de la acción penal, a diferencia de la LECrim. Fue necesaria la reforma del EOMF para adaptarlo a las nuevas funciones atribuidas. Esta opción, en opinión de SALOMÉ ESCRIVÁ, supuso un “adelanto de la transformación que el Ministerio Fiscal español, a semejanza de sus homólogos europeos, va a experimentar en el futuro, convirtiéndose en el instructor de los procesos penales en sustitución de los actuales jueces de instrucción”³⁹³.

En el proceso de adultos, el Ministerio Fiscal tiene también encomendadas funciones como la recepción de denuncias o la incoación de diligencias preliminares de investigación, en el caso del procedimiento abreviado, dando las órdenes oportunas a la policía judicial, pero debiendo cesar en dichas actuaciones cuando se inicie un procedimiento judicial (art. 773.2 de la LECrim.). Sin embargo, en el proceso de menores se le atribuye la dirección de la investigación penal. Según afirma el citado autor, esta función, unida a las que tiene atribuidas para la defensa de los derechos e intereses de los menores, al ejercicio de la acción penal y a la facultad de desistir o acordar la no continuación del expediente en aplicación del principio de oportunidad, le convierten en un “juez de instrucción reforzado”, con atribuciones que, a su juicio, exceden de la instrucción propiamente dicha e invaden el ámbito del enjuiciamiento³⁹⁴.

La atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal genera una acumulación de funciones en esta institución. A esta cuestión se refiere, en relación con la LORPM, la Circular de la FGE 1/2000, que puso de manifiesto este problema al

³⁹² Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 20 a 22. Se habla de la crisis del derecho penal de menores, como consecuencia de la crisis de la juventud unida a la crisis del derecho penal en general. En este sentido, este autor aprecia “una posible contribución del sistema penal de menores al desarrollo de la carrera criminal” por lo que se muestra partidario de “la reducción de la intervención penal ante la delincuencia juvenil, dado el carácter habitualmente transitorio y asociado a la evolución de la personalidad de los comportamientos antisociales producidos durante la adolescencia”. Recoge la idea de que el sistema penal de menores es “un obstáculo para la superación natural de las dificultades inherentes a la evolución de los adolescentes que estarían en la base de los comportamientos delictivos protagonizados por personas de esta edad”.

³⁹³ Vid. SALOMÉ ESCRIVÁ, J. S. “La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 211 y 212.

³⁹⁴ Vid. SALOMÉ ESCRIVÁ, J. S. “La intervención...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. M., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 211 y 212.

establecer que “el Fiscal deberá compatibilizar el ejercicio de la acción penal con la defensa de los derechos de los menores”³⁹⁵. Esta confluencia de diversas funciones en el mismo órgano, en opinión de GÓMEZ COLOMER, podría llevar a que el Ministerio Fiscal se preocupara más de su labor acusadora e investigadora que de su función de protección de los intereses del menor, y valora negativamente que la instrucción se otorgue al Ministerio Fiscal en el proceso de menores, si éste no instruye en el proceso de mayores. Considera que se trata de una prueba, de un ensayo para ver si funciona este sistema de instrucción por el fiscal y critica que se haya utilizado al sector juvenil a modo de experimento. El modelo supone una “instrucción parcial, de parte”, a juicio del citado autor, dada la dualidad de posiciones acusadora e investigadora que pasa a ostentar el fiscal, concluyendo que en todo caso sería más coherente que todos los procesos contra mayores y menores los instruyera el Ministerio Fiscal³⁹⁶.

La dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal se basa en una concepción de la instrucción de corte anglosajón, más acorde a los sistemas acusatorios puros. En opinión de GÓMEZ COLOMER, el hecho de que el modelo de instrucción por el fiscal se introdujera en el proceso de menores responde más a una decisión política que a la idea de protección y defensa por el Ministerio Fiscal de los derechos e intereses del menor, función que le atribuye el art. 3.7 del EOMF de 1981 y el art. 6 de la LORPM³⁹⁷.

La instrucción por el Ministerio Fiscal en la jurisdicción de adultos ha dado lugar a numerosos estudios; es inabarcable la doctrina que trata este tema desde hace más de treinta años; hay dos propuestas legislativas para la elaboración de un nuevo cuerpo de legislación procesal, y a pesar de esto, son numerosos los escollos y los

³⁹⁵ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.A.

³⁹⁶ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 167 a 170. El citado autor califica de “burla al sistema” que el fiscal instruya en el proceso de menores si no lo hace en el proceso de adultos. Este autor critica duramente la instauración de este modelo en la justicia de menores: “Si sale bien lo exportamos a la LECRIM, si sale mal, no pasa nada. Pero si pasa, porque a nadie se le ha ocurrido pensar que un error procesal también puede causar un daño psíquico irreparable, ¡en un menor de edad!, y este error procesal lo puede ocasionar perfectamente quién tiene obligación legal de acusar, es parte acusadora en consecuencia y además instruye, por tanto, lleva una instrucción parcial, de parte ¿Por qué no se crea un proceso penal para jubilados y mayores de 70 años que cometan delito y se experimentan aquí estas cosas? Los posibles daños psíquicos no tendrían tanta trascendencia dicho aquí con todos los respetos. (...) En cambio si todos los procesos penales contra mayores (jubilados incluidos) o menores, militares o civiles, aforados y sin aforar, competencia o no del jurado, etc. fueran instruidos por el Ministerio Fiscal, al menos tendríamos la coherencia de nuestra parte y eso sería mucho a favor (...)”

³⁹⁷ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER (coords.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 168 y 169. Este autor no considera inconstitucional la instrucción por el Ministerio Fiscal, en base a la definición de la función jurisdiccional contenida en el art. 117 del CE. Este precepto implica que “la decisión de condenar o absolver a un acusado, con todos los actos que la fundamentan (prueba) la tome un juez, pero no impide que para llegar a la decisión de si se puede abrir el juicio oral contra una persona se acuda a personas y normas no sometidas al Derecho Jurisdiccional, lo que por cierto siempre ha ocurrido en la práctica, aunque bajo el manto judicial. Por su parte el máximo intérprete de nuestra norma constitucional ha dicho que este modelo es ajustado a la Constitución, como no podía ser de otra manera. Otra cosa es su conveniencia, porque de manera tan clara como pienso que la instrucción del proceso penal es constitucional, creo también que hoy es absolutamente inconveniente que asuma esta función”.

inconvenientes que se objetan a la mera posibilidad. Esta opción supondría, como después veremos, una concepción de la instrucción que difiere de la que existe actualmente, al menos en la jurisdicción de adultos, y una serie de reformas que afectan a principios esenciales de nuestro derecho. Sin embargo, en el proceso de menores se instauró este sistema, que viene funcionando desde hace ya bastantes años.

Como hemos visto, el proceso de menores era un proceso de segundo orden, donde se mezclaban aspectos de reforma con otros de protección de menores y de carácter educativo, y por tanto, no existía una idea clara de que lo que se imponía al menor era un castigo por un hecho delictivo. La autoridad de los adultos sobre los menores se expresaba a través de la imposición de medidas educativas.

Sin embargo, si partimos de la auténtica naturaleza penal del proceso de menores, éste presenta bastantes similitudes con el proceso de adultos, y es por esto por lo que me atrevo a comparar ambos modelos y a plantear la traslación de algunas de las innovaciones experimentadas en el campo de la delincuencia juvenil al proceso de mayores.

Conviene partir de la distinción entre las características de la delincuencia de menores y de la que tiene lugar en la edad adulta, porque precisamente en ella encontramos algunas de las razones por las que la atribución de la instrucción al fiscal en el proceso de menores presenta menores inconvenientes que en el caso de los mayores de edad. La diferencia es que los delitos con ciertas implicaciones políticas en los que la instrucción por el fiscal y el principio de oportunidad en el proceso de adultos plantean serias dudas a la doctrina, especialmente, por el principio de dependencia jerárquica que rige la actuación del Ministerio Fiscal, no suelen presentarse en la práctica de la justicia de menores.

La delincuencia juvenil tiene rasgos que la distinguen de la protagonizada por los adultos, que ha dado lugar a que, en este “proceso para niños”, el legislador se haya aventurado con esta fórmula, heredera del carácter tuitivo que tradicionalmente había tenido esta jurisdicción³⁹⁸. MORILLAS CUEVA entiende que se asigna al menor una responsabilidad penal cuando son las propias carencias del sistema las que generan estos comportamientos. La delincuencia juvenil se nutre de las propias características de la

³⁹⁸ En relación con las características de la delincuencia juvenil, vid. GARCÍA PÉREZ, O. (dir.), DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., PÉREZ JIMÉNEZ, F. y GARCÍA RUÍZ, S. *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de Menores*. Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008. Págs. 68 y ss. Los citados autores recogen una serie de estadísticas sobre la delincuencia juvenil en nuestro país. En relación con esta misma cuestión, vid. COLÁS TURÉGANO, A. *Derecho penal de menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. Págs. 24 y ss. Son factores que influyen en la delincuencia juvenil el clima de violencia presente en la sociedad, transmitido por los medios de comunicación, la situación socio económica de las familias, que en ocasiones atraviesan dificultades, el desempleo de los jóvenes, el excesivo tiempo de ocio consecuencia de la falta de ocupaciones útiles, la sensación de falta de control de la propia vida, que aboca al joven a situaciones de estrés o de depresión, que pueden conducirle al mundo de las drogas. La pérdida de los valores, el hecho de que el consumismo y la diversión, el éxito y la ambición, hayan sustituido al esfuerzo y la educación, influye decisivamente en ciertos comportamientos. A estos factores se añaden otros de carácter individual, como las anomalías patológicas o no en ciertos jóvenes.

etapa adolescente, busca expresar rebeldía, experimentar, o satisfacer sus necesidades de forma inmediata, a lo que se añaden en gran parte de los casos situaciones de marginalidad, falta de atención, familias desestructuradas, o consumo de alcohol y otras sustancias. Situaciones de pobreza, de malos tratos, de consumo de tóxicos en los padres, o conductas delictivas de los adultos del entorno, escasez económica, fracaso escolar o falta de perspectivas laborales, posibles trastornos psicológicos o la influencia de la pandilla de amigos que también presentan comportamientos antisociales, favorecen el inicio de la carrera delictiva del joven. El consumo de alcohol se presenta frecuentemente como fuente de actividades violentas o antisociales que el menor generalmente comete en grupo, y en caso de adicción a las drogas, la necesidad de procurarse los medios económicos para mantenerla. En definitiva, los factores económicos y socio-ambientales, como explica MORILLAS CUEVA, inciden decisivamente en la comisión de hechos delictivos, frente a los cuales se interviene para evitar que se conviertan en adultos delincuentes³⁹⁹.

Por este motivo, la tradición tuitiva, unida a una cierta prevención general, que también está presente en el proceso de menores llevaron a configurarlo como un modelo donde la instrucción por el fiscal era plausible, pues, siendo un proceso de naturaleza penal, tenía tan arraigado el contenido educativo, que era un campo donde no se planteaban los reparos que la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal plantea a la doctrina en relación con la justicia de adultos, como veremos en el capítulo cuarto.

No obstante, como veremos en el capítulo cuarto, también en el proceso de adultos, al menos en relación con el que se suele denominar delincuente común, se suelen dar circunstancias de marginalidad, o derivadas de la condición de inmigrantes de muchos de ellos, de consumo de tóxicos, etc. La procedencia de los infractores adultos, o las circunstancias que les han movido a la delincuencia, son, salvando las distancias relativas a la edad y madurez, similares a las de los más jóvenes, pues la experiencia demuestra que en la mayor parte de los casos existen dificultades sociales, económicas, culturales o familiares que subyacen a estas situaciones. Las situaciones de marginalidad son un común denominador a la delincuencia juvenil y de mayores.

La LORPM eligió este modelo de investigación por el fiscal de entre las distintas opciones que existían. Optó así por este sistema que estaba muy extendido en el derecho comparado, en lugar del modelo clásico de nuestra LECrim., que distingue entre el juez instructor y el juez de enjuiciamiento. Se podría haber optado por trasladar a la justicia de menores el sistema propio del proceso de adultos, manteniendo al Ministerio Fiscal

³⁹⁹ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “La política...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., págs. 16 y 17. Sostiene este autor: “En no pocas ocasiones la línea divisoria que separa el delito de la víctima no es sencilla de deslindar ni tampoco de caminar. Fácilmente se puede pasar del rol de menor victimizable al del menor delincuente (...) Una delincuencia expresiva e instrumental, que busca el placer inmediato por recreación o rebeldía, que demanda, en muchas ocasiones, aventura, emoción, excitación, fórmulas para satisfacer sus deseos, aunque sea de forma hostil o dañosa par la sociedad, en una exploración inacabada de su propia identidad”. CUELLO CONTRERAS, en “Reflexiones...” op. cit., en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate...* op. cit., págs. 124 y ss., realiza un estudio de algunos factores desencadenantes de la delincuencia en los jóvenes.

en las funciones que clásicamente ha tenido atribuidas, y configurando un juez de menores instructor distinto de aquel al que corresponde el enjuiciamiento, tal y como ha sugerido la doctrina, modelo que, además, al desdoblarse las figuras de juez de instrucción o de garantías y juez de enjuiciamiento, permite solucionar los problemas derivados del principio de imparcialidad que, como veremos, se siguen planteando en la justicia de menores⁴⁰⁰.

La LORPM, sin embargo, prefirió diseñar un modelo en que la dirección de la investigación correspondiera al Ministerio Fiscal, con una fase preparatoria del juicio limitada en el tiempo y en que al juez solo le corresponden algunas facultades como son la autorización de las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales o la adopción de medidas cautelares, pero no la investigación propiamente dicha ni el impulso de oficio del procedimiento.

La justificación de este sistema de instrucción por el Ministerio Fiscal la encuentra la doctrina en el art. 117.3 de la CE, que establece: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. Añade el apartado 4 que “los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho”.

Consagra así este precepto lo que se ha venido en llamar “principio de exclusividad de la jurisdicción”, principio en el que la doctrina distingue un contenido positivo, esto es, que corresponde a los órganos judiciales juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y un límite negativo, pues los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado 3 del art. 117 de la CE. Pese a ello, el precepto añade que ejercerán “las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho”⁴⁰¹. He aquí el punto de partida de las polémicas doctrinales acerca de si es admisible la instrucción judicial, o si ésta debe estar necesariamente atribuida a un órgano distinto del órgano jurisdiccional⁴⁰².

El fundamento de las doctrinas que sugieren la atribución de la instrucción de los procedimientos al Ministerio Fiscal, parte de la idea de que entre las funciones constitucionalmente encomendadas al juez no figura la de investigación, y plantean la duda de si el mismo órgano que investiga ha de ser quién se ocupe de la garantía de los

⁴⁰⁰ En este sentido, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “Propuestas...” op. cit., págs. 266 y ss.; AYO FERNÁNDEZ, M. J. “Las garantías...” op. cit. págs. 323 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G. “Marco operativo de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. *Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-147, tomo 4, Editorial La ley*. Pág. 10.

⁴⁰¹ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director de la investigación en el proceso penal de menores” en GIMENO SENDRA, J. V. (dir.). *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción*. Ed. Iustel. Madrid, 2006. Págs. 54 y ss.

⁴⁰² Vid. MARTÍN PASTOR, J. “Problemática constitucional acerca de la dirección de la instrucción penal por un juez o por el Ministerio Fiscal”. *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. Págs. 465 y ss.

derechos fundamentales del investigado durante la instrucción. La pregunta que se hace la doctrina es si la instrucción puede considerarse incluida en la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, o excede de la misma, o si la atribución al juez de la función instructora puede ampararse en las competencias expresamente atribuidas en “garantía de cualquier derecho”. La instrucción entendida como investigación excede del ámbito de lo que se considera “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, pero la fase de instrucción también comprende actuaciones realizadas en garantía de derechos fundamentales y otros que implican un juicio que solo puede encomendarse a quien ejerce funciones jurisdiccionales. En resumen, dentro de la instrucción se distingue entre los actos de investigación pura y simple y aquellos que implican la limitación de los derechos del investigado⁴⁰³.

Estos planteamientos, válidos tanto para el proceso de menores como para el de adultos, se basan en la idea de que en la investigación penal no se produce un ejercicio de la potestad jurisdiccional, pues investigar no supone juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de modo que la intervención del juez no es necesaria en toda la investigación, sino solo es constitucionalmente exigible cuando se deban adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales. La instrucción se define, según se desprende del art. 299 de la LECrim. como el conjunto de actuaciones dirigidas a preparar el juicio y a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

Por tanto, la fase de instrucción tiene una doble finalidad: de investigación y de aseguramiento⁴⁰⁴. En atención a la finalidad de investigación, la instrucción comprende las actuaciones o diligencias tendentes a la averiguación del hecho y del autor, con todas las circunstancias que puedan beneficiar o perjudicar al mismo. La finalidad de aseguramiento justifica una serie de actuaciones dirigidas a la conservación de las fuentes de prueba, y a garantizar el proceso penal, evitando que los investigados se sustraigan a la acción de la justicia o se puedan destruir los efectos del delito.

En relación con el proceso de mayores, el art. 306 de la LECrim. atribuye al juez de instrucción esta fase del proceso, y al fiscal la inspección directa, mientras que en el proceso de menores se atribuye la investigación al Ministerio Fiscal, aunque se reserva al juez de garantías ciertas funciones durante la instrucción. Aunque por simplificación se suele hablar de la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción, en puridad no se le otorga la instrucción en sentido estricto, sino sólo la investigación, es decir aquellos actos de la misma que no requieran limitación de derechos fundamentales. De este modo, dentro de la instrucción se distingue entre los actos de investigación, que es lo que genéricamente se suele denominar instrucción, que se encomiendan al Ministerio

⁴⁰³ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales, fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. PPU, Barcelona, 1988. Pág. 85. “La fase preparatoria del juicio oral, en los procesos penales, no es sólo investigación, sino también enjuiciamiento jurídico a partir de esa investigación (...) Acto por acto cabe diferenciar, aunque no sin dificultades, los de investigación pura y simple y los que entrañan aplicación de normas jurídicas a concretas situaciones históricas”.

⁴⁰⁴ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F. A. “Características...” op. cit. Págs.2 y ss.

Fiscal, y aquellos que suponen enjuiciamiento o limitación de derechos fundamentales, que quedan reservados al denominado juez de garantías. Es el modelo seguido en el derecho comparado y en nuestro país en la jurisdicción de menores⁴⁰⁵. Es una importante diferencia de nuestro proceso de adultos, en el que la instrucción, tanto en lo que se refiere a los actos de investigación como a los actos limitativos de derechos fundamentales, sigue atribuida al juez de instrucción⁴⁰⁶.

Parte de la doctrina ha entendido que la instrucción penal no forma parte del contenido de la potestad jurisdiccional, motivo por el cual algunos autores consideran que no siendo la instrucción una actividad procesal o jurisdiccional, debe estar atribuida a un órgano diferente del juez, como puede ser el Ministerio Fiscal o incluso la policía⁴⁰⁷. LÓPEZ LÓPEZ, a propósito del proceso de menores, no solo niega a la instrucción el carácter jurisdiccional, sino que defiende que la misma tiene una naturaleza administrativa y preprocesal, que no forma parte del proceso penal propiamente dicho, ya que éste no comienza hasta la fase intermedia. Para este autor, las actividades tendentes “a la preparación del juicio y la acusación son algo distinto del juicio mismo”, una actividad en la que es necesario adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales, función que no pueden atribuirse al mismo investigador, pues

⁴⁰⁵ Vid. SUBIÑAS CASTRO, B. I. “Diligencias restrictivas...” op. cit., págs. 3 y ss. Estima esta autora que la instrucción tiene una doble función, pues cumple una primera función de investigación, entendiendo por tal el conjunto de actuaciones que permiten tomar conocimiento del hecho cometido, de sus circunstancias relevantes y de la persona a la que se puede imputar su comisión, con todo lo que le pueda favorecer o perjudicar. Pero también la instrucción tiene una finalidad de aseguramiento, lo que comprende un conjunto heterogéneo de actividades, orientadas en una doble dirección: de un lado, conseguir que las fuentes de prueba se conserven hasta que puedan proyectarse respecto de ellas los medios de prueba oportunos; de otro, garantizar la efectividad del proceso penal, también en su dimensión civil, impidiendo que puedan sustraerse de la persecución las personas a quienes se imputa el delito y los bienes y derechos sobre los que se ha de proyectar una eventual responsabilidad criminal. Explica esta distribución de funciones: estos roles así distribuidos en el proceso penal de adultos varían en el proceso penal de menores, de manera que algunos de las actividades propias de la instrucción se atribuyen al Ministerio Fiscal, y otras quedan en manos de un juez, que no es el de instrucción, sino que es un juez de garantías, al menos en la fase pura de investigación.

⁴⁰⁶ PÉREZ MORALES explica que el juez instructor “se sitúa en un estadio intermedio entre un órgano inquisidor y el que es ajeno a la contienda, coincidiendo en la misma institución dos aspectos en principio contradictorios. De un lado, el juez debe situarse en un plano de imparcialidad a la hora de resolver algunas de las cuestiones que, afectando unas a los derechos del reo y otras a los de la sociedad, se plantean en esta fase. En efecto, se pronuncia acerca de la limitación de determinados derechos fundamentales del imputado como el de libertad, el de inviolabilidad del domicilio o el de secreto de sus comunicaciones y al mismo tiempo ha de atender a las exigencias de seguridad del resto de ciudadanos. De otro, su misión es reunir elementos de cargo suficientes para iniciar el juicio oral con ciertas garantías de éxito. También debe recoger los elementos de descargo que, como ya hemos dicho, parece a priori una labor más propia de la defensa. Además, en determinados momentos se pronuncia sobre si el reo es o no indiciariamente responsable del hecho, dictando auto inculpatario -el de procesamiento- con lo que se dificulta su posición imparcial”. Vid. PÉREZ MORALES, M. G. “Problemas...” op. cit., pag. 77.

⁴⁰⁷ En este sentido, MENDIZÁBAL ALLENDE considera que la tarea de investigar es una tarea policial, que debe realizarse bajo la supervisión del fiscal y en la que al juez únicamente corresponderá la función de garantía de los derechos y libertades. Vid. MENDIZÁBAL ALLENDE, R. “La posición del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación del sumario a órgano de investigación, Su marco procesal. Presente y futuro”. *Ministerio de Justicia. Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*. VI.1999. Págs. 62 y ss. También LORCA NAVARRETE entiende que no siendo la instrucción una actividad procesal en sentido estricto, puede atribuirse al Ministerio Fiscal. Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. “¿Es inconstitucional la figura del instructor acusador?” *Actualidad Aranzadi. Año VI. Número 233*. Pág. 3.

este se encontraría contaminado, sino que debe encomendarse a un tercero. Por estas razones, estima que lo más adecuado es prescindir de la figura del juez instructor, otorgar la investigación al Ministerio Fiscal y a la policía, y reservar al juez de garantías las decisiones que afecten a los derechos de los encausados. La necesidad de separación entre la competencia para los actos de investigación y para las decisiones limitativas de derechos fundamentales responde, además, a la idea de la “contaminación psicológica” del investigador, pues, a juicio de LÓPEZ LÓPEZ, el juez instructor adoptará las medidas que sean necesarias para el éxito de la investigación que él mismo está desarrollando⁴⁰⁸.

Discrepo en este punto de dicha doctrina, pues debemos partir de que la actuación del juez instructor está presidida por el principio de imparcialidad, y que en el caso de que existan sospechas de un interés en el éxito o no de la investigación, debe acudir a los mecanismos de la abstención y recusación. El problema que encuentra la doctrina es que el juez instructor tiene asignadas funciones de investigación y de garantía de derechos fundamentales, y por este motivo un tercero resultaría más imparcial para esta última tarea, puesto que siéndole indiferente el resultado de la investigación, pondrá más celo en la garantía de los derechos y libertades, incluso a pesar de que este celo implique la frustración de la investigación.

Sin embargo, entiendo que el hecho de que el juez tenga asignada la investigación no implica descuidar la garantía de los derechos del justiciable, pues de entender que estos deben prevalecer sobre los fines de su propia investigación, se limitará a acordar el sobreseimiento de las actuaciones o bien continuará con la instrucción prescindiendo de la práctica de dicha diligencia. No debe presuponerse en el ánimo del juez investigador afán alguno de que la instrucción por él realizada culmine en su día en una sentencia condenatoria, ya que dicha investigación tiene por objeto hacer constar todas las circunstancias tanto adversas como favorables al investigado, y la experiencia pone de manifiesto que ningún problema debe suponerle archivar la causa en el caso de que no existan indicios suficientes contra el encausado.

A título de ejemplo, en la práctica es muy frecuente que se denieguen diligencias limitativas de derechos fundamentales solicitadas por la policía judicial o que se sobresean algunos asuntos por el juez instructor por inexistencia de indicios suficientes. Precisamente ese conocimiento del contenido de la investigación por él mismo realizada

⁴⁰⁸ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 64 y ss. y 72 y ss. Defiende LÓPEZ LÓPEZ la contaminación psicológica del investigador, por lo que propone que se atribuya la adopción de medidas limitativas de derechos a un tercero imparcial. Propone prescindir de la figura inquisitoria del juez instructor, encomendar la represión de la delincuencia a la policía y al Ministerio Fiscal, es decir, al poder ejecutivo, y reservar al juez de garantías la ponderación de los intereses en conflicto en toda investigación, es decir, el interés social en el castigo del culpable y los derechos constitucionales del investigado. En este mismo sentido, ASENCIO MELLADO entiende que se produce un conflicto entre el interés público que está en la base de la investigación y el interés privado en el respeto de las garantías individuales. Vid. ASENCIO MELLADO, J. M. “*Prueba prohibida y prueba preconstituída*”. Ed. Trivium. Madrid, 1989. Págs. 76 y ss. En relación con esta cuestión, vid. GIMENO SENDRA, J. V. “Las partes acusadoras”, en MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., ALMAGRO NOSETE, J. y GIMENO SENDRA, V. *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989. Págs. 85 y ss.

le ofrecerá datos más precisos para determinar hasta qué punto la misma merece el sacrificio de los derechos de los investigados y facilita el acierto a la hora de determinar qué diligencias restrictivas de derechos fundamentales o qué medidas cautelares están justificadas y cuáles no⁴⁰⁹. Otra cuestión es que se prefiera por diversas razones un sistema que encomiende la instrucción a un órgano no judicial, supuesto en el que algunas decisiones deben quedar reservadas al juez de garantías, por mandato constitucional. Pero entiendo que la atribución de esta función al juez de garantías no responde tanto al “afán incriminador” del instructor como al hecho de que el Ministerio Fiscal por su propia naturaleza no puede adoptar este tipo de decisiones de carácter jurisdiccional.

Critica también LÓPEZ LÓPEZ que el sistema acusatorio mixto o formal acogido en el ámbito de la justicia de adultos compromete la imparcialidad del juez de instrucción, que realiza personalmente la investigación penal y valora sus resultados en la fase intermedia. No debe admitirse, a juicio de este autor, que un mismo instructor investigue, adopte decisiones limitativas de derechos y además valore el resultado de la investigación en orden a decidir sobre la apertura de la fase de juicio oral o el sobreseimiento⁴¹⁰. Sin embargo, PÉREZ MORALES sostiene que la característica de la imparcialidad del juez no es exigible en la fase de instrucción, que se desarrolla con un carácter inquisitivo, en búsqueda de la verdad material, y precisamente por este motivo el juez instructor no será quién dicte la sentencia definitiva, pero en la fase intermedia ya ha terminado la instrucción⁴¹¹.

2. El modelo procesal de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor. Especial referencia a la fase instructora.

GIMENO SENDRA sostiene que en la práctica se producen algunas disfunciones como consecuencia del mantenimiento del modelo del juez instructor en el proceso de adultos, en el que el mismo concepto de sumario difiere del propio de

⁴⁰⁹ En este sentido, vid. TORRES-DULCE, LIFANTE, E. “La reforma de la instrucción en el proceso penal y el fiscal investigador”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005. Pág. 82.

⁴¹⁰ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 67 y ss.

⁴¹¹ Vid. PÉREZ MORALES, M. G. “Consideraciones acerca del carácter procesal de la fase de instrucción tras las leyes 5/2000 de responsabilidad penal del menor y 38/2002, instauradora del procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”. *Anales de derecho*. Nº 20, 2002. Estima esta autora que “éste se implicará activamente en la persecución del delito durante el desarrollo de la investigación (...) Por tanto deberá empeñarse en la búsqueda de elementos incriminatorios o de defensa con la finalidad de acercar la percepción procesal de los hechos a la realidad” Pág. 128.

aquellos otros sistemas procesales en el que la investigación está atribuida al Ministerio Fiscal, como es el caso del proceso de menores⁴¹².

No se trata solo de que instruya el juez o el fiscal, sino que la trascendencia de esta decisión es mayor, ya que como señala CONDE-PUMPIDO FERREIRO, esta opción no se limita a sustituir un órgano instructor por otro, sino que da paso, en lugar de la instrucción tal y como la conocemos en el proceso de adultos, a un modelo en que la misma se convierte en una fase preparatoria muy limitada⁴¹³.

Debemos recordar, antes de continuar, la distinta nomenclatura que utiliza la LORPM. La fase de instrucción del proceso de adultos es el expediente de reforma y el juicio oral se denomina audiencia. La fase intermedia recibe el nombre de fase de alegaciones, aunque también se habla de “fase de audiencia”, dejando el término “audiencia” para el juicio oral propiamente dicho. El imputado o investigado de la LECrim., es el menor expedientado.

En la instrucción intervienen por tanto dos órganos, entre los cuales se reparten las funciones que actualmente en el proceso de adultos aglutina el juez instructor: el Ministerio Fiscal, como director de la investigación, y el juez de garantías, al que quedan reservados aquellos actos que suponen limitación de derechos fundamentales o que por mandato constitucional están atribuidos al órgano jurisdiccional. Al Ministerio Fiscal corresponde la incoación del expediente de reforma y la práctica de las diligencias de investigación necesarias para la averiguación de los hechos y de la participación en ellos del menor, mientras que al juez de menores, como juez de garantías, se reserva la adopción de las medidas cautelares, la autorización de las diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, la prueba anticipada o preconstituida y la declaración de secreto del expediente. Una vez en la fase intermedia, corresponde al juez de menores, la decisión sobre el sobreseimiento o la apertura de la audiencia, y en fase de enjuiciamiento, le compete la celebración de la audiencia y el dictado de la sentencia. Finalmente, corresponden al juez de menores las funciones propias de juez de ejecución y de vigilancia penitenciaria. El juez de menores aglutina

⁴¹² Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Revista del Poder Judicial*. Nº especial VI. *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*. Págs. 2 y ss. “Ni los sumarios duran el plazo de un mes, tal y como dispone el artículo 324, ni cumplen solamente la función de preparar el juicio oral, en el que habrá de reproducirse con exhaustividad la verdad histórica mediante la actividad probatoria, cuyo resultado debiera ser el único que debe apreciar el Tribunal en su declaración de hechos probados. Antes, al contrario, la duración de los sumarios excede con creces aquel plazo, los Tribunales fundamentan sus sentencias, en muchas ocasiones, en las diligencias sumariales, y el juicio oral sigue siendo un mero apéndice de la fase instructora, en el que durante los escasos minutos de práctica de la prueba e informe se dilucida la suerte del acusado. Si esto es así en nuestra práctica forense, estoy convencido de que dicha situación no obedece a una mentalidad inquisitiva de nuestra Magistratura, sino a la subsistencia de un modelo procesal, el del Juez de Instrucción, que lo propicia”.

⁴¹³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”. *Revista del Poder Judicial*. Nº especial VI. *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*. Págs. 17 y ss. Según este autor, no se trata tanto de sustituir el órgano de la instrucción como de reemplazar el sumario por una fase pre-procesal sin valor probatorio.

en su persona, por tanto, una triple condición: la de juez de garantías durante la fase de instrucción, la de juez de la fase intermedia y la de juez de enjuiciamiento.

En este sentido, la STC nº 60/1995, de 17 de marzo, aclaró el concepto de juez de garantías al establecer: “el juez de menores no puede ya ser configurado como un "juez instructor" (puesto que la instrucción le ha sido desgajada y conferida al Ministerio Público), sino como un "juez de la libertad" o garante del libre ejercicio de los derechos fundamentales”⁴¹⁴. Una vez superada la fase instructora, el juez de menores se convierte en el juez de la fase intermedia, pero actuando siempre a instancia de parte⁴¹⁵.

El art. 22 de la LORPM recoge las garantías procesales del menor desde el momento de la incoación del expediente, entre las que figura, como específica de esta jurisdicción, el derecho a la asistencia afectiva y psicológica en el procedimiento mediante la presencia de sus padres, y del representante del equipo técnico. Sin perjuicio de las competencias en la protección de los intereses del menor que se atribuyen al Ministerio Fiscal, corresponde al juez de menores, en su papel de juez de garantías, la tutela efectiva de los derechos del menor, que debe asegurar la observancia las garantías consagradas en el art. 24 CE, y los derechos reconocidos en la LORPM y en los tratados internacionales⁴¹⁶.

Se suele afirmar que el proceso de menores toma la estructura del proceso adversarial propio del sistema acusatorio puro vigente en el mundo anglosajón⁴¹⁷. Sin embargo, LÓPEZ LÓPEZ matiza que dicha estructura la adquiere solo formalmente pues, a su juicio, no existen partes enfrentadas propiamente dichas, es decir, no se trata realmente de una contienda *inter partes*, puesto que “el juez, la acusación y la defensa persiguen una misma meta: el superior interés del menor”⁴¹⁸. Desde mi punto de vista, sustentando la naturaleza puramente penal del proceso de menores, la primacía del interés del menor y el hecho de que este principio deba presidir todas las actuaciones no obsta a la existencia de una contienda entre las partes que, sin perjuicio de la finalidad reeducativa de este proceso, defenderán, como es lógico, sus propios intereses.

Pero la posición del Ministerio Fiscal en el proceso de menores va más allá de lo que puede considerarse pura investigación, ya que le corresponde la decisión de iniciar o no el proceso penal, acordar o denegar la práctica de las diligencias de investigación,

⁴¹⁴ Vid. STC nº 60/1995, de 17 de marzo. FJ 6º, párrafo 5.

⁴¹⁵ Así lo explica SUBIÑAS CASTRO en su ponencia “Diligencias restrictivas”. op. cit., págs.3 y ss.

⁴¹⁶ ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “El juez de menores...” op. cit., pág. 199. El juez de menores efectúa esa misión a través de tres diferentes vías: “en primer lugar, el Juez tiene la obligación de observar las garantías procesales que se concretan en el derecho a la tutela judicial efectiva que exige el artículo 24 de la Constitución y de asegurar las garantías y derechos que, en el ámbito específico de menores se reconocen en la LORPM y en las normas internacionales; en segundo lugar, el juez debe motivar su decisión; y en tercer lugar, tiene que hacer una lectura crítica de las diferentes normas que componen el derecho aplicable para verificar si es compatible con la Constitución”.

⁴¹⁷ Vid. GUERRERO PALOMARES, S. *El principio.....* op. cit., pág. 13 y ss.

⁴¹⁸ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., pág. 13. Este autor parte de la opinión de que el proceso de menores carece materialmente de naturaleza penal, y de que por ello no existen partes enfrentadas, sino que la actuación de todas ellas va dirigida a un mismo objetivo, el interés del menor.

incluso tiene la posibilidad de poner fin al mismo o no iniciarlo mediante las distintas expresiones del principio de oportunidad, y le compete la formulación del escrito de alegaciones⁴¹⁹. Algunas de tales funciones, como después veremos, ha llevado a la doctrina a hablar de una invasión de funciones propiamente jurisdiccionales.

2.1. Estructura del proceso.

En el proceso de menores se distinguen varias fases: el expediente de reforma, la fase de alegaciones o fase de audiencia, y la audiencia. Dado el objeto del presente trabajo de investigación, nos centraremos en las dos primeras y haremos algunas referencias a la audiencia e incluso a la fase de ejecución en cuanto sea necesario para tener una visión global del procedimiento, que permita comprender mejor la fase de instrucción. La terminología utilizada por la LORPM resulta algo equívoca, pues el término “audiencia” se utiliza tanto para denominar la fase intermedia como la fase de audiencia, y también para referirse al juicio propiamente dicho, al que se denomina audiencia.

La LORPM acoge la distinción, dentro de la fase de instrucción, entre aquellos actos que son propiamente de investigación, que se atribuyen al Ministerio Fiscal, y aquellos otros que implican el ejercicio de la actividad jurisdiccional, esto es, que comportan enjuiciamiento o garantía de derechos, y que por tanto deben corresponder a un órgano jurisdiccional, como son los que afectan a derechos fundamentales y garantías procesales y los que en la jurisdicción de adultos conforman la fase intermedia⁴²⁰.

Corresponde al Ministerio Fiscal, conforme al art. 16 de la LORPM, la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el art. 1, es decir por la comisión de hechos tipificados como delito o delito leve en el CP o leyes penales especiales⁴²¹. El Ministerio Fiscal practicará todos los actos de instrucción dirigidos a la

⁴¹⁹ Vid. SUBIÑAS CASTRO, B. I. “Diligencias restrictivas...” op. cit., págs. 9 y ss. Esta autora sostiene que el Ministerio Fiscal ostenta funciones que van más allá de la investigación propiamente dicha, pues no solamente es la autoridad que investiga y formaliza la acusación a través del escrito de alegaciones, sino que da el “pistoletazo de salida” a la misma investigación criminal, esto es, el que decide abrir o no un proceso penal, el que decide la práctica de diligencias de investigación y el que formula acusación, una vez ha considerado terminada ésta.

⁴²⁰ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “El proceso penal de menores”. *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid, Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales. Instituto universitario de investigación Ortega y Gasset. 2004. Tomo II, 3ª parte, derecho procesal penal. Págs. 1413 y ss. En palabras de GIMENO SENDRA, se reservan al juez de menores aquellos actos en los que le corresponde por imperativo constitucional al órgano judicial ostentar “no sólo la última palabra sino también la primera palabra”.

⁴²¹ Todas las referencias a las faltas que contiene la LOPRM deben entenderse realizadas a los delitos leves. La LO 1/2015 de reforma del CP no reparó en incluir una disposición que reformara las referencias que aquella contenía a las faltas, evidenciando que la jurisdicción de menores suele ser la gran olvidada dentro del proceso penal.

investigación del hecho punible y de la participación en él del menor, a fin de preparar el juicio o de solicitar el sobreseimiento.

Al Ministerio Fiscal le corresponde la dirección de la investigación durante la fase de instrucción, y el ejercicio de la acción penal en la fase de audiencia o juicio. Le compete, además, conforme al art. 6 de la LORPM, la defensa de los derechos e intereses del menor, y el impulso del procedimiento, debiendo practicar u ordenar que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de los hechos. Conforme al apartado 2 del art. 16 de la LORPM, corresponderá al Ministerio Fiscal la admisión o no a trámite de las denuncias, pudiendo decidir el archivo de las actuaciones si los hechos no revisten apariencia delictiva, no son creíbles o no existe un autor conocido. Igualmente corresponde al Ministerio Fiscal la custodia de las piezas de convicción, y la práctica de las diligencias necesarias para la averiguación de los hechos y de la participación en los mismos del menor. Una vez terminada la instrucción, conforme al art. 30 de la LORPM, el Ministerio Fiscal deberá acordar la conclusión del expediente de reforma, remitiéndolo al Juzgado de Menores junto con el llamado escrito de alegaciones.

2.1.1. La fase de instrucción.

Dentro de la instrucción, se distinguen a su vez tres fases: las diligencias preliminares, el expediente de reforma propiamente dicho y la conclusión de la instrucción⁴²². Las diligencias preliminares constituyen una fase preprocesal que debe iniciar el Ministerio Fiscal en cuanto reciba la *notitia criminis* a fin de determinar si procede o no la apertura del expediente de reforma, es decir, de la instrucción propiamente dicha. Esta fase de diligencias preliminares se archivará en el caso de que el Ministerio Fiscal decida que no procede la incoación del expediente de reforma, bien por no resultar creíbles los hechos, no revestir tipicidad penal o no constar la autoría de los mismos, o por desistimiento de la incoación del expediente por aplicación del principio de oportunidad (art. 18 de la LORPM). En el caso de que se decida la incoación del expediente de reforma, se dictará el oportuno decreto por el Ministerio Fiscal, que será comunicado al Juzgado de Menores, donde se abrirá el correspondiente expediente, a la espera de que el Ministerio Fiscal pudiera solicitar diligencias restrictivas de derechos fundamentales, la declaración de secreto o la adopción de medidas cautelares.

Una vez finalizada la práctica de las oportunas diligencias de investigación, el Ministerio Fiscal declarará la conclusión del expediente de reforma, y puede solicitar al juez de menores el sobreseimiento por desistimiento de la continuación del expediente (supuestos del principio de oportunidad de los arts. 19 y 27 de la LORPM), o por alguna de las causas expresadas en los arts. 637 o 641 LECrim., o bien, de estimar que

⁴²² En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. (dir). *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 57 y ss.

concurrir elementos suficientes para sostener la acusación, puede formular escrito de alegaciones, cuyo contenido es semejante al del escrito de calificaciones provisionales del procedimiento abreviado de la LECrim. Se remitirá entonces al Juzgado de Menores el expediente de reforma junto con el escrito de alegaciones y piezas de convicción, dándose inicio a la fase de alegaciones.

Antes de entrar en un análisis en profundidad de la fase de instrucción en el proceso de menores, creo conveniente hacer una referencia a las dudas que suscita la naturaleza de la instrucción, pues ésta no es una cuestión pacífica en la doctrina. Así, algunos autores como GÓMEZ COLOMER, han considerado que la instrucción no es una función judicial, reservada por la CE a jueces y tribunales, por lo que su atribución al Ministerio Fiscal no es inconstitucional⁴²³, mientras que otros, como ORTELLS RAMOS, entienden que debe quedar prohibida la atribución al Ministerio Fiscal en la instrucción de poderes inherentes al poder judicial⁴²⁴.

La doctrina ha planteado la cuestión de si todos los actos que integran la fase de instrucción del proceso de menores han de reputarse parte de dicho proceso. LÓPEZ LÓPEZ sostiene que la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción de los procesos de menores solo se entiende si se defiende el carácter extraprocesal del expediente de reforma, y se afirma la naturaleza administrativa de la que hasta ahora se había considerado la “fase estrella del proceso”. Solo así se explica, a juicio de este autor, las características peculiares del expediente de reforma y las limitaciones que sufre el derecho de defensa⁴²⁵. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN no comparte esta postura, que a la postre supondría admitir que las reformas encaminadas a dar cumplimiento a las garantías constitucionales en el proceso de menores no han tenido razón de ser, y que los menores siguen estando en peor situación que los adultos⁴²⁶.

Entiende LÓPEZ LÓPEZ que uno de los principales problemas de nuestro sistema procesal es precisamente la configuración de la instrucción como un proceso, pues en tal caso debe participar del régimen jurídico del mismo y le tienen que ser de aplicación las garantías constitucionales. A su juicio, si realmente se busca una eficacia en la persecución criminal, es necesario “administrativizar la investigación”, “extraerla del proceso” y otorgarla a la policía judicial, pues la simple sustitución del juez instructor por el Ministerio Fiscal no es suficiente para acabar con todos los males de la justicia. La limitación de la contradicción y defensa no ofrecería problemas si afirmamos la naturaleza extraprocesal de la instrucción del expediente de reforma⁴²⁷.

⁴²³ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”. *La reforma de la justicia penal. Estudios de homenaje al Profesor Klaus Tiedmann. Colección “Estudis jurídics”. Núm.2. Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997. Pág. 491.*

⁴²⁴ Vid. ORTELLS RAMOS, M. “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica”. *Revista derecho procesal*, 1990. Págs. 236 y ss.

⁴²⁵ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 24 y ss.

⁴²⁶ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “*El Proceso penal de menores...*” op. cit., pág. 19.

⁴²⁷ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A.M. *La instrucción...* op. cit., págs. 23 y 24. En este mismo sentido, VIVES ANTÓN sostiene que “la eficacia de la investigación criminal y el hipergarantismo procesal se

Si se considera la fase de instrucción del proceso como un trabajo de naturaleza administrativa, el mismo debe inspirarse en los principios propios de la administración del Estado, de modo que uno de sus pilares básicos será los principios de eficacia y de jerarquía. Si bien el principio de eficacia no está contemplado por el EOMF, entiende LÓPEZ LÓPEZ que dicho principio no debe ser menospreciado, “pues la eficacia de la justicia es el faro que debe guiar la actuación procesal del Ministerio Fiscal”⁴²⁸. La eficacia de la administración de justicia se logra mediante una mejor utilización de los medios personales y materiales, máxime en los tiempos de crisis económica como el que atravesamos. Sostiene el citado autor que la eficacia nunca puede ser una meta del poder judicial, pero sí de la fiscalía, como órgano administrativo encargado de poner en práctica una determinada política criminal⁴²⁹.

La instrucción se compone, como hemos visto, de actos diversos y la naturaleza de todos ellos no es la misma. Algunas de las funciones propias de la instrucción suponen la subsunción de hechos en normas procesales y sustantivas, lo que equivale a juzgar, como entendió la STC nº 164/1988, de 26 de septiembre, pues en la instrucción pueden llevarse a cabo actuaciones que supongan averiguación, calificación o juicio sobre los hechos⁴³⁰. Pero otras de las actuaciones propias de la instrucción no son de carácter jurisdiccional, tales como la realización de ciertas diligencias de investigación, pues puede llevarlas a cabo perfectamente un órgano no jurisdiccional, y de hecho en algunos países se encomiendan a la policía⁴³¹. Sin embargo, DE LA OLIVA SANTOS mantiene la naturaleza jurisdiccional de la instrucción, toda vez que entiende inseparables los actos de investigación de los actos que implican el ejercicio de funciones jurisdiccionales⁴³².

Esta distinción determina que se atribuyan en la LORPM al Ministerio Fiscal solo aquellas funciones de la instrucción que tengan carácter de actos de investigación y se reservan al juez aquellas otras que conlleven el ejercicio de la potestad jurisdiccional

oponen desde ciertas perspectivas, ya que el riguroso reconocimiento de los principios de publicidad, contradicción y defensa en los albores procedimentales impide el progreso de la investigación”. Vid. VIVES ANTÓN, T. S. “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”. *Poder judicial. Número especial III. Justicia penal*. Pág. 96.

⁴²⁸ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., pág. 35.

⁴²⁹ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 32 y ss.

⁴³⁰ Vid. STC nº 164/88, de 26 de septiembre.

⁴³¹ En este sentido, PÉREZ MORALES, M. G. “Transcripción de la jornada de debate celebrada en la facultad de derecho de la UCM el 26 de noviembre de 2010. Segunda sesión. Debates sobre los bloques IV, V y VI del Libro Verde”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCON INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012. Págs. 509 y 510. En el mismo sentido, ARMENTA DEU, T., FLORES PRADA, I., MARTÍN PASTOR, J. y DE LA ROSA CORTINA, J. M. “¿Requiere la instrucción de la función de “juzgar”? ¿que naturaleza tienen, por ejemplo, las decisiones relativas a la necesidad de practicar ciertas diligencias de investigación y a la conveniencia de excluir otras?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCON INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., págs. 166 y ss. Sobre esta cuestión, puede también consultarse, entre otros, MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTON REDONDO, A. y BARONA VILAR, S. *Derecho jurisdiccional III...* op. cit., págs. 117 y ss.

⁴³² Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales...* op. cit., págs. 85 y ss. “Esa diferenciación es difícil y tiene infinitamente menos interés que la íntima conexión entre investigación y enjuiciamiento con efectos sobre el procedimiento”.

o que supongan la limitación de los derechos fundamentales. No hay duda de que no resulta inconstitucional que el Ministerio Fiscal lleve a efecto actos de investigación no restrictivos de derechos fundamentales, si bien MINGO BASAIL ha considerado que la atribución al mismo de la decisión sobre la incoación o no del proceso o sobre la competencia del Juzgado de Menores (arts. 16.2, 18 y 21 de la LORPM), implica el ejercicio de funciones de enjuiciamiento que están reservadas a los jueces y tribunales por el art. 117 de la CE⁴³³.

Mientras la LECrim. regula diversos procedimientos (el procedimiento ordinario por delitos graves, el procedimiento abreviado, el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, el procedimiento por delitos leves o el procedimiento ante el Tribunal del Jurado), la LORPM contempla un único procedimiento para todo tipo de delitos, con independencia de la gravedad de los mismos. A pesar de que la LORPM declara el carácter supletorio de la LECrim., la reforma de la misma por la que se introdujo el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, llevada a cabo por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, y la LO 8/2002, de 24 de octubre, no afecta al procedimiento regulado por la LORPM. Esto se debe a que la aplicación supletoria de la LECrim. solo está prevista a falta de regulación expresa. DOLZ LAGO, sin embargo, propone una regulación legal que permita aplicar las disposiciones de los juicios rápidos en el proceso de menores, con la necesaria dotación de medios a tal fin⁴³⁴.

Una vez examinada la naturaleza de la fase de instrucción y partiendo de la existencia de un único procedimiento para todo tipo de infracciones penales, pasamos a examinar las distintas fases que se reconocen dentro de la instrucción.

2.1.1.1. Las diligencias preliminares.

Del espíritu de la ley se desprende la existencia de una fase preliminar a la incoación del expediente, aunque no se establezca expresamente, que se ha venido en denominar “diligencias preliminares”. Por este motivo, dentro de la fase preparatoria del

⁴³³ Vid. MINGO BASAIL, M. L. “La experiencia de los Juzgados de Menores de cara a la posible instrucción de los procesos penales por el Ministerio Fiscal”. Estudios acerca de la reforma de la justicia penal en España. Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ministerio de Justicia, 2004. Pág. 69 y ss.

⁴³⁴ DOLZ LAGO, M. J. “Menores y juicios rápidos.” *Diario La Ley*, N° 5782, Sección Doctrina, 16 de mayo de 2003, Año XXIV, Ref. D- 115, Editorial La Ley. *La Ley* 850/2003. *Laleydigital*360. Pág. 1 y ss. Uno de los inconvenientes para la aplicación de los trámites del juicio rápido en el proceso de menores viene porque el informe del equipo técnico resulta preceptivo y requiere de un plazo para su elaboración, que excede del periodo de guardia. No obstante, lo cierto es que en muchas ocasiones el informe viene a ser actualización de otros anteriores y un porcentaje de los delitos que son objeto de este procedimiento son cometidos por reincidentes. Otros problemas derivan de que esta regulación está pensada tomando como referencia al juez instructor, y en el proceso de menores instruye el Ministerio Fiscal, si bien se considera un obstáculo salvable, con una adecuada regulación legal.

juicio se distingue entre la fase de diligencias preliminares y la fase de expediente de reforma propiamente dicha.

En primer lugar, nos centraremos en el estudio de la fase de diligencias preliminares, a la que se refiere el art. 16.2 de la LORPM, aunque lo hace de manera poco sistemática, lo que induce a confusión con el expediente de reforma propiamente dicho. El precepto establece que quiénes tuvieran noticia de algún hecho delictivo cometido por un menor, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. A éste corresponderá la admisión o no de la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito, custodiar las piezas, documentos y demás efectos del delito, y practicar, en su caso, las diligencias necesarias para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor. Podrá resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido, notificándolo al denunciante. Una vez incoado el expediente de reforma, dará cuenta al juez de menores para que inicie las diligencias de trámite que correspondan.

Las diligencias preliminares tienen por objeto valorar la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos para acordar la incoación del expediente de reforma, a saber, la verosimilitud de los hechos denunciados, la tipicidad de la conducta y la determinación de la identidad y edad de los partícipes en la ejecución del hecho delictivo. Esta fase, que está dirigida a la recepción y calificación de la *notitia criminis*, comienza con la presentación de la denuncia o atestado, y termina con el decreto de archivo de las diligencias preliminares o con el decreto de incoación del expediente de reforma⁴³⁵.

De esta forma, del mismo modo que el juez instructor del proceso de adultos, nada más recibir la denuncia o atestado, analiza si los hechos denunciados son verosímiles, si son constitutivos de delito, la identidad del autor, y si se dan los requisitos de procedibilidad, corresponde al Ministerio Fiscal la misma función en el proceso de menores. De no darse estos presupuestos, en la jurisdicción de mayores se dicta auto de inadmisión de la denuncia o de sobreseimiento del procedimiento, según los casos, mientras que en el proceso de menores el Ministerio Fiscal emite decreto de archivo de las diligencias preliminares sin llegar a incoar el expediente de reforma. En el caso de que se estime que concurren los presupuestos que justifican el inicio de la investigación, mientras el juez instructor dicta auto de incoación de diligencias previas o de sumario según corresponda, el Ministerio Fiscal emite decreto de incoación del expediente de reforma. Se advierte así una diferencia fundamental con la LECrim., cual es la articulación de una fase previa para realizar las actuaciones encaminadas a tomar la decisión de incoar o no la fase de instrucción. En los procedimientos de adultos, sin embargo, cuando se de alguna de las circunstancias que determinen la no apertura del procedimiento, el juez instructor puede, según los casos, o bien inadmitir a trámite la denuncia o querrela, o bien incoar las diligencias previas o sumario para a continuación, una vez verificada dicha circunstancia, dictar auto de sobreseimiento. Esta última vía es

⁴³⁵ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “El proceso penal de menores...” op. cit., pág. 1415.

la más habitual en la práctica, y se impone en aquellos casos en que las actuaciones se inicien en virtud de atestado.

En el proceso de menores, por obra del principio de oportunidad, no todo hecho punible cometido por un menor dará lugar automáticamente a la incoación del expediente, ya que el art. 18 de la LORPM, en aplicación de la denominada oportunidad reglada, habilita al Ministerio Fiscal para desistir de la incoación del expediente cuando los hechos objeto de denuncia sean constitutivos de un delito menos grave cometido sin violencia o intimidación en las personas o de un delito leve, disponiendo que en tal caso el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores, debiendo comunicar el desistimiento a los perjudicados. No obstante, añade el precepto que 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, se podrá aplicar el principio de oportunidad conforme al art. 27 de la LORPM, al que más adelante haremos referencia.

Esta decisión sobre el posible desistimiento de la incoación del expediente se adoptará tras un primer análisis de la denuncia o atestado presentado ante el Ministerio Fiscal y a la vista de los hechos cometidos por el menor con anterioridad, que constan en su expediente personal. Esta es una de las diferencias fundamentales con la justicia de mayores, en la que el juez de instrucción incoará el procedimiento en todo caso, si bien, desde la reforma de la LECrim. operada por LO 1/2015, existe la posibilidad, en algunos delitos leves, de que el Ministerio Fiscal solicite, en un momento posterior, el archivo por aplicación del principio de oportunidad en determinados casos, como se verá en el capítulo siguiente. Por tanto, la fase de diligencias preliminares es el soporte necesario para poder adoptar tal decisión.

El precepto dio lugar a algunos problemas de interpretación. Siguiendo a GARCÍA-ROSTAN CALVÍN existen dos interpretaciones. En primer lugar, la acogida por la mayoría de la doctrina, que entienden que, recibida la denuncia, el fiscal debe pronunciarse sobre su admisión o no según que los hechos estén o no tipificados como delito, y es una vez admitida la denuncia cuando procede la práctica de las diligencias preliminares para comprobar otros datos sobre el hecho y la responsabilidad del menor, de modo que solo tras dichas actuaciones es cuando el fiscal deberá decidir el archivo o la incoación del expediente. O bien, se puede entender que deben unificarse ambos enjuiciamientos, es decir, que después de las diligencias preliminares tendría lugar la inadmisión de la denuncia y el archivo de actuaciones, o en su caso, la admisión de la denuncia y la incoación del expediente. En opinión de la citada autora, la presentación de la denuncia lleva consigo la apertura de las diligencias preliminares y tras ella, el decreto de archivo o incoación del expediente de reforma, conforme a la interpretación acogida por la Circular de la FGE 1/2000⁴³⁶.

⁴³⁶ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “*El Proceso penal de menores...*” op. cit., págs. 26 y ss. Según la doctrina, las alusiones a que los hechos no sean constitutivos de delito como causa de inadmisión de la denuncia y otros actos de iniciación del proceso debe entenderse que se refieren

Una vez recibida la *notitia criminis* se incoarán diligencias preliminares, donde el fiscal debe valorar si concurren los presupuestos para la incoación del expediente de reforma, que son, básicamente, la verosimilitud de los hechos denunciados, la identidad y minoría de edad del autor y la tipicidad de la conducta.

En cuanto a los supuestos contemplados en el art. 637 de la LECrim., los previstos en el apartado primero, es decir, la inexistencia de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho, podrían determinar el archivo de las diligencias preliminares o la inadmisión de la denuncia. Sin embargo, los establecidos en el apartado 3 del mismo precepto, referidos a la exención de responsabilidad criminal de los autores, cómplices o encubridores, requerirán en la mayoría de los casos la incoación del expediente de reforma. Lo mismo ocurre con los motivos de sobreseimiento del art. 641 de la LECrim., que generalmente no se pueden apreciar en un momento inicial, sino que requieren la práctica de diligencias de instrucción⁴³⁷.

En relación con la verosimilitud de los hechos denunciados, la Circular de la FGE 1/2000, de 18 de diciembre, establece que “un menor no debe verse involucrado en un procedimiento penal si el fundamento de la incriminación carece de consistencia”⁴³⁸.

Los hechos presuntamente delictivos atribuibles a un menor pueden llegar al conocimiento del Ministerio Fiscal por diversas vías: por medio de atestado policial, con o sin detenido; por oficio remisorio de actuaciones administrativas en el que la autoridad o funcionario público competente haya detectado un posible delito cometido por un menor; por medio de denuncia o querrela de particular; por remisión del juez de instrucción, cuando éste ha recibido la *notitia criminis* y haya iniciado un procedimiento penal, resultando ser el autor menor de edad, o incluso por la misma notoriedad del acto.

Según el cauce por el que haya llegado la *notitia criminis* a la Fiscalía de Menores, se exige durante las diligencias preliminares una mayor pericia en el examen de la verosimilitud de los hechos. Así, en el caso de que el Ministerio Fiscal tenga conocimiento del hecho delictivo cometido por el menor a través de la remisión de la autoridad o funcionario competente, del Juzgado de Instrucción o de atestado policial, generalmente no se plantean dudas de verosimilitud, de modo que la transformación de las diligencias preliminares en expediente de reforma tendrá un carácter más inmediato. En concreto, en el caso de atestado policial, se habrán practicado una serie de diligencias policiales de investigación que deberán incorporarse al expediente de reforma, y en el caso de remisión por la autoridad competente, se acompañarán

exclusivamente a la falta de tipicidad del hecho. La segunda alternativa es la que acoge la Circular de la FGE 1/2000 en su apartado VI.2. Aunque la ley habla de inadmisión a trámite de la denuncia, los fiscales incoarán siempre diligencias preliminares, si bien se abstendrán de practicar diligencias de comprobación cuando los hechos carezcan de tipicidad penal, procediendo a dictar el correspondiente decreto de archivo. También se archivarán las diligencias preliminares sin comprobación alguna por aplicación del art. 269 de la LECrim. cuando los hechos sean manifiestamente falsos.

⁴³⁷ Vid. SEBASTIÁN OTONES, M. “La instrucción penal en el nuevo procedimiento de menores”. *Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-193, tomo 6, Editorial La Ley. La Ley 1412/2002. Laleydigital360*. Págs. 3 y 4.

⁴³⁸ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado II.

documentos, que también serán incluidos en dicho expediente. Sin embargo, en los supuestos de denuncia de un particular, es necesario que la valoración se realice de forma más cuidadosa por el fiscal, sin caer en la “duda sistemática”, pero cumpliendo una clara “función de filtro”, especialmente en aquellas que presenten contradicciones o ambigüedades, o en las que pueda deducirse una animadversión por parte del denunciante, extremando las precauciones en las denuncias anónimas⁴³⁹.

El Ministerio Fiscal también podrá proceder de oficio, por aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 773.2 de la LECrim., realizando aquellos actos de investigación que resulten necesarios para pronunciarse sobre la incoación del expediente⁴⁴⁰.

Si los hechos denunciados son manifiestamente falsos o no son típicos, deberán archivarse las diligencias preliminares sin realizar comprobación alguna, pero en aquellos casos en que, no siendo falsos, ofrezcan dudas de verosimilitud, que “puedan ser fácilmente despejadas en un trámite breve”, deberán practicarse diligencias materiales de comprobación. Este análisis de la verosimilitud no equivale a exigir prácticamente flagrancia o evidencia en la comisión del delito para incoar el expediente de reforma, sino simplemente que el relato de hechos *prima facie* no presente dudas relevantes de credibilidad⁴⁴¹.

En segundo lugar, durante las diligencias preliminares debe proceder el Ministerio Fiscal a la comprobación de la identidad y edad del autor, practicando a tal fin las diligencias que fueran necesarias, aplicando supletoriamente las disposiciones de la LECrim. Debe recordarse que lo que determina el procedimiento a seguir es la edad al tiempo de la comisión de los hechos, con independencia de que al iniciarse el procedimiento se haya alcanzado la mayoría de edad. En los casos en que no constase ningún documento que acredite la edad, se podrá acudir a una prueba pericial, interpretándose siempre las dudas en favor de la minoría de edad. En cualquier caso, es el juez de instrucción el competente para determinar la edad en caso de que la misma no conste, y una vez determinado que el joven tiene menos de dieciocho años se remitirán las actuaciones a Fiscalía de Menores⁴⁴².

⁴³⁹ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado II.2.

⁴⁴⁰ Vid. SEBASTIÁN OTONES, M. “La instrucción...” op. cit., pág. 2.

⁴⁴¹ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado II.2.

⁴⁴² La Instrucción de la FGE 1/1993 ya estableció que para el cómputo de la edad no era de aplicación el art. 315 del CC, según el cual “se incluirá completo el día del nacimiento”, sino que debe realizarse de “momento a momento”. Vid. Instrucción de la FGE 1/1993, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley 4/1992, de 5 de junio. Apartado A. Cuando no bastase el DNI, pasaporte o documento de identificación, y subsistieran las dudas se traerá al expediente la certificación literal de nacimiento expresiva de la hora del alumbramiento. La Circular establece una serie de criterios para determinados supuestos, como son las infracciones continuadas, delitos permanentes o aquellos casos en los que se rebase la edad entre la acción y el resultado. En los casos de delito continuado, se atenderá a la edad al tiempo de la comisión de cada infracción, y solo serán objeto de la jurisdicción de menores aquellas que se cometieran antes de cumplir los dieciocho años. En los casos de delitos permanentes, cuando el enjuiciamiento corresponda a la jurisdicción ordinaria, no se tendrán en cuenta para la agravación de la pena los hechos cometidos antes de la mayoría de edad. En

Por último, el Ministerio Fiscal deberá asegurarse de que la conducta denunciada tiene encaje en algún tipo penal, para lo que deberá practicar las diligencias que sean necesarias para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor⁴⁴³.

Cuando se trate de delitos o delitos leves que requieran como condición de procedibilidad la denuncia de la persona agraviada o su representante legal, es necesario que se cumpla dicho presupuesto para la incoación del expediente de reforma, de modo que el Ministerio Fiscal deberá iniciar las diligencias preliminares, pero una vez comprobado que no se ha presentado denuncia, procederá a su archivo, notificando el decreto de archivo al ofendido o su representante legal e informándole de su posibilidad de presentar denuncia ante la fiscalía (art. 16.2 de la LORPM), supuesto en el que se podrá reabrir el procedimiento. En estos casos, el perjudicado conservará su poder de disposición, de modo que es posible la extinción de la acción penal por perdón del ofendido. En los delitos en los que se permite que el Ministerio Fiscal denuncie en nombre de la persona agraviada, como son los casos de agresión, acoso y abuso sexual (art. 191.1 del CP), el fiscal abrirá las diligencias preliminares y valorará los intereses en conflicto para decidir sobre la incoación del expediente de reforma o el archivo de las diligencias⁴⁴⁴.

La doctrina ha criticado las diligencias preliminares, por entender que pueden abrir la puerta a investigaciones secretas, que prescindan de las necesarias garantías. El menor todavía no conoce la existencia de una denuncia contra él o de un atestado en el que se le imputan unos hechos delictivos. Al tratarse de una fase preprocesal, todavía no son de aplicación los derechos y garantías del menor, que, según el art. 22 de la LORPM, nacen en el mismo momento de la incoación del expediente de reforma. La doctrina mira con recelo esta fase preliminar, pues con el pretexto de reunir los elementos de juicio necesarios para decidir sobre la incoación o no del expediente de reforma, se podría ver adelantada la instrucción a una fase anterior, y realizarse determinadas diligencias de investigación sin conocimiento ni participación del menor y sin las debidas garantías procesales.

En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ considera que el concepto de parte procesal no es aplicable en toda su extensión en el proceso de menores, ya que el menor, en realidad, no goza de los mismos derechos que el adulto, dada la existencia de una fase previa al expediente de reforma, en el que la instrucción no se desarrolla bajo el principio de publicidad, y la intervención del letrado no es indispensable para la validez de tales actos. La LORPM no establece la necesidad de publicidad de las actuaciones propias de la fase de diligencias preliminares, de modo que, dada la naturaleza

caso de rebasar la mayoría de edad entre la acción y el resultado, se atenderá al momento de la acción, por ser el criterio más favorable. Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado II.2.

⁴⁴³ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.2.A y B.

⁴⁴⁴ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI. 2.A.

extraprocesal de las mismas, a su juicio, el principio de contradicción se retrasa hasta el traslado del expediente con el escrito de alegaciones al juez de menores⁴⁴⁵.

DÍAZ MARTÍNEZ difiere en este punto, al considerar que la práctica de diligencias de investigación en esta fase preliminar no puede prescindir de las garantías procesales, de modo que el Ministerio Fiscal debería dar traslado de la denuncia al menor e informarle en ese momento de su derecho a nombrar abogado⁴⁴⁶.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN advierte de la división de la doctrina al respecto, pues mientras algunos autores ven en las diligencias preliminares un modo de evitar, en beneficio del menor, que éste deba sufrir las consecuencias perjudiciales de la presentación de cualquier denuncia contra él, otros han encontrado en esta fase incipiente del proceso la vía para practicar diligencias instructoras prescindiendo de las garantías procesales⁴⁴⁷. Sin embargo, AYO FERNÁNDEZ no comparte esta postura y considera que en la fase de diligencias preliminares el Ministerio Fiscal no practicará actividad instructora propiamente dicha, sino que se limitará a una mera comprobación de si concurren o no los presupuestos para abrir el expediente de reforma⁴⁴⁸.

Se ha planteado la doctrina si tal ausencia de publicidad durante las diligencias preliminares conculca el derecho del menor a ser oído en los expedientes administrativos o judiciales en los que tenga interés, derecho establecido en los arts. 5.a) de la LO 1/1996 y 12.2 de la CDN. Concluye LÓPEZ LÓPEZ que el derecho a ser oído no ha de cumplirse necesariamente en un momento tan incipiente del proceso de menores cual es el de las diligencias preliminares, ni tampoco son el Ministerio Fiscal ni la policía judicial los responsables de su observancia, sino que es al juez de menores a

⁴⁴⁵ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 25 y ss. Este autor entiende que el legislador ha querido que el menor sospechoso, salvo en caso de detención, desconozca la denuncia interpuesta contra él y la existencia de unas diligencias preliminares en Fiscalía de Menores. Mientras que el juez de instrucción del proceso de adultos está obligado a poner inmediatamente en conocimiento de los inculcados la admisión de la denuncia o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito (art. 118 de la LECrim.), en las diligencias preliminares del proceso de menores, el principio de contradicción se retrasa hasta prácticamente la fase de alegaciones, pues el art. 16 de la LORPM, no establece expresamente que el fiscal deba comunicar al menor la admisión de la denuncia o la práctica de las diligencias de investigación.

⁴⁴⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. (dir.). *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 60 y ss. Este autor sostiene que la práctica de diligencias de investigación en esta fase no puede sustraerse a las garantías de contradicción y defensa, debiendo el Ministerio Fiscal, sin demora, informar al imputado de su derecho de defensa y darle traslado de la denuncia.

⁴⁴⁷ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “*El Proceso penal de menores...*” op. cit., págs. 27 y ss. Esta autora recoge la posición prácticamente unánime de la doctrina contraria al abuso de las diligencias preliminares, conforme a las directrices de la Circular de FGE 1/2000, en su apartado VI.2.B, pues de lo contrario se anticiparía el grueso de la investigación a un momento anterior a la fase de instrucción propiamente dicha. Critica la regulación de estas diligencias iniciales atribuidas al mismo órgano instructor, ya que la fase de instrucción está revestida de unas garantías de las que carece la fase de diligencias preliminares, y propone que, si lo que se quería evitar era que el menor desde el primer momento se convirtiera en investigado, se podría haber establecido que solo una vez apreciados indicios racionales de criminalidad, se produjera la adquisición, mediante decreto del fiscal, de dicha condición.

⁴⁴⁸ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., pág. 69. Es la postura más acorde con la Circular de la FGE 1/2000. Dichos extremos son la verosimilitud de los hechos denunciados, la determinación de la identidad y edad de los partícipes y la tipicidad penal de la conducta.

quién corresponde, cual garante de los derechos y garantías procesales, velar por su efectividad en la fase de audiencia. Tales consideraciones están en sintonía con la naturaleza administrativa y extraprocesal que atribuye este autor al expediente de reforma, que considera como un trabajo administrativo, que no forma parte del proceso penal propiamente dicho, y que se realiza “extramuros del proceso”⁴⁴⁹.

Considero que, siendo la protección del interés del menor y de sus derechos y garantías uno de los pilares básicos de este sistema procesal, estas afirmaciones no casan bien con el papel que la ley del menor atribuye al Ministerio Público, sino que sería más predicable en todo caso del modelo del fiscal instructor que pudiera acogerse por la jurisdicción de adultos. En el proceso de menores, a mi juicio, no se puede establecer una separación tajante entre la investigación por el fiscal y la garantía de los derechos del menor por el juez de menores, precisamente por los principios que inspiran esta jurisdicción, sino que la propia ley atribuye al Ministerio Público labores de protección de los intereses del menor, a cuyo beneficio no debe olvidarse que se orientan todas las actuaciones.

La FGE ha dado instrucciones precisas a los fiscales a fin de “hacer un uso tan ponderado como excepcional y restringido de las diligencias de investigación en fase preliminar”⁴⁵⁰. De este modo se trata de evitar que tales diligencias se conviertan en “anticipo del expediente de reforma”⁴⁵¹, ya que, en otro caso, como advierte GIMENO SENDRA, quedaría conculcado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, que no son de obligatoria observancia hasta una vez abierto el proceso, y se podrían originar dilaciones indebidas, que frustrarían los fines propios del proceso de menores, cuya agilidad es una de sus principales virtudes⁴⁵². Según la Circular de la FGE 1/2000, la práctica de actuaciones de investigación en fase de diligencias preliminares solo puede ir dirigida a despejar las dudas que pudieran existir, y será una vez incoado el expediente de reforma cuando pueda practicarse una actividad instructora propiamente dicha, pues es en dicha fase cuando se cumplen todas las garantías, ya que será obligatoria la designación de letrado al menor y éste será informado de los hechos que se le imputan y de las diligencias ya practicadas por la policía y por la propia fiscalía⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., pág. 29. Este autor considera que, no siendo la instrucción parte del proceso propiamente dicho, no son de aplicación las garantías del art. 24 de la CE.

⁴⁵⁰ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.2.B.

⁴⁵¹ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. (dirs.). *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 59 y ss.

⁴⁵² Vid. GIMENO SENDRA, J. V. *El proceso penal de menores...* op. cit., págs. 1413 y ss.

⁴⁵³ Vid. Circular de la FGE 1/2000, de 18 de diciembre. Apartado VI.2.B. “La actividad preliminar de investigación se justificará sólo en la medida en que exista una necesidad clara de despejar dudas iniciales que la denuncia haya podido suscitar, pues donde verdaderamente se van a materializar en su plenitud los principios constitutivos del proceso será en la fase de instrucción propiamente dicha, subsiguiente al Decreto de incoación del expediente, tras producirse la designación de letrado al menor y tras ser puesto éste al corriente de los términos de la imputación y de las actuaciones ya practicadas en sede policial y fiscal. Lo que justifica la necesidad de desarrollar una investigación previa al decreto de incoación es la existencia de una duda razonable, en torno a la verosimilitud de la imputación y a la

A mi juicio, a través de las diligencias preliminares se puede evitar que un menor sea objeto de un procedimiento penal en sentido estricto sin un sólido fundamento, ante cualquier denuncia que se presentara frente al mismo, lo que no sería muy acorde con el principio de intervención mínima propio de la justicia de menores. Si las diligencias preliminares se limitan a practicar las actuaciones necesarias para desistir de la incoación del expediente o para verificar la existencia de los elementos necesarios para abrir o no un expediente de reforma contra el menor, redundará en beneficio de éste, que no verá iniciado injustificadamente un procedimiento contra él. Pero debe cuidarse de no abusar de la práctica de diligencias durante esta fase preliminar, pues las actuaciones que en ella se realicen no se reproducirán una vez incoado el expediente y durante la misma no se da entrada a la personación de la acusación particular ni son de obligado cumplimiento las garantías establecidas en el art. 22 de la LORPM.

La Consulta de la FGE 4/2005, sobre determinadas cuestiones en torno al derecho de asistencia letrada en el proceso de menores, da respuesta a esta cuestión en lo que se refiere a la garantía del derecho de defensa durante la fase de diligencias preliminares. El reconocimiento del derecho de defensa nace para el menor desde las primeras actuaciones. Aunque el art. 22.2 de la LORPM se refiere al momento de la iniciación del expediente de reforma, la Consulta interpreta este concepto en sentido amplio y considera que dicha incoación marca el momento a partir del cual la designación de letrado es imperativa, de modo en el caso de no nombrar abogado de su confianza, deberá designarse uno de oficio. Pero el menor tiene derecho a la defensa desde antes de la apertura del expediente; otra cuestión es que este derecho se torne irrenunciable a partir de la incoación del mismo. En los casos de detención, el menor ya tendrá designado letrado, pues habrá prestado declaración asistido del mismo y conoce de la existencia del procedimiento. Por lo que respecta a los demás supuestos, el art. 767 de la LECrim., de aplicación supletoria, establece que desde la detención o desde que resulte la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. El problema en el proceso de menores se origina porque la imputación propiamente dicha no puede entenderse producida con carácter anterior a la incoación del expediente de reforma. No obstante, la Consulta de FGE 4/2005 interpreta que esto no significa que el menor no tenga derecho a letrado hasta que se incoa formalmente el expediente de reforma, sino únicamente que no es preceptivo hasta ese momento. Pero si el menor solicita ser asistido de letrado durante la fase preprocesal, en las declaraciones que pudiera prestar ante la policía o ante el fiscal antes de la incoación del expediente, será obligatoria su designación⁴⁵⁴.

En los casos en que el menor hubiera sido detenido, el Ministerio Fiscal, en el plazo de 48 horas, deberá decidir sobre la incoación del expediente, o bien sobre el desistimiento de la incoación conforme a lo dispuesto en el art. 18 de la LORPM, y

identidad y edad de los partícipes, su objetivo no puede ser otro que el esclarecimiento de estos extremos en defensa activa del interés del menor que corre el riesgo de sufrir una imputación infundada si se opta por la incoación automática del expediente”.

⁴⁵⁴ Vid. Consulta de la FGE 4/2004, sobre determinadas cuestiones en torno al derecho a la asistencia letrada en el proceso de menores. Apartados II. 2, II.3 y 4.

sobre su puesta en libertad o bien pedir al juez de menores la adopción de medidas cautelares (art. 16.5 de la LORPM)⁴⁵⁵.

Las diligencias preliminares no son exclusivas de la jurisdicción de menores. La LECrim. las contempla para el procedimiento abreviado en el art. 773.2, cuando establece que el Ministerio Fiscal, cuando tenga noticia de un hecho de apariencia delictiva, directamente o por presentarse denuncia ante el mismo, evaluará las necesidades de la víctima, la informará de sus derechos y practicará u ordenará a la policía judicial la práctica de las diligencias necesarias para la comprobación de los hechos. Cuando entienda que los hechos no revisten caracteres de delito, archivará las diligencias y lo comunicará al perjudicado, que podrá reiterar la denuncia ante el juez de instrucción. Cuando estime que los hechos revisten apariencia delictiva y que existen indicios fundados, instará la incoación del oportuno procedimiento ante el juez de instrucción, con remisión de lo actuado. En el curso de tales diligencias, el Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona para tomarle declaración, siendo de aplicación las mismas garantías que ante los jueces y tribunales. Pero en el caso del proceso de adultos, el Ministerio Fiscal debe cesar en su actuación en cuanto tenga conocimiento de la apertura de un procedimiento judicial por los mismos hechos⁴⁵⁶. Las diligencias preliminares de la Fiscalía han sido puestas en tela de juicio por los detractores del modelo de instrucción por el fiscal que se propone para la reforma de la LECrim., amparándose en que en el proceso de menores se ha venido poniendo de manifiesto la posible utilización de las mismas como una vía para practicar diligencias sin las debidas garantías⁴⁵⁷.

Es en el expediente de reforma cuando deben practicarse las diligencias de investigación propiamente dichas, que se realizan con todas las garantías pues a partir de ese momento nacen para el menor los derechos reconocidos en el art. 22 de la LOPRM. Debe tenerse en cuenta que este expediente de reforma no siempre dará lugar a un escrito de alegaciones y a la apertura de la fase de audiencia, por lo que en caso de que tras la práctica de las diligencias de investigación no resulten elementos suficientes para formular acusación, o no concurren indicios bastantes de los hechos o de la participación del menor, procederá el archivo en virtud de los motivos expuestos en los arts. 637 y 641 de la LECrim. Por ello entiendo que no deben invadirse las diligencias propias del expediente de reforma durante las diligencias preliminares, sino que lo que

⁴⁵⁵ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., pág. 69.

⁴⁵⁶ Para un estudio más detallado de las diligencias preliminares del Ministerio Fiscal en el proceso de adultos, vid. MARCHENA GÓMEZ, M. "Significación procesal de las diligencias tramitadas por el fiscal en la Ley Orgánica 7/1988". *Diario La Ley*, 1989, pág. 1109, tomo 2, Editorial La Ley. *La Ley 15564/2001. Laleydigital360*. Págs. 1 y ss. El legislador optó por zanjar las polémicas sobre el papel del fiscal en el procedimiento abreviado, alejándolo de las funciones puramente instructoras, y convirtiéndolo en órgano de recepción y tramitación de denuncias, y de tramitación de una indagación provisoria, a la espera de una solución judicial.

⁴⁵⁷ En este sentido, VILLEGAS FERNÁNDEZ critica que las diligencias preliminares, sin valor procesal, se convierten en la práctica en una especie de instrucción secreta, lo que trasladado a la justicia de adultos, tendría graves consecuencias desde el punto de vista de las garantías procesales. <http://hayderecho.com/2017/02/26/neoinquisición/>. Última visita: 27 de febrero de 2017.

procederá es la apertura del expediente de reforma para después archivarlo si de la práctica de las diligencias no resultan indicios suficientes contra el menor.

En este punto, el procedimiento de menores difiere del de mayores. En la justicia de adultos, aunque la LECrim. permite no admitir la denuncia cuando no se dan los presupuestos básicos, la inadmisión se limita en la práctica a supuestos en los que se denuncian hechos que no son constitutivos de delito, o la denuncia es absolutamente inverosímil, o bien no se cumplen los requisitos de perseguibilidad. No obstante, la práctica habitual es incoar las diligencias de instrucción, y una vez abierta la misma, tomar la decisión casi inmediata de archivo por no darse los presupuestos necesarios para continuar una investigación. En estos casos, el investigado, aunque se ha dirigido en puridad un procedimiento contra él, no ha sido objeto de una imputación formal.

2.1.1.2. El expediente de reforma.

En los casos en los que no proceda la inadmisión de la denuncia, el archivo de las diligencias preliminares o la aplicación del 18 de la LORPM, tiene lugar la incoación del expediente de reforma mediante decreto del Ministerio Fiscal. Comienza así la fase instructora propiamente dicha, en la que se llevará un expediente por hecho, incluidos los conexos⁴⁵⁸. En el decreto de incoación del expediente de reforma el fiscal acordará las diligencias de investigación que considere necesarias para la averiguación de los hechos, a las que se podrán añadir otras según vaya requiriendo el curso de la instrucción. Una vez incoado el expediente de reforma, el Ministerio Fiscal dará cuenta al juez de menores, quien, a su vez, deberá abrir otro expediente y estar a la espera de lo que le solicite el Ministerio Fiscal. Dentro del expediente abierto en el Juzgado de Menores se pueden tramitar las piezas separadas de medidas cautelares, diligencias limitativas de derechos, secreto del expediente o responsabilidad civil. Todos los procedimientos tramitados respecto de un mismo menor se archivan en un expediente personal en la Fiscalía de Menores y otro en el Juzgado de Menores, como se explicó en el capítulo anterior (art. 2 de la LORPM)⁴⁵⁹.

Durante esta fase, el Ministerio Fiscal dirigirá personalmente la investigación, practicando por sí mismo u ordenando a la policía judicial la práctica de las diligencias necesarias para la comprobación de los hechos y de su autor.

El concepto de instrucción del proceso de menores difiere del propio de la LECrim. El Ministerio Fiscal no puede practicar actos que puedan adquirir valor probatorio en la audiencia, de modo que la instrucción que realiza tiene un carácter mucho menos exhaustivo que la del juez instructor, cuyas diligencias sumariales podrían ser introducidas en el acto de juicio oral en determinados supuestos (art. 730

⁴⁵⁸ Vid. GIMENO SENDRA, V. "El proceso penal de menores..." op. cit., pág. 1415.

⁴⁵⁹ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. "El juez de menores..." op. cit., págs. 194 y ss.

LECrim.), cuestión en la que no nos extenderemos, pues será objeto de un análisis más pormenorizado más adelante⁴⁶⁰.

Los plazos de prescripción son muy breves⁴⁶¹ y también lo es la duración máxima de la medida cautelar de internamiento (seis meses, prorrogables por otros tres, según el art. 28.3 de la LORPM), lo que, a juicio de LÓPEZ LÓPEZ, determinó que se optara por configurar el expediente de reforma como un “trabajo administrativo de investigación criminal sin apenas formalidades rituarías”⁴⁶², de modo que el fiscal, en cuanto reúna elementos suficientes para justificar la apertura del juicio oral debe cerrar la investigación, concentrándose en la audiencia la práctica de todas las pruebas⁴⁶³. De esta forma, la instrucción del fiscal se limita a constatar que concurren elementos suficientes para formular acusación o instar el archivo de la causa.

La instrucción en el proceso de menores, debe limitarse, según estudia DÍAZ MARTÍNEZ, a aquellas diligencias que, no siendo reproducción de las diligencias policiales o preliminares, el fiscal estime absolutamente imprescindibles para la formulación del escrito de alegaciones o para razonar la terminación anticipada del procedimiento⁴⁶⁴. Así se desprende de la Circular de la FGE 1/2000, conforme a la cual no deberán reiterarse aquellas diligencias que la policía haya practicado en el atestado o el fiscal haya realizado en fase de diligencias preliminares, pues quedan incorporadas al expediente⁴⁶⁵. En este sentido, el art. 6 de la LORPM encomienda al Ministerio Fiscal el impulso del procedimiento. Deberá simplificar su tramitación y eludir diligencias innecesarias a fin de evitar dilaciones que pudieran frustrar los fines del proceso de menores.

La propuesta de toma de declaración del menor expedientado tiene carácter vinculante para el Ministerio Fiscal, quien deberá acordarla, salvo que el expediente ya hubiese sido elevado al juez de menores (art. 26.2 de la LORPM en relación con art. 400 de la LECrim.).

La Circular de la FGE 1/2000 expone que, dado que el principio de proporcionalidad no rige con la misma intensidad, la calificación jurídica de los hechos reviste menor trascendencia, pues la medida a imponer se determina conforme a parámetros de flexibilidad y atendiendo a las necesidades y circunstancias del menor. Por este motivo, se refiere a algunas diligencias que en el proceso de adultos son

⁴⁶⁰ En este sentido, vid. CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho procesal penal. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2002. Págs. 352 y ss.

⁴⁶¹ Vid. Art. 15 de la LORPM. El precepto establece un plazo de prescripción de un año para delitos menos graves, tres años para delitos graves, cinco años para delitos castigados por el CP con pena de prisión superior a diez años y tres meses para las antiguas faltas, que, a falta de previsión expresa, se viene aplicando para los delitos leves. Para los delitos de los art. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del CP, se aplicarán los mismos plazos previstos en el CP.

⁴⁶² Vid. LÓPEZ LÓPEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 52 y 53.

⁴⁶³ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 52 y 53.

⁴⁶⁴ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 65 y ss.

⁴⁶⁵ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.B.

imprescindibles para la calificación, como es el caso de la tasación de los bienes objeto de sustracción o la determinación del periodo de sanidad del lesionado, y que no lo son tanto en el proceso de menores, de modo que podrán dejarse para la audiencia la práctica de determinadas pruebas a fin de dotar de agilidad a la instrucción⁴⁶⁶. Sin embargo, entiendo que esta afirmación debe tomarse con cautela, toda vez que la calificación de los hechos podrá implicar, según los casos, que resulte imperativa una medida de internamiento, o bien influir en la aplicación de una medida de mayor o menor entidad, pues, si bien el principio de proporcionalidad no es de aplicación con el mismo rigor que en la justicia de adultos, dentro del margen que permite el art. 7.3 de la LORPM, y sin perjuicio de las circunstancias del menor, la gravedad de los hechos será uno de los parámetros a tener en cuenta, e incluso podrá cerrar la puerta a la aplicación del principio de oportunidad.

La práctica de las diligencias de investigación debe realizarse con sujeción al principio de contradicción, de modo que la defensa tiene derecho a conocerlas e intervenir en su práctica, salvo las limitaciones derivadas de la declaración de secreto del expediente.

Los derechos y garantías del menor deberán observarse estrictamente cuando sea puesto a disposición del juez de menores para la adopción de una medida cautelar. En relación a estos derechos, el TEDH, en particular en su sentencia n° 155/1988, de 29 de febrero, establece que el menor debe ser oído antes de la adopción de las medidas cautelares en una audiencia a la que deberán comparecer el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores⁴⁶⁷. En dicha comparecencia pueden proponerse y practicarse diligencias, que de no poder ser realizadas en ese momento se llevarán a efecto en el plazo de las 24 horas siguientes. Como advierte ORNOSA FERNÁNDEZ, la práctica de las mismas no puede convertirse en un pretexto para que el juez realice las diligencias de instrucción en lugar del Ministerio Fiscal, pues de lo contrario se podría ver afectada su imparcialidad en el proceso, dado que el mismo juez deberá conocer del juicio y dictar sentencia. La finalidad de estas actuaciones es únicamente la de conocer en este momento procesal si existen indicios racionales de la participación del menor en un hecho delictivo y si se dan los presupuestos para la aplicación de la medida solicitada, partiendo de los elementos proporcionados al juez de menores por el fiscal investigador. No se trata, pues, de acreditar la participación del menor, lo cual no podrá ser posible hasta el momento de la fase de audiencia, sino únicamente de constatar la concurrencia de indicios fundados para la adopción de la medida cautelar⁴⁶⁸.

Las partes podrán solicitar al fiscal las diligencias de investigación que estimen necesarias. Si las diligencias solicitadas por el abogado defensor o por la acusación tienen carácter restrictivo de derechos fundamentales, el Ministerio Fiscal, de estimarlas pertinentes, debe solicitar la práctica al juez de menores (art. 26.3 de la LORPM), que, a

⁴⁶⁶ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.B.

⁴⁶⁷ STEDH n° 155/1988, de 29 de febrero.

⁴⁶⁸ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. "El juez de menores..." op. cit., pág. 205.

la vista del material de la instrucción, autorizará o denegará su práctica, ponderando si los fines de la investigación permiten el sacrificio de los derechos del menor expedientado. En relación a las diligencias no restrictivas de derechos fundamentales que soliciten las partes, el fiscal deberá pronunciarse sobre la procedencia o no de su práctica (art. 26.1 de la LORPM). Contra la resolución del Ministerio Fiscal denegando las diligencias interesadas por las partes, no cabe recurso alguno, si bien es posible reproducir su petición ante el juez de menores en cualquier momento (art. 26.1 de la LORPM).

Una vez presentados los escritos de alegaciones en la fase preparatoria de la audiencia, el art. 33, apartado e) de la LORPM establece que el juez podrá practicar por sí las diligencias denegadas por el fiscal a las partes cuya petición haya sido reproducida ante el mismo, que estime pertinentes y no puedan dejarse para la fase de audiencia. La doctrina se ha planteado la duda de si el juez debe pronunciarse sobre dichas diligencias durante el propio expediente de reforma o debe esperar a la fase intermedia, en la que podría practicarlas por sí mismo. Entiende ORNOSA FERNÁNDEZ que debe admitirse que el juez de menores, en la fase de instrucción, resuelva sobre la práctica de diligencias denegadas por el fiscal a las partes en ese momento procesal, ya que las diligencias solicitadas pueden ser necesarias para la defensa en ese momento de la instrucción e incluso podría determinar, en algunos casos, la finalización de actuaciones⁴⁶⁹. Sin embargo, esta cuestión no es pacífica y la postura mayoritaria retrasa la decisión y la práctica de las mismas hasta la fase intermedia, postura acogida por la Circular de la FGE 1/2000. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

2.1.1.3. La conclusión del expediente.

La tercera de las fases en las que se divide la instrucción es la conclusión del expediente de reforma.

Debe distinguirse entre el sobreseimiento que tiene lugar por aplicación de la oportunidad reglada, poniendo fin anticipadamente al procedimiento, en los supuestos contemplados en los arts. 19 y 27.4 de la LORPM, y el que se produce por concurrencia de alguna de las causas de archivo previstas en los arts. 637 y 641 LECrim. El fiscal puede solicitar al juez de menores, una vez finalizada la instrucción, el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos previstos en la LECrim., pues la misma es de aplicación supletoria. En este caso, el fiscal tiene que atenerse a uno de los motivos de sobreseimiento libre previstos en el art. 637 LECrim. (inexistencia de indicios

⁴⁶⁹ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “El juez de menores...” op. cit. Pág. 208 y ss. Concluye esta autora que el juez, en la fase de instrucción, si no quiere perder su imparcialidad, sólo puede acordar que la práctica de la prueba solicitada y que entienda pertinente se haga por el Ministerio Fiscal. Lo contrario, si la practicase el juez, al no tratarse de una prueba limitativa de derechos, iría en contra de la doctrina establecida por la STC nº 145/1988 y, en el ámbito específico de menores, por la STC nº 60/1995, de 17 de marzo.

racionales de la perpetración de los hechos, que los hechos no sean constitutivos de delito, o concurrencia de causas de exención de responsabilidad penal) o de sobreseimiento provisional regulados en el art. 641 LECrim. (que no aparezca debidamente justificada la perpetración del delito, o que no haya motivos suficientes para acusar a una determinada persona). Por tanto, la conclusión del expediente puede tener lugar, bien porque el Ministerio Fiscal disponga de todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para formular el escrito de alegaciones, bien porque concurra alguno de los motivos de archivo establecidos en los arts. 637 o 641 de la LECrim., en cuyo caso solicitará al juez de menores el sobreseimiento⁴⁷⁰.

Pero el procedimiento también puede sobreseerse anticipadamente en los supuestos en que se admite el principio de oportunidad, supuesto que trataré más adelante.

Una vez terminada la instrucción, y si no fuera procedente el sobreseimiento, el Ministerio Fiscal emitirá decreto de conclusión del expediente, con formulación del escrito de alegaciones, lo que deberá notificar a la defensa, y remitirá el expediente y las piezas de convicción al juez de menores para dar comienzo a la fase de alegaciones o fase intermedia. Durante la fase intermedia, el Ministerio Fiscal puede solicitar el sobreseimiento o bien presentar escrito de alegaciones. El sobreseimiento que pida el fiscal en esta fase lo será en base a alguno de los motivos expresados en la LECrim., y una vez acordado, se remitirá testimonio a la entidad pública de protección de menores a los efectos oportunos. En caso de que entienda que existen indicios suficientes para formular acusación y que no es de aplicación el principio de oportunidad, el fiscal formulará el escrito de alegaciones, que equivale, como se explicó a propósito del principio acusatorio, al escrito de conclusiones provisionales del proceso de adultos.

En dicho escrito deberá hacerse constar el relato de hechos, la calificación jurídica de los mismos, el grado de participación del menor en ellos, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales del menor, y la proposición de la medida más adecuada a su interés. En el mismo escrito deberá proponer la prueba de que intente valerse el fiscal y se podrá solicitar la audiencia de los representantes de entidades públicas o privadas que puedan aportar al proceso elementos valorativos de interés e informar sobre la medida más conveniente (art. 30 de la LORPM). Una vez declarado concluido el expediente de reforma por el Ministerio Fiscal y formulado el escrito de alegaciones, se dará a la acusación particular un plazo de cinco días para que presente su propio escrito de alegaciones. Solo si la acusación particular se hubiese personado antes de la conclusión del expediente, se dará este trámite, pues de lo contrario se produce la preclusión.

2.1.2. La fase de alegaciones.

⁴⁷⁰ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. (dir). *El Ministerio Fical...* op cit. Pág. 72 y ss.

Una vez recibido en el Juzgado de Menores el expediente de reforma, con las piezas de convicción y los escritos de alegaciones, el Juzgado de Menores los incorporará a sus propias diligencias y abrirá el denominado trámite de audiencia, dando traslado al letrado de la defensa para que formule escrito de alegaciones, cuyo contenido viene a ser semejante al escrito de conclusiones provisionales de la defensa en el proceso de adultos (art. 31 de la LORPM).

En este momento puede tener lugar la conformidad del menor, siempre que la medida solicitada no sea de internamiento, conformidad que la doctrina ha entendido, al igual que en el proceso de adultos, como expresión del principio de oportunidad, fruto de la negociación entre las partes. Si el letrado de la defensa y el menor manifiestan su conformidad con las medidas solicitadas, salvo el internamiento, se expresará dicha conformidad en una comparecencia ante el juez de menores, y éste dictará la sentencia imponiendo la medida solicitada (art. 32 de la LORPM).

Por aplicación supletoria del art. 787 de la LECrim., en caso de que se haya personado la acusación particular, la conformidad deberá ser con la medida más grave de las solicitadas. En los casos en los que no exista conformidad, el juez podrá acordar el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos expresados en la LECrim., con remisión, en su caso, de las actuaciones a la entidad pública de protección de menores, si así lo interesa el Ministerio Fiscal, o bien abrir la audiencia, o remitir las actuaciones al Juzgado competente. También en ese momento se establece que el juez podrá practicar por sí mismo aquellas diligencias solicitadas por las partes y denegadas por el Ministerio Fiscal, cuya petición haya sido reproducida ante el juez de menores, que no puedan dejarse para la audiencia, y que considere relevantes, dando traslado de sus resultados al Ministerio Fiscal y a las partes antes del inicio de la audiencia (art. 33 de la LORPM)⁴⁷¹.

2.1.3. La audiencia.

En el caso de que se haya acordado la celebración de la audiencia, la misma se llevará a cabo con asistencia del Ministerio Fiscal, la acusación particular en su caso, el menor asistido de su letrado, un representante del Equipo Técnico que haya emitido el informe, y en su caso, un representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que haya intervenido en la instrucción, si el juez lo considera adecuado. También deberán asistir los representantes legales del menor, salvo que el juez no lo considere pertinente (art. 34 de la LORPM). La audiencia comienza con un trámite de conformidad, en la que el letrado de la administración de justicia deberá informar al

⁴⁷¹ Vid. PÉREZ MORALES, M. G. *Lecciones de derecho procesal penal*. Ed. Diego Marín. Murcia, 2013. Págs. 228 y 229.

menor de forma que le resulte comprensible, sobre los hechos que se le atribuyen y las medidas que se solicitan, y el juez le preguntará si reconoce los hechos y acepta tales medidas. Si el menor presta su conformidad, oído su letrado y los responsables civiles, se dictará sentencia de conformidad. Si el letrado se opone a la conformidad, será el juez quién decida sobre si procede o no la continuación de la audiencia (art. 36 de la LORPM). En el caso de que no se preste conformidad, continuará la celebración de la audiencia con un trámite semejante al de las cuestiones previas o artículos de previo pronunciamiento de la LECrim., donde se podrá poner de manifiesto la vulneración de derechos fundamentales, plantear una distinta calificación, proponer una medida distinta, o solicitar nuevas pruebas. Una vez finalizado dicho trámite, se procederá a la práctica de las pruebas, y se oirá al equipo técnico sobre las circunstancias del menor. Finalmente, informarán el Ministerio Fiscal y las demás partes sobre la valoración de la prueba, la calificación de los hechos y la medida solicitada, y se oirá sobre este extremo al representante del equipo técnico y al menor (art. 37 de la LORPM). La sentencia deberá dictarse en el plazo de cinco días, aunque el fallo se puede anticipar verbalmente. En la misma sentencia, o en auto aparte, se puede acordar la suspensión de la media acordada (arts. 38 a 40 de la LORPM)⁴⁷².

2.2. Funciones reservadas al juez de menores como juez de garantías.

El juez de menores realizará durante la fase de instrucción las funciones propias del juez de garantías. Corresponde al juez de menores la autorización de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales, la adopción de medidas cautelares, resolver sobre la práctica de diligencias de investigación denegadas a las partes por el Ministerio Fiscal, cuando éstas reproduzcan su petición ante el juez de menores, la práctica de la prueba anticipada o preconstituida y la declaración de secreto del expediente.

2.2.1. Diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales.

En primer lugar, por lo que respecta a las diligencias limitativas de derechos fundamentales del menor, el Ministerio Fiscal no puede practicarlas por sí mismo, de modo que para ello requerirá resolución judicial (art. 23.3 de la LORPM).

En relación a las diligencias limitativas de derechos fundamentales que interesen a la acusación, se entiende que ésta las solicitará al Ministerio Fiscal, y el fiscal, de considerarlas pertinentes dirigirá la petición al juez de menores⁴⁷³. En ese sentido, la

⁴⁷² Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 72 y ss.

⁴⁷³ Vid. REVILLA GONZÁLEZ, J. A. “La víctima y el menor infractor”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.) *Proceso penal de menores*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009. Pág. 93.

STC nº 60/1995, de 17 de marzo, entendió que el juez de menores no perdía su imparcialidad por la práctica de tales diligencias al tratarse de actos jurisdiccionales a él reservados⁴⁷⁴.

Entre tales diligencias restrictivas de derechos fundamentales se puede incluir la entrada y registro en lugar cerrado, el registro de libros y papeles, la intervención de las comunicaciones privadas postales, telegráficas o telefónicas, la filmación en lugares privados y las intervenciones corporales directas, debiendo el juez actuar con sujeción a los preceptos de la LECrim. que regulan tales diligencias (arts. 545 y ss. de la LECrim.) y que son de aplicación supletoria. Una vez emitida la autorización judicial, la práctica y documentación de tales diligencias restrictivas de derechos incumbe al juzgado, con independencia de su conocimiento por parte del fiscal y de la intervención que éste pudiera estimar procedente en cada caso concreto⁴⁷⁵.

2.2.2. Las medidas cautelares.

El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de la acusación particular, podrá solicitar en cualquier momento la adopción de medidas cautelares, en base a la existencia de indicios racionales de criminalidad y riesgo de obstruir o eludir por parte del menor la acción de la justicia, o de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, con la finalidad de defensa o custodia del menor o de protección de la víctima (art. 28.1 de la LORPM). Estas medidas están tasadas y pueden consistir en internamiento, libertad vigilada, prohibición de aproximación o comunicación, o convivencia con persona, familia o grupo educativo (art. 28.1, apartado 2 de la LORPM).

La diferencia fundamental con el proceso de adultos es que el juez no podrá acordar de oficio medida cautelar alguna, aunque se trate de medidas no privativas de libertad⁴⁷⁶. El procedimiento a seguir será distinto según el tipo de medida cautelar que se trate. Para la adopción de medidas cautelares de internamiento deberá celebrarse una comparecencia, en la que se oirá al Ministerio Fiscal, a la acusación particular, al letrado del menor, al equipo técnico y al representante de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán de la conveniencia de la adopción de la medida a la vista del interés del menor y la situación y circunstancias del mismo. En dicha comparecencia, las partes y el Ministerio Fiscal podrán proponer pruebas, que deberán practicarse en el plazo máximo de 24 horas. Para la adopción de la medida cautelar, el juez valorará la gravedad de los hechos, la existencia de riesgo de fuga, las

⁴⁷⁴ Vid. STC nº 60/1995, de 17 de marzo. FJ 6º.

⁴⁷⁵ Vid. Dictamen nº 4/2016, sobre la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales del art. 23.2 de la LORPM. Fiscal de Sala Coordinador de Menores. FGE. Pág. 2

⁴⁷⁶ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado. VI.3.F d. En relación con el régimen de adopción en la jurisdicción de adultos de la medida cautelar de prisión provisional, puede consultarse PEREZ MORALES, M. G. "Actual regulación de la prisión provisional". *Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Nº 14, 1996*. Págs. 198 y ss.

circunstancias del menor y la comisión con anterioridad de hechos de similar naturaleza (art. 28 de la LORPM), debiendo tener en cuenta en su adopción, especialmente, el interés del menor (art. 28.1 de la LORPM)⁴⁷⁷.

Cuando se trate de medidas cautelares no privativas de libertad, como son la libertad vigilada o la convivencia con familia, persona o grupo educativo, no se exige la celebración de una comparecencia, pero sí que es necesario oír al equipo técnico, al representante de la entidad pública de protección de menores y al letrado del menor (art. 28.1 de la LORPM), lo que podrá realizarse mediante un trámite escrito⁴⁷⁸. Por tanto, el régimen para la adopción de medidas cautelares no privativas de libertad es más restrictiva que en el proceso de adultos, en que no se exige en todos los casos previa audiencia del letrado de la defensa, e incluso pueden adoptarse de oficio algunas de ellas.

En la práctica, la medida cautelar más frecuentemente demandada por las víctimas es la medida de alejamiento, incorporada por la reforma operada por LO 8/2006. Antes de la citada reforma, como entendió la Consulta de FGE 3/2004, esta medida tenía cabida dentro de la libertad vigilada, en la que se establecía un catálogo de reglas de conducta con carácter de *numerus apertus*. Cuando el legislador prevé su adopción con respecto al centro docente tiene en mente especialmente los delitos de acoso escolar, que han adquirido una especial relevancia en los últimos tiempos, y que son característicos de la justicia de menores⁴⁷⁹.

En los casos de que durante la instrucción quede acreditada la concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad penal previstas en el art. 20. 1, 2 o 3 del CP, el juez de menores adoptará las medidas cautelares que sean necesarias para la protección y custodia del menor, conforme a la legislación civil, instando en su caso la incapacitación o la constitución de organismos tutelares. Cuando proceda, proseguirá la fase de alegaciones, para en la audiencia solicitar alguna de las medidas terapéuticas adecuadas al interés del menor (art. 29 de la LORPM).

La medida cautelar penal más adecuada sería el internamiento terapéutico, cuyo presupuesto legal se halla en la referencia al internamiento en centro “en el régimen adecuado” del art. 28.1 de la LORPM. La Circular de la FGE 1/2000, sin embargo, califica la medida de tratamiento ambulatorio como una medida tuitiva de naturaleza civil. Y por lo que respecta a la incapacitación y a la promoción de la constitución de organismos tutelares, el fiscal deberá dirigirse a los órganos de la jurisdicción civil⁴⁸⁰. Esta labor se ve facilitada por el hecho de que las Fiscalías de Menores suelen aglutinar las competencias en materia de reforma con las tienen atribuidas en protección de

⁴⁷⁷ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., pág. 76.

⁴⁷⁸ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.F.d.

⁴⁷⁹ Vid. FIERRO GÓMEZ, A. “La ley del Menor: Crónica de una reforma anunciada.” *Diario La Ley*, nº 6492, Sección Doctrina, 29 de mayo de 2006, Ref. D- 131, Editorial La Ley. *La Ley 1402/2006. Laleydigital360*. Págs. 9 y 10. Del delito de acoso y la adopción de la medida cautelar de alejamiento en estos casos se ocupa la Instrucción de la FGE 10/2005, de 6 de octubre.

⁴⁸⁰ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.F.d.

menores, y parece responder, de algún modo, a la pervivencia de una cierta inspiración tutelar.

En la jurisdicción de adultos no existe una norma que permita adoptar ciertas medidas con carácter cautelar durante la fase de instrucción, lo cual genera algunos problemas, especialmente si se contempla el proceso desde una perspectiva resocializadora. En los juicios rápidos la solución no tarda en llegar, pero en los que siguen los trámites del procedimiento abreviado o sumario se puede dilatar años. Sería conveniente, a mi juicio, la instauración de la libertad vigilada como medida cautelar, para dar solución a aquellos supuestos en los que ya, desde la fase de instrucción, se evidencia la concurrencia de ciertas situaciones que requieran una pronta intervención. Es muy frecuente la práctica que se da en los Juzgados de Instrucción, en algunos delitos de lesiones o amenazas que se producen en el ámbito de la violencia doméstica, en la que la denuncia que presentan los familiares no viene motivada tanto por el deseo de castigo del culpable como de que se adopten medidas tendentes a la desintoxicación, control o tratamiento del encausado, una vez agotados los instrumentos con los que cuentan los servicios sociales y demás entidades asistenciales.

El juez de menores deberá resolver en auto motivado sobre la adopción o no de las medidas cautelares, debiendo atender a la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito o al riesgo de eludir la acción de la justicia, valorando las circunstancias personales y sociales del menor y, especialmente, que éste hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza. Tales criterios deberán conjugarse con los establecidos en la STC nº 47/2000, de 17 de febrero, en la cual se establece que la gravedad del delito cometido no es suficiente sin más para acordar medidas cautelares de privación de libertad⁴⁸¹.

La razón por la que es preciso valorar estas circunstancias del menor para la adopción de las medidas cautelares es que la finalidad básica de la actuación de la justicia de menores es lograr el interés del mismo. ORNOSA FERNÁNDEZ llama la atención sobre el hecho de que esas circunstancias no pueden jugar en contra del menor, evitando que la situación del menor dé lugar a que se adopte la medida cautelar privativa de libertad para cubrir una falta de protección que debe ser resuelta desde el ámbito administrativo⁴⁸². Así podría ocurrir en supuestos de marginalidad, procedencia de familias poco colaboradoras, precariedad o consumo de tóxicos. En los supuestos en los que, como consecuencia de los hechos delictivos, tenga lugar una situación de desamparo del menor, deberán ponerse en marcha los mecanismos de protección de menores. Así ocurre con frecuencia en los casos de menores expedientados por delitos de malos tratos hacia sus padres, en los que los servicios correspondientes de la Comunidad Autónoma se hacen cargo de adoptar las medidas oportunas ante una posible situación de desamparo del menor que se haya puesto de manifiesto durante la fase de instrucción.

⁴⁸¹ Vid. STC nº 47/2000, de 17 de febrero.

⁴⁸² Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. "El juez de menores..." op. cit., pág. 206.

El menor tiene derecho a una duración limitada de la medida cautelar, que en el caso de la de internamiento, no podrá exceder de seis meses, que pueden ser prorrogados por otros tres meses, previa celebración de una nueva audiencia (art. 28.3 de la LORPM). La duración, inicialmente fijada en tres meses prorrogables por otros tres, fue ampliada tras la reforma operada por la LO 8/2006. La medida cautelar podrá mantenerse hasta la celebración de la audiencia, o incluso durante la sustanciación de los recursos⁴⁸³. Los fiscales deben llevar un control de la duración de la medida de internamiento, instando la prórroga antes de que expire el plazo inicial de los tres meses. No obstante, el juez podrá alzar la medida si entiende que han cesado las circunstancias que motivaron su adopción, sin necesidad de previa solicitud de parte, o sustituirla por vigilancia o convivencia, por resultar menos restrictiva⁴⁸⁴.

Sin embargo, hay una medida cautelar en la que la competencia para su adopción se atribuye al Ministerio Fiscal: la de detención⁴⁸⁵. El régimen general de la detención gubernativa es el previsto en la LECrim., con algunas especialidades establecidas en el art. 17 de la LORPM. La detención deberá ser puesta inmediatamente en conocimiento de los representantes legales del menor detenido, así como al fiscal de menores del lugar en el que se haya producido la detención. Esta comunicación al Ministerio Fiscal se realiza de forma verbal y telefónica, de la que queda constancia mediante documentación escrita, y no se trata de un mero requisito formal, sino que es necesario que a raíz de la misma el fiscal valore la pertinencia de dicha detención.

El fiscal acordará la conducción a las dependencias de fiscalía una vez concluidas las diligencias policiales y dentro del plazo de las 24 horas siguientes. No obstante, en el caso de que el fiscal considere que, a la vista de la escasa gravedad de los hechos o de las circunstancias del menor, no procede solicitar al Juzgado de Menores medida cautelar alguna, puede acordar la puesta en libertad⁴⁸⁶. Esto se debe a que una vez que el menor sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste deberá acordar su puesta en libertad o bien instar lo que proceda sobre su situación personal, en el plazo de las 48 horas siguientes a su detención. No obstante, cuando se trate de un menor integrado en banda armada o relacionado con el terrorismo, la detención tendrá un plazo máximo de 72 horas, por remisión expresa del art. 17.4 de la LORPM al art. 520 bis LECrim.⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., pág. 76.

⁴⁸⁴ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.F.d.

⁴⁸⁵ También en el derecho comparado se admite la detención de los menores de edad. En el derecho francés, se establece que los menores de entre diez y trece años no pueden ser detenidos, pero sí retenidos por un oficial de la policía judicial por tiempo no superior a doce horas. Por encima de los trece años, se establecen algunas diferenciaciones por tramos de edad. Los mayores de trece años pueden ser detenidos, si bien entre los trece y dieciséis años no pueden ver prorrogada su detención. Los menores detenidos gozan del derecho de información a un pariente, de examen médico, de asistencia de letrado y de registro audiovisual de los interrogatorios. Vid. FOURMENT, F. *Procédure Pénale*. Ed. Paradigme. Orleans, 2011-2012. Págs. 110 y ss.

⁴⁸⁶ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, M. *La instrucción...* op. cit., págs.109 y ss.

⁴⁸⁷ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.F.

2.2.3. Otras funciones.

También corresponde al juez de garantías intervenir en la prueba anticipada o preconstituida, pues el Ministerio Fiscal no puede generar actos de prueba, evitar las dilaciones de la instrucción y controlar la actividad del Ministerio Público⁴⁸⁸. La prueba anticipada requiere la inmediación judicial, debiendo practicarse con todas las garantías. Serán de aplicación supletoria las disposiciones de la LECrim.

Por último, queda reservada al juez de menores la declaración de secreto del expediente regulada en el art. 24 de la LORPM, a petición del fiscal, de la acusación particular, del menor, de su letrado o de la familia del menor. La FGE interpreta que el límite máximo debe fijarse en un mes, por aplicación supletoria del art. 302 de ña LECrim., debiendo el juez motivar la medida, dado su carácter excepcional, y fijar la duración temporal, siendo admisibles las prórrogas⁴⁸⁹.

2.3. La acumulación de funciones acusadora, instructora y de protección de menores en el Ministerio Fiscal. Aproximación de las competencias del Ministerio Fiscal a las funciones jurisdiccionales.

La configuración del Ministerio Fiscal como instructor conlleva la acumulación en el mismo de diversas funciones. En el momento inicial le corresponde al Ministerio Fiscal la decisión sobre la admisión de la denuncia y la incoación del expediente de reforma; durante el mismo, le compete la práctica de las diligencias de investigación necesarias para la comprobación de los hechos y la participación del menor; y una vez terminada la práctica de tales diligencias, corresponde al Ministerio Fiscal solicitar la posible terminación anticipada del proceso por aplicación del principio de oportunidad, o instar el sobreseimiento por las causas establecidas en la LECrim., o bien en caso de entender la concurrencia de elementos suficientes para sostener la acusación, formular escrito de alegaciones. En la fase de audiencia, el Ministerio Fiscal se convierte en el órgano encargado de sostener la acusación, si bien la medida solicitada debe ser la más adecuada al interés del menor y a la finalidad reeducativa de este proceso.

Por lo tanto, corresponde al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación durante la fase de instrucción, y el ejercicio de la acción penal en la fase de audiencia o juicio. En cada una de estas funciones, el Ministerio Público, como pone de relieve GIMENO SENDRA, deberá regirse por criterios diversos. En la investigación, su actuación deberá estar presidida por el principio de imparcialidad. Sin embargo, una vez concluido el expediente de reforma, y formulado escrito de alegaciones, el Ministerio

⁴⁸⁸ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. "El proceso..." op. cit., págs. 1413 y ss.

⁴⁸⁹ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.D.

Público deberá sostener la acusación contra el menor. La LORPM atribuye al Ministerio Fiscal, como indica el citado autor, la labor de poner fin al conflicto generado por el delito, tanto para con la víctima, como para con el Estado, y por este motivo, y en aras al cumplimiento de los fines propios del proceso de menores, debe proponer la imposición de aquellas medidas que permitan lograr la reeducación del menor, evitando el internamiento siempre que sea posible, y logrando a un tiempo la reparación de la víctima⁴⁹⁰.

Pero es que, además, conforme al art. 6 de la LORPM, corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos de los menores, la vigilancia de las actuaciones que deban realizarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN critica esta acumulación de funciones, y considera que se han atribuido a un mismo órgano funciones de acusar, instruir y juzgar, de modo que el Ministerio Fiscal investiga, sostiene la acusación y ostenta algunas competencias que pueden suponer “enjuiciamiento”, como la decisión sobre la incoación del expediente, o la aplicación del principio de oportunidad para la terminación anticipada del proceso. Esta facultad otorgada al Ministerio Fiscal de solicitar el archivo por aplicación del principio de oportunidad, en los casos de conciliación o reparación con la víctima o realización por el menor de una actividad socio-educativa, supuestos previstos en los arts. 19 y 27 de la LORPM, como ya vimos, se ha cuestionado por la doctrina, pues se parte de un reconocimiento de culpa por parte del menor expedientado, dando por sentado la existencia de indicios fundados respecto del mismo.

El citado autor entiende que aglutinar todas estas competencias que implican acusación e instrucción en el Ministerio Fiscal supone vulnerar el derecho a la igualdad de armas, pues al atribuir a la parte acusadora la función de instruir, la misma goza de unas facultades con las que no cuenta la defensa, por lo que existe una enorme desigualdad entre las posibilidades de una y otra parte. El Ministerio Fiscal tiene que compatibilizar su misión de protección del interés del menor y de sus derechos y garantías, con la de investigar y sostener la acusación contra él. Si la víctima es menor

⁴⁹⁰ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “El proceso penal...” op. cit., págs. 1413 y ss. Explica este autor que se atribuyen, pues, al Ministerio Fiscal dos papeles en el ámbito del proceso de menores: dirigir la investigación y ejercitar la acción penal en la fase de audiencia o juicio. Pone de relieve GIMENO SENDRA la necesidad de que el Ministerio Fiscal se rija por diversos criterios en cada una de las actuaciones que le encomienda la ley, de modo que en la investigación su actuación debe estar presidida por el principio de imparcialidad, pues debe consignar las circunstancias adversas al menor y también las que le favorezcan, pudiendo, en su caso, solicitar el sobreseimiento, mientras que en su papel de parte acusadora, debe regirse por el principio *pro societate*. Este autor indica que la LORPM va más allá, y encomienda también al Ministerio Público la labor de “mediador”, a fin de lograr una pronta solución al conflicto, tanto el existente entre el menor y el Estado, como el intersubjetivo creado entre el joven delincuente y la víctima. Para el cumplimiento de esta función que se atribuye al Ministerio Fiscal en aras del cumplimiento de los fines propios del proceso penal de menores, es necesario un conocimiento de la personalidad del menor y del perjuicio ocasionado en la esfera personal o patrimonial del sujeto pasivo del delito, a fin de proponer al juez de menores aquellas soluciones que en palabras del citado autor eviten “el contagio criminal que supone el ingreso en prisión” y aseguren al mismo tiempo tanto el cumplimiento de los fines de prevención de la pena como la reparación del daño.

de edad, la situación se complica aún más, pues el Ministerio Fiscal debe velar por la defensa de los derechos e intereses de los menores.

Si la investigación del fiscal se limita a acumular elementos para poder mantener la acusación, se produce una absoluta vulneración del derecho a la igualdad que pone en entredicho el derecho de defensa. Por esta razón, el citado autor propone como medio para salvaguardar el principio de imparcialidad que cuando pueda darse un conflicto sean dos los fiscales que intervengan, uno de ellos en defensa del interés del menor y otro encargado de la instrucción del expediente y la adopción de las decisiones que afectan a dicho menor⁴⁹¹.

En concreto, esta última posibilidad la establece expresamente el art. 17 del LOPRM cuando dispone que en caso de detención del menor, cuando sus padres o tutores no puedan estar presentes, le asistirá en su declaración un fiscal distinto de aquel al que corresponda la instrucción del expediente, lo cual se extiende en la práctica a aquellos casos en los que durante las diligencias practicadas en fase de instrucción o en la audiencia, el menor no estuviera acompañado de sus padres o representantes legales.

La doctrina considera que esta disposición no casa bien con los principios de unidad de criterio y coordinación que inspiran esta institución, pues aunque el Ministerio Fiscal esté integrado por diversos representantes debe obrar con unidad de criterio⁴⁹².

Esta previsión no deja de suscitar extrañeza, pues el Ministerio Fiscal, aunque esté integrado por distintos miembros, actúa como órgano del Estado, y con unidad de criterio, por lo que no deja de resultar paradójico que dos representantes distintos asuman las diversas funciones, ya que ambos actúan en representación de un órgano único. No obstante, uno de ellos actuaría en funciones de protección y otro como fiscal instructor. En la práctica se originan ciertas disfunciones, pues, atendida la escasez de recursos personales, es difícil en ocasiones contar con dos fiscales para una misma actuación.

Por su parte, propone GIMENO SENDRA que las funciones de instrucción y acusación se atribuyan en todo caso a dos representantes distintos del Ministerio Fiscal, de modo que uno de ellos ejercería las funciones de director de la investigación y otro las de acusador. No obstante, advierte este autor que en realidad la prohibición de acumular las funciones de instrucción y acusación sólo se refieren al órgano de

⁴⁹¹ Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. *La ley de la responsabilidad penal de los menores*. Ed. Trivium. Madrid, 2001. Pág. 389. “Siempre hemos pensado que las funciones de acusar, instruir y juzgar deben estar encomendadas a órganos diferentes: el que juzga no debe acusar, el que instruye no debe juzgar, y el que acusa no debe instruir”. Estima este autor que se han atribuido a la parte acusadora unas facultades exorbitantes frente a las que dispone la defensa, desequilibrando el debate. Se coloca al Ministerio Fiscal en una posición ambivalente en cuanto que, de un lado se le encomiendan funciones de protección del interés del menor y de sus garantías fundamentales, y de otro se le otorga una función de recogida de pruebas y el ejercicio de la acusación contra el menor.

⁴⁹² Vid. TAMARIT SUMALLA, J. A. “Principios...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 43.

enjuiciamiento y no al Ministerio Fiscal⁴⁹³. En la práctica, sin embargo, con frecuencia las Fiscalías de Menores se organizan encomendando la asistencia a la audiencia a los mismos fiscales que han llevado la instrucción del asunto⁴⁹⁴. El conocimiento del asunto que proviene de haber realizado personalmente la investigación y el escrito de alegaciones, facilita su labor, especialmente si se tiene en cuenta la finalidad reeducativa de la intervención.

En mi opinión, una vez separadas dentro de la instrucción las funciones de investigación de los actos limitativos de derechos fundamentales, no existe problema alguno por el hecho de que el fiscal investigue y sostenga la acusación⁴⁹⁵. Otra cuestión es que pueda entenderse que algunas de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal suponen enjuiciamiento, como la decisión de incoar o no el expediente o de dar por finalizado el mismo de forma anticipada. También en el proceso de adultos, en procedimientos como pueden ser los juicios rápidos en los que el fiscal, aun no siendo instructor, tiene una mayor presencia, puede ocurrir en la práctica, por cuestiones de organización interna de la fiscalía, que el mismo fiscal que sostiene la acusación sea el que ha intervenido en la fase de instrucción, sin que esto plantee inconveniente alguno, a pesar de que por la pronta celebración del juicio el mismo pueda tener muy presente lo acontecido pocos días antes en el Juzgado de Instrucción⁴⁹⁶.

En realidad esta cuestión se la plantea la doctrina porque el Ministerio Fiscal debe abandonar su mentalidad acusadora cuando está investigando y cuidar de adoptar una posición totalmente imparcial, como la que corresponde en el proceso de adultos al juez instructor, que no instruye para acusar o para procesar al investigado, sino para poder tomar una decisión imparcial sobre si procede el sobreseimiento por falta de indicios fundados o por alguna de las causas previstas en la LECrim., o bien la apertura del juicio oral contra el encausado. El Ministerio Fiscal asume una misión semejante a la del juez instructor del proceso de mayores y, por tanto, no limita su investigación a recoger elementos para sostener una acusación, sino que deberá cuidar de comprobar también todas aquellas circunstancias que pudieran resultar exculpatorias para el menor expedientado.

En este sentido, apunta CONDE-PUMPIDO TOURÓN que todas las funciones que se acumulan en el Ministerio Fiscal tienden a una misma finalidad, cual es la reeducación o reinserción del menor infractor. De esta forma, corresponde al Ministerio Fiscal, durante la fase de instrucción, la búsqueda de la verdad material, y la constatación tanto de los elementos que puedan incriminar al menor como los que le resulten favorables; en su función acusadora, debe solicitar, una vez vencida la presunción de inocencia, las medidas que mejor se adecúen al interés del menor; y al mismo tiempo le corresponde velar por la defensa de los derechos del menor y por la

⁴⁹³ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. "El proceso penal..." op. cit., págs. 1413 y ss.

⁴⁹⁴ Es el caso, por ejemplo, de las Fiscalías de Menores de Alicante y Tarragona.

⁴⁹⁵ En este sentido, MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*. Prólogo de ORTELLS RAMOS, M. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2005. Págs. 386 y ss.

⁴⁹⁶ A título de ejemplo, en la Fiscalía de Alicante no existe limitación alguna en este sentido.

primacía del interés de éste. Por esta razón concluye este autor que la acumulación de funciones tiene su razón de ser en que tanto en sus facultades instructoras como acusadoras, el Ministerio Fiscal debe buscar el superior interés del menor⁴⁹⁷.

Aunando tales roles, el Ministerio Fiscal puede tener un conocimiento más global del asunto y del menor en cuestión que le permite adoptar las decisiones que mejor cumplan la función reeducadora de este proceso, tanto en lo que se refiere a la terminación anticipada del mismo por reparación o conciliación con la víctima o realización de tareas socioeducativas, como en la solicitud, una vez abierta la audiencia, de las medidas más adecuadas al interés de éste.

LÓPEZ LÓPEZ considera, como se ha expuesto, que el proceso de menores sólo toma formalmente la estructura del sistema adversarial, si bien no es realmente una contienda *inter partes*, pues todos los operadores jurídicos han de perseguir el beneficio del menor como fin último, incluso el abogado defensor del menor. Por este motivo, la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación y de la acusación, no vulnera principio alguno en el ámbito del proceso de menores, puesto que, como indica el citado autor, la labor del Ministerio Fiscal durante la instrucción del expediente de reforma no va orientada únicamente a la preparación de su acusación durante la fase de audiencia, sino a justificar la necesidad de “proceder penalmente contra el menor”⁴⁹⁸.

Pese a ello, la Circular de la FGE 1/2000 reconoce la difícil tarea que se atribuye al Ministerio Fiscal al encomendarle la instrucción del procedimiento de menores, por cuanto debe compatibilizar el ejercicio de la acción penal, con la defensa de los derechos de los menores, la vigilancia de las actuaciones realizadas en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento⁴⁹⁹.

2.4. Control judicial de la investigación realizada por el Ministerio Fiscal.

Del mismo modo que en el proceso de adultos la función de supervisión del Ministerio Fiscal sirve de contrapeso a las facultades del juez instructor, en el proceso de menores este equilibrio se alcanza mediante la atribución al juez de menores de algunas facultades de control en relación con la instrucción realizada por el Ministerio Fiscal.

Este control tiene lugar fundamentalmente mediante la posible revisión de algunas decisiones del Ministerio Fiscal, a través de la reproducción de la petición de

⁴⁹⁷ CONDE-PUMPIDO TOURÓN C. *La ley...* op. cit., pág. 398. Estima este autor que “la confluencia en el Fiscal del doble papel de defensa de garantías e interés del menor e instructor de la fase investigadora y promotor de las medidas a imponer es menos contradictoria de lo que pretenden los censores de este planteamiento de la ley, en cuanto ambas funciones tienen una inspiración y finalidad común, cual es el superior interés del menor”.

⁴⁹⁸ Vid. LÓPEZ LÓPEZ. A. M. *La instrucción...* op. cit. Pág. 13.

⁴⁹⁹ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.A.

las diligencias denegadas por este ante el juez de menores (art. 26.1 de la LORPM) y de la atribución de un cierto margen de decisión en orden al sobreseimiento de la causa o la celebración de la audiencia durante la fase intermedia.

La fase intermedia es objeto de una regulación algo confusa en todos los procedimientos y la LORPM no es una excepción. La ley del menor dedica el título III a la instrucción del procedimiento y el título IV a la fase de audiencia, sin mencionar expresamente la fase intermedia, pese a lo cual la doctrina considera incluidas en la fase intermedia o fase de alegaciones todas las actuaciones reguladas en los arts. 30 a 34 de la LORPM, incluidos en el capítulo III del título III y título IV, “De la conclusión de la instrucción” y “De la fase de audiencia”. La fase de alegaciones se inicia cuando el Ministerio Fiscal decide finalizar la fase de instrucción y decreta la conclusión del expediente, y termina cuando el juez de menores dicta auto de sobreseimiento o de apertura de la audiencia⁵⁰⁰.

En el proceso de menores, la fase de alegaciones es una etapa procedimental, llamada por la doctrina juicio de acusación, situada entre la instrucción y el juicio o audiencia, en la que el juez de menores, una vez recibido el escrito de alegaciones y el expediente de reforma, determina si concurren o no los presupuestos para la apertura de la fase de audiencia, en la que regirán en toda su extensión los principios de contradicción, defensa y publicidad⁵⁰¹.

El juez de menores asume funciones de garantías, conoce de la fase de alegaciones y celebra la audiencia, por lo que expone RICHARD GONZÁLEZ que, en el procedimiento de menores, la fase intermedia se ha encomendado al órgano enjuiciador, siguiendo el sistema establecido para el procedimiento por delitos graves de la LECrim., en el que el mismo tribunal competente para el enjuiciamiento debe decidir sobre la celebración de la audiencia o el archivo de las actuaciones⁵⁰². Sobre la conveniencia de otorgar el conocimiento de la fase intermedia al órgano enjuiciador, al juez instructor o de garantías o incluso a un órgano independiente no me detendré porque esta cuestión será objeto de un estudio más pormenorizado en el capítulo cuarto.

El escrito de alegaciones formulado por el fiscal y remitido al Juzgado de Menores pone fin a la fase de instrucción y permite la apertura de la fase de audiencia. Una vez recibido el expediente, con el escrito de alegaciones y piezas de convicción, el juez lo incorporará a las diligencias que abrió cuando se le comunicó la incoación del expediente de reforma, dando traslado a la defensa para que formule escrito de alegaciones. El juez podrá acordar o la celebración de la audiencia, o bien el sobreseimiento mediante auto motivado, o el sobreseimiento a petición del Ministerio Fiscal, o la remisión de las actuaciones al juez competente, o la práctica de las diligencias rechazadas por el fiscal y que estime pertinentes, cuando se reproduzca la

⁵⁰⁰ Vid. FERNÁNDEZ FUSTES, M. D. “Fase intermedia o de alegaciones”, en GONZALEZ PILLADO, E. (coord.). *Proceso penal de menores...* op. cit. Pág. 204.

⁵⁰¹ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, J. M. *La instrucción...* op. cit. Págs. 69 y 70.

⁵⁰² Vid. RICHARD GONZÁLEZ, M. “El nuevo proceso de menores”. *Diario La ley, Sección Doctrina*, 2000, Ref. D- 149, tomo 4, editorial La Ley. *La Ley* 21175/2001. *Laleydigital*360. Pág. 11.

petición ante el mismo (art. 33 de la LORPM). Contra tales resoluciones caben los recursos de reforma y apelación en los términos establecidos en la LECrim.⁵⁰³

Fuera de los casos de archivo de las diligencias preliminares o desistimiento de la incoación del expediente del art. 18 de la LORPM, el sobreseimiento requiere petición al juez de menores, incluidos los supuestos de no continuación del expediente del art. 19 y 27.4 de la LORPM.

2.4.1. La reproducción ante el juez de garantías de la petición de diligencias de investigación denegadas por el Ministerio Fiscal.

El art. 26.3 de la LORPM permite al letrado del menor y a la acusación particular solicitar al Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias considere necesarias, que deberá resolver sobre su admisión o rechazo de acuerdo con los criterios establecidos en los arts. 311 y 312 de la LECrim. El fiscal deberá valorar la pertinencia de las diligencias de instrucción solicitadas por las partes, rechazando aquellas que considere inútiles. La decisión del Ministerio Fiscal se notifica a la parte solicitante y se comunica al Juzgado de Menores. Contra dicha decisión no cabe recurso, pero la ley permite reproducir la petición de tales diligencias ante el juez de menores, “en cualquier momento” (art. 26.1 de la LORPM).

El problema que se plantea es si tales diligencias puede acordarlas el juez en cualquier momento, tal y como parece desprenderse del art. 26.1 de la LORPM, o bien debe esperar hasta la fase de alegaciones, una vez concluida la instrucción del fiscal. Esta posibilidad de reproducir ante el juez de menores la solicitud de diligencias de instrucción, a juicio de DÍAZ MARTÍNEZ, pone en entredicho la naturaleza del Ministerio Fiscal como instructor, al tiempo que suscita dudas desde la perspectiva de la garantía de imparcialidad del juez de menores, a quien se implica en la investigación más allá de su condición de juez de garantías⁵⁰⁴. Por ello, no comparte este autor el criterio de quienes sostienen que tales diligencias debe acordarlas dentro del expediente de reforma⁵⁰⁵ y entiende conveniente, a fin de evitar una instrucción judicial paralela contraria al espíritu de la ley, retrasar la intervención del juez en relación con tales diligencias hasta la apertura de la fase de alegaciones, en la que ya podrá practicar por sí mismo dichas pruebas⁵⁰⁶.

La ley no establece ningún límite temporal a esta facultad, pero la Circular de FGE 1/2000 interpreta que la intervención del juez debe retrasarse hasta la apertura del

⁵⁰³ Vid. Circular 1/2000 FGE. Apartado VII.1.

⁵⁰⁴ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. (dir.). *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 68.

⁵⁰⁵ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “El juez de menores...” op. cit. Pág. 211.

⁵⁰⁶ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. (dir.). *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 68.

trámite de audiencia, puesto que el derecho de la defensa de contradecir el criterio del fiscal no puede suponer una instrucción judicial paralela a la del Ministerio Fiscal, ya que esta opción contraviene la estructura del proceso, diseñado sobre la base de la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación penal⁵⁰⁷. No obstante, lo cierto es que, como después veremos, también en las propuestas que se realizan para la justicia de adultos se impone un cierto control judicial de la investigación desarrollada por el fiscal, mediante la denominada investigación complementaria.

Esta cuestión, como hemos visto, no es pacífica en la doctrina. El problema que se plantea es que las diligencias cuya petición se reproduce ante el juez de menores podrían resultar determinantes para resolver sobre la celebración de la audiencia o el sobreseimiento. Por este motivo la Circular encuentra el cauce más adecuado en el art. 33.e) de la LORPM, cuando establece que el juez de menores, una vez abierta la fase de audiencia, puede practicar por sí mismo tales diligencias, con citación del Ministerio Fiscal y de las partes. Esta posibilidad se presenta como una alternativa a la convocatoria de la audiencia y al sobreseimiento, y permite articular un trámite de instrucción judicial complementaria. A la defensa puede interesar la práctica de tales diligencias para, en función del resultado de las mismas, solicitar el sobreseimiento. En los escritos de alegaciones se puede solicitar el sobreseimiento, de modo que el letrado del menor puede aprovechar dicho escrito para interesar la práctica de las diligencias que pudieran fundamentar la decisión de archivo. Si el juez considera que las diligencias rechazadas por el Ministerio Fiscal son pertinentes puede abrir un trámite en el que podrá practicarlas por sí mismo. Tras su práctica, se dará traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes a fin de que se pronuncien sobre el mantenimiento o modificación de sus escritos de alegaciones, y el juez resolverá sobre la celebración de la audiencia o el archivo solicitado.

La Circular realiza esta interpretación partiendo de que cuando el art. 33 e) de la LORPM se refiere a diligencias que no puedan practicarse en la audiencia, no alude únicamente a los supuestos de necesidad de anticipar prueba, sino a aquellos en los que de admitirse las mismas se puede evitar la celebración del juicio, por revelar la falta de fundamento de la acusación. La FGE entiende que esta solución es la más adecuada, pues evita la existencia de una instrucción judicial paralela a la del fiscal, y permite evitar en su caso la celebración de la audiencia en caso de que la práctica de aquellas determine la procedencia del sobreseimiento⁵⁰⁸.

Hay que tener presente, no obstante, que la mención a las diligencias que no puedan practicarse en la audiencia que realiza el art. 33 e) de la LORPM, determina que se realicen por el juez durante la fase intermedia únicamente aquellas que realmente se estimen necesarias para tomar la decisión sobre el sobreseimiento o la celebración de la audiencia, pero en el caso de que no sean imprescindibles a tal fin, se podrán dejar para el momento del juicio. Sería el caso, por ejemplo, de un testigo presentado por la defensa, cuyo testimonio pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos, pero que no

⁵⁰⁷ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.C.

⁵⁰⁸ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.C.

resulte decisivo. Esto se debe a que se pretende evitar un uso abusivo de esta facultad que pudiera conducir a la contaminación del juez de menores. Dejando la práctica de las mismas para la fase intermedia se solventa, además, como después veremos, el problema de la contaminación del juez de menores. Por otra parte, debe tenerse presente además, que una instrucción judicial suplementaria podría restar al procedimiento la celeridad que es imprescindible en el mismo.

2.4.2. La impugnación de las decisiones del Ministerio Fiscal.

El derecho al recurso forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 de la CE. Uno de los principales problemas que plantea la instrucción por el fiscal es que sus decisiones no pueden ser objeto de impugnación, puesto que la LORPM no prevé recurso alguno contra los decretos del Ministerio Fiscal.

La inexistencia de recursos facilita la agilidad del procedimiento, lo que resulta imprescindible, teniendo en cuenta la brevedad de los plazos de prescripción, y las limitaciones establecidas a la duración de la medida cautelar de internamiento, a diferencia de lo que ocurre en el proceso de adultos, en el que la posibilidad de interponer recurso de reforma y de apelación contra prácticamente todas las resoluciones que dicta el juez instructor, prolonga considerablemente las instrucciones. Sin embargo, DE RAMÓN FORNS considera que esto no es suficiente justificación, pues la agilidad que se alcanza con la inexistencia de recurso más tarde queda ralentizada si el juez acuerda la práctica de diligencias en la fase intermedia⁵⁰⁹. Pese a ello, resulta evidente que la rapidez de este procedimiento sigue siendo superior que la que existe en el proceso de adultos⁵¹⁰. No obstante, la imposibilidad de revisar las resoluciones del fiscal puede suponer un grave inconveniente desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Ministerio Fiscal adopta decisiones como son el rechazo de diligencias de investigación solicitadas por la defensa o la acusación particular, la denegación de la personación del perjudicado, u otorgar vista del expediente a la defensa, que no pueden ser objeto de impugnación, por lo que el problema no afecta únicamente a las diligencias de investigación.

⁵⁰⁹ Vid. DE RAMÓN FORNS, I. "La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal". *Diario La Ley*, nº 7433, Sección Doctrina, 28 de junio de 2010, año XXXI, Ref. D- 211, Editorial La Ley. *La Ley* 5213/2010. *Laleydigital*360. Pág. 5.

⁵¹⁰ En la práctica judicial, se observa que en aquellos asuntos donde aparecen encausados mayores y menores de edad, normalmente, cuando se han seguido los trámites del procedimiento ordinario o abreviado, la sentencia del Juzgado de Menores se dicta mucho tiempo antes de la celebración del juicio en el proceso de adultos. No es así, sin embargo, en los casos en que la tramitación del procedimiento dirigido contra el mayor de edad haya seguido los trámites del juicio rápido o juicio inmediato por delito leve.

LÓPEZ LÓPEZ explica que estas decisiones no requieren motivación, debido a que, siendo actos de parte procesal, no le son de aplicación las exigencias de motivación propias de las resoluciones judiciales, toda vez que su actividad no es decisoria sino postulante. La argumentación fáctica y jurídica impuesta a las partes tiene su razón de ser en la necesidad de centrar el objeto del debate, mientras que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales se justifica por la protección del derecho a la tutela judicial efectiva y constituye una garantía contra la arbitrariedad de los poderes públicos. El destinatario de las resoluciones del Ministerio Fiscal no es el ciudadano, sino el juez, que en virtud del principio *iura novit curia*, ya conoce el derecho⁵¹¹. El problema es que, al convertir al fiscal en instructor del proceso de menores, al mismo se le han atribuido algunas funciones que implican decisión y le alejan de su condición de parte procesal. Es por ello que las propuestas legislativas que proponen este modelo para la jurisdicción de adultos exigen expresamente, como veremos en el capítulo cuarto, la motivación de los decretos.

La primera de las decisiones del Ministerio Fiscal es la de incoar o no el expediente de reforma. Contra el decreto que acuerda la incoación del expediente de reforma no cabe recurso alguno, de modo que el letrado del menor no puede impugnar dicha decisión proponiendo la inadmisión de la denuncia o el desistimiento del art. 18 de la LORPM, sino que sencillamente le quedará la posibilidad de solicitar durante el expediente de reforma diligencias que conduzcan al sobreseimiento o a instar el archivo.

En el caso de que no se acuerde la incoación del expediente de reforma, contra el decreto de archivo de las diligencias preliminares no cabe recurso, ni reproducir la denuncia ante el juez, ya que carece de competencias al respecto, y solo le queda al perjudicado la opción de acudir a la vía civil⁵¹². De hecho, en la notificación al perjudicado que realiza el Ministerio Fiscal, deberá hacerse saber al mismo esta posibilidad, así como el plazo de prescripción para el ejercicio de la pretensión civil⁵¹³. No obstante, hay que tener presente que los decretos de archivo de las diligencias preliminares no suponen un juicio definitivo de fondo, y por ello si surgen nuevos elementos, sería posible su reapertura⁵¹⁴. La situación difiere en el proceso de menores con respecto al de adultos. Así, en el caso de las diligencias de investigación preliminar del fiscal previstas en el art. 773.2 de la LECrim., frente a la decisión de archivo o de no ejercicio de acciones penales por el Ministerio Fiscal, no cabe recurso alguno, pero el perjudicado puede reiterar su denuncia ante la autoridad judicial o ejercitarlas por sí

⁵¹¹ Para un estudio de los actos procesales y administrativos del Ministerio Fiscal puede consultarse LÓPEZ LÓPEZ, M. “La motivación de los actos del Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley*, n° 8358, *Sección Doctrina*, 25 de septiembre de 2014, año XXXV, Ref D- 293, Editorial La Ley. *La Ley* 6279/2014. *Laleydigital*360. Págs. 1 y ss.

⁵¹² En este sentido, vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 61 y ss.

⁵¹³ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VII.2.B.

⁵¹⁴ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VII.2.B.

mismo⁵¹⁵. Sin embargo, en la LORPM, en caso de archivo de las diligencias preliminares, no existe posibilidad de revisión judicial de esta decisión.

En la mayor parte de los casos, el perjudicado no tendrá interés en la sanción penal propiamente dicha, sino en la obtención de una reparación económica, y aunque lo cierto es que la misma podría obtenerse en algunos casos por la vía civil, en la práctica, es frecuente que se acuda al proceso penal para ahorrar costes económicos, como el derivado de la postulación procesal, o el riesgo de satisfacer las costas en caso de desestimación. De alguna manera, el legislador pudo haber querido evitar, en aras del interés del menor, una eventual utilización abusiva del proceso penal para obtener finalidades ajenas al derecho penal propiamente dicho, circunstancia que en ocasiones se produce en la jurisdicción de mayores. No obstante, el interés del perjudicado se ponderará, junto con el del menor, por el Ministerio Fiscal a la hora de adoptar las decisiones que procedan, y es criterio de algunas Fiscalías de Menores la apertura del expediente de reforma en aquellos casos en los que exista un perjudicado con un interés legítimo, si concurren unos mínimos indicios del hecho delictivo. En estos casos, si se dan los presupuestos establecidos, podrá ponerse fin al expediente de reforma a través de alguno de los supuestos del principio de oportunidad contemplados en los arts. 19 y 27 de la LORPM, para por esta vía evitar la celebración de la audiencia, logrando una satisfacción económica el perjudicado a través de los acuerdos alcanzados, cuestión a la que haremos referencia más adelante⁵¹⁶.

LANDROVE DÍAZ censura la inexistencia de un mecanismo de control del desistimiento por parte del Ministerio Fiscal de la incoación del expediente por aplicación del principio de oportunidad, lo cual contraviene los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, y valora desfavorablemente el descenso del número de asuntos tramitados desde la admisión de este principio, según revelaban las estadísticas del CGPJ desde 1992⁵¹⁷.

La LORPM no prevé la posibilidad de impugnar por vía de recurso las resoluciones del Ministerio Fiscal, de modo que la única forma de lograr una especie de revisión judicial de sus decisiones es a través de la posibilidad de reproducir ante el juez de menores la petición de diligencias rechazadas por aquél, y de solicitar ante este el sobreseimiento o la apertura de la audiencia.

No obstante, algunos autores entienden que caben otras vías de impugnación. En este sentido, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN sostiene la posibilidad de acudir al amparo constitucional si el decreto de archivo adolece de falta de motivación o fuera

⁵¹⁵ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, M. *La instrucción...* op. cit., pág. 31. Es el criterio mantenido por la Consulta de la FGE 2/95, de 19 de abril, acerca de dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad. Apartado VI y VII. En el mismo sentido, vid. AATS de 20 de diciembre de 1990 y 20 de abril de 1984.

⁵¹⁶ Este es el criterio de las Fiscalías de Alicante y Tarragona.

⁵¹⁷ LANDROVE DÍAZ pone de manifiesto que las estadísticas del CGPJ revelan que el número de asuntos tramitados en los Juzgados de Menores descendieron “escandalosamente” como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad. Vid. LANDROVE DÍAZ, G. “Marco operativo...” op. cit., pág. 10.

manifiestamente erróneo o arbitrario, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, o bien simplemente presentar una nueva denuncia o querrela acerca del mismo hecho en las que se aporten nuevos datos que justifiquen la incoación del expediente, con información adicional, pues examinando los nuevos elementos que no fueron tenidos en cuenta, el fiscal podría reconsiderar su postura⁵¹⁸. DOLZ LAGO, por su parte, considera que es posible que la decisión de archivo sea revisada por el fiscal superior jerárquico de aquel que la ha dictado⁵¹⁹. ORNOSA FERNÁNDEZ comparte esta opinión, pues siendo el Ministerio Fiscal un órgano jerarquizado, y dado el carácter jurisdiccional de las funciones que le han sido atribuidas, cabe acudir en queja al superior jerárquico, de acuerdo con lo establecido en los arts. 62 y 63 del EOMF⁵²⁰.

En concreto, en el caso de la denegación de la personación del perjudicado, se entendía antes de la introducción de la acusación particular, que el mismo podía acudir al juez en el plazo de cinco días para reproducir su petición, de modo que si bien contra dicha decisión no cabía recurso, podía ser revisada por el juez de menores⁵²¹. Tras la reforma del art. 25 de la LORPM operada por LO 15/2003, el precepto se limita a referirse a que una vez admitida la personación de la acusación particular por el juez, se le dará traslado de todas las actuaciones.

Algunas decisiones del fiscal podrían ser revisadas por la vía indirecta del recurso contra las resoluciones del juez de menores. Es decir, si el fiscal formula una petición que es asumida por el juez en una resolución judicial, a través del recurso contra dicha resolución podría de alguna manera revisarse la decisión adoptada por el fiscal que fundamentó dicha petición. A título de ejemplo, si el Ministerio Fiscal solicita un sobreseimiento ante el juez de menores y éste lo acuerda, la acusación particular podrá recurrir el auto dictado por el juez, obligando al juez a revisar, por vía de recurso, el cumplimiento de los requisitos para el archivo. Pero en los casos en los que la petición de archivo se fundara en la aplicación del principio de oportunidad, el órgano al que corresponda la resolución del recurso, únicamente podrá poner de manifiesto que tratándose de una atribución del Ministerio Fiscal, solo cabe la comprobación del cumplimiento de los presupuestos meramente formales⁵²².

Sugiere DE RAMÓN FORNS que, no siendo posible aplicar a los actos del Ministerio Fiscal el mismo régimen de recursos que existe contra las resoluciones jurisdiccionales, sería conveniente que el legislador regulara los oportunos cauces de

⁵¹⁸ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El proceso penal...* op. cit., págs. 38 y ss.

⁵¹⁹ Vid. DOLZ LAGO, M. J. “La instrucción penal del Fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límites”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., pág. 273.

⁵²⁰ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “El juez de menores...” op. cit. Págs. 194 y ss.

⁵²¹ Vid. RICHARD GONZÁLEZ, M. “El nuevo...” op. cit., pág. 13.

⁵²² A título de ejemplo, se interpone recurso de reforma por la acusación particular contra un auto de sobreseimiento dictado por un Juzgado de Menores, en el que se acuerda el archivo por aplicación del art. 19 de la LORPM, a petición del Ministerio Fiscal. La parte recurrente funda el recurso en que, a su juicio, no se ha realizado por el menor una verdadera conciliación o petición de disculpas a la víctima, que es uno de los presupuestos para el archivo (expediente de reforma instruido en la Fiscalía de Menores de Alicante).

impugnación de los actos de éste que tengan carácter decisorio y afecten a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. A falta de estos recursos, sostiene este autor que no se puede descartar la utilización de los recursos administrativos y contencioso-administrativos contra los actos de esta naturaleza, y de acudir a la vía del recurso de amparo en el caso de que el motivo de impugnación sea la vulneración de los derechos fundamentales⁵²³.

En cualquier caso, a mi juicio, debe tenerse presente que el legislador ha configurado un procedimiento ágil de investigación, en el que se cumple una finalidad reeducativa, y el interés del menor preside todas las actuaciones. En sus orígenes no se admitía la acusación particular, de forma que algunas de estas cuestiones no se suscitaban. La reforma que introdujo la acusación particular no fue acompañada de una debida revisión del texto que cuidara de concretar todas las consecuencias derivadas de la misma, y si la víctima tenía realmente un derecho a que se iniciara un procedimiento y este llegara hasta la fase de audiencia. La finalidad educativa de esta jurisdicción justificaba el no establecimiento de un régimen de recursos contra las decisiones del fiscal, al presuponer que este, en el ejercicio de esta función, adoptaría las correspondientes decisiones tomando como criterio rector el interés del menor.

2.4.3. Las facultades del juez de menores en orden al sobreseimiento o apertura de la audiencia.

Durante la fase intermedia se produce una mayor intervención judicial en la decisión sobre el sobreseimiento o la celebración de la audiencia. Aunque las decisiones del Ministerio Fiscal no son recurribles, en esta fase la actuación del juez de menores, convertido en juez de la fase intermedia, sirve de contrapeso a las amplias facultades del Ministerio Fiscal durante la instrucción.

El sobreseimiento que pida el fiscal puede basarse, o bien en la aplicación del principio de oportunidad, o bien en las causas previstas en la LECrim. Solicitado el sobreseimiento por el Ministerio Fiscal al amparo de los arts. 637 o 641 LECrim., puede surgir la duda de si el juez puede entrar a examinar si concurre el motivo de sobreseimiento alegado por el Ministerio Fiscal y, en el caso de que entienda que no concurre tal motivo, pueda denegar el sobreseimiento solicitado. Otras veces, el sobreseimiento habrá sido solicitado por la defensa. Como sabemos, tras la reforma operada en el art. 25 de la LORPM por la LO 15/2003 el papel del ofendido no se limita a ser un mero coadyuvante del fiscal, sino que puede ejercitar una acusación particular en sentido estricto. La acusación particular podrá haberse opuesto a la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Fiscal o de la defensa o recurrir el auto de archivo. En estos casos, el juez deberá pronunciarse al respeto.

⁵²³ Vid. DE RAMÓN FORNS, I. "La impugnación..." op. cit., pág. 12.

Una vez concluido el expediente de reforma, el Ministerio Fiscal puede optar por la formulación del escrito de alegaciones, o bien por la petición de sobreseimiento. Pero, en los casos en los que el fiscal decide sostener la acusación contra el menor, el juez puede acordar el sobreseimiento por alguno de los motivos previstos en la LECrim. (art. 33.b) de la LORPM). Por tanto, el sobreseimiento se puede acordar por el juez a solicitud del Ministerio Fiscal (art. 31 de la LORPM), sea por las causas previstas en la LECrim. o por aplicación del principio de oportunidad, o bien sin previa petición del fiscal, de oficio por el juez de menores o a petición de la defensa. La Circular de la FGE 1/2000 ha interpretado que queda reservada al juez de menores la facultad de controlar por esta vía la solidez del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, de modo que, a la vista del escrito de alegaciones del fiscal, de la acusación particular, en su caso, y de la defensa, puede decretar el sobreseimiento mediante auto motivado⁵²⁴.

Por tanto, el juez puede acordar de oficio el sobreseimiento de las actuaciones por alguna de las causas establecidas en la LECrim. (art. 33.b) de la LORPM), de modo que no está vinculado por la petición de las partes. A falta de previsión expresa, se entiende supletoriamente aplicable el art. 783.1 de la LECrim., de forma que una vez solicitada la apertura de la audiencia por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el juez la acordará, salvo que estime que concurre el supuesto del art. 637.2 de la LECrim. (que el hecho no sea constitutivo de delito), o que no existen indicios racionales de criminalidad, en cuyo caso dispondrá el sobreseimiento conforme a los arts. 637 o 641 de la LECrim.⁵²⁵.

El art. 33.b) de la LORPM hace referencia al “auto motivado” en el sentido de que el auto por el cual el juez de menores decreta *motu proprio* el sobreseimiento en contra del criterio del fiscal, deberá razonar con mayor profundidad el motivo en el que se basa, mientras que el que dicta en caso de petición de archivo por el Ministerio Fiscal basado en criterios de oportunidad o por falta de acusación, se limita a constatar la concurrencia de los requisitos formales y reseñar los preceptos que lo fundamentan⁵²⁶. Contra dicho auto el Ministerio Fiscal puede interponer recurso de apelación ante la AP (art. 41.3 de la LORPM).

Debemos plantearnos qué ocurre en el supuesto contrario, es decir, si el Ministerio Fiscal solicita el sobreseimiento pero el juez de menores entiende que existen elementos que fundamentan la continuación del procedimiento con la celebración de la audiencia. Antes de la incorporación de la acusación particular al proceso de menores, esta opción era como mínimo inútil, pues si el Ministerio Fiscal reproduce su petición de archivo de poco servirá la celebración de la audiencia, en virtud del principio acusatorio. Tras la introducción de la acusación particular, en sentido estricto la situación es diferente.

⁵²⁴ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VII.I.

⁵²⁵ Vid. FERNÁNDEZ FUSTES, M. D “Fase intermedia...” op. cit., en GONZALEZ PILLADO, E. (coord.) *Proceso penal de menores...* op. cit., págs. 215 a 224.

⁵²⁶ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VII.I.

En los supuestos en los que la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Fiscal se base en alguna de las causas previstas en los arts. 637 y 641 de la LECrim., y no exista acusación particular, en el caso de discrepancia podría aplicarse la misma solución que ofrece la doctrina para aquellos supuestos de archivo por el fiscal de las diligencias preliminares. En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ entiende que, no existiendo acusación particular, el juez, en caso de discrepancia, deberá ponerlo en conocimiento del perjudicado por el delito⁵²⁷, y ORNOSA FERNÁNDEZ, aplicando supletoriamente el art. 644 de la LECrim., considera que se podría instar del superior jerárquico del fiscal un pronunciamiento al respecto⁵²⁸. No obstante, lo habitual es que el fiscal haya actuado conforme al criterio de la fiscalía en cuestión.

Cuando el fiscal haya solicitado el sobreseimiento, la continuación del procedimiento es posible, y puede darse en la práctica en algunos casos. En estos supuestos en los que el Ministerio Fiscal solicita el sobreseimiento por alguna de las causas previstas en la LECrim., si la acusación particular interesa la celebración de la audiencia, corresponderá al juez de menores resolver la cuestión. En este caso, estima la doctrina que, por aplicación supletoria del art. 783 de la LECrim., deberá darse nuevo traslado al Ministerio Fiscal para formular escrito de alegaciones⁵²⁹. Esta es la postura acogida por la Circular de la FGE 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, que establece que en este caso el fiscal deberá solicitar al juzgado que se le dé traslado para formular escrito de alegaciones en el que interesar la absolución⁵³⁰.

A mi juicio, debe cuestionarse la conveniencia de que continúe el procedimiento cuando el Ministerio Fiscal estima que se dan los presupuestos para el archivo, y si esta continuación a instancias de la acusación particular redundaría realmente en interés del menor o responde a otros parámetros. La incorporación de la acusación particular implica, pues, la entrada en juego de una serie de intereses que deben ponderarse para no perder de vista la finalidad educativa del procedimiento. A ello se añade que la ausencia de una regulación detallada de estas cuestiones determina la aplicación supletoria de la LECrim., lo que de alguna manera desvirtúa la verdadera esencia de este procedimiento.

En estos casos, el problema que se plantea es cuál ha de ser el contenido del escrito de alegaciones de la acusación particular, cuyo interés en la continuación del procedimiento puede tener poco que ver con la reeducación del menor, y encontrarse más próximo al deseo de obtener un resarcimiento económico o incluso, en

⁵²⁷ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. "El Ministerio Fiscal director..." op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 62.

⁵²⁸ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. *Derecho penal...* op. cit., pág. 231.

⁵²⁹ Vid. FERNÁNDEZ FUSTES, M. D. "Fase intermedia o de alegaciones", en GONZALEZ PILLADO, E. (coord.) *Proceso penal de menores...* op. cit., págs. 216 y ss.

⁵³⁰ Circular de la FGE 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006. Apartado I.2: "Es técnicamente posible que llegue a convocarse audiencia aun contrariando la solicitud de sobreseimiento del Fiscal, si la acusación particular formula alegaciones. Para el caso de ocurrir esta eventualidad, los Sres. Fiscales interesarán del Juzgado que se les dé traslado para formular escrito de alegaciones en sentido absolutorio, fundamentando con detalle su posición procesal".

determinados supuestos, un ánimo de que el menor sufra un castigo por sus actos. El escrito de alegaciones tendrá un contenido muy semejante al del Ministerio Fiscal, pero, como es lógico, no podrá pronunciarse sobre la situación y circunstancias del menor, por lo que la propuesta de sanción corre el riesgo de no adecuarse a aquellas.

Esto no obsta a que el juez, conforme al principio de flexibilidad, pueda imponer la medida más adecuada al interés del menor, de acuerdo con el informe del equipo técnico, pues si bien rige el principio acusatorio, siempre podrá establecer una sanción que resulte menos restrictiva de la libertad que la solicitada por la acusación. Conforme al art. 25.d) de la LORPM, la acusación particular podrá proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor, pues dichas alegaciones y pruebas estarán reservadas en exclusiva al Ministerio Fiscal y al abogado defensor del menor. En cualquier caso, el juez cuenta con el equipo técnico en su labor de determinación de la medida más adecuada a la finalidad educativa del proceso, para el caso de recaer sentencia condenatoria.

En el caso de que el sobreseimiento haya sido solicitado por concurrir una causa de exención de la responsabilidad criminal (art. 637.3 de la LECrim. en relación con los apartados 1 a 3 del art. 20 del CP) o cuando aprecie una situación de desamparo, deberá instar la remisión de los particulares necesarios a la entidad pública de protección de menores, la adopción de las medidas de protección y custodia que procedan conforme a la legislación civil, la incapacitación o la constitución de organismos tutelares (art. 29 de la LORPM).

Si el Ministerio Fiscal solicita el sobreseimiento por aplicación del principio de oportunidad, siempre que se den los presupuestos legalmente establecidos, se trata de una decisión discrecional que corresponde únicamente al Ministerio Fiscal. En este sentido, los AAP Barcelona (Sección 3ª) nº 227/2007 de 16 de abril, nº 349/2007, de 29 de mayo, y nº 444/2007, 6 de julio, reseñados en la Memoria de la FGE de 2008, consideran que el desistimiento del Ministerio Fiscal en base a lo dispuesto en los arts. 19 y 27.4 de la LORPM es vinculante para el Juzgado de Menores, pues es una facultad exclusiva del Ministerio Fiscal la de pedir el desistimiento, sin que se otorgue ninguna intervención a la acusación particular solicitando la continuación del procedimiento. En consecuencia, el Juzgado de Menores, deberá proceder al archivo por petición del fiscal (art. 33.c) de la LORPM)⁵³¹. Por vía de recurso contra el auto de archivo podría, no obstante, suscitarse la revisión judicial, que en estos casos se limitaría a constatar la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos.

⁵³¹ Vid. SOLETO MUÑOZ, H. “Órganos de investigación y enjuiciamiento. La Administración y el personal colaborador”, en GONZALEZ PILLADO, E. (coord.). *Proceso penal de menores...* op. cit., págs. 53 y ss. Las cifras que ofrecen las Memorias del CGPJ arrojan datos conforme a los cuales un 30% de los asuntos resueltos lo han sido por soluciones alternativas previas a la sentencia; de las sentencias, un 40% lo fueron de conformidad. Esto implica un alto porcentaje de aplicación del principio de oportunidad. Tal como se apunta en la Memoria de la FGE de 2008, la tendencia a lograr un alto número de conformidades ha sufrido un descenso en el año 2007, pasando del 77% en 2006 al 63,35% en 2007, lo cual se debe probablemente a la exigencia de la responsabilidad civil junto con la penal.

En relación con los supuestos de conciliación con la víctima previstos en el art. 19.1 de la LORPM, se ha planteado la doctrina si es posible el sobreseimiento en caso de oposición de la víctima, pues otorgar a ésta un papel decisivo podría resultar contraproducente para la finalidad educativa del procedimiento. La conciliación exige que el menor reconozca el daño causado y pida perdón a la víctima y que esta acepte sus disculpas. Pueden sustentarse dos posturas: que la falta de cooperación de la víctima no debe perjudicar al menor que está dispuesto a conciliar, por lo que el Ministerio Fiscal debe dar por concluida la instrucción y solicitar el sobreseimiento, debiendo el juez de menores acordarlo; o bien, que si la víctima no acepta las disculpas del menor, no se puede aplicar el art. 19.4 de la LORPM, pues es preciso un acuerdo de voluntades entre la víctima y el menor infractor. FERNÁNDEZ FUSTES considera esta última opción la más adecuada, por resultar más ajustada al espíritu de la ley, ya que la Exposición de Motivos establece en el apartado II.13 que “la reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa”⁵³².

En los casos en los que el arrepentimiento y propósito de conciliación del menor sea serio y la oposición de la víctima pudiera resultar infundada, entiendo que debe permitirse el archivo por aplicación del principio de oportunidad, ya que la finalidad educativa de este procedimiento y la prevalencia del interés del menor implica no otorgar a la víctima del delito una capacidad de decisión que pudiera frustrar los fines del proceso, especialmente cuando la oposición de la misma no esté justificada o responda a un ánimo que nada tenga que ver con los principios inspiradores de esta jurisdicción. Esta es la línea que se sigue en general por el equipo técnico, que, durante su labor de mediación, puede constatar tales extremos y aconsejar la solución más conveniente al interés del menor, pudiendo proponer en estos casos la realización de actividades educativas o de reparaciones simbólicas. A esta cuestión nos referiremos más detenidamente al tratar del principio de oportunidad y la mediación.

3. Los órganos de la instrucción.

Como ya he manifestado a lo largo de este trabajo de investigación, son tres los órganos que intervienen en la instrucción del proceso de menores: el Ministerio Fiscal como director de la investigación; el juez de garantías y el equipo técnico.

3.1. El Ministerio Fiscal.

⁵³² Vid. FERNÁNDEZ FUSTES, M. D. “Fase intermedia o de alegaciones”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord). *Proceso penal de menores...* op. cit., págs. 205 y ss.

Ya se han expuesto cuáles son las funciones del Ministerio Fiscal durante la instrucción, por lo que en estas páginas me centraré en algunos de los problemas derivados de la estructura orgánica del Ministerio Fiscal, y de las disfunciones que se producen como consecuencia de la atribución al mismo de esta fase del proceso.

El Ministerio Fiscal se convierte, en el proceso de menores, en el órgano instructor del procedimiento, lo que supone, como se ha expuesto, una importantísima innovación en nuestro ordenamiento jurídico. El Ministerio Fiscal puede responder, según estudia la doctrina, a través del derecho comparado, a diversas configuraciones.

Así, en el sistema norteamericano, el Fiscal de Distrito es un cargo político elegido por los ciudadanos, que designa a sus ayudantes, respecto de los cuales opera como superior jerárquico, y asume funciones de investigación penal, atribuyéndosele amplias facultades en aplicación del principio de oportunidad⁵³³.

Sin embargo, en el sistema italiano, el Ministerio Fiscal es independiente respecto del poder político, configurándose una única carrera con destinos intercambiables entre juez y fiscal, e idénticas garantías, integrados en el Consejo Superior de la Magistratura⁵³⁴. El modelo italiano es el más próximo a una fiscalía independiente, por lo que ha sido tomado de ejemplo en algunas propuestas para la reforma de la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal, a las que nos referiremos en el capítulo siguiente.

Pero la configuración del Ministerio Fiscal en España es más próxima al sistema francés. En Francia, el Ministerio Fiscal se configura como un órgano dependiente del poder ejecutivo, de forma que el Ministerio de Justicia puede impartir órdenes de obligado cumplimiento, y a su vez cualquier fiscal puede dictar instrucciones a sus subordinados⁵³⁵. En concreto, el Ministerio Fiscal se caracteriza por la irrecusabilidad, ya que sus miembros no pueden ser recusados (art. 2 del CPP); son irresponsables, sin perjuicio de su régimen disciplinario; son indivisibles, de modo que pueden intercambiarse y los actos realizados por uno de ellos comprometen a toda la Fiscalía. Rige el principio de jerarquía, de forma que el Ministro de Justicia es la cima de la cúspide de la estructura fiscal, y tiene autoridad sobre los Fiscales Generales ante las Cortes de Apelación, quienes a su vez tienen autoridad sobre los fiscales de la República de su competencia. El Ministro de Justicia conduce la política de la acción pública (art. 30 del CPP), y puede ordenar, por instrucciones escritas, poner en marcha la acción pública. El Ministro de Justicia y el Fiscal General no pueden sustituir al fiscal de la República en el ejercicio de la acción pública. Los fiscales actúan conforme al principio

⁵³³ Para un estudio más detallado de la institución del Ministerio Fiscal y sus relaciones con el poder ejecutivo, vid VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E. “Garantías actuales de los representantes del Ministerio Fiscal y reformas necesarias para una mayor independencia en garantía de los derechos de los ciudadanos”. *Diario La Ley*, nº 7851, Sección Doctrina, 4 de mayo de 2012, año XXXIII, Ref. D-187, Editorial la ley. Págs. 1 y ss.

⁵³⁴ Vid. VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E. “Garantías...” op. cit., pág. 1.

⁵³⁵ Vid. VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E. “Garantías...” op. cit., pág. 1.

de que “la pluma está servida pero la palabra es libre”, lo cual significa que tienen libertad para desarrollar las instrucciones del superior jerárquico⁵³⁶.

En nuestro país, la configuración del Ministerio Fiscal se articula como una institución que ejerce sus funciones a través de los órganos propios, separados del poder ejecutivo, con sujeción estricta al principio de legalidad e imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 124.2 de la CE)⁵³⁷.

El Ministerio Fiscal es una institución a la que se atribuye una multitud de funciones, y que adquiere múltiples facetas, pues cuando interviene ante los órganos judiciales sus actos tienen naturaleza procesal, ya sea civil, penal, laboral o contencioso-administrativa, sujetos a los requisitos que establecen las leyes procesales, y cuando actúa como organización administrativa, en ejercicio de sus facultades de autotutela y organización, sus actos adquieren carácter administrativo, sujetos a la normativa administrativa vigente⁵³⁸.

La naturaleza de la figura del Ministerio Fiscal no es una cuestión pacífica, y se ha discutido mucho por la doctrina si el mismo forma parte del poder judicial o del poder ejecutivo. Así, se ha situado al Ministerio Fiscal a mitad de camino entre uno y otro, y se le ha calificado de representante del Gobierno ante los Tribunales, e incluso como órgano de relación entre ambos poderes. La CE se refiere al mismo encuadrándolo dentro del Título dedicado al poder judicial, aunque se le atribuye autonomía funcional respecto al mismo. Sin embargo, la LOPJ se ocupa del Ministerio Fiscal en el Libro II, que lleva la siguiente rúbrica: “Del Ministerio Fiscal y demás instituciones que cooperan con la Administración de Justicia”. Incluso se ha llegado a hablar del Ministerio Fiscal como de un cuarto poder, teniendo en cuenta que su función primordial es la defensa de los intereses sociales ante los tribunales⁵³⁹.

El principio de dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal ha sido y sigue siendo una de las principales objeciones a la traslación de este modelo procesal de instrucción por el fiscal, ensayado en la justicia de menores, al proceso de adultos. Esta cuestión la analizaremos con más detalle en el capítulo siguiente, pues sus implicaciones, como hemos adelantado, tienen mayor trascendencia en el proceso de la LECrim., precisamente por los tipos de delitos que generalmente se investigan y enjuician en el proceso de menores, carentes en la mayoría de los casos de connotaciones políticas. Pero debemos partir de que este no es un principio exclusivo de

⁵³⁶ Vid. FOURMENT, F. *Procédure...* op. cit., págs. 133 y ss.

⁵³⁷ Vid. VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E. “Garantías...” op. cit., pág 1 y ss.

⁵³⁸ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, M. “La motivación...” op. cit., pág. 1 y 2.

⁵³⁹ En relación con la naturaleza del Ministerio Fiscal y de los actos del mismo, vid. DE RAMÓN FORNS, I. “La impugnación...” op. cit., págs. 2 y ss. Existen otros órganos que participan de la naturaleza jurisdiccional y ejecutiva, como es el caso del Tribunal de Cuentas, e instituciones que no juzgan pero pertenecen al poder judicial, como el CGPJ. El encuadre del Ministerio Fiscal dentro del poder judicial presenta algunos problemas desde la perspectiva del principio de dependencia jerárquica, por sus vinculaciones con el poder ejecutivo, y por el régimen procesal de sus actos previsto en las leyes, que no se equiparan a las resoluciones de los órganos judiciales. Pero el poder judicial puede entenderse en dos sentidos, como órganos a quienes corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional, o la resolución de litigios, o como estructura del Estado.

nuestro país, pues si hacemos un recorrido por el derecho comparado, también en los ordenamientos de nuestro entorno existen vinculaciones entre el Ministerio Fiscal y el poder ejecutivo⁵⁴⁰. El modelo italiano es el que parece inspirar las propuestas de reforma del Ministerio Fiscal para el caso de que definitivamente se instaurase un modelo procesal de instrucción por el fiscal en la justicia de mayores, compensando la falta de un suficiente número de fiscales instructores mediante la transferencia de miembros de la carrera judicial a la carrera fiscal⁵⁴¹. Pero esta cuestión será objeto de análisis en el capítulo siguiente.

La decisión de encomendar la instrucción al Ministerio Fiscal en el proceso de menores, obligó a reformar el EOMF, y debió venir acompañada de una infraestructura y de unos medios, cuyas deficiencias ha denunciado la fiscalía reiteradamente⁵⁴². La ley 12/2000, de 28 de diciembre, de modificación del EOMF, introduce en el art. 18.1, párrafo 2, la exigencia de que en la Fiscalía de la AN y en cada Fiscalía de los TSJ y AP exista una Sección de Menores, a la que se encomendarán estas funciones establecidas en la LORPM. A ellas serán adscritos fiscales que pertenezcan a sus respectivas plantillas, teniendo preferencia aquellos que por razón de las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o por cualquier otra circunstancia análoga, se hayan especializado en la materia.

Tras la modificación por la LO 24/2007 del art. 20.3 del EOMF, se prevé la existencia del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, figura que, según la Instrucción de la FGE 3/2008, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores, permite la unificación de criterios de las distintas secciones territoriales, y que ostenta funciones de supervisión y coordinación, pudiendo además practicar diligencias o intervenir directamente o impartiendo instrucciones, en los procedimientos de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado⁵⁴³.

Las secciones de menores asumen competencias no solo en materia de reforma, sino también de protección, lo que favorece la interconexión con la entidad pública⁵⁴⁴. La LORPM vincula el archivo por concurrencia de determinadas eximentes (las del art.

⁵⁴⁰ Vid. MARCHENA GÓMEZ, M. “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes (I) (1)”. *Diario la Ley. Sección Doctrina. 1996. Ref. D-331. Tomo 6, Editorial la Ley.* Pág. 5. Así, en Alemania, el Fiscal General y Fiscales Federales están bajo la supervisión del Ministro Federal de Justicia, a quien incumbe su inspección y dirección. Su dependencia gubernamental deriva del criterio de nombramiento, ya que, conforme al parágrafo 149 de la Ley Orgánica de los Tribunales, el Fiscal General Federal y los Fiscales Federales serán nombrados por el Presidente Federal a propuesta del Ministro Federal de Justicia, que requerirá la aprobación del Bundesrat.

⁵⁴¹ http://www.abc.es/espana/abci-justicia-no-descarta-reconvertir-jueces-fiscales-nuevo-proceso-penal-101612190155_noticia.html. Última consulta: 19 de diciembre de 2016. El Ministro de Justicia admite que el cambio que se pretende llevar a cabo mediante la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal en el proceso de la LECrim. requiere una reestructuración de las plantillas judicial y fiscal, en la que no se descarta la reconversión voluntaria de jueces en fiscales.

⁵⁴² En este sentido, vid. DOLZ LAGO, M. J. “La experiencia...” op. cit., págs. 2 y ss.

⁵⁴³ Vid. Instrucción de la FGE 3/2008, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores.

⁵⁴⁴ Vid. SOLETO MUÑOZ, H. “Órganos de investigación y enjuiciamiento. La Administración y el personal colaborador”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.) *Proceso penal...* op.cit., págs. 55 y ss.

20, apartados 1 a 3 del CP) a la promoción por parte del fiscal de la adopción de medidas cautelares de naturaleza civil, la constitución de organismos tutelares o la incapacitación del menor, y en otros casos se dará cuenta a la entidad pública de protección de menores a los efectos que procedan, de modo que la asunción de las competencias en ambas materias facilita enormemente esta labor⁵⁴⁵.

Partiendo de las funciones que asume el fiscal instructor, son varias las deficiencias que presenta desde la perspectiva de esta institución, el régimen configurado por la LORPM. En primer lugar, en relación con la necesidad de especialización, ORNOSA FERNÁNDEZ criticaba que se hubiera realizado una importante inversión para la formación de los jueces en esta materia, para después dar el protagonismo al Ministerio Fiscal⁵⁴⁶.

El Ministerio Fiscal había tenido encomendada tradicionalmente la función de protección de menores, y es contemplado incluso por los legos en derecho como el órgano que se ocupa de velar por los intereses de los menores. Pero es una realidad que la especialización que se exige a los jueces de menores, configurada al modo de un concurso-oposición dentro de la carrera judicial, no tiene un equivalente dentro de la fiscalía, en la que la especialización se regula “desde una perspectiva flexible”, pues la particular formación que requiere la dedicación a esta materia se adquiere por la propia

⁵⁴⁵ En relación con las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, debemos destacar la Circular de la FGE 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. En el ámbito de protección de menores se le encomienda al Ministerio Fiscal una relevante función extraprocésal: “la de superior vigilante de la actividad de las Entidades de Protección, extra muros de su ámbito natural de actuación –la promoción de la acción de la justicia ante los Tribunales–, y en que tal función de supervisión excede del puro control de legalidad de la actuación de la Administración, con obligación de comprobación semestral de la situación del menor (arts. 174.1 y 232.1 CC), y de ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores (art. 21.4 LOPJM), sin que ello suponga invadir las competencias de las Entidades Públicas de Protección ni llegar a suplantarlas. La especial posición del Ministerio Fiscal en el ámbito de menores exige un delicado ejercicio de equilibrio en el desempeño de sus funciones”.

Las Secciones de Menores deben impulsar la actividad protectora de las entidades públicas, poniendo en conocimiento de las mismas cualquier situación de posible desprotección y actuando frente a la inactividad administrativa. En cumplimiento de esta función, las Secciones de Menores deben exigir no solo la notificación de las resoluciones en que se adopten medidas de protección, sino también aquellas en las que se denieguen. En los casos en los que haya sido la propia Sección de Menores la promotora de actuaciones mediante la apertura de diligencias, se debe comprobar si se ha recibido alguna resolución, y en caso de inactividad, deben instar el dictado de la resolución oportuna. Si la entidad pública comunica su intención de no intervenir en algún supuesto, habrá de valorarse la posibilidad de formular oposición conforme a los cauces previstos en el art. 780 de la LEC.

“Por otra parte, en el acogimiento residencial los menores suelen ingresar en un centro de protección destinado a la acogida y observación mientras se realiza el estudio de su situación y las medidas adecuadas para su protección. En esta fase de la intervención protectora es frecuente que se den situaciones de especial vulnerabilidad. Ha de partirse del principio de que la estancia en estos centros no debe ser superior al plazo estrictamente necesario para la evaluación previa, debiendo las Secciones de Menores controlar que transcurrido el plazo el menor es trasladado a un centro adecuado a sus circunstancias y necesidades.

Tras la declaración de desamparo, la Entidad Pública debe seguir trabajando con el menor y su familia para, en su caso, lograr su reinserción, y de no ser posible, buscar la mejor alternativa para el futuro del mismo, debiendo las Secciones de Menores controlar que dicha función se realice de forma activa”.

⁵⁴⁶ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “La nueva regulación...” op. cit., págs. 2 y ss.

experiencia, cursos de formación, etc. y las funciones no se ejercen de forma exclusiva en esta jurisdicción, sino que se compaginan con otros servicios. Incluso los demás fiscales de la plantilla no integrados en la Sección de Menores podrán intervenir eventualmente en este ámbito, como admitía la Instrucción de la FGE 2/2002⁵⁴⁷. Así lo reconoce la Consulta de la FGE 4/2005, cuando se refiere a la especialización como un *desideratum*⁵⁴⁸, y justifica la ausencia de esta especialización en el hecho de que la misma únicamente determina la preferencia para tales cargos, pero no es *conditio sine qua non*. Los propios fiscales censuraron esta compatibilización de funciones y reclamaron la exclusividad de la especialización y el cumplimiento de la Disposición Final Tercera y Cuarta de la LORPM, en cuanto establecía un incremento de la plantilla de fiscales ante las nuevas funciones asumidas por esta institución⁵⁴⁹. Paradójicamente, la institución que más peso tiene en nuestro país en materia de menores, no es rigurosa en el cumplimiento del principio de especialización, impuesto, como vimos, por los instrumentos internacionales ratificados por España.

Otra de las objeciones fue la ausencia de un secretario judicial, hoy letrado de la administración de justicia, en las secciones de fiscalía. En cuanto a la fe pública judicial de las diligencias practicadas en fiscalía, la solución viene dada por la presunción de autenticidad que el TC atribuye a las diligencias realizadas por el Ministerio Fiscal⁵⁵⁰. La Instrucción de la FGE 2/2000 establece que las diligencias realizadas por el Ministerio Fiscal en los procedimientos de menores, tanto las que practique personalmente como las que se lleven a cabo bajo su dirección, tienen presunción de autenticidad⁵⁵¹. Tales diligencias gozan, por tanto, del beneficio de la verdad formal, que hace fe de la realización efectiva de las mismas, y de que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no de la verdad material, de manera que esto no implica necesariamente que su contenido deba tomarse por cierto, pues debe quedar sometido a apreciación judicial. En este sentido, el art. 5 del EOMF establece que tales

⁵⁴⁷ Vid. Instrucción de la FGE 2/2002.

⁵⁴⁸ “El legislador, consciente de las dificultades--por no decir los obstáculos insalvables—para una exigencia incondicional de tal requisito ex nihilo, la configura como un criterio de preferencia para desempeñar los correspondientes cargos de jueces y fiscales pero no como una *conditio sine qua non*”. Apartado III.1 y III.2 de la Consulta de FGE 4/2005, sobre determinadas cuestiones en torno a la asistencia letrada en el proceso penal de menores.

⁵⁴⁹ Vid. DOLZ LAGO, M. J. “La experiencia...” op. cit., págs. 4 y ss. En la Memoria de la FGE de 2006 se manifestaba: “Persisten estas limitaciones con el riesgo de llegar a convertirse en estructurales cuando sólo debieran ser temporales, en el tránsito a una situación en que la indiscutible especialidad de la jurisdicción de menores, consagrada tanto en la normativa internacional, como nacional, tiene que determinar la superación de las actuales compatibilidades de funciones ajenas a esta jurisdicción”. En ella se censura igualmente la falta de adscripción de los grupos de policía de menores a muchas Fiscalías de Menores y la ausencia de un secretario judicial en las Secciones de Menores.

⁵⁵⁰ Vid. SOLETO MUÑOZ, H. “Órganos de investigación y enjuiciamiento”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. *Proceso penal...* op. cit., págs. 57 y ss.

⁵⁵¹ Vid. Instrucción de la FGE 2/2000, de 27 de diciembre, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LO 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores.

diligencias deberán practicarse ante el fiscal instructor, sin que sea necesaria para su validez la intervención de ningún otro funcionario⁵⁵².

Pero la fe judicial no es la única función del letrado de la administración de justicia. A falta de éste, será el personal colaborador de la fiscalía y el letrado de la administración de justicia del Juzgado de Menores quienes asuman las funciones que de ordinario debieran haber correspondido a esta figura que nunca se llegó a crear. Téngase en cuenta que el Ministerio Fiscal asume funciones de impulso del procedimiento, de dación de cuenta, depósito y archivo de la documentación, conservación de piezas de convicción, es decir, una serie de competencias donde la figura del letrado de la administración de justicia tiene un papel relevante, lo que obliga en la práctica a otorgar al Fiscal Jefe o a aquel en quien este delegue, la jefatura del personal auxiliar y de los integrantes de los equipos técnicos⁵⁵³.

En concreto, por lo que respecta a esta última cuestión, la Instrucción de la FGE 3/2004 daba respuesta al problema que planteaba la ausencia de los entonces secretarios judiciales en las Secciones de Menores de Fiscalía, y disponía que no existía necesidad de que los mismos dieran fe de las diligencias practicadas por el fiscal, en cuanto que estas gozan de presunción de autenticidad, estableciendo el modo en que deberían asumirse las distintas funciones que tradicionalmente tenía encomendadas este cuerpo en la fase de instrucción⁵⁵⁴.

⁵⁵² Vid. CALATAYUD PÉREZ, E. “La LO 5/2000. Fase intermedia. Conclusión de la Instrucción. Celebración de la audiencia y sentencia”. *La responsabilidad penal de los menores. Aspectos sustantivos y procesales. Cuadernos de derecho judicial. Nº 3, 2001*. Págs. 323 y 324.

⁵⁵³ Vid. SOLETO MUÑOZ, H. “Órganos de investigación...” op. cit., en GONZÁLEZ PILLADO, E. *Proceso penal de menores...* op. cit., págs. 57 y ss.

⁵⁵⁴ Vid. Instrucción de la FGE 3/2004, sobre las consecuencias de la desaparición del secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía. Apartados I a IV. La figura del secretario judicial de las Fiscalías fue suprimida por la LOPJ (Disposición Transitoria 22ª). La recuperación de esta figura fue reivindicada en el Libro Blanco de mayo de 1995, a propósito de la oficina del Ministerio Fiscal, exigiendo la existencia del entonces llamado secretario judicial, como responsable del personal y de la gestión de medios materiales y económicos, y también en la Memoria de la FGE del año 2000, que, en las “Propuestas legislativas”, postulaba la implantación de la figura del secretario judicial de las Fiscalías o la creación de un cuerpo de funcionarios *ex novo*. El fiscal tuvo que asumir, tras la atribución de la instrucción al fiscal en la jurisdicción de menores, algunos cometidos que eran propios de los secretarios judiciales, razón por la cual en la reunión de fiscales celebrada en Madrid en diciembre de 1997 se reclamó la reinstauración de esta figura en las fiscalías. La LORPM no incorporaba previsión alguna al respecto, hasta el punto de que algunas funciones tradicionalmente encomendadas a los secretarios, se atribuían al fiscal, como la custodia de piezas, documentos y efectos (art. 16.2 de la LORPM).

La creación posterior por la LO 9/2000 de la figura del secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía tuvo lugar por medio de la reforma de los arts. 473 y 476 de la LOPJ, que toma como punto de partida la enmienda 43 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, cuya razón de ser era que la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción requería de la asistencia de los Secretarios en términos semejantes a los Juzgados de Instrucción. El antiguo art. 473 de la LOPJ, redactado tras la reforma operada por LO 9/2002, establecía que los Secretarios Judiciales ejercen la fe pública y asisten a los jueces, tribunales y Secciones de Menores de las Fiscalías, en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, el art. 476.5º de la LOPJ disponía que cuando no existieran secretarías de las Secciones de Menores de las Fiscalías, serían asistidos por los secretarios de los Juzgados de Menores. Esta reforma generó, no obstante, serias críticas, pues se entendió que se desnaturalizaba su función y su naturaleza, en cuanto la Fiscalía no tiene necesidad de fe pública judicial, de modo que en ella el secretario solo podía funcionar como un mero gestor y administrador de la oficina. Por otra parte, se ponía en duda que el secretario

La atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción en el proceso de menores, si bien no ha sido objeto de tan polémicas objeciones como las que se sugieren en el proceso de adultos, derivadas de su posible vinculación con el poder político, sí que ha generado algunos problemas jurídicos, que en el hipotético caso de que finalmente se aborde la anunciada reforma de la LECrim, deben tenerse presentes en la configuración de este modelo. Respecto de algunas de ellas ya se han hecho algunas referencias.

En primer lugar, el órgano acusador es el mismo que el órgano investigador. Esta objeción es lógica consecuencia del modelo adversarial, en el que se atribuye la investigación a una “parte”, parte privilegiada, como se suele denominar al Ministerio Fiscal, pero parte al fin y al cabo⁵⁵⁵. Es el Ministerio Fiscal, en su función de director de la investigación, el que debe resolver sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos por la acusación particular y el letrado defensor, lo cual significa que el órgano encargado de resolver sobre la práctica de diligencias de investigación solicitadas por el letrado defensor es a un tiempo el órgano acusador.

Por esta razón, se ha instaurado un cierto control judicial de la investigación realizada por el Ministerio Fiscal, a través de la posibilidad de solicitar del juez de menores, en sus funciones de juez de la fase intermedia, el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos establecidos en la LECrim., o de reproducir ante el mismo, tanto la defensa como la acusación particular, la petición de diligencias de investigación denegadas por el Ministerio Fiscal, como se ha explicado con anterioridad, de forma que el juez de menores podrá acordar la práctica de las diligencias propuestas que considere relevantes y que no puedan practicarse en el acto

podiera expedir testimonios de actuaciones que no eran estrictamente judiciales. Las plazas de secretarios nunca llegaron a crearse en las Fiscalías, y la asistencia en sustitución de los secretarios de los Juzgados de Menores originaba algunos problemas. Así, en el Seminario de Jueces de Menores organizado por el CGPJ en abril de 2001, se llegó a la conclusión de que en las Fiscalías de Menores debían existir secretarios distintos de los de los Juzgados de Menores, por ser imposible compartir ambas funciones.

La Instrucción de la FGE 2/2000, de 27 de diciembre, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, afirmaba, respecto de las funciones de los secretarios en las Secciones de Menores, que eran, además de las que les encomendara el Fiscal Jefe respectivo, las siguientes: 1) la expedición de copias certificadas o testimonios de las actuaciones judiciales no secretas ni reservadas a las partes interesadas bajo su responsabilidad 2) la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación judicial; 3) la guarda y depósito de la documentación, su archivo y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como la responsabilidad del depósito de las cantidades, valores, consignaciones y fianzas que se produzcan; 4) la confección de la estadística. Se admitía, no obstante, la habilitación de un oficial de la Fiscalía, conforme al art. 9 del Reglamento del Cuerpo de Secretarios judiciales.

Tras la reforma operada por LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, se da una nueva regulación a la figura del secretario judicial. El art. 453 de la LOPJ, equivalente al antiguo art. 473, omite referencia alguna al secretario de las Secciones de Menores de Fiscalía ni se menciona tampoco en la regulación de sus funciones. Esto implicaba su desaparición y la imposibilidad de delegar en un oficial a tal efecto (Disposición Adicional Sexta de la LO 19/03, en que se establece que quedarán sin efecto las habilitaciones).

⁵⁵⁵ ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. en “Aspectos reguladores...” op. cit., págs. 4 y ss.

de la audiencia, lo que viene a ser como un complemento a la investigación realizada por el Ministerio Fiscal, una instrucción complementaria⁵⁵⁶.

En segundo lugar, las decisiones del Ministerio Fiscal, dictadas en la fase de diligencias preliminares o bien en el expediente de reforma revestirán la forma de decretos, pero no son susceptibles de recurso. Precisamente por esto, se establecen los mencionados mecanismos de control judicial a fin de que ciertas decisiones del Ministerio Fiscal puedan de alguna manera revisarse por el juez de menores, en un modelo que trata de dotar de mayor celeridad al procedimiento.

Las propuestas legislativas que tratan de instaurar este modelo en la justicia de adultos, como veremos en el capítulo siguiente, han tratado de salvar estos escollos, otorgando una mayor intervención al juez de garantías, y configurando un régimen de recursos contra las decisiones del Ministerio Fiscal.

La investigación que realiza el fiscal se caracteriza por la imposibilidad de otorgar valor probatorio en fase de audiencia a las diligencias instructoras, mediante su introducción por la vía del art. 730 de la LECrim. Como veremos en el capítulo siguiente, importantes sectores doctrinales consideran que esta es la principal virtud de este modelo, pues el procedimiento gana en celeridad. La atribución de este valor probatorio a las diligencias sumariales solo es posible en el caso de que estas se hayan practicado con las debidas garantías, entre las que figura el haber tenido lugar en presencia judicial⁵⁵⁷.

Otro de los problemas que plantea este modelo es la asunción por la fiscalía de funciones que según algunos autores implican enjuiciamiento, lo que plantea algunos problemas desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la incoación del expediente es una función atribuida al Ministerio Fiscal. GÓMEZ COLOMER entiende que desde la óptica de los principios de necesidad e investigación oficial, y la atribución al Estado del *ius persecuendi*, no es admisible que “la inactividad instructora debida a las partes” determine el fracaso de la investigación. A su juicio, en un ordenamiento como el nuestro, que se configura como un sistema acusatorio mixto o formal, el proceso penal es una institución de derecho público, y por esto no puede quedar exclusivamente en manos de las partes, lo que equivaldría a privatizarlo⁵⁵⁸.

Este autor se aparta de la posición mayoritaria, esto es, la de entender que en el ámbito del proceso de menores se ha configurado un sistema que se aleja del acusatorio mixto o formal para asemejarse a los sistemas acusatorios puros de corte anglosajón. En

⁵⁵⁶ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 241 y ss y 302 y ss.

⁵⁵⁷ Vid. SSTC nº 31/1981, de 28 de julio (FJ 4º), nº 41/1991, de 25 de febrero (FJ 2º), nº 62/1985 (FJ 2º), nº 25/1988 (FJ 2º), entre otras. Los problemas que se plantean atienden a tres planos: el primero, relativo a las condiciones de producción de la fuente de prueba en la fase previa; el segundo, referente a las condiciones que deben darse para que dicho material pueda acceder al cuadro de prueba plenario. El tercero, atendería a la propia valoración de la información probatoria producida mediante dicho mecanismo y, en particular, si cabe identificar estándares específicos de atribución de valor.

⁵⁵⁸ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.). *Justicia penal...* op. cit., Págs. 179.

el proceso de corte anglosajón, la instrucción corresponde a la policía, dirigida por el fiscal, que a su vez ejerce la acusación. El juez únicamente interviene para acordar la prisión provisional o establecer fianzas, para dirigir las comparecencias y audiencias, y para autorizar los actos de investigación restrictivos de derechos fundamentales. Aunque se le atribuyen limitadas facultades de acordar prueba de oficio, en la práctica es poco frecuente. Sin embargo, en el modelo seguido en el resto de Europa, existen mayores facultades instructoras para el juez. Y siguiendo este último sistema, en la LORPM, el juez de menores no ejerce únicamente un “control de la investigación”, sino que realiza una instrucción complementaria⁵⁵⁹.

3.2. El juez de menores.

La LORPM ha optado por un modelo caracterizado porque el juez de menores reúna las condiciones de juez de garantías jurisdiccionales, juez de la fase intermedia, juez enjuiciador y sentenciador, así como de juez de ejecución y de vigilancia penitenciaria. Esta acumulación de funciones plantea dudas respecto de la imparcialidad del juzgador.

3.2.1. La imparcialidad del juez de menores a la luz del principio acusatorio.

La LORPM ha atribuido el ejercicio de la potestad jurisdiccional durante todo el procedimiento a un mismo juez de menores, quien, por tanto, asume una múltiple función. Por ello, la doctrina se ha planteado si dicha configuración puede afectar a la imparcialidad del juez de menores, ya que corresponde al mismo tanto la adopción de medidas cautelares, la práctica de prueba anticipada o de diligencias restrictivas de derechos fundamentales durante la instrucción, como el conocimiento de la fase intermedia, y el enjuiciamiento y dictado de la sentencia durante la fase de audiencia.

⁵⁵⁹ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.). *Justicia penal...* op. cit., págs. 179 a 181. Estima el citado autor que se “conjugan adecuadamente los principios de *ius persequendi* estatal con los de necesidad e investigación oficial, que no están en contradicción con el principio acusatorio en absoluto, porque la sociedad ha querido, quiere y querrá siempre que se castigue a los culpables(...) no que absurdos entendimientos de las normas procesales, algunos basados en erróneos conceptos hipergarantistas, en la ingenuidad, o lo que es peor, en la ignorancia, favorezcan la inoperancia del sistema o su funcionamiento anormal y una de las mejores medidas para atajar de raíz este problema es que la investigación esté completa. (...) Si bien paradójicamente nuestro Ministerio Fiscal instruye a la anglosajona en un proceso penal que tiene muy poco de anglosajón. Más estupefacción me causa observar que es el único proceso en el que verdaderamente instruye el Ministerio Fiscal, con lo cual la diversidad contribuye a la perplejidad y no a la luz, porque dos modelos de enjuiciamiento criminal completamente distintos son contemplados por un mismo ordenamiento jurídico y se aplican en un mismo país (...) Quién defiende que el Ministerio Fiscal no puede realizar en el proceso penal de menores ningún acto de instrucción aplica un concepto que se refiere a la instrucción por el Fiscal anglosajón”.

En el extremo opuesto, el ALECrím. de 2011, que finalmente no se ha aprobado y al que nos referiremos en el capítulo siguiente, proponía para el proceso de adultos una triple división: el juez de garantías jurisdiccionales; el juez de la audiencia preliminar, al que se encomienda la decisión de la fase intermedia; y el juez de enjuiciamiento y fallo, al que corresponde conocer del juicio oral.

DE LA ROSA CORTINA ha puesto de relieve que cuando el juez de menores decide sobre la adopción de una medida cautelar, y especialmente si se trata de la del internamiento, debe valorar los elementos de prueba con los que cuenta, y solo cuando entienda que habrá elementos suficientes para fundamentar en su día el fallo condenatorio, entrará a analizar los demás presupuestos de la decisión, ya que el art. 28 de la LORPM exige para la adopción de aquellas la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito. Por este motivo, entiende que el juez de menores habrá entrado en contacto con el material de la instrucción, y se habrá formado una opinión sobre el asunto antes de la celebración de la audiencia, por lo que estará contaminado. Concluye este autor que sería más respetuoso con el derecho al juez imparcial que al menos las normas de reparto contemplen que el juez de menores que haya participado en la adopción de la medida cautelar no sea el mismo que juzgue y falle. Las causas de abstención o recusación permiten igualmente solventar la situación, aunque solo en casos puntuales, y es una cuestión que debe resolver la LORPM, pues el derecho al juez imparcial no puede ser vulnerado por una ley que, como heredera de la LO 4/1992, nació precisamente para responder a la exigencia de respetar las garantías constitucionales en el ámbito del proceso de menores, tras los dictados de la STC nº 36/1991, de 14 de febrero⁵⁶⁰.

En tal sentido, el art. 219.11 de la LOPJ recoge como causa de abstención la de haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia, que podría ser de aplicación a estos supuestos. TAPIA PARREÑO entiende, sin embargo, que el recurso a la causa de abstención o recusación del art. 219.11 de la LOPJ no es aplicable a estos casos, ya que el precepto no contempla como tal la intervención en la instrucción como juez de garantías, y el juez de menores no es juez instructor⁵⁶¹. En este sentido, la STC nº 138/94, de 9 de mayo, interpreta esta causa de abstención en el sentido de que la relación de motivos de recusación tiene un carácter de *numerus clausus*, sin que sea aplicable la analogía⁵⁶².

La posibilidad de acudir a las normas de reparto y sustitución que se aprueban en cada partido judicial por las Juntas de Jueces para solventar la posible contaminación del juez tampoco resulta sencilla, pues en algunas provincias existen Juzgados de Menores únicos de modo que una solución respetuosa con el principio de especialidad pasaría por que el juez de menores de la ciudad más próxima conociera del juicio y

⁵⁶⁰ Vid. DE LA ROSA CORTINA, J. M. “La instrucción...” op. cit., págs. 226 y ss.

⁵⁶¹ Vid. TAPIA PARREÑO, J. J. “El derecho al juez imparcial en su aspecto objetivo en la ley orgánica de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores. Su posible inconstitucionalidad y la Sentencia del TC de 17 de marzo de 1995”. *Diario La Ley*, Pág. 1110, tomo 2, editorial La Ley. Págs. 9 y 10.

⁵⁶² STC nº 138/1994, de 9 de mayo.

dictara la sentencia en estos casos, lo que crearía una situación caótica. Este llamamiento resulta inviable en la práctica debido al organigrama judicial, dividido por Comunidades Autónomas, de modo que la solución en el caso de Juzgados de Menores únicos es la actuación del juez al que corresponda, conforme a las normas de sustitución ordinaria del partido judicial en cuestión. Esta sustitución del juez contaminado, como en los casos de permisos o enfermedad, recaerá sobre el juez que corresponda, generalmente de la jurisdicción penal, aunque no necesariamente, pero que carecerá de especialización en la materia. Es una solución que puede aplicarse de forma excepcional, pero no debe convertirse en la regla general para todos los casos en los que se hayan practicado actuaciones que pudieran contaminar al juez de menores en cuestión.

La STC nº 60/1995, de 17 de marzo, se pronunció sobre este asunto, aunque a propósito de la LO 4/1992, concluyendo que el juez de menores no quedaba contaminado por la adopción de medidas cautelares o de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, ya que no se trata de actos de investigación sino de actos puramente jurisdiccionales, reservados por tanto al juez, y realizados con sujeción al principio contradictorio⁵⁶³.

La cuestión radica en determinar si las funciones que corresponden al juez de menores durante la fase de la instrucción, tales como la adopción de medidas cautelares personales o reales, o la autorización de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, o sus competencias durante la fase intermedia, como la resolución respecto de la apertura de la audiencia o el sobreseimiento, comportan que el juez de menores se acabe involucrando en la instrucción hasta el punto de quedar contaminado para el dictado de la sentencia. El problema se plantea, por ejemplo, porque el juez que haya sobreseído un asunto y después, en caso de revocarse el mismo, deba conocer del juicio, podría estar predisposto a dictar una sentencia absolutoria, y el juez que haya valorado que concurren indicios fundados para adoptar una medida cautelar de internamiento, podría dar por sentado en el juicio la concurrencia de elementos suficientes para una condena.

La imparcialidad judicial es una de las garantías esenciales del proceso, íntimamente ligada al respeto del principio acusatorio, cuya finalidad es evitar que el juzgador sea juez y parte. En este sentido, el TC, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, distingue entre imparcialidad subjetiva y objetiva, de modo que el juez no solo ha de ser imparcial sino que también debe parecerlo. La imparcialidad subjetiva implica que el juez debe conocer únicamente asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés ni directo ni indirecto, y en los que no haya mantenido relaciones con las partes. La imparcialidad objetiva trata de garantizar que los jueces no vean su juicio

⁵⁶³ Vid. STC nº 60/1995, de 17 de marzo. FJ 6º, apartado 2, párrafo 2º. “Tales actos, legalmente vedados al Ministerio Público, no constituyen actos de investigación o instructorios, sino que se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución expresamente reserva a Jueces y Magistrados, por lo que no poseen una naturaleza policial o instructora sino netamente procesal, y sometidas por tanto a la vigencia del principio contradictorio”.

influenciado por prejuicios en su ánimo motivados por el hecho de tener o haber tenido, por razón de sus funciones, un contacto previo con el objeto del proceso, por lo que es preciso que no haya existido una valoración anterior del juez del *thema decidendi*, y que no exista ninguna duda razonable sobre su imparcialidad. Es esta última imparcialidad la que podría verse comprometida por la adopción de diligencias restrictivas de derechos fundamentales. La imparcialidad del juez excede del ámbito subjetivo de las relaciones del juez con las partes, para convertirse en una auténtica garantía, pues está en juego la *auctoritas* o prestigio de los Tribunales, en los que en una sociedad democrática descansa la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia⁵⁶⁴.

La STC nº 39/2004, de 29 de marzo, cuya doctrina reiteran las SSTC nº 45/2006, de 13 de febrero y nº 143/2006, de 8 de mayo, realiza un análisis exhaustivo de esta cuestión⁵⁶⁵. Conforme a la doctrina del TC, el derecho al juez imparcial está implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 de la CE y además se proclama expresamente en el art. 6.1 del CEDH. Constituye, por tanto, una exigencia propia de la función jurisdiccional, que en el ámbito penal adquiere especial relevancia (SSTC nº 38/2003, de 27 de febrero, y nº 52/2001, de 26 de febrero)⁵⁶⁶. En una sociedad democrática no puede existir ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios en el órgano judicial por haber tenido contacto previo con el objeto del procedimiento (SSTC nº 69/2001, de 17 de marzo; nº 155/2002, de 22 de julio; y nº 38/2003, de 27 de febrero; SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso *Piersack*; de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber*; de 25 de julio de 2002, caso *Perote Pellón*; y de 17 de junio de 2003, caso *Pescador Valeroc*). Para dudar de la imparcialidad judicial no basta que el juez haya tenido cualquier participación anterior al juicio, sino que debe haber realizado actuaciones que impliquen haberse formado un juicio sobre los hechos objeto de enjuiciamiento. No se puede formular un catálogo de actuaciones que contaminan al juez, sino que hay que determinar en cada caso concreto si esa intervención previa del juez durante la instrucción le ha obligado a valorar cuestiones muy próximas a aquéllas que deben ser objeto de enjuiciamiento sobre el fondo del

⁵⁶⁴ Así lo sostiene SUBIÑAS CASTRO, B. I. en “Diligencias restrictivas...” op. cit., págs. 46 y ss.

⁵⁶⁵ También sobre esta cuestión, vid. SSTC nº 45/2006, de 13 de febrero y nº 143/2006 de 8 de mayo.

⁵⁶⁶ Sobre esta cuestión, vid. SSTC nº 38/2003, de 27 de febrero; nº 52/2001, de 26 de febrero; y nº 39/2004, de 29 de marzo. La STC nº 39/2004, de 29 de marzo establece: “El Tribunal Constitucional ha reiterado que la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 38/2003, de 27 de febrero), con una especial trascendencia en el ámbito penal (STC 52/2001, de 26 de febrero)”. Añade: “El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi*”. Cita esta sentencia, entre otras, las SSTC 69/2001, de 17 de marzo, 155/2002, de 22 de julio y 38/2003, de 27 de febrero, así como las SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso *Piersack* (Bélgica), de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber* y, entre las más recientes, de 25 de julio de 2002, caso “Perote Pellón” (España) y de 17 de junio de 2003, caso *Pescador Valeroc* (España).”

asunto. La imparcialidad, a juicio del TC, requiere que el juez sea ajeno a la labor de inculpación del acusado, aunque sea de forma provisional, como la que tiene lugar cuando se valoran los indicios cara a la adopción de una medida cautelar o el dictado de un auto de procesamiento (STC n° 310/2000, de 18 de diciembre)⁵⁶⁷.

La STS n° 36/2006, 19 de enero, consideró que, conforme a la doctrina del TEDH, con carácter general, la participación del juez en la fase de instrucción es motivo de recusación, siempre que dicha participación haya supuesto un pronunciamiento sobre los hechos, sobre el autor de los mismos y sobre su culpabilidad que dificulte que el pronunciamiento sobre el fondo que deba hacerse en su día esté exento de prejuicios⁵⁶⁸.

SUBIÑAS CASTRO concluye que no hay una lista o catálogo de actuaciones instructoras que comprometen la imparcialidad, sino que hay que analizar en el caso concreto si el juez ha hecho valoraciones que puedan equipararse al juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, ya que en función de las circunstancias del caso un mismo trámite puede comprometer o no la imparcialidad. La citada autora menciona varios supuestos. En primer lugar, en relación con la apertura del juicio oral, se entendió que en los juicios provisionales de imputación, se vulneraba el derecho al juez imparcial en aquellos supuestos en los que el juez había acordado previamente la apertura del juicio oral, pues esta resolución conlleva un juicio anticipado y provisional sobre los hechos (SSTC n° 310/2000, de 18 de diciembre (FJ 4°); o n° 170/1993, de 27 de mayo). En segundo lugar, en cuanto a los sobreseimientos, se consideró que no existe vulneración del derecho al juez imparcial en un supuesto en el que el juez había acordado el sobreseimiento por no ser los hechos constitutivos de delito, sino, de una de las antiguas faltas, con fundamento en que dicha resolución no se basaba en los resultados de la actividad investigadora sino en una consideración técnica (STC n° 52/2001, de 26 de febrero). En tercer lugar, en relación con la admisión de la denuncia, se entendió por el TC que no había vulneración de la imparcialidad judicial en un supuesto de decisión sobre la admisión a trámite de una denuncia o querrela, pues es un acto jurisdiccional que no expresa una “toma de posición anímica” y en ningún caso supone afirmación de que los hechos delictivos han sido cometidos por un acusado (STC n° 162/1999, de 27 de diciembre)⁵⁶⁹.

En relación al proceso de menores, hay que plantearse si realmente se produce una acumulación de funciones instructoras y enjuiciadoras en el juez de menores. La finalidad de la LO 4/1992 fue precisamente adecuar el proceso de menores a las exigencias derivadas del principio acusatorio, por lo que encomendó la investigación y el enjuiciamiento a órganos distintos, si bien atribuye al juez de garantías una serie de

⁵⁶⁷ Vid. STC n° 39/2004, de 29 de marzo. Para un análisis detallado de esta cuestión, vid. SUBIÑAS CASTRO, B. I. “Diligencias restrictivas...” op. cit., págs. 46 y ss.

⁵⁶⁸ Vid. STC n° 36/2006, de 19 de enero. “La jurisprudencia de esta Sala acorde con la del TEDH, tiene establecido que la participación de un Magistrado en fase procesal anterior al juicio, particularmente en la fase de instrucción es motivo de recusación, si esa participación implica un pronunciamiento sobre los hechos, sobre el autor de los mismos y sobre su culpabilidad que no deja margen para una nueva decisión sin prejuicios sobre el fondo de la causa”.

⁵⁶⁹ Vid. SUBIÑAS CASTRO, B. I. “Diligencias restrictivas...” op. cit., págs. 47 y ss.

funciones a lo largo de la instrucción que pudieran comprometer su imparcialidad. Si cualquier actuación del juez de garantías comprometiese su imparcialidad, poco sentido habría tenido atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal “para asegurar la imparcialidad del juzgador” como justificaba la Exposición de Motivos. Pero lo cierto es que en la configuración del modelo propuesto para la jurisdicción de adultos se parte de la distinción entre el juez de garantías y el juez de enjuiciamiento en todos los casos.

Las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en dicho sentido fueron resueltas por la STC nº 60/1995, de 17 de marzo. Aunque la sentencia se dicta en el marco de la LO 4/1992, los planteamientos de la misma son trasladables a la LORPM, dadas las similitudes del régimen contemplado en ambas. La STC nº 60/1995 parte de que en el proceso de menores rigen todos derechos fundamentales que consagra el art. 24 de la CE, y entre ellos la garantía del principio acusatorio, y como manifestación de éste, el derecho a un juez imparcial. La CDN proclama el derecho de todo niño del que se alegue que ha infringido la ley a que la causa sea dirimida por una autoridad imparcial (art 40.2). En base a estos planteamientos, la STC nº 60/1995 trata de analizar si se produce una auténtica acumulación en un mismo juez de funciones instructoras y enjuiciadoras, partiendo de la idea de que la asunción de determinadas funciones de preparación del juicio oral no ha de comprometer necesariamente su imparcialidad siempre que no conlleve un juicio previo de culpabilidad⁵⁷⁰.

Los jueces que planteaban la inconstitucionalidad del precepto entendían que en este procedimiento reformador el juez de menores no quedaba totalmente exonerado de la realización de determinados actos de instrucción, pues la LO 4/1992, de la que es sucesora la LORPM, establecía que el fiscal solicitaría del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo (art. 15.2, regla 2ª), la adopción de medidas cautelares y, especialmente, el internamiento provisional del menor (art. 15.1, regla 5ª), y disponía la intervención del juez de menores en la comparecencia prevista en la regla 6ª del art. 15.1, que integraba la fase intermedia, lo cual consideraban que comprometía su imparcialidad⁵⁷¹.

Razonaba la sentencia que no está suficientemente justificada la sospecha de ausencia de imparcialidad objetiva, pues los actos reservados al juez no son actos de instrucción propiamente dichos, sino actos limitativos de los derechos fundamentales, es decir, actos jurisdiccionales reservados al órgano que ejerce la potestad jurisdiccional⁵⁷².

⁵⁷⁰ Vid. STC nº 60/1995, de 17 de marzo. FJ 5º, párrafo 3 y 4. “Hemos de comprobar ahora si en dicho proceso se produce una auténtica acumulación, en un mismo órgano jurisdiccional, de funciones instructoras con las de enjuiciamiento en el bien entendido de que, según nuestra doctrina, la asunción por el juez de determinadas actuaciones de preparación del juicio oral no ha de comprometer necesariamente su imparcialidad en la medida en que la realización de tales actos no suponga la asunción por el juez de un determinado prejuicio sobre la culpabilidad del menor”.

⁵⁷¹ Vid. STC nº 60/1995, de 17 de marzo. AD 1º, párrafo 4 y 5.

⁵⁷² Vid. STC nº 60/1995, de 17 de marzo. FJ 6, A, 2º párrafo. “Esta impresión de los jueces proponentes acerca de su pérdida de imparcialidad “subjetiva”, se desvanece o no es suficiente para justificar un atentado a la imparcialidad “objetiva”, si se piensa en que tales actos, legalmente vedados al Ministerio Público, no constituyen, en puridad, actos de investigación o instructorios, sino que son única y exclusivamente limitativos de los derechos fundamentales (art. 5,2 Ley 50/81 reguladora del Estatuto

La STC n° 60/1995, de 17 de marzo, estima aplicable la doctrina del TEDH sustentada en el caso *Hauschildt* (STEDH de 24 de mayo de 1989), según la cual cuando la prisión provisional se adopta a instancia del Ministerio Fiscal y se cumplen las garantías del derecho de defensa, no se produce vulneración del principio del juez imparcial, ya que al haberse asumido por el Ministerio Fiscal la instrucción, y regir el principio de contradicción, el juez de garantías tiene la imparcialidad necesaria para valorar el material aportado por el Ministerio Público y por la defensa como tercero imparcial⁵⁷³.

Encontramos en esta doctrina del TC la razón de ser de la separación entre los actos de investigación y los actos que, dentro de la propia fase de instrucción, requieren el ejercicio de funciones jurisdiccionales, y por tanto se reservan al juez de garantías. Esta distinción, como hemos visto, está en la base de las propuestas que consideran que el juez instructor debe desaparecer dando paso a este desdoblamiento de las dos figuras dentro de la instrucción, un órgano investigador y un juez como garante de los derechos fundamentales. Distinción que justifica que se haya planteado si estos actos de investigación pueden estar atribuidos incluso a la propia policía judicial, pues en su mayoría son actuaciones de mera averiguación. Esto, no obstante, plantearía algunos problemas, puesto que la intervención del Ministerio Fiscal implica decisiones que exceden de la investigación pura y simple.

Considero que esta doctrina es aplicable en aquellos sistemas acusatorios puros en los que el modelo procesal está inspirado por la búsqueda de la verdad formal, y se conciben como una contienda *inter partes*, donde el juez no es más que un tercero imparcial, cuya función se restringe a analizar el material probatorio presentado por las partes. Sin embargo, de acuerdo con los principios que tradicionalmente han inspirado nuestro sistema procesal, es difícil admitir que el juez que se limita a valorar el material de hecho aportado por el Ministerio Fiscal para decidir sobre una cuestión tan trascendental como la medida cautelar de internamiento, no haya entrado en contacto con el material de la instrucción y se haya formado una opinión sobre los hechos.

La citada doctrina constitucional parte de la idea de que como en el proceso de menores la instrucción está otorgada al fiscal y ya no existe juez de instrucción, sino juez de los derechos fundamentales o de garantías, no puede existir vulneración alguna del principio de objetividad, pues en puridad el juez no instruye. No obstante, esta doctrina

Orgánico del M° Fiscal) o, lo que es lo mismo, se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución expresamente reserva a Jueces y Magistrados (arts. 17,2; 18,2 y 3; 20,5; 22,4: 117,3 y 4; 53.2) a quienes les encomienda no sólo la última, sino también la primera palabra, por lo que, en cuanto tales, no poseen una naturaleza policial o instructoria, sino netamente procesal y sometidas, por tanto, a la vigencia, en la medida de lo posible, del principio de contradicción”.

⁵⁷³ Vid. STC n° 60/1995, de 17 de marzo. FJ 6, apartado A, párrafo 4. “Cuando la prisión provisional se adopta a instancia del Ministerio Público(o el de la policía judicial) y el imputado está asistido de abogado (y puede por tanto impugnar con eficacia esta resolución) no es aplicable la doctrina del caso *Piersack, De Cubber* o *Ben Yaacoub*, ya que la asunción de la instrucción por el Ministerio Público, unida a la plena vigencia del principio de contradicción, dota al juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente y como tercero no comprometido en la investigación el material de hecho aportado por el Ministerio Público, la acusación y la defensa”.

deberá ponerse en relación con la emitida por el TC y el TS en relación a la jurisdicción de adultos, de modo que habrá de comprobarse en cada caso concreto si el órgano judicial ha tenido una intervención previa que pueda afectar a la imparcialidad, teniendo que valorar cuestiones sustancialmente idénticas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento en el enjuiciamiento sobre el fondo, o incluso si se ha realizado una actividad que pueda equipararse a la de instrucción de la causa.

En este sentido, la STC n° 145/1988, de 12 de julio, estableció que el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede el material necesario para la celebración del juicio, puede hacer nacer en el instructor prevenciones y prejuicios respecto de la culpabilidad del encausado⁵⁷⁴. Sin embargo, DE LA OLIVA SANTOS precisaba que lo relevante no es tanto entrar en contacto con estas fuentes como el hecho de que dicho contacto haya generado prejuicios y prevenciones en el juez. Por este motivo, debe atenderse a las resoluciones que el juez debe dictar valorando dicho material reunido⁵⁷⁵.

Así, considera SUBIÑAS CASTRO que la imparcialidad del juez de menores pudiera verse comprometida, entre otros, en los siguientes supuestos: cuando el juez acuerda medidas cautelares, especialmente de internamiento (arts. 28 y ss de la LORPM); cuando, denegada por el fiscal instructor la práctica de alguna diligencia de investigación instada por el letrado del menor o por la acusación particular, las partes reproducen tal petición ante el juez de menores y este acuerda practicar tales diligencias (art. 33 de la LORPM); cuando dicta resoluciones por las que se autoriza restringir derechos fundamentales o las practica por sí mismo en el caso de que el fiscal no haya considerado oportuna su petición (arts. 23 y 26 de la LORPM); cuando acuerda el secreto de las actuaciones (art. 24 de la LORPM; y cuando acuerda el sobreseimiento de la causa por auto motivado (art. 33 e) de la LORPM)⁵⁷⁶.

En concreto, en relación con las medidas cautelares, la petición de las mismas no resulta vinculante para el juez, al que se deberá aportar para su decisión todo lo instruido hasta ese momento, a fin de que el mismo examine la proporcionalidad y justificación de la medida solicitada, lo que le habrá obligado a entrar en contacto con el material probatorio⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ Vid. STC n° 145/1988, de 12 de julio, recaída a propósito de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con la Ley 10/1980, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes. FJ 7°.

⁵⁷⁵ DE LA OLIVA SANTOS admite que este prejuicio puede ser provisional, pues es posible que “el juez, con rigurosa disciplina psicológica e intelectual, ponga, valga el juego de palabras, en tela de juicio, su propio prejuicio, o deje éste como en suspenso. Pero el prejuicio existe o ha existido y como no es verificable su fuerza o por el contrario esa conciencia provisionalidad, y la correlativa apertura completa a una apreciación futura opuesta a lo prejuzgado, el Derecho entiende que existe un riesgo”. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales...* op. cit. págs. 35 y 36.

⁵⁷⁶ Vid. SUBIÑAS CASTRO, B. I. “Diligencias restrictivas...” op. cit., págs. 47 y ss. Así, en relación al sobreseimiento acordado habiéndose opuesto la acusación particular, si se resuelve mediante auto cuya motivación suponga entrar a valorar el material de la instrucción, la imparcialidad del juez puede verse comprometida.

⁵⁷⁷ Vid. TAPIA PARREÑO, J. J. “El derecho al juez imparcial...” op. cit., págs. 5 y 6.

En relación a la adopción de medidas cautelares, MONTERO AROCA advierte que no se requiere únicamente de la constatación de los presupuestos de apariencia de buen derecho, sino que supone un control judicial que se basa en los actos de investigación realizados. En los procedimientos regulados en la LECrim., generalmente es el juez instructor quien resuelve sobre la adopción de medidas cautelares, pero también existen supuestos en los que la decisión corresponde al órgano enjuiciador. Si el juez instructor acuerda medidas cautelares, existe una clara incompatibilidad de funciones para que el mismo juez pueda conocer del juicio oral, mientras que en el caso de ser adoptadas por el juez de enjuiciamiento, no existe problema alguno para dictar sentencia. Así, corresponde al juez de enjuiciamiento la decisión sobre las medidas cautelares en aquellos casos en los que deban adoptarse estando ya pendiente la fase de juicio oral (art. 664 de la LECrim.), y para ello deberá basarse en el material de la instrucción. Este es también el caso del proceso de menores, pues, atribuida la instrucción al fiscal, es el juez quien adoptará las medidas limitativas de derechos y conocerá del juicio. En estos supuestos, quien resuelve sobre las medidas cautelares no ha llevado a cabo la investigación, de modo que el control de la concurrencia de los presupuestos para su adopción únicamente se fundamenta en el examen de las actuaciones que, a juicio del citado autor, responde a medios y finalidades distintas de los propios del juicio oral⁵⁷⁸.

Estima DÍAZ MARTÍNEZ que la práctica de diligencias solicitada en la fase intermedia implica al juez de menores en la fase de investigación, pero no ya como garante de derechos fundamentales, sino en el desarrollo de la actividad instructora propiamente dicha y sostiene que debe evitarse una instrucción judicial paralela⁵⁷⁹. PÁRAMO Y SANTIAGO entiende que el juez de menores no debería llevar a efecto

⁵⁷⁸ Vid. MONTERO AROCA, J. “El juez que instruye no juzga” *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1999, págs. 1801 a 1816. Págs. 14 y 15. El juicio oral persigue actuar el derecho penal, y para ello se establece la existencia de los hechos, utilizando métodos de prueba que se practican con inmediación. Sin embargo, en la adopción de medidas cautelares, se trata de actuar el derecho procesal y para ello se utiliza lo que consta en las diligencias sumariales practicadas por juez distinto. La pretensión cautelar no es que sea distinta de la pretensión punitiva, sino que esta última no existe, es decir, el objeto del proceso penal es distinto del objeto del procedimiento en el que el juez acuerda la medida cautelar.

⁵⁷⁹ Estima DÍAZ MARTÍNEZ que aunque la ley no establece ningún límite a la facultad del letrado del menor para solicitar al juez la práctica de las diligencias rechazadas por el fiscal, no debe admitirse que este derecho de contradecir eficazmente el criterio del fiscal pueda conllevar el desarrollo de una instrucción judicial paralela a la del fiscal, pues ello resultaría contradictorio con la estructura general del proceso que la ley diseña, que atribuye al fiscal el protagonismo en la fase de instrucción hasta su conclusión. Por este motivo considera esta autora más acertado entender que la intervención del juez de menores en relación con las diligencias denegadas por el Ministerio Fiscal queda legalmente propuesta hasta la apertura de la fase intermedia o de alegaciones, la cual sucede una vez dictado el decreto de conclusión del expediente. Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. (coord.) *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 69 y ss.

por sí mismo estas diligencias⁵⁸⁰, en tanto que otros autores, como MINGO BASAIL consideran que esta previsión autoriza al juez de menores a practicarlas por sí mismo⁵⁸¹.

DÍAZ MARTÍNEZ concluye que la opción más respetuosa con la doctrina del juez no prevenido es entender que la intervención del juez de menores deberá posponerse hasta la fase intermedia o de alegaciones, la cual sucede una vez dictado el decreto de conclusión del expediente, que es la postura, como vimos, acogida por la Circular de la FGE 1/2000. Cuando se trata de diligencias relevantes para decidir si procede la apertura de la fase de audiencia o el sobreseimiento de las actuaciones, se autoriza al juez a practicar por sí, una vez concluido el expediente y abierta la fase de alegaciones, tales actuaciones. Este autor explica la práctica de estas diligencias como un paso previo a la convocatoria de la audiencia o al sobreseimiento, lo cual viene a constituir un trámite de instrucción judicial complementaria que tiene por objeto precisamente decidir sobre si procede la continuación del procedimiento, o bien el archivo de las actuaciones por alguno de los motivos expresados en la LECrim. El juez de menores, si estima que son pertinentes, puede abrir un trámite donde las practicará por sí mismo. La defensa puede solicitar el sobreseimiento de la causa al amparo de lo dispuesto en los arts. 637 y 641 de la LECrim., aun después de declarado concluso el expediente de reforma, basándose en la práctica de las diligencias denegadas por el Ministerio Fiscal durante el expediente de reforma, y practicadas ahora por el juez, sin que ello suponga poner en peligro la imparcialidad del juez de menores, el principio de igualdad y el derecho de defensa⁵⁸².

Mientras que la LORPM atribuye la función de juez de garantías, juez competente para conocer de la fase intermedia y juez enjuiciador a un mismo juez de menores, el sistema diseñado por el ALECrím. (el primer texto en el que se proponía la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal para el proceso de adultos, que no llegó a aprobarse), optó por la postura más garantista de encomendar tales funciones a tres jueces distintos. El denominado juicio de acusación se encomendaba a un

⁵⁸⁰ Vid. PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C. “La ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”. *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal VI*. Ministerio de Justicia-CEJAJ. Madrid.2000. Pág. 257. Este autor considera que esta alternativa carece de utilidad práctica, si el juez no puede obligar al fiscal a llevar a cabo tales diligencias ni las puede efectuar por sí.

⁵⁸¹ Vid. MINGO BASAIL, M. L. “La experiencia...” op. cit., pág. 74. El Ministerio Fiscal goza de amplia discrecionalidad para resolver sobre la admisibilidad de las diligencias, salvo la declaración del menor, que una vez propuesta, debe practicarla, salvo que haya concluido el expediente (art. 26.2 de la LORPM). Las diligencias denegadas por el fiscal pueden reproducirse ante el juez de menores en cualquier momento (art. 26.1 de la LORPM) que podrá practicarlas por sí (art. 33 e) de la LORPM).

⁵⁸² Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., pág. 69 y ss. Estima esta autora que esta posibilidad viene a ser una alternativa a la convocatoria de la audiencia o el sobreseimiento, y constituye una instrucción judicial complementaria a instancia de la defensa, cuya finalidad es decidir si procede la continuación del procedimiento. El abogado del menor, tras el decreto de conclusión del expediente, todavía puede solicitar el sobreseimiento en base a la práctica de tales diligencias. Si el juez de menores, en contra del criterio del Ministerio Fiscal, estime pertinentes tales diligencias, abrirá un breve trámite donde las practicará por sí mismo. Pero esto no supone vulneración del principio del juez no prevenido, pues ya habría concluido la fase de instrucción, pues no existe asunción simultánea de funciones instructoras y enjuiciadoras “allí donde, por haberse concluido ya la instrucción, tan solo las hay de enjuiciamiento sobre la apertura o no de la audiencia y su efectiva realización” (STC nº 60/1995, de 17 de marzo. FJ 6º).

magistrado de la Sección de Enjuiciamiento, distinto del juez de garantías y que no podría después conocer del juicio oral, como veremos con más detenimiento en el capítulo cuarto. De esta forma, las funciones reservadas al órgano judicial durante la instrucción se atribuían al juez de garantías; las funciones propias de la fase intermedia se encomendaban al juez de la audiencia preliminar, integrado en la Sección de Enjuiciamiento de los Tribunales de Instancia; y las funciones de enjuiciamiento se encargaban a otro u otros magistrados de dicha Sección, en función de la gravedad de la pena, pero que no conocerían del juicio oral.

En el ALECrím., la fase intermedia se atribuía, pues, a un órgano distinto del juez de garantías y del juez sentenciador. No es ya que se produzca un desdoblamiento entre juez de garantías y órgano de enjuiciamiento, sino que intervienen hasta tres jueces distintos. Esto nos lleva a plantearnos hasta qué punto el conocimiento de la fase intermedia supone una contaminación del juez de menores como juez sentenciador, o si sus funciones como juez de garantías le inhabilitan para conocer de la fase intermedia. De no ser así quizá también en el ALECrím. pudiera haberse optado por un único juez para las funciones de garantías, fase intermedia y enjuiciamiento, o bien, si se aprecia vulneración del principio del juez imparcial, debiera haberse establecido en la jurisdicción de menores un sistema similar al diseñado en aquél.

DÍAZ MARTÍNEZ considera que no se produce vulneración del principio del juez imparcial por la acumulación en un mismo órgano jurisdiccional de la fase intermedia y la fase de juicio oral, pues no puede existir asunción de funciones instructoras y enjuiciadoras una vez terminada la fase instructora, entendiendo pues que en la fase intermedia solo hay funciones de enjuiciamiento sobre la apertura o no de la audiencia⁵⁸³.

A propósito de la acumulación de la fase intermedia en el juez instructor, que existe actualmente en el procedimiento abreviado, en los términos de la vigente LECrím., entiende PÉREZ MORALES que aunque en principio no es adecuado que el mismo juez que inicia de oficio la investigación sea el mismo que delimita el objeto del proceso, el problema queda resuelto porque este mismo juez no será quién dicte la sentencia, de modo que en el ejercicio de estas funciones propias de la fase intermedia no actúa como enjuiciador sino como investigador, es decir, se limita a reunir los elementos que puedan conducir al éxito del proceso. Pero dependerá de otro órgano, el de enjuiciamiento, la decisión sobre si tales indicios que justifican la apertura del juicio se convierten en pruebas que fundamenten una condena⁵⁸⁴.

⁵⁸³ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. (dir.). *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 70.

⁵⁸⁴ Vid. PÉREZ MORALES, M. G. “Consideraciones...” op. cit., pág. 127. Estima esta autora que “cuando es el juez el que, de oficio, inicia de oficio la investigación, parece inadecuado que se él quién delimite el objeto procesal”, si bien añade que “este juez no es, en ningún caso, quién dictará la sentencia definitiva, por tanto y aunque pertenezca al mismo poder del Estado, no está actuando como decisor sino solamente como investigador”. Su función es simplemente la de reunir los datos fácticos que faciliten el buen fin del proceso, pero nunca dependerá de él la sentencia, sino que será el órgano

El problema viene en el proceso de menores porque la fase de alegaciones y la de audiencia se encomiendan a un mismo juez de menores. Hay que tener presente que inicialmente la LORPM había diseñado un sistema en el que el Ministerio Fiscal asumía el monopolio en el ejercicio de la acción penal, que posteriormente, tras la reforma operada por la LO 15/2003, se modificó admitiendo la acusación particular, de modo que los márgenes de decisión del juez de menores ante la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal quedaban muy limitados por el principio acusatorio, al ser aquel la única parte acusadora.

Merecen una singular atención, en relación al derecho al juez imparcial, aquellos supuestos que tienen lugar cuando habiendo solicitado el Ministerio Fiscal el sobreseimiento y habiendo presentado la acusación particular escrito de alegaciones, el juez dicta auto motivado de sobreseimiento por estimar que no concurren indicios racionales de criminalidad. En estos casos la imparcialidad del Juzgador puede haberse visto comprometida, y una vez reabierto el caso, en caso de revocación, el juez de menores que dictó el auto de sobreseimiento se tendría que abstener. Sin embargo, no será necesaria la abstención cuando el sobreseimiento haya tenido lugar por falta de acusación, pues no habrá entrado a valorar el material de la instrucción⁵⁸⁵.

En relación con la apertura de la audiencia, el auto en cuya virtud se acuerda no es, según sostiene TAPIA PARREÑO, un mero auto de ordenación formal del procedimiento, sino que implica una imputación de los hechos al menor y un juicio provisional sobre los mismos, tal y como entendió, respecto del procedimiento abreviado, la STC nº 170/1993, de 26 de mayo. El juez no está vinculado por la petición de las partes, lo cual, a juicio de este autor, resultaría contrario a la esencia de la función jurisdiccional, y por tanto realiza un juicio indiciario sobre la participación del menor en los hechos⁵⁸⁶.

enjuiciador quién decidirá si esa apreciación de existencia de indicios suficientes de criminalidad es o no acertada”.

⁵⁸⁵ SUBIÑAS, B. I. “Diligencias restrictivas...” op. cit., pág. 52. Cita esta autora a título de ejemplo su experiencia profesional, en cuyo ejercicio como juez de menores dictó un auto de sobreseimiento en un delito de asesinato por falta de indicios a petición del Ministerio Fiscal, aun cuando el acusador particular presentaba escrito de alegaciones. Tras argumentar los motivos del sobreseimiento, después revocado, no puede considerarse que el juez sea ajeno al fondo del asunto. Otra cuestión son los autos de sobreseimiento que se dictan cuando no existe acusación ni por el fiscal ni por acusador alguno. En los demás casos, entiende esta autora que deberá estarse a la intensidad de la actividad instructora para determinar cuando existe vulneración del principio del juez imparcial.

⁵⁸⁶ La Instrucción de la FGE 1/1993, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la LO 4/1992, de 5 de junio, interpreta que el juez de menores es un autómatas, que una vez solicitada la apertura de la audiencia, debe acordarla. También el TC ha optado por dicha interpretación en la resolución de algunos recursos de amparo. Solo desde esta óptica podría entenderse que el juez de menores no se contamine al acordar la celebración de la audiencia. Pero esta interpretación resulta, a juicio de este autor, contraria a la esencia de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho, y contraviene el tenor literal del precepto. Si no hay motivos suficientes, nadie ha de ser sometido a la “pena de banquillo”, por lo que el juez deberá adoptar la decisión de sobreseimiento si no existen indicios suficientes contra el menor. Por este motivo, el juez que haya conocido de la fase intermedia habrá adquirido prejuicios contaminantes para conocer de la audiencia. Vid. TAPIA PARREÑO, J. J. “El derecho al juez imparcial...” op. cit., págs. 7 a 9.

MONTERO AROCA advierte que en el proceso ordinario por delitos graves también se atribuye el conocimiento de la fase intermedia al mismo órgano enjuiciador, pues el auto de apertura del juicio oral lo dicta la Sección de la AP competente para conocer del juicio y dictar sentencia (art. 632 de la LECrim.), sin que se haya cuestionado la constitucionalidad de este precepto. Los actos de desarrollo del proceso, si no vienen precedidos de actividad investigadora realizada por el mismo órgano judicial, no determinan la incompatibilidad para conocer del juicio oral. En tal caso, la actuación que debe realizar el juez para adoptar la decisión es únicamente la de lectura de los folios del sumario para determinar si concurren indicios racionales de criminalidad, lo cual no supone que el mismo haya entrado en contacto directo con el material de la instrucción⁵⁸⁷. Conforme a esta postura, el juez de menores, si no ha realizado una actividad investigadora previa no está contaminado para conocer de la fase intermedia, y este conocimiento, a su vez, tampoco le inhabilita para conocer del juicio. El juez que interviene durante el expediente de reforma no es un juez instructor, sino de garantías, pues la investigación se encomienda a otro órgano, cual es el Ministerio Fiscal. De esta forma, se explica la atribución de la triple competencia al juez de menores.

Por lo que respecta a la fase de alegaciones, la STC n° 60/1995, de 17 de marzo, tuvo oportunidad de pronunciarse en relación a la antigua LO 4/92, por lo que respecta a la intervención del juez en la comparecencia (art. 15.1 de la antigua LTTM, reformado por la LO 4/1992). El TC considera que la intervención del juez de menores no vulnera el principio del juez no prevenido, y no le impide conocer del juicio y dictar sentencia, toda vez que la finalidad de dicha comparecencia es la de determinar si concurren los presupuestos para la convocatoria de la audiencia. La mencionada comparecencia se situaba en la fase intermedia, que tiene lugar una vez finalizada la instrucción, y que doctrinalmente se encuadra en la fase de juicio oral. Concluye el TC que no existe acumulación de funciones instructoras y enjuiciadoras, pues ya se ha terminado la fase de instrucción, sino que sólo existen funciones de enjuiciamiento⁵⁸⁸. El hecho de que en

Sin embargo, en la práctica, en algunos juzgados, se sigue el criterio de acordar la celebración de la audiencia una vez presentado escrito de alegaciones, previa comprobación de los presupuestos formales, dejando la decisión para la sentencia, a fin de evitar la contaminación durante la fase intermedia (Es el criterio seguido, por ejemplo, en el Juzgado de Menores Único de Tarragona).

⁵⁸⁷ Vid. MONTERO AROCA, J. “El juez que instruye...” op. cit., págs. 8 y ss. La STC n° 170/1993, de 27 de mayo, estimó que dictar auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado rompe la imparcialidad del juez sentenciador. En proceso ordinario, la STC n° 54/1985, de 18 de abril, estimó constitucional el art. 644 de la LECrim. pero no se cuestionó la constitucionalidad del art. 632 de la LECrim., que encomienda al órgano sentenciador el conocimiento de la fase intermedia. Estima este autor que el TC debió concluir que el hecho de que el juez de instrucción dicte el auto de sobreseimiento no vulnera la imparcialidad, pues desde el punto de vista de la incompatibilidad de funciones lo relevante no es tanto dictar resoluciones de desarrollo, sino la realización de actividad investigadora, que no resulta incompatible con la celebración del juicio oral.

⁵⁸⁸ Vid. STC n° 60/1995, de 17 de marzo. FJ 6°, B párrafo 2. “Desde un punto de vista material, se comprueba que la finalidad esencial de dicha comparecencia previa consiste en determinar la concurrencia o no de los presupuestos que posibilitan la apertura de la audiencia principal (regla 7 del art. 15.1 en relación con la 11 del mismo precepto), esto es su naturaleza es la propia de la denominada fase intermedia del proceso penal, la cual sucede, una vez concluida la instrucción, permitiendo ser doctrinalmente enmarcada dentro de la fase de juicio oral. Siendo esto así, ninguna violación de la imparcialidad puede producirse por la acumulación en un mismo órgano jurisdiccional de la fase

el procedimiento abreviado de la LECrim. la fase intermedia esté encomendada al Juzgado de Instrucción ha creado cierta confusión acerca de la naturaleza de la misma, pero lo cierto es que la decisión de archivo o de continuación del procedimiento tiene lugar una vez finalizada la instrucción, si bien implica una valoración del resultado de aquella y ocasionalmente conlleva la práctica de nuevas diligencias de investigación⁵⁸⁹.

Otra de las funciones atribuidas al juez de menores en su condición de juez de garantías, y que pudiera determinar la contaminación del mismo a la hora de dictar sentencia, es la autorización durante el expediente de reforma de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales. El art. 23.3 de la LORPM establece que el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones, cuestión sobre la que el juez de menores resolverá mediante auto motivado.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN advierte que este precepto no aclara si se trata de una autorización o de una verdadera participación en la práctica de la diligencia. Esta última opción plantearía serias dudas de imparcialidad, y concluye que el tenor literal del art. 23.3 de la LORPM sugiere que el juez de menores no se limita a emitir la autorización, sino que tiene una mayor participación en su práctica. Esta interpretación es la comúnmente aceptada en el ámbito de la jurisdicción de adultos, donde la doctrina entiende que estas diligencias restrictivas de derechos fundamentales, además de la autorización por el órgano jurisdiccional, requieren un férreo control judicial de las actuaciones policiales, lo que permite dotar a tales actos de eficacia probatoria⁵⁹⁰. Esta postura es acogida en el ámbito del proceso de menores por LÓPEZ LÓPEZ, que entiende que será el juez de menores el que deba seleccionar el material derivado de dichas diligencias que resulte de interés para la investigación y excluir aquel que afecte

intermedia y del juicio oral, toda vez que no puede existir asunción simultánea de funciones instructoras y enjuiciadoras allí donde, por haberse concluido ya la instrucción, tan sólo las hay de enjuiciamiento sobre la apertura o no de la audiencia y su efectiva realización”.

⁵⁸⁹ En relación con la competencia en la fase intermedia, PÉREZ MORALES resume que en el procedimiento abreviado las actuaciones que integran la “preparación del juicio” se encomiendan al juez instructor, en tanto que en el procedimiento ordinario por delitos graves corresponde al órgano decisor. Vid. PÉREZ MORALES, M. G. *Lecciones...* op. cit., pág. 203.

⁵⁹⁰ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “*El Proceso penal de menores...*” op. cit., págs. 83 y ss. El precepto no se refiere a “la solicitud de la autorización para la práctica de las diligencias”, sino a “la solicitud de la práctica de las diligencias”. A título de ejemplo, la diligencia de entrada y registro deberá hacerse por el funcionario en el que el juez delegue (arts. 558, 563 y 572 de la LECrim.); en la apertura de correspondencia, será el juez de menores el que podrá abrirla y registrarla; en las intervenciones telefónicas, será el juez el que deberá contro las mismas, seleccionando las partes que interesen. Se plantea esta autora, por otra parte, el problema del consentimiento en la diligencia de entrada y registro, que conforme a la LECrim. eludiría la necesidad de autorización judicial. Tratándose de un menor de edad, el problema se plantea por su falta de capacidad de obrar. Para la entrada en el domicilio familiar basta el consentimiento del titular, que normalmente no será el menor, pero para el registro de su habitación será necesaria autorización judicial. Estima esta autora, que dado el carácter personalísimo del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, no es suficiente el consentimiento de sus padres o tutores, y se requiere siempre autorización judicial. Pero en el proceso de menores se plantean algunos problemas diferentes del de adultos a causa de que el juez desconoce algunos detalles de la investigación, ya que es el Ministerio Fiscal quien la dirige. Este desconocimiento puede dificultar el acierto en la decisión y llevarle a error en la selección del material derivado de dichas diligencias.

a la intimidad de las personas, por ejemplo, en el caso de las intervenciones telefónicas⁵⁹¹.

La labor de determinación de lo que sea relevante para la instrucción, resulta más difícil en el proceso de menores, como apunta GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, precisamente como consecuencia del desdoblamiento entre la figura del fiscal investigador y la del juez de garantías. La clásica figura del juez instructor permite un conocimiento global de la instrucción que ayuda a determinar qué diligencias restrictivas de derechos fundamentales, de las solicitadas por la policía judicial, son necesarias o no para la investigación, y seleccionar el contenido de las mismas relevante para aquella. Pero esto no resulta trasladable al proceso de menores, en el que el juez debería limitarse a la pura y simple autorización. Efectivamente, si el juez de menores interviene de forma activa en la práctica de tales diligencias, se habrá formado una idea de la participación del menor en los hechos antes de iniciarse la audiencia. Este prejuicio del juzgador pondría en entredicho el principio del juez no prevenido y el principio de presunción de inocencia, ya que el juez podrá partir de la culpabilidad del menor que a su juicio se derive de los indicios tenidos en cuenta para acordar tales diligencias y del resultado de las mismas, y necesitar un plus de actividad probatoria por parte de la defensa para eludir el pronunciamiento condenatorio.

La situación es muy distinta en el proceso de adultos, en el que las diligencias de investigación tienen carácter de prueba preconstituida y han sido practicadas por un juez instructor distinto del sentenciador. Es precisamente la intervención del juez instructor la que otorga a estos actos las garantías necesarias para gozar de validez probatoria y la separación tajante entre el juez instructor y el juez sentenciador evita toda sospecha de contaminación, cuestión difícilmente trasladable al proceso de menores⁵⁹².

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN critica la postura del TC, pues considera que es posible que una normativa procesal que en abstracto respete todas las garantías procesales pueda llevar a situaciones en las que alguna de ellas pueda quedar vulnerada en el caso concreto. Es el caso del art. 23.3 de la LOPRM, que sistemáticamente implica una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24 de la CE. El TC establece que solo puede quedar comprometida la imparcialidad cuando se realiza por el juez una valoración de la participación del investigado en el hecho punible. Pero, conforme a la propia doctrina constitucional, la autorización de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales requiere necesariamente un juicio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, lo que supone un examen del material de la investigación que aporta el Ministerio Fiscal. Debe tenerse presente que estamos hablando de una normativa procesal que nació precisamente como consecuencia del reconocimiento por el TC, en

⁵⁹¹ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., págs. 371 y ss. A propósito de la intervención de las comunicaciones, estima este autor que el juez de menores, al carecer de facultades instructoras, solo podrá acordar la prórroga a solicitud del Ministerio Fiscal. Una vez terminada la intervención, la policía judicial entregará al juez de menores las cintas íntegras, y que, antes de remitirlas al fiscal, determinará y seleccionará los pasajes útiles para la investigación y excluirá aquellos que puedan afectar a la intimidad de las personas y nada tengan que ver con el asunto.

⁵⁹² GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El Proceso penal de menores...* op. cit., págs. 85 y ss.

la STC nº 36/1991, de 14 de febrero, de la necesidad de aplicación en el proceso de menores de las garantías constitucionales.

La citada autora propone como posible solución la de optar por una interpretación más flexible del art. 23.3 de la LORPM, de modo que, una vez autorizada por el juez de menores la diligencia, sea el Ministerio Fiscal el encargado de dirigirla y analizar sus resultados. De este modo, el juez se limita a valorar, conforme a las alegaciones que presente el fiscal, la concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de la medida restrictiva de derechos fundamentales. Pero a pesar de esto, estima que se produciría vulneración del principio del juez imparcial por haber tomado contacto con el material de la instrucción para valorar la procedencia de la medida⁵⁹³.

La confusión proviene del tenor literal del precepto, cuando afirma que “el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo” (art. 23.2 de la LOPRM) pero el mismo debe interpretarse en el sentido de que no puede llevarla a cabo por su propia autoridad sino que requiere de autorización judicial. Otra cuestión es que, una vez autorizada la diligencia, el Ministerio Fiscal sea quien deba dirigir su práctica, y el juez no pueda materializarla, para evitar su contaminación. Pero deben exceptuarse, no obstante, aquellos supuestos en los que el articulado de la LECrim. requiera expresamente la intervención judicial, como ocurre con la apertura de la correspondencia (art. 586 de la LECrim.)⁵⁹⁴. Esta solución no termina de satisfacer a GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN pues, a la postre, ello no evitará que el juez de menores haya tomado contacto con el material de la instrucción⁵⁹⁵.

Sin embargo, en relación con esta cuestión, el Dictamen 4/2016, sobre práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales del art. 23.3 de la LORPM, establece que en líneas generales no se ha cuestionado que, “una vez librada la autorización judicial, la ulterior práctica y documentación de tales diligencias restrictivas de derechos es tarea que incumbe exclusivamente al Juzgado”, con independencia de su conocimiento y posible intervención por parte del fiscal. Pero al mismo tiempo constataba que existían reticencias por parte de algunos juzgados a intervenir en entradas y registros, en el libramiento de oficios a la policía para acceder al

⁵⁹³ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “*El Proceso penal de menores...*” op. cit., págs. 85 a 87. Sostiene la citada autora que es el instructor quien mejor puede determinar “que es lo que se ha de buscar con la diligencia, esto es, qué se ha de obtener en el registro domiciliario, qué cartas, partes de éstas y envíos son los que interesan o qué fragmentos de la grabación telefónica son los que proporcionan datos reveladores”. Por otra parte, el juez de menores que haya supervisado la práctica de tales diligencias, habrá conocido, con carácter previo a la fase de audiencia, el resultado de aquellas, lo que le permite formar una valoración con anterioridad a las pruebas del juicio, que condicione su admisión o valoración en la sentencia, hasta el punto de que será necesario que las pruebas de descargo practicadas en el juicio tengan la fuerza suficiente para desvirtuar la influencia que las primeras diligencias habrán creado en el ánimo del juzgador.

⁵⁹⁴ Vid. SUBIÑAS CASTRO, B. I. “Diligencias restrictivas...” op. cit., págs. 33 y ss.

⁵⁹⁵ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “Propuestas...” op. cit., pág. 267. Cita esta autora la STEDH de 25 de julio de 2002, dictada contra el Estado Español en el asunto Perote Pellón, en relación a la jurisdicción militar. La sentencia parte del criterio de que el hecho de haber adoptado decisiones durante la instrucción no determina sin más la pérdida de la imparcialidad, sino que habrá que tener en cuenta las circunstancias del caso, entendiendo que en el asunto que les ocupaba la prórroga de la prisión preventiva había supuesto vulneración del art. 6 del CEDH, creando serias dudas de imparcialidad.

contenido de teléfonos móviles, o al cotejo de las conversaciones transcritas por la policía en intervenciones telefónicas, por entender que una vez emitida la autorización, la práctica correspondía al fiscal instructor, a fin de preservar la imparcialidad judicial, postura compartida por algunos fiscales.

Ante dicha disparidad de criterios, en cumplimiento de las funciones de dirección y unificación de criterios atribuidas en la Instrucción 3/2008, por el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores, se emitió el citado Dictamen, que parte de que la petición de parte convertía al juez de menores en un tercero imparcial e interpreta el precepto en el sentido de considerar que al Ministerio Fiscal le está vedada la práctica de tales diligencias, y que por tanto, es el Juzgado de Menores el que “ostenta jurisdicción plena respecto a la adopción, control y ejecución de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales del art. 23.3 LORPM”⁵⁹⁶.

En conclusión, entiendo que no puede afirmarse con carácter general la vulneración del derecho al juez imparcial por la intervención del juez de menores como juez de garantías durante la instrucción. El que el juez de menores se encuentre o no contaminado para dictar sentencia como consecuencia de su participación en la instrucción dependerá en todo caso de las circunstancias del caso concreto y del nivel de implicación que estas decisiones comporten en la investigación. Pero lo cierto es que la normativa deja abierta la puerta a distintas interpretaciones, más estrictas o más flexibles, acerca del problema de si el juez que no instruye pero participa en la instrucción, puede juzgar. La decisión sobre la adopción de medidas cautelares o sobre la procedencia de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, vendrá determinada, a pesar de que el juez de garantías no haya intervenido personalmente en la investigación, por el convencimiento de que existen indicios de participación del menor en los hechos, y de que concurren circunstancias que justifican el sacrificio de derechos fundamentales del expedientado en aras del éxito de la investigación. Otra cuestión es que, tras la celebración de la audiencia, no existan elementos probatorios suficientes para fundar una condena, pero el ánimo del juez de menores podría tener cierta predisposición por los indicios que en su día valoró. Dicho convencimiento, no obstante, y a diferencia del juez instructor que ha investigado personalmente el asunto, se adquiere con el mero examen del material aportado por el fiscal.

El problema cobra mayor trascendencia en la justicia de menores, precisamente por la mayor agilidad del proceso. En el caso de la justicia de adultos, la extensa duración de las instrucciones, determina con frecuencia que la situación haya cambiado sustancialmente desde que se iniciaron las diligencias hasta que se celebra el juicio (por ejemplo, testigos que en su día expusieron los hechos con toda exactitud se acogen a la dispensa del art. 416 de la LECrim., y aseguran no recordar nada de lo sucedido, o testigos que no son hallados). Pero debemos tener en cuenta que, en todo caso, en el proceso de adultos, el juez sentenciador tiene acceso a la instrucción realizada por otro

⁵⁹⁶ Dictamen sobre la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales del art. 23.3 LOPRM. Fiscal de Sala coordinador de menores. FGE. Págs. 2 y ss.

juez, mientras que en el proceso de menores el juez enjuiciador es la misma persona que el juez de garantías (salvo, lógicamente, que haya cambiado el titular del órgano).

En el proceso de menores, el problema se plantea porque si un juez en su día valoró indicios de la culpabilidad del encausado, es posible que mantenga su postura en caso de una mínima actividad probatoria, por estar su ánimo predispuesto de alguna manera por la apreciación que en su día realizó durante el expediente de reforma. En el proceso de adultos, el juez de enjuiciamiento no ha tenido este conocimiento previo del asunto, y si bien tiene acceso, como es lógico, a la instrucción de la causa, solo la tomará en consideración en los términos establecidos en la LECrim. (principalmente diligencias de instrucción que puedan adquirir valor probatorio, o valoración de contradicciones en las declaraciones), limitándose como regla general a la prueba practicada en el acto de juicio, y sin que su ánimo pueda estar predispuesto en ningún sentido.

No obstante, deben tenerse en cuenta cuáles son los principios que inspiran una y otra jurisdicción, pues el superior interés del menor puede determinar que una visión de conjunto del asunto requiera precisamente la participación del mismo juez en todas las fases del proceso. De no ser así, tampoco el expediente único tendría razón de ser. Habrá que plantearse si dicho interés justifica la asunción de un riesgo de contaminación en casos puntuales. No obstante, deben articularse mecanismos para evitar toda duda sobre la imparcialidad en el caso concreto.

Todo esto conduce a la conclusión de que la instrucción por el fiscal no es el remedio a todos los males de la justicia, pues plantea otros problemas de difícil solución, precisamente porque se ha forzado la inserción de este modelo en un sistema que no contemplaba la figura de un fiscal instructor. Así ocurre que en la jurisdicción de menores, la aplicación supletoria de una legislación procesal que está pensada para nuestro clásico sistema del juez instructor origina algunas deficiencias.

En relación con el problema del derecho al juez imparcial, creo conveniente traer a colación un ejemplo que nos brinda la reciente historia judicial de España: la muerte de la joven sevillana Marta del Castillo. El AAP Sevilla (Sección 3ª) nº 419/2010, de 21 de junio, entendió justificada la abstención del juez de menores al que le correspondió conocer como juez de garantías del expediente de reforma seguido contra el menor implicado en los hechos, abstención que se admitió no solo porque así se preservaba la imparcialidad en el ánimo del juzgador, sino que también se eliminaba toda duda, sospecha o recelo por los justiciables. La resolución recoge la doctrina del TC (SSTC nº 143/2006, de 8 de mayo; nº 11/2000, de 17 de enero; y nº 142/2009, de 15 de junio) en virtud de la cual es necesario valorar “cuidadosamente” en el caso concreto la intensidad del contacto con el asunto que haya conllevado la adopción de tales decisiones, y la doctrina del ATC de 27 de febrero de 2007⁵⁹⁷, conforme al cual se ha

⁵⁹⁷ El ATC 27 de febrero de 2007 establece: “La doctrina (jurisprudencia) sobre la causa de abstención y recusación contemplada por el apartado undécimo del artículo 219 LOPJ, que queda reflejada en el Auto de la Sala Especial de Recusaciones de este Tribunal de 31 de octubre de 2006, ha

interpretado el art. 219 de la LOPJ (haber participado en la instrucción de la causa) en sentido amplio. Concorre, pues, esta causa de abstención en aquellos casos en los que, aunque el juez no sea propiamente el instructor, haya adoptado decisiones que supongan “verdadera actividad instructora” (STC nº 151/1991, de 8 de julio) y que por haber implicado un contacto de cierta intensidad con la investigación, le hayan permitido formarse un criterio sobre el fondo del asunto (STSS de 15 de octubre de 1999, de 2 de enero de 2000 y de 16 de abril de 2001)⁵⁹⁸.

En el caso “Marta del Castillo” se aceptó la abstención planteada por el magistrado del Juzgado de Menores nº 3 de Sevilla, conforme al art. 219 de la LOPJ, por estimar que las resoluciones dictadas sobre la adopción de medidas cautelares, entre ellas de internamiento, y la autorización de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, supuso un contacto previo con el objeto de enjuiciamiento de intensidad importante y una participación en la instrucción, que permitía sostener la infracción del principio del juez no prevenido. El magistrado que se abstuvo había dictado la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado respecto del menor tras apreciar la existencia de indicios racionales suficientes para atribuirle la participación en concepto de autor de un delito de encubrimiento previsto en el art. 451.2 del CP, y de un delito de homicidio penado en el art. 138 del CP; acordó la prórroga de la misma hasta el límite legalmente permitido por el art. 28.3 de la LORPM; y una vez cumplido dicho límite adoptó medidas cautelares de convivencia con grupo educativo y la prohibición de aproximación y comunicación con la familia de la víctima. Además, había decretado dos veces el secreto del expediente. Por este motivo se designó a otro magistrado de menores de Sevilla para el enjuiciamiento de esta causa⁵⁹⁹.

admitido una interpretación no literal del precepto, equiparando la expresión “haber participado en la instrucción de la causa penal” con la de haber realizado actuaciones o adoptado decisiones cuya naturaleza pueda calificarse como de “verdadera actividad instructora” (sentencia del Tribunal Constitucional número 151/1991), de forma tal que haya llevado a las partes a sospechar razonablemente "que pudiera haberse formado criterio en orden a la resolución del asunto en un determinado sentido" (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2001), porque el Tribunal “haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado” (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, 2 de enero de 2000, 19 de septiembre de 2000), pudiendo existir dicha causa de abstención a pesar de que el magistrado respecto de quien se postula no haya sido formalmente "Instructor", siempre que en el ejercicio de sus funciones, -hubiese intervenido en la instrucción con actuaciones relevantes que, por sus características, y atendidas las circunstancias del caso concreto, presupongan un contacto de cierta intensidad con las investigaciones y pesquisas encaminadas a preparar el juicio oral, posibilidad quedó ratificada de forma significativa con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en varias sentencias (24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt*, y 28 de octubre de 1998, caso *Castillo-Algar*) consideró vulnerado el derecho a un juez imparcial por el hecho de que el enjuiciamiento se encomendase a quien decidió en orden al procesamiento, aunque fuese por vía de recurso contra la decisión del juez encargado de la instrucción (...)."

⁵⁹⁸ Sobre esta cuestión, vid. STSS de 15 de octubre de 1999, de 2 de enero de 2000 y de 16 de abril de 2001 y STC nº 151/1991, de 8 de julio.

⁵⁹⁹ El AAP Sevilla (Sección 3ª) nº 419/2010, de 21 de junio, que admitió la causa de abstención del juez de menores establece: “En el presente caso, el Titular el Juzgado de Menores núm. 3 de Sevilla en su comunicación remite hasta 11 Autos y 2 Providencias, cuyo dictado, según su criterio, "revelan en su conjunto un íntimo contacto previo con el objeto del proceso y una importantísima participación personal y directa en la instrucción de la causa, desarrollando con su práctica una investigación directa de los hechos que habrán de ser objeto de enjuiciamiento”. La AP Sevilla comparte el criterio del juez: “De otra forma no se puede convenir cuando se ha dictado la medida cautelar de internamiento en régimen

MONTERO AROCA ofrece una visión distinta de esta cuestión, y considera que la jurisprudencia del TEDH parte de una confusión, pues lo que considera un supuesto de contaminación del juez en realidad es una incompatibilidad de funciones. Dentro de la instrucción, la STC nº 145/1988, de 12 de julio, distinguió entre los actos de comunicación y ordenación y los actos de investigación directa. Los primeros son los que tienen por objeto dar al proceso la sustanciación que corresponda, y aquellos otros que no integran la actividad instructora propiamente dicha, y los actos de investigación directa son aquellos a través de los cuales se reúne el material necesario para adoptar la decisión de archivo o de celebración del juicio. Estos últimos actos son los que ponen al juez en contacto con las fuentes de prueba y pueden hacer nacer prejuicios en el mismo que impidan un fallo imparcial.

Este autor distingue entre los actos de investigación en sentido estricto y los actos por los que la instrucción va avanzando. Partiendo de esta distinción, considera que los actos que son incompatibles con el juicio oral son únicamente aquellos que tienen por objeto la instrucción propiamente dicha. No existe actividad de investigación en el acto de admisión a trámite de la denuncia o querrela, o en la apertura de la fase de instrucción, ya que únicamente se trata de constatar mediante un juicio hipotético, que los hechos denunciados revisten apariencia delictiva y no resultan inverosímiles. Ni siquiera en la resolución por la que se acuerda la práctica de diligencias de instrucción existe una actividad de investigación propiamente dicha, si éstas no se llevaran a cabo por el mismo juez.

Las resoluciones por medio de las cuales el proceso avanza implican juicios de probabilidad sobre la existencia de los hechos y la participación en los mismos del investigado, y la calificación jurídica de los mismos. En este sentido, las decisiones de archivo o de continuación del procedimiento, suponen un juicio provisional y si se

cerrado respecto del menor imputado tras apreciar la existencia de indicios racionales suficientes para atribuirle la participación en concepto de autor de un delito de encubrimiento previsto y penado en el art. 451.2 CP, en relación con un delito de homicidio previsto y penado en el art. 138 del mismo texto legal: esta situación cautelar que se mantuvo y se acordó la prórroga de la misma, hasta el límite legalmente permitido por el art. 28.3 LORPM (Auto de 21 de julio de 2009). Posteriormente se han adoptado las medidas cautelares de convivencia con grupo educativo, y la prohibición de aproximarse a menos de 50 kms. De la familia nuclear de la víctima del presente procedimiento o de comunicarse con ellos por cualquier medio o procedimiento. Además, por dos veces el Juzgado núm. 3 ha decretado el secreto de actuaciones, impidiendo a las partes, salvo al Ministerio Fiscal, intervenir en las diligencias y tomar conocimiento de las mismas. En igual sentido, a instancia del Ministerio Fiscal ha realizado personalmente una investigación de los hechos, interviniendo directamente en la instrucción de la causa, practicando conforme prevé el art. 23.3 LORPM toda una serie de diligencias restrictivas de derechos fundamentales”. El auto concluye que el magistrado “ha tomado parte activa en la instrucción (ha tomado contacto relevante con la instrucción, de unas diligencias y si esa causa se enjuiciase por el mismo Magistrado que llevó a efecto relevantes actuaciones de claro matiz instructor es claro que pudiera verse comprometida su imparcialidad objetiva, en cuyo supuesto la abstención se estima justificada. No se trata de una actividad instructora que, podríamos denominar, puntual, episódica (dictado de una medida cautelar en momento puntual y de forma incidental) sino de un contacto con el procedimiento trascendental, relevante, porque el dictado de numerosas resoluciones, por los términos empleados en su redacción, necesariamente demuestran que el ahora abstenido ha tenido que conocer el procedimiento en toda su extensión, valorar y lo que es sin duda importante, y decisivo, formarse antes del dictado de alguna de las resoluciones un cierto criterio en orden a la resolución del expediente, lo que sin duda le priva de la imparcialidad objetiva exigible”.

dictan, como ocurre en el proceso de adultos, por el mismo juez que ha practicado la investigación, se hallan tan vinculadas a la misma, que aquel queda imposibilitado para el enjuiciamiento⁶⁰⁰.

3.2.2. La figura del juez instructor de menores como alternativa a la instrucción por el fiscal en el proceso de menores. Propuestas *de lege ferenda*.

A la vista de la problemática que suscita el modelo diseñado en la LORPM desde el punto de vista del derecho al juez imparcial, nos planteamos cuál es la razón por la cual el legislador no aprovechó la redacción de la LORPM para establecer un régimen jurídico que asegurase en todos los supuestos la imparcialidad del juzgador, sin necesidad de acudir en el caso concreto al mecanismo de la abstención y la recusación, especialmente cuando la regulación provisional de la materia de 1992 llevaba más de ocho años evidenciando dicha carencia. Quizá el hecho de que el TC hubiera dado por zanjada la cuestión en la STC n° 60/1995, de 17 de marzo, fue la causa de esta omisión. La opción de acudir a las normas de reparto, atribuyendo sistemáticamente a jueces de menores distintos las funciones de juez de garantías y de enjuiciamiento no supondría más que reconocer la vulneración de las garantías constitucionales por la LORPM, supliendo así una deficiencia de la normativa procesal, solución que además no es posible en la práctica si tenemos en cuenta el número de juzgados de menores que existen en las distintas capitales de provincia.

La ley podría haber optado por la creación de dos figuras distintas: el juez de menores de garantías y el juez de menores enjuiciador y sentenciador. Pero, en ese caso nos planteamos que es lo que hemos ganado atribuyendo al Ministerio Fiscal la fase de investigación, pues quizá, lo más lógico sería crear la figura del juez instructor de menores como órgano distinto del juez enjuiciador de menores⁶⁰¹, y mantener al Ministerio Fiscal, representado por miembros distintos, en las funciones acusadora y protectora de los derechos e intereses del menor, sustrayéndole la instrucción penal de sus competencias, es decir un modelo semejante al que existe actualmente en la LECrim. Si la finalidad de encomendar al Ministerio Fiscal la fase de instrucción del proceso es precisamente dar estricto cumplimiento a la separación de las funciones investigadora y sentenciadora, en respuesta a las exigencias del principio acusatorio, como se desprende de la STC n° 36/1991, pero al hacerlo nos encontramos con un juez de garantías que finalmente se acaba contaminando por su implicación en la instrucción, ya que, como consecuencia de las funciones que la ley le atribuye, precisamente en defensa de tales garantías constitucionales, entra a valorar cuestiones idénticas a las que

⁶⁰⁰ Vid. MONTERO AROCA, J. “El juez que instruye...” op. cit., págs. 8 y ss.

⁶⁰¹ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. Las garantías...op. cit., págs. 323 y ss.; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “Propuestas...” op. cit., págs. 266 y ss; LANDROVE DÍAZ, G. “Marco operativo...” op. cit., págs. 9 y 10. MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores...” op. cit., págs. 151 y ss.

serán objeto de enjuiciamiento, ello puede evidenciar el fracaso de la apuesta realizada por la LORPM.

Ya se han expuesto los motivos por los que se atribuyó la instrucción al fiscal en el proceso de menores. Fue una decisión que algunos tildaron de “apresurada” tomada en la LO 4/1992, de la que la LORPM es heredera, una apuesta movida por la necesidad imperiosa de adecuar la legislación de menores al cumplimiento de las garantías constitucionales conforme a los postulados de la STC nº 36/1991, y que se inspiraba en los sistemas acusatorios de derecho comparado para “ensayar” dicho modelo en nuestro ordenamiento. Un modelo que no reconocía inicialmente la presencia de la acusación particular, que partía de una gran confusión sobre la auténtica naturaleza penal del proceso de menores, y que precisamente por el carácter tutelar que se le había atribuido tradicionalmente vio en el Ministerio Fiscal, como órgano de protección de menores por excelencia, la figura idónea para llevar a cabo la investigación en este procedimiento de finalidad educativa.

Por este motivo, la LORPM no fue más allá y no reconsideró esta cuestión, es decir, no contempló la necesidad de consagrar un modelo similar al de la jurisdicción de adultos, que extremara las garantías. Se había dado entrada al Ministerio Fiscal y al letrado de la defensa, en un proceso en que hasta ese momento el juez aglutinaba todas las facultades, lo cual se consideró suficiente, y por eso no se dio el paso definitivo de separar además los órganos judiciales de garantías y de enjuiciamiento, lo que además suponía una importante inversión económica y una reforma orgánica que no se contemplaba, y mucho menos para la jurisdicción de menores. Y no se dio, entiendo, de forma consciente, considerando que en el proceso de menores no había problema en que fuera el mismo juez quien continuara acumulando tales funciones en pro de la finalidad educativa del mismo.

Para solucionar el problema de la posible contaminación del juez de menores GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN propone atribuir las funciones de juez de garantías a un órgano jurisdiccional distinto del que deba conocer de la fase de audiencia, al modo que hacen otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Admite dos posibles soluciones, o bien sustituir al Ministerio Fiscal por un juez instructor, distinto del que ha de conocer de la fase de audiencia, es decir, trasladar al proceso de menores el actual modelo de la LECrim., o bien mantener la investigación a cargo del Ministerio Fiscal, pero instaurando un juez que asumiera exclusivamente la función de garantías y otro al que corresponda el conocimiento de la audiencia. Propone que esta función de garantías sea asumida por los actuales titulares de los juzgados de instrucción, que tengan su sede en la capital de la provincia, previa adquisición de una formación específica en materia de menores⁶⁰².

⁶⁰² Vid. GARCÍA- ROSTÁN CALVÍN, G. “Propuestas...” op. cit. Págs. 266 y ss.

LANDROVE DÍAZ considera que podría haberse acudido al establecimiento en cada provincia de un juzgado de instrucción de menores y un juzgado de lo penal de menores, para salvaguardar el derecho al juez imparcial⁶⁰³.

AYO FERNÁNDEZ también realiza una propuesta en este sentido, y plantea un modelo conforme al cual podría existir un juez de menores de instrucción, al que correspondería, como en el actual proceso de adultos, las funciones de dirección de la investigación y de garantías, así como la fase intermedia y un juez de menores de enjuiciamiento, evitando de este modo la posible contaminación. Consciente de la escasez de recursos del Estado, este autor sostiene que su propuesta sería factible sin necesidad de crear dos órganos judiciales distintos en la misma provincia, sino que sería suficiente un mismo órgano en que puedan existir dos jueces, uno de los cuales actuaría como instructor y otro como enjuiciador⁶⁰⁴.

La existencia de varios jueces dentro de un mismo órgano judicial, no es, a fecha de hoy, como antaño, algo insólito, pues se ha normalizado en los últimos tiempos, a través de las figuras de los jueces de refuerzo y jueces de adscripción territorial, el hecho de que en un mismo Juzgado existan varios jueces, con distintas competencias atribuidas según normas de reparto del partido judicial correspondiente. No obstante, entiendo que esta dualidad de jueces de instrucción y de enjuiciamiento de menores incardinados dentro de un mismo órgano judicial, de llevarse a efecto, debería configurarse con respeto al principio de especialidad, regulando esta posibilidad mediante reforma de la LOPJ. Y sostengo esto porque entiendo que el recurso a jueces de refuerzo o de adscripción territorial asignados temporalmente a estas funciones, figuras de las que últimamente suele abusar el CGPJ, sería contrario al principio de especialización propio de la jurisdicción de menores, y a la estabilidad que requieren este tipo de órganos judiciales. Este modelo permitiría corregir las deficiencias y objeciones que se plantean al sistema actual.

Por lo que respecta a estas propuestas doctrinales de volver en el proceso de menores a la clásica figura del juez instructor, en lugar del actual fiscal investigador, hay que plantearse hasta qué punto es conveniente introducir cambios en un modelo que, al menos en lo que a la jurisdicción de menores se refiere, está funcionando adecuadamente, pese a la existencia de algunas dificultades, que, por otra parte, se presentarían en cualquier modelo, sea este de instrucción judicial o por el Ministerio Fiscal, pues a la postre ambos sistemas resultan admisibles, a mi parecer, en un Estado de Derecho. En una España que parece que está a punto de optar por un modelo de instrucción por el fiscal en el proceso de adultos, algunas voces parecen alzarse en favor de un regreso al modelo de instrucción judicial de los delitos cometidos por los más jóvenes, que equipare el proceso de menores con el de mayores.

No obstante, es cierto que esto podría contribuir a dar una respuesta adecuada a los problemas procesales que plantea la codelincuencia entre mayores y menores de

⁶⁰³ Vid. LANDROVE DÍAZ, G. “Marco operativo...” op. cit., págs. 9 y 10.

⁶⁰⁴ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 323 y ss.

edad, a los que nos referiremos en el capítulo siguiente. Pero si lo que se pretende es que el órgano instructor sea el mismo y con idénticas garantías en ambos procesos, también la vía de trasladar al proceso de adultos la investigación por el fiscal, tal y como la conocemos en el proceso de menores nos podría dar la solución. En esta línea, DEL CACHO RIVERA da un paso más y propone un enjuiciamiento conjunto de menores y adultos en determinados supuestos de codelinuencia, regidos por los principios inspiradores del proceso de menores para los menores y aplicando las normas del proceso de adultos para los mayores⁶⁰⁵.

Si el proceso de menores debe respetar las mismas garantías que el de adultos, plantea algunas dudas que en el modelo que se diseñó por el ALECRim. de 2011 se optara por la intervención de hasta tres jueces en el proceso, el juez de garantías, el juez de la audiencia preliminar y el juez de la sección de enjuiciamiento, y sin embargo en el proceso de menores basta con que el juez de menores asuma esa triple función.

Actualmente en el procedimiento abreviado el juez instructor asume también la fase intermedia. Si dicha fase tiene lugar después de finalizada la instrucción, y en el proceso de menores esta ha sido asumida por el Ministerio Fiscal, no hay motivo para considerar que el juez de garantías está contaminado para conocer de la misma. Otra cuestión es que se entienda que no debe conocer el mismo juez de la fase intermedia y del juicio, lo cual también supone un hipergarantismo, ya que en ambos casos se ejercen funciones de enjuiciamiento. De otra parte, si así fuera también en el proceso de menores debiera haberse producido dicha división de funciones entre tres jueces distintos, como ocurre en el modelo italiano, pues a la postre, la LORPM viene a ser esa “prueba o ensayo” de la que el ALECRim. bebe sus fuentes. Si bien es cierto que ambos procesos se inspiran en distintos principios, ello no debería afectar hasta tal punto a las exigencias derivadas del principio acusatorio, lo que parece indicar que se ha considerado una vez más que las garantías procesales deben aplicarse en mayor extensión en la jurisdicción de adultos que en la de menores.

No obstante, no debemos olvidar algunas de las características propias del proceso de menores, y en este sentido, ORNOSA FERNÁNDEZ ha puesto de manifiesto que cuando se habla de que mediante la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación en el proceso de menores se preserva la imparcialidad del juzgador, se pierde de vista una de las especialidades propias de la jurisdicción de menores, pues en los juzgados de menores se lleva un expediente por menor, en el que se encuentra todo su historial delictivo, los informes sobre el menor y su evolución, añadiéndose al mismo las diligencias relativas a nuevos hechos cometidos por el mismo. Por este motivo, concluye que en la práctica, y sobre todo teniendo en cuenta la estabilidad que existe en este tipo de órganos, es frecuente que el juez conozca perfectamente al menor, pues, salvo cuando se trate del primer hecho delictivo, suele

⁶⁰⁵ DEL CACHO RIVERA, J. M. Ponencia en la mesa redonda incluida en el curso organizado por CGPJ “El fiscal y la instrucción en el proceso de menores”. Madrid, 2011.

sucedir que lleva varios años tratándole y conoce su evolución, por lo que el hecho de que se otorgue la instrucción al Ministerio Fiscal poco importa⁶⁰⁶.

Desde la perspectiva educativa, hay que plantearse si no es precisamente más conveniente que el juez esté “algo contaminado”, es decir, que conozca las circunstancias e historial del menor y que adopte las medidas cautelares o definitivas más acordes con la personalidad del mismo, teniendo en cuenta, además, que la STC n° 36/1991 no estableció ningún criterio respecto a la necesidad de separar la instrucción y el fallo en la jurisdicción de menores. El FJ 6° de la citada sentencia establece que el derecho al juez imparcial forma parte del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, lo que impide que el juez asuma la función acusadora⁶⁰⁷, pero no va más allá. El TC extiende así el derecho a un juez imparcial a la necesidad de que se respete el principio acusatorio dentro del procedimiento penal de menores, pero reconociendo su especialidad, al calificarlo como procedimiento corrector “distinto del proceso penal”, sin que se establezca en ningún momento la necesidad de separar la instrucción y el enjuiciamiento en esta jurisdicción, en aplicación de la doctrina sobre el juez legal imparcial sustentada en la STC n°145/1988, dictada en relación proceso penal para los mayores de edad. Critica ORNOSA FERNÁNDEZ que en la regulación de la materia se ha olvidado la especialidad propia del proceso de menores, ya que dada su finalidad esencialmente educativa, no han de serle de aplicación de manera estricta todos los principios propios del derecho penal de adultos, entendiéndose que “la conjugación del principio acusatorio y la doctrina del juez imparcial con el principio inquisitivo se pudiera haber llevado a efecto de manera más respetuosa con las especialidades propias de la jurisdicción de menores”⁶⁰⁸.

El balance de la LORPM es en general positivo. Quizá, las reminiscencias del sistema tutelar lleven a algunos aplicadores del derecho de menores a pensar que en esta materia, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción de adultos, este conocimiento del menor, aunque pudiera resultar paradójico en el marco de un proceso penal, puede ser adecuado a la finalidad de la ley: el superior interés del menor, en un ámbito donde se sigue produciendo un equilibrio entre elementos educativos y penales propiamente dichos. No obstante, las sucesivas reformas de la LORPM, que progresivamente han agravado el tratamiento del menor infractor, han introducido principios de defensa social y prevención general que lo aproximan al proceso de adultos en ciertos aspectos. Por este motivo, siguiendo a BUENO ARÚS cuando habla de la existencia de un subsistema dentro de este procedimiento para los delitos de mayor gravedad⁶⁰⁹, se

⁶⁰⁶ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “La nueva regulación...” op. cit., págs. 7 y 8. “Respecto de un menor al cual el Juez conoce perfectamente porque hace varios años que comete actos delictivos, resulta difícil pensar que sólo por el hecho de que el Ministerio Fiscal lleve ahora la dirección de la instrucción ya se haya preservado la imparcialidad del Juez”.

⁶⁰⁷ Vid. STC n° 36/1991, de 14 de febrero. FJ 6°, párrafo 1. “El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta afectado en la medida en que de él forma parte el derecho a un Juez imparcial y tal derecho excluye la posibilidad de que el Juez mismo asuma la acusación”.

⁶⁰⁸ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “La nueva regulación...” op. cit., pág. 8

⁶⁰⁹ BUENO ARÚS, F. “La ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., y MAYORAL NARROS, I.V. (coord.) *Jornadas sobre derecho de los menores*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003. Págs. 331 y 332. “Al lado de la

puede distinguir dentro del derecho de menores, entre el derecho aplicable a las infracciones de menor entidad, donde alcanza todo su sentido la finalidad de reeducación, y el de los delitos de extrema gravedad cometidos por los jóvenes infractores, respecto de los cuales se ha observado un endurecimiento de la ley del menor que le aproxima a las finalidades propias del derecho penal de adultos.

En relación a estos últimos supuestos, dado que la respuesta penal tiene un carácter de castigo y protección de la sociedad, deben extremarse las garantías procesales, haciendo prevalecer el derecho al juez imparcial. Para estos supuestos de infracciones de mayor gravedad, considero que podría resultar interesante la creación de los juzgados de menores de garantías, o bien de la atribución de funciones de garantías a uno o varios jueces de menores distintos de aquellos a los que corresponda el enjuiciamiento, dentro de las secciones de menores de los futuros Tribunales de Instancia, asegurándose, eso sí, el principio de especialización de los mismos. El problema radica en la escasez de recursos del Estado y en el colapso del resto de órganos judiciales, pues las estadísticas no revelan un gran número de delitos de estas características cometidos por menores como para justificar la creación de juzgados específicos en determinadas provincias, a lo que debemos añadir que no siempre en este tipo de delitos se produce una actividad por parte del juez de menores durante la fase de instrucción de tal entidad como para entenderlo contaminado.

En el derecho comparado se ha articulado de diversas formas la distribución de funciones investigadoras y judiciales, en función de los distintos modelos adoptados. En Italia, dentro la reforma del Código de Procedimiento Penal, se abordó por el RD 448/1988 la nueva regulación del proceso de menores, que pasó de un sistema inquisitivo al acusatorio. El proceso de menores quedaba dividido en tres fases: la primera, fase de investigación preliminar, se atribuía al fiscal a través del Departamento de Investigación Criminal de la Policía, bajo la supervisión del juez. La segunda fase consistía en la celebración de la vista preliminar, en la que el juez valora la investigación realizada y después de oír los argumentos del fiscal y del abogado de la defensa, decide poner fin a la causa o incoar un juicio, aunque también tiene la facultad de otorgar la libertad condicional o imponer medidas alternativas a la detención. La tercera fase es el juicio propiamente dicho. La investigación preliminar está presidida

regulación general de la responsabilidad penal de los menores, aparece como un subsistema diferenciado, el régimen previsto para los responsables de los delitos especialmente graves en la LO 7/2000, que obviamente atiende a criterios de defensa social y de prevención general con carácter predominante sobre los de prevención especial e interés del menor (aunque éstos no quedan sin embargo del todo descartados). A este régimen severo no han faltado críticas severas procedentes de sectores progresistas”. También puede verse en este sentido, del mismo autor, BUENO ARÚS, F. “La ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal” *Cuadernos de derecho judicial. XXV/2005. CGPJ. (Ejemplar dedicado a: La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual) Escuela judicial. Pág. 38.* Este mismo autor critica la inoportunidad de que el Gobierno haya identificado “el derecho correccional de menores como un sector del derecho penal del enemigo” y defiende que “tal vez la solución de mañana esté en la concepción del Derecho penal de menores como un “Derecho de dos velocidades”, un Derecho penal que ayuda y facilita las cosas, y un derecho penal que castiga e inutiliza, dirigido a los delincuentes pro prepotencia, inhumanidad o abuso de personas vulnerables (...) El primer Derecho penal se contendría en los Códigos ordinarios y el segundo Derecho penal en leyes especiales”.

por un juez del Tribunal de Menores, al que se encomienda la salvaguarda de la libertad del investigado. La vista preliminar corresponde a un juez profesional y dos jueces honorarios, un varón y una mujer con experiencia en el campo de la educación de jóvenes. Por último, la fase de juicio es competencia del Tribunal de Menores, constituido de forma ordinaria⁶¹⁰.

En el derecho francés, el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 1945 estableció una fase de investigación policial del procedimiento, con un régimen muy restrictivo de arresto preventivo y detención, debiendo informar inmediatamente al fiscal de la República encargado de menores, que debería velar por el respeto de los derechos de estos. La instrucción se encomienda según los casos a un juez de instrucción especializado, o a un juez de menores. Una vez realizada la información (Circular de 15 de octubre de 1991), podrá transmitir el expediente al fiscal de la República, si se trata del juez de menores, o deberá comunicarlo para su requerimiento cuando se trate del juez de instrucción. El menor podrá ser juzgado por tres tipos de jurisdicciones, a las que se atribuye distintas competencias: el juez de menores, resolviendo en la Sala del Consejo; el Juzgado de Menores; o el Tribunal de Menores, con dos asesores jueces de menores⁶¹¹.

En el derecho de menores alemán se distingue entre varios órganos: el juez penal como juez de menores, al que corresponde el conocimiento de las infracciones leves; el Tribunal de Escabinos, para los delitos en que no son competentes ni el juez penal ni la Sala de Menores, formado con el juez de menores como presidente, y un varón y una mujer elegidos entre personas experimentadas en la educación de los jóvenes; la Sala de lo Penal como Sala de Menores. El Fiscal de Menores es el órgano al que corresponde

⁶¹⁰ Vid. GATTI, U. “El sistema italiano...” op. cit., págs. 221 a 304. Los Tribunales de Menores italianos creados en el año 1934 mediante el RD 1404/1934, tienen competencia en el ámbito civil, penal y el sector especial de competencia administrativa o de rehabilitación. El Tribunal de Menores está compuesto por cuatro personas: un juez del Tribunal de Apelación, que preside las actuaciones; un juez; y dos ciudadanos, un hombre y una mujer, que actúan en calidad de asesores, que han de escogerse entre ciudadanos mayores de treinta años que se hayan distinguido por su servicio a la comunidad, elegidos entre expertos en los campos de biología, psiquiatría, antropología criminal, educación y psicología. Este sistema sufrió varias reformas: en primer lugar, por la legislación del año 1956, orientada a la rehabilitación, y después en el año 1962, en se estableció una serie de servicios de asistencia al menor, que deberían funcionar en estrecha colaboración con el Tribunal de Menores. El DPR n° 616, 24/7/1977, sobre la descentralización administrativa, transfirió la competencia en materia ámbito civil y administrativa al a los departamentos de servicios sociales de las autoridades locales.

⁶¹¹ Vid. DESCHAMPS, J. P. “El derecho francés de los menores: El menor y el juez de menores”. N° Vol. 18/99. *Estudios de derecho judicial. Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado*. Págs. 75 y ss. El Decreto Legislativo de 2 de febrero de 1945 instauró una justicia de menores fundada en la prioridad de la acción educativa, que se administraba por jueces especialistas que dependían la Dirección de Educación Vigilada creada en el Ministerio de Justicia. El juez de menores contaba con un conocimiento sobre el comportamiento del menor y su entorno social y familiar, lo que permitía una mayor eficacia en el tratamiento educativo. Su competencia no era solo represiva, sino que también tenía competencia en materia de protección de menores. En esta línea, el 23 de diciembre de 1958 se aprobó el Decreto Legislativo que creaba el procedimiento de asistencia educativa. Los órganos que intervienen en el proceso de menores son los asesores, distribuidos por los juzgados de menores, los sustitutos encargados de los menores, el servicio de protección judicial de la juventud, los educadores dependientes del Ministerio de Justicia, las unidades especializadas de Policía y Gendarmería, y los abogados especializados en la defensa de menores.

sostener la acusación, que es además ayudante especial del Tribunal de Menores, y se ocupa de la investigación de la personalidad del menor, sirviendo de ayuda tanto para el tribunal como para el propio menor, labor que queda complementada mediante el informe de un perito. El procedimiento de averiguación está dirigido por el fiscal, pudiéndose iniciar el procedimiento por denuncia o incluso de oficio, con un papel muy relevante de la policía. A continuación, se abre el procedimiento principal, que tiene por objeto determinar si el acusado ha realizado el hecho delictivo y las consecuencias a imponer. Finalmente, la parte más importante del proceso está constituida por la audiencia ante el Tribunal de Menores⁶¹².

En el derecho de menores austríaca, la JGG solo es de aplicación cuando existe sospecha de la comisión de un delito. Si además de existir tal sospecha fueran necesarias medidas educadoras, serían exclusivamente competentes los Juzgados de familia, dentro de la jurisdicción tutelar. Cuando se trate de delitos castigados en el derecho penal de menores y la competencia corresponda a los tribunales comarcales, la regla general es que la jurisdicción de menores y la jurisdicción tutelar se concentran en la misma sección judicial.

Sólo en las tres ciudades austríacas más importantes (Viena, Graz y Linz) existe una jurisdicción de menores propia. En el resto del país, la competencia corresponde a los juzgados comarcales y regionales generales. Los delitos castigados con una pena máxima de hasta un año corresponden a los juzgados comarcales, y los delitos castigados con una pena superior a un año son competencia de los tribunales regionales. Los tribunales regionales pueden actuar como jueces únicos, como Juzgados de Escabinos o como Tribunal Jurado. Actúan como jueces únicos en delitos con una amenaza de pena máxima de cinco años, a excepción de ciertos delitos, como son los cometidos por funcionarios y los delitos contra las costumbres; resuelven como Juzgados de Escabinos en delitos con una amenaza de pena superior a cinco e inferior o igual a diez años; y actúan como Tribunal Jurado en los delitos con amenaza de pena superior a diez años o ante ciertos delitos políticos. Esta delimitación de competencias se extiende también al proceso de menores.

El Juzgado de Escabinos, está formado por dos jueces profesionales y dos jueces legos, uno de los cuales ha de ser del mismo sexo que el menor; el Tribunal de Jurados está formado por tres jueces profesionales y ocho jurados, dos de los cuales deben ser del mismo sexo que el menor. Los escabinos y jurados elegidos para el enjuiciamiento de menores deben ser profesionales de la docencia, educadores o personas que desarrollen alguna actividad en la asistencia y beneficencia pública o privada con los jóvenes. Para el ámbito de Viena existe un Tribunal de Menores independiente que tiene transferida no sólo la jurisdicción penal sino también la jurisdicción tutelar y de curatela

⁶¹² Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 93 y ss, y RÖSNER, D. “El derecho penal de menores en Alemania...” op. cit., págs. 307 y ss.

sobre menores de edad siempre que quepa presumir para el menor, por un motivo determinado, la existencia de una amenaza para su desarrollo personal⁶¹³.

3.3. El equipo técnico.

El equipo técnico es una pieza clave en el proceso de menores, impuesta por los instrumentos internacionales. En particular, las Reglas Beijing y la CDN exigen la necesidad de una asesoría psicológica dentro del proceso de menores⁶¹⁴. En el derecho comparado, bajo distintas denominaciones, existen figuras que asesoran al juez de manera individual o incluyéndolas en equipos multidisciplinarios, que tienen encomendada la asistencia técnica⁶¹⁵.

La Disposición Adicional Tercera de la LORPM establecía inicialmente que el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, sin perjuicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, promovería la creación de Cuerpos Psicológicos, Educadores, y Trabajadores Sociales Forenses, disposición que fue derogada por la LO 9/2000. En la actualidad se establece que los equipos técnicos estarán compuestos por personal funcionario o laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que actúan bajo los principios de independencia, imparcialidad y profesionalidad (Disposición Adicional Tercera de la LORPM tras la modificación por LO 8/2006).

El equipo técnico es un órgano de la administración de justicia, que depende funcionalmente de la fiscalía de menores, adscrito a los juzgados de menores, y con dependencia orgánica del Ministerio de Justicia o de las distintas Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de justicia. Está formado por profesionales de diversas disciplinas que aportan sus conocimientos técnicos para la realización de la justicia de menores, en concreto, por un trabajador social, un educador y un psicólogo (art. 4.1 del Reglamento que desarrolla la LORPM).

El equipo técnico no es una novedad de la LORMP, ni siquiera de la LO 4/1992, sino que en la LTTM, aunque bajo distinta denominación, ya se hacía referencia a la posible intervención de un grupo de expertos.

En el año 1914, tuvo lugar la fundación del Laboratorio de Experimentación Psicológica, que tenía por objeto la observación y valoración de los menores y cuyo

⁶¹³ Vid. JESIONEK, U. “Jurisdicción...” op. cit., págs. 53 y ss.

⁶¹⁴ En tal sentido, la número 16.^a de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores («Reglas de Beijing»), de 28 de noviembre de 1985, en su apartado 1º establece que “para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en que se hubiera cometido el delito”.

⁶¹⁵ Para un estudio más detallado de esta cuestión, vid. URRÁ PORTILLO, J. “Adolescentes en conflicto. Abordaje educativo y sancionador. *Psiquiatría criminal y comportamientos violentos. Cuadernos de Derecho judicial*. VIII, 2005. Págs. 11 y ss.

reconocimiento público se produjo en 1916 con Luis Folch i Torres, psicólogo inspector de las instituciones del Tribunal Tutelar de Menores y de la Junta de Protección de Menores de Barcelona. En 1917, surgió el Centro de Observación y Diagnóstico, como continuación del Laboratorio de psicología; en 1920, se creó el Reformatorio y Centro Permanente de Estudios de Amurrio fundado por los Terciarios Capuchinos, donde se impartía un plan de estudios psicopedagógico destinado a educadores y personal de menores. En 1924, se fundó el Instituto de Psicología aplicada y Orientación profesional de Madrid, que colaboraba con los Tribunales Tutelares de Menores de la capital y en 1928, se creó el Centro de Estudios Psicopedagógicos del Reformatorio Príncipe de Asturias, con la finalidad de dar una adecuada formación a aquellas personas que fueran a desarrollar labores educativas con menores. Tras el intervalo de la República, se instauró el Instituto de Investigación Psicológica del menor, y la Institución Libre de Enseñanza promovió entretanto la actividad de Protectorado del Niño Delincuente. El proyectado Estatuto del Menor de 1778 regulaba el equipo de expertos como órgano de asesoramiento del juez de menores, al que en 1988 se incorporaron los psicólogos en los equipos técnicos de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia⁶¹⁶.

En la LO 4/1992 y posteriormente en todas las propuestas legislativas para la elaboración de una ley de justicia juvenil figura el equipo técnico como institución fundamental del proceso de menores, que tras la LORPM ve ampliadas sus funciones.

La LORPM no es muy clara a la hora de establecer de qué órgano dependen los equipos técnicos, pues mientras el art. 22 dispone que están adscritos a los juzgados de menores, el art. 27 dispone la dependencia funcional del Ministerio Fiscal. Por otra parte, es necesaria la coordinación del equipo técnico con los órganos de las Comunidades Autónomas encargados de la ejecución de las medidas⁶¹⁷. El equipo técnico está adscrito funcionalmente a la fiscalía de menores y orgánicamente al juzgado de menores, lo cual no obsta a su imparcialidad, puesto que estos profesionales realizan una labor similar a la de los peritos⁶¹⁸.

En cuanto a las funciones de cada uno de sus miembros, corresponde al trabajador social evaluar el entorno social del menor, analizando sus circunstancias familiares, sociales, de vivienda, sanitarias, de posible consumo de tóxicos, judiciales, etc. El psicólogo se centra en la situación psicológica del menor y de las personas de su entorno más próximo. El educador debe prestar especial atención a la situación del menor y su posible reeducación. El informe debe ser firmado por los miembros del mismo que hubieran participado. De estos informes se da traslado al Ministerio Fiscal y al juez de menores, y también la defensa y la acusación particular pueden tener acceso a los mismos. El representante que deba acudir a la audiencia y a otras posibles

⁶¹⁶ Vid. BASANTA DOPICIO, J. J. “La psicología forense...” op. cit., págs. 298 y ss.

⁶¹⁷ Vid. MORENO CATENA, V. “Ámbito de aplicación y garantías procesales en el proceso penal de menores”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.) *Proceso penal de menores...* op. cit., págs. 36 y ss.

⁶¹⁸ Vid. SEBASTIÁN OTONES, M. *La instrucción...* op. cit., pág. 13.

actuaciones es designado por el Ministerio Fiscal o el juez para cada caso (art. 4 del Reglamento)⁶¹⁹.

Nada más incoarse el expediente de reforma, el Ministerio Fiscal solicitará al equipo técnico un informe sobre las circunstancias personales, familiares y sociales del menor, su situación, personalidad, contexto en que se ha cometido el hecho delictivo y posibles circunstancias que pudieron influir en su comisión (art 27 de la LORPM). El equipo técnico debe elaborar el informe, para lo que será necesario entrevistarse con el menor, sus padres y otras personas que se considere necesario; o bien se podrá limitar a actualizar, según el caso, los informes anteriores, en el caso de que el menor ya hubiera sido objeto previamente de actuaciones en la justicia de menores. Esta labor se ve facilitada por el expediente personal de cada menor. El contenido del informe incluye la valoración de cualquier circunstancia que pudiera resultar relevante a los efectos de la adopción de la medida más adecuada, por lo que en ocasiones se recogen valoraciones fácticas, aunque sea de forma tangencial⁶²⁰.

Los psicólogos del equipo técnico desarrollan las siguientes funciones: asistencia al menor desde la incoación del expediente de reforma (art. 22.1.f de la LORPM); elaboración de informes forenses compatibles con el resto de informes del equipo técnico, en que se propondrá la medida aplicable al menor (art. 27 de la LORPM); informar sobre el orden de prelación de las medidas a imponer (art. 13 de la LORPM); informar sobre la modificación de las medidas (art. 14); informar sobre la necesidad de las medidas cautelares o sobre cuál de ellas resulta más adecuada (art. 28); asistencia a la audiencia; proponer o informar sobre la suspensión del fallo o sustitución de las medidas (art. 40 y 51); informar sobre la apelación ante la AP (art. 41); intervenir en la ejecución de las medidas (art. 50). Corresponde, también, a los miembros del equipo técnico la representación de la institución durante el proceso penal, ante el Ministerio Fiscal o ante en ente público de protección de menores, con la facultad de, a la vista del desarrollo del procedimiento, cambiar la propuesta sancionadora.

La exigencia de informe del equipo técnico en todos los procesos de menores, es que se generan a veces retrasos incompatibles con el principio de celeridad, debido a que las plantillas de los equipos técnicos resultan insuficientes en algunos partidos judiciales. Por esta razón, la Memoria de FGE establece que cuando se produzcan tales retrasos, deben agotarse las posibilidades de flexibilización que permite la LORPM: actualización de informes (art. 27.1), informes sobre actividades reparadoras (art. 27.2) e informes emitidos por entidades públicas o privadas que trabajen con el menor (art. 27.6). La Fiscalía puede dirigir a los equipos técnicos las indicaciones generales en cuanto a la extensión y profundidad de los informes, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la concurrencia de circunstancias especiales del menor. En el caso de los delitos leves, se admite la posibilidad de que los informes de los equipos técnicos sean

⁶¹⁹ Vid. MORENO CATENA, V. “Ámbito de aplicación...” op. cit., en GONZALEZ PILLADO, E. *Proceso penal de menores...* op. cit., págs. 36 y ss.

⁶²⁰ Vid. SEBASTIÁN OTONES, M. “La instrucción...” op. cit., pág. 13.

prestados oralmente en el acto de la audiencia, siempre que obren en el expediente otros informes del equipo técnico⁶²¹.

Los informes del equipo técnico no son vinculantes, pero ofrecen un apoyo inestimable a la labor del Ministerio Fiscal y del juez de menores y sus recomendaciones suelen ser tenidas muy en cuenta⁶²². Para el fiscal el informe del equipo técnico constituye una importante fuente de información, de la que no puede prescindir. La naturaleza del informe es la propia del dictamen de peritos, que emana de un órgano imparcial al servicio de la administración de justicia, y, por su carácter preceptivo, tiene una eficacia legal reforzada⁶²³.

El informe del equipo técnico será objeto de apreciación por el juez de menores conforme a las reglas de valoración de la prueba penal, en concreto de la prueba pericial. No obstante, su naturaleza de prueba pericial presenta algunas particularidades, toda vez que es una actividad probatoria de configuración legal, que no depende de la proposición de las partes ni de la iniciativa judicial, sino que es obligatoria su práctica en todo caso, con independencia del tipo de delito cometido e incluso en los supuestos de delitos leves⁶²⁴.

En los casos de desistimiento de la continuación del expediente de reforma previstos en los arts. 19 y 27 LORMP, el equipo técnico desarrolla una labor fundamental, bien realizando labores de mediación para lograr la reparación o conciliación con la víctima, o proponiendo la actividad educativa más adecuada, o bien incluso solicitando al Ministerio Fiscal la no continuación del expediente por considerar suficiente el reproche sufrido por el menor. La importancia del equipo técnico radica en que no será posible al Ministerio Fiscal optar por el desistimiento de la continuación del expediente previsto en el art. 19.1 de la LORPM si el equipo técnico no logra el éxito de la mediación o propone una actividad socio educativa. Aunque el fiscal no queda vinculado por las propuestas del equipo técnico, es conveniente una relación fluida, precisamente por las implicaciones que presenta la justicia de menores⁶²⁵. A las funciones que realiza el equipo técnico en estos supuestos, y en especial como mediador, nos referiremos con más detalle en epígrafes posteriores.

⁶²¹ Vid. Circular de la FGE 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores. Apartado VI.6 y VI.6.1. “La necesidad del mismo informe del equipo técnico, con independencia de la gravedad o levedad del hecho punible, constituye, en el caso de las faltas, un factor dilatorio añadido, difícilmente justificable desde la óptica principio de proporcionalidad. Y la dimensión cuantitativa del problema no es baladí si se tiene en cuenta, a título de ejemplo, que solo en la Sección de Menores de la Fiscalía de Madrid, del total de escritos de alegaciones evacuados en 2010, un 26,32 % correspondía a calificaciones por falta”.

⁶²² Vid. BASANTA DOPICIO, J. L. “La psicología forense...” op. cit., págs. 294 y ss.

⁶²³ Vid. Circular de la FGE 1/2000 FGE. Apartado VI.3.E.

⁶²⁴ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VIII. 1. “El legislador ha querido que esa prueba pericial no esté sustraída al principio de inmediación. De ahí que imponga la presencia del miembro del equipo técnico como condición necesaria para el adecuado desarrollo de la audiencia”.

⁶²⁵ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.3.E.

4. El principio de oportunidad en la LORPM.

El principio de oportunidad, como venimos afirmando de forma reiterada, es uno de los principios fundamentales de la justicia de menores, en la que aparece como íntimamente ligado a los principios de intervención mínima, interés del menor y flexibilidad, y particularmente a la finalidad educativa de este procedimiento, lo que justifica su inclusión desde la LO 4/1992⁶²⁶. En atención a los fines propios del proceso de menores, se articula la oportunidad reglada, que permite al Ministerio Fiscal no ejercitar la acción penal en supuestos en que en principio concurren todos los elementos para la exigencia de responsabilidad penal al menor por un hecho delictivo. Su armonización con el principio de legalidad no ofrece dudas, pues constituye un instrumento eficaz para la consecución de los fines de la justicia de menores, pues en ocasiones puede resultar contraproducente someter al menor a un procedimiento penal en sentido estricto, e imponerle una sanción, al tratarle como un “delincuente” y criminalizarle. Las soluciones alternativas que se alcanzan a través de la mediación, como la conciliación con la víctima, el compromiso de reparación o la realización de actividades socio educativas, contribuyen a la enseñanza resocializadora que el menor debe extraer de su paso por la justicia de menores, al comprender que sus actos tienen consecuencias y originan sufrimiento a otras personas, y que la carrera delictiva no es el mejor modo de vivir su ya inminente edad adulta⁶²⁷.

Como veremos en el capítulo siguiente, son diversas las manifestaciones del principio de oportunidad que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Es el caso del instituto de la conformidad, al que se ha hecho referencia al tratar de la fase de audiencia. No obstante, nos centraremos en las expresiones del principio de oportunidad que son específicas de esta jurisdicción, en concreto, los supuestos de desistimiento de la incoación del expediente (art. 18 de la LORPM) y de desistimiento de la continuación del expediente (arts. 19 y 27.4 de la LORPM), y examinaremos la mediación que el equipo técnico realiza a tal fin.

⁶²⁶ En este sentido, vid. GONZÁLEZ PILLADO, E. “La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal de los menores”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (dir.) *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Tirant Monografías, 805. Pág. 58. “Esta previsión del principio de oportunidad atiende no sólo al interés superior del menor, sino que además trata de hacer efectivos el principio de subsidiariedad o intervención mínima del derecho penal buscando otras posibles soluciones que sean menos represivas y más educativas para el menor infractor. A este respecto, no debe olvidarse que en muchas ocasiones, determinadas infracciones penales tipificadas en el Código Penal para los adultos, no tienen necesariamente que ser sancionadas también cuando son cometidas por los menores de edad; por el contrario, el proceso penal debe ser la última opción a tener en cuenta en determinados casos, debiendo intentarse la descriminalización de conductas penales de escasa entidad o la búsqueda de soluciones alternativas que traten de resolver el conflicto penal de forma extrajudicial”.

⁶²⁷ En este sentido, LANDROVE DÍAZ, G. *Introducción al derecho penal de menores*. 2ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. Págs. 104. El citado autor considera que a través del principio de oportunidad se trataba de evitar el “carácter dramático” del procedimiento penal, entendido éste como “duelo entre acusador y acusado”, a fin de que no contaminase la dimensión educativa del mismo.

En el derecho comparado, los ordenamientos de nuestro entorno consagran el principio de oportunidad. En particular, en Alemania, por lo que respecta a la justicia de menores, se prevé que la fiscalía puede prescindir de la persecución penal, sin necesidad de asentimiento del juez, si se ha establecido una medida educativa que haga innecesario el castigo, o si se dan determinados presupuestos relativos al tipo de delito, a que la culpabilidad sea ínfima, y a que no exista interés público en la persecución. En Austria, si el hecho no lleva aparejada pena privativa de libertad superior a cinco años, el fiscal deberá renunciar a la persecución penal si no existe ninguna otra culpa, siempre que no se haya producido la muerte de una persona y que no sean necesarias otras medidas para disuadir al sospechoso de la comisión de otras infracciones penales⁶²⁸.

4.1. Supuestos de no incoación y de desistimiento de la continuación del expediente de reforma.

El art. 18 de la LORPM habilita al Ministerio Fiscal para desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o delitos leves. En este caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para proceder conforme al art. 3 LORPM, es decir, para la adopción de las medidas de protección de menores que pudieran corresponder, y comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado. 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, más adelante se podrá aplicar el art. 27 LORPM.

Esta potestad concedida al Ministerio Fiscal está condicionada a determinadas circunstancias: en primer lugar, que los hechos sean constitutivos de un delito menos grave en cuya comisión no haya intervenido violencia ni intimidación, o de delitos leves; en segundo lugar, que no conste que el menor haya cometido anteriormente hechos de la misma naturaleza. La Circular 1/2000 de la FGE ha interpretado en sentido amplio tal exigencia, de modo que prohíbe a los fiscales el desistimiento cuando conste la comisión de hechos anteriores de distinta naturaleza si tales hechos fueron graves o delitos menos graves que se realizaron con violencia o intimidación. Según la Circular de FGE 1/2000 la comisión de tales hechos anteriores puede desprenderse no sólo de una sentencia firme de condena sino también de “otras vías”⁶²⁹.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN entiende que basta con un decreto de no incoación dictado en un caso anterior en virtud de lo dispuesto el art. 18 de la LORPM. Sostiene la citada autora que esta interpretación atenta contra el derecho a la presunción de inocencia pues la comisión por el menor de un anterior hecho delictivo, en que basa la

⁶²⁸ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 95 y ss.

⁶²⁹ Vid. Circular de la FGE 1/2000. Apartado VI.2.C.

decisión de desistimiento o no, no habría quedado probada en un proceso penal con todas las garantías⁶³⁰.

La fórmula utilizada por la Circular de FGE 1/2000 no resulta muy afortunada, por lo que ha sido duramente criticada por la doctrina la equiparación que de la misma parece desprenderse entre la existencia de una denuncia previa o de un desistimiento en un asunto anterior y la comisión por el menor de hechos de la misma naturaleza, a la que se refiere la dicción literal del precepto. Por tanto, si no se quería incurrir en una interpretación en perjuicio del interés del menor, debió haberse entendido sencillamente este requisito en el sentido de no aplicar el desistimiento de la incoación más en que la primera vez que un menor resultase denunciado. Pero lo cierto es que no parece que esa fuera la intención del legislador al configurar el mencionado presupuesto. En todo caso, la cuestión puede solventarse mediante la aplicación en un momento posterior del archivo en virtud del art. 19 o 27 de la LORPM, a los que después haremos referencia, cuando así proceda.

La atribución de esta decisión sobre la incoación o no del expediente al Ministerio Fiscal plantea, algunos problemas desde la perspectiva de los derechos y garantías reconocidos en el art. 24 de la CE, por atribuirle, como ya vimos, funciones más próximas a las jurisdiccionales. En un modelo en que se negaba toda virtualidad a la acusación particular, como fue concebido inicialmente, tenía sentido la negativa irrecurrible a iniciar un proceso como decisión exclusiva del Ministerio Fiscal, pues si no existe o no va a existir acusación sostenida por el único órgano del Estado que puede ejercer acciones penales, de nada sirve iniciar una investigación, más que para gastar inútilmente recursos del Estado. De permitirse en la ley la incoación del expediente de reforma por el juez, podría ocurrir que tras el curso de una investigación, el Ministerio Fiscal cambiara su postura, pero esta solución convertiría al juez en acusador, en un juez inquisitivo que pretende reunir “indicios” para “convencer” al Ministerio Fiscal de la necesidad de acusar, lo cual no tiene cabida en nuestro sistema de garantías.

El problema viene por la inserción de la acusación particular en un modelo que inicialmente no contaba con ella. La solución que se ofreció fue la incorporación por la LO 8/2006 de una disposición conforme a la cual el Ministerio Fiscal, cuando desistiera de la incoación del expediente, deberá notificarlo inmediatamente a las víctimas y a los perjudicados, haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles ante la jurisdicción civil⁶³¹.

⁶³⁰ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El Proceso penal de menores...* op. cit., págs. 32 y ss.

⁶³¹ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El proceso penal de menores...* op. cit., págs. 32 y ss. Estima esta autora que este precepto así interpretado podría atentar contra el derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues da por cierta la culpabilidad del menor, sin que la misma haya quedado probada en un juicio con todas las garantías. A juicio de esta autora, la decisión sobre la incoación de un proceso es una cuestión de naturaleza jurisdiccional, tanto por la actividad del juicio provisional sobre los hechos que comporta, como por los derechos que se ven afectados. El art. 18 de la LORPM es heredero del art. 15.1 de la LO 4/1992, si bien el ATC de 22 de junio de 2005, eludió pronunciarse sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada al respecto, aduciendo la falta de relevancia del mismo para dirimir el asunto planteado en el proceso del que derivaba la cuestión.

Una vez iniciado el expediente de reforma, la ley contempla otras dos posibilidades de interrumpir el curso natural del mismo y darlo por terminado: la de los arts. 19 y 27 de la LORPM.

En primer lugar, el art. 19 de la LORPM establece la facultad del Ministerio Fiscal de desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, especialmente 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 al perjudicado 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 leve.

El precepto aclara estos conceptos y dispone expresamente que se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y esta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil⁶³².

El equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos o cuando 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.

En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente. Se añade que si la víctima fuere menor de edad o incapaz, el compromiso deberá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del juez de menores. Es muy frecuente en la justicia de menores que la víctima sea también menor de edad.

Por tanto, una vez incoado el expediente, el Ministerio Fiscal puede desistir de su continuación si, a la vista de las diligencias practicadas, entiende que los hechos son constitutivos de un delito menos grave o leve, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y a las circunstancias del menor, y particularmente a la falta de violencia o intimidación grave en la comisión del delito y a la circunstancia de que el menor se haya conciliado con la víctima, haya asumido el compromiso de reparar el daño causado o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico⁶³³.

⁶³² En este sentido, vid. LANDROVE DÍAZ, G. *Introducción...* op. cit., págs. 104 y ss.

⁶³³ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *“El Proceso penal de menores...”* op. cit., págs. 90 y ss. Mientras la conciliación supone una “pacificación del conflicto sin necesidad de una actividad o

Asumiendo las propuestas europeas y la moderna doctrina científica sobre el tratamiento de la delincuencia juvenil, se introduce por esta vía un mecanismo de resolución de conflictos en que la solución nace de la libre negociación y acuerdo entre los interesados. De esta forma se evitan los efectos estigmatizadores que para el menor pudiera conllevar el proceso penal, pese a lo cual se condiciona al establecimiento de una serie de presupuestos:

a) En primer lugar, es preciso que el menor reconozca los hechos y adquiera un compromiso serio de reparación del daño causado. Si el compromiso queda voluntariamente incumplido se reabrirá el proceso penal conforme a lo dispuesto en el art. 19.5 de la LORPM, pues, según expone LÓPEZ LÓPEZ, la mediación no puede convertirse en un mecanismo de huida del proceso penal. Es necesario, pues, que tenga lugar la conciliación, la reparación del daño o la realización de tareas socioeducativas para que el Ministerio Fiscal pueda poner fin anticipadamente al procedimiento, y solo se establece una excepción en el art. 19.4 de la LORPM, cuando se admite la terminación del proceso en los supuestos en que por causas ajenas a la voluntad del menor, la conciliación o el compromiso alcanzado, resultara imposible. No se exige, sin embargo, a diferencia del art. 18 de la LORPM, que se trate de un delincuente primario, pues se establece que para decidir la continuación o no del expediente el Ministerio Fiscal deberá atender a las circunstancias del menor, sin referencia alguna a la previa comisión de hechos delictivos de la misma naturaleza.

b) En segundo lugar, es necesario que la víctima o perjudicado acepte las disculpas que se le ofrecen y el compromiso asumido por el menor. En ocasiones, se prescindirá de este presupuesto cuando se trate de delitos sin perjudicados directos, en cuyo caso la LORPM sustituye la reparación del daño por la realización de la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe, cuyo contenido debe poderse adecuar a lo establecido en relación con las prestaciones en beneficio de la comunidad o las tareas socioeducativas previstas en el art. 7.1 j) y k) de la LORPM⁶³⁴.

Conforme ha desarrollado el Real Decreto 1774/2004, este procedimiento de mediación encomendado al equipo técnico en el art. 19.3 LORPM está compuesto por tres encuentros: el primero entre el menor y el equipo técnico, el segundo entre la víctima y el equipo técnico, y el tercero entre todos ellos, cuyo resultado ha de ser la conciliación o reparación, optando por la realización de tareas socioeducativas sólo cuando aquéllas no sean posibles (arts. 4 y 5 del Reglamento). Si el menor efectivamente cumple la actividad educativa o la reparación acordada, el fiscal procederá a concluir la instrucción, solicitando al juez de menores el sobreseimiento de

prestación por parte del menor, salvo la petición de disculpas, las otras dos vías de solución extrajudicial requirieren que el menor se comprometa a un hacer”. Págs. 90 y ss.

⁶³⁴ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *La instrucción...* op. cit., pág. 322. La ley del menor se refiere a esta nueva vía, la conciliación, consagrada en aras al principio de intervención mínima y con la finalidad de hacer prevalecer los criterios educativos sobre los de defensa social. Estas soluciones “sobrepasan los límites jurídico-civiles de la reparación del daño causado para adentrarse en los fines resocializadores de la sanción penal a la que sustituye”, y no debe confundirse con el contenido de la reparación civil.

las actuaciones, o bien, en caso contrario, ordenará la continuación del expediente de reforma.

La valoración doctrinal de esta manifestación del principio de oportunidad regulada en el art. 19 de la LORPM ha sido positiva, ya que se elude la idea de retribución al no llegar a celebrarse el juicio, al tiempo que el perjudicado obtiene una solución ante el daño sufrido. No obstante, algunos autores han puesto de manifiesto la colisión entre este precepto y el derecho a la presunción de inocencia, pues lo cierto es que el menor se ve obligado a realizar una actividad educativa o a asumir el compromiso de reparación en base a la sospecha de su participación en un hecho delictivo, sin que dicha participación haya quedado probada en un proceso con todas las garantías.

Califica GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN este sobreseimiento como un supuesto de extinción de responsabilidad penal por cumplimiento de la condena, condena que consiste en la conciliación, la reparación o la realización de tareas socio-educativas⁶³⁵. GONZALEZ CANO entiende que el Ministerio Fiscal deberá asegurarse de la constancia de los hechos y de que son atribuibles al menor, ya que si bien el consentimiento del menor normalmente obedecerá a la comisión de los hechos, la inmadurez propia de la adolescencia pudiera determinar el reconocimiento de delitos no cometidos ante el temor de posibles consecuencias adversas. La citada autora, no obstante, ha tratado de obviar el problema entendiendo que el sobreseimiento por conciliación no se basa en una declaración de culpabilidad, sino en una asunción de responsabilidad del menor⁶³⁶.

La doctrina se ha planteado hasta qué punto la voluntad del perjudicado es determinante para que pueda procederse al sobreseimiento del expediente en los términos del art. 19 de la LORPM, y si su negativa impide que el Ministerio Fiscal pueda solicitar el archivo si el menor cumple las tareas socio-educativas propuestas por el equipo técnico. La cuestión se plantea porque, si bien en la práctica normalmente lo que interesa a los perjudicados es ser resarcidos económicamente, al margen del castigo previsto por la ley para el infractor, lo cierto es que en aquellos casos en que el ofendido por el delito adopte la actitud de manifestar su deseo de que “se haga justicia”, ello podría frustrar los fines propios del proceso de menores, que, como es lógico, la ciudadanía no tiene por qué comprender o compartir, pero, entiendo, que no debe obstaculizar mediante posiciones infundadas.

PERIS RIERA entiende que tras la reforma del art. 25 de la LORPM operada en el año 2003, no puede prescindirse del consentimiento del perjudicado⁶³⁷. De la lectura

⁶³⁵ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El proceso penal...* op. cit., págs. 91 y ss.

⁶³⁶ Vid. GONZÁLEZ CANO, M. I. “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores”. *Tribunales de Justicia. Revista española de derecho procesal*. 2000, 7. Págs. 834 y ss.

⁶³⁷ Vid. PERIS RIERA, J. “El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto en la LO 5/2000”. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Nº 2, 2001. Pág. 1649.

del art. 33 de la LORPM se deduce que la petición de sobreseimiento realizada por el Ministerio Fiscal en aplicación del art. 19 de la LORPM es vinculante para el juez de menores, si bien consideran algunos autores que tras la indicada reforma, si existen perjudicados dispuestos a sostener el ejercicio de la acción penal, el juez de menores puede ordenar la continuación del proceso⁶³⁸.

A propósito de las diligencias preliminares del fiscal previstas en el antiguo art. 785 bis de la LECrim. (actualmente, en el art. 773 de la LECrim.), el ATC nº 219/1984, de 4 de abril y el ATC nº 2272/1990 de 20 de diciembre⁶³⁹, rechazaron la posibilidad de revisar la decisión del Ministerio Fiscal de archivar o no ejercitar acciones penales, si bien se hacía referencia a la posibilidad de ejercitar la acción penal por el perjudicado, postura acogida por la Consulta de la FGE 2/95, de 19 de abril⁶⁴⁰.

En su redacción originaria, la LORPM, siguiendo el modelo de la LO 4/1992, excluyó la acusación particular y la acusación popular, de modo que el art. 25.2 de la LORPM atribuía a los perjudicados unas limitadas facultades de actuación en relación con las conductas delictivas de cierta gravedad imputadas a mayores de dieciséis años, si bien, para que el perjudicado pudiera personarse en el expediente, era precisa la concurrencia de dos presupuestos: en primer lugar, que los hechos fueran atribuidos a mayores de dieciséis años; y en segundo lugar, que se trate de delitos cometidos mediante violencia o intimidación o con grave peligro para la vida o integridad física de las personas. Se trataba así, como aclaraba la Exposición de Motivos de la LORPM, de salvaguardar el interés de la víctima en el esclarecimiento de los hechos sin frustrar el fin educativo del proceso de menores. En este sentido, GÓMEZ COLOMER consideraba que la CE no otorga un derecho como tal al ejercicio de la acción penal, ni impone la obligación de conceder al perjudicado la condición de parte, pues existe un órgano del Estado al que corresponde la persecución del delito⁶⁴¹.

Sin embargo, lo cierto es que, en los últimos tiempos, los organismos internacionales recomiendan a los Estados conferir a las víctimas de los delitos un papel más relevante, y en este sentido, el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001, imponía “fortalecer la protección de la defensa de las víctimas de los delitos violentos en todos los procesos penales, incluido el ámbito de la LORPM”⁶⁴². Si bien, no debemos olvidar, como indica GARCÍA RODRÍGUEZ, que esa línea de

⁶³⁸ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El proceso penal...* op. cit., págs. 91 y ss.

⁶³⁹ ATC nº 219/1984, de 4 de abril y el ATC nº 2272/1990, de 20 de diciembre.

⁶⁴⁰ Consulta de la FGE 2/1995, de 19 de abril, acerca de dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad. Apartados VI y VII.

⁶⁴¹ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “Tuición...” op. cit., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (dirs.) *Justicia penal...* op. cit., págs. 189 y 190. “No existe ningún precepto en la norma fundamental que confiera al perjudicado por un delito el derecho de acción penal y que imponga al legislador el deber de otorgarle la condición de parte en el proceso, pues ya existe un órgano del Estado que, para lograr el ejercicio del ius puniendi, se ocupa de formular la acusación”.

⁶⁴² Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001.

protección está más dirigida a reconocer el derecho a una indemnización que a un verdadero reconocimiento de un derecho a la imposición de un castigo al culpable⁶⁴³.

La modificación del art. 25 de la LORPM por medio de la LO 15/2003, como se ha visto en el capítulo anterior, introduce la acusación particular en el proceso de menores sin distinción en cuanto a la gravedad del delito o la edad del menor, disponiendo que se podrán personar como acusadores particulares las personas directamente ofendidas por el delito, o sus padres, herederos o representantes legales si fueran menores o incapaces⁶⁴⁴. Posteriormente, la LO 8/2006 de 4 de diciembre, refuerza el reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, estableciendo el derecho a ser informado en todo momento, se hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses, y además dispone el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles.

Este proceso de reconocimiento de derechos a las víctimas del delito culmina en la aprobación mediante la Ley 4/15, de 27 de abril de reforma de la LECrim., del EVD dictada para la trasposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, protección y apoyo a las víctimas del delito, reforma que entró en vigor el pasado 8 de octubre de 2015.

No obstante, las reformas que reforzaban el papel de las víctimas en el proceso de menores atribuyen a éstas un papel más limitado que en la jurisdicción de adultos. De esta forma, no se admite la constitución de grupos de actuación ni la personación de asociaciones o entidades que tengan por objeto la protección de los bienes jurídicos afectados por el delito, ni se dio cabida a la acusación popular, lo cual parece lógico si atendemos a los principios inspiradores de esta jurisdicción. Sin embargo, otros autores censuran dicha exclusión, pues una vez admitida la acusación particular no entiende tales restricciones⁶⁴⁵.

La última manifestación del principio de oportunidad es la regulada en el art. 27 de la LORPM, que establece que el equipo técnico podrá 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

⁶⁴³ Vid. GARCÍA-RODRÍGUEZ, M. J. “Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo”. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Nº 5 2001. Págs. 1706 y ss.

⁶⁴⁴ Esta reforma fue criticada por algunos autores por entender su inclusión contraria a los intereses del menor. BUENO ARÚS califica de contraproducente para el menor del “sentido inevitablemente teatral del proceso penal” desde una perspectiva correccional o educadora. “No obstante mi opinión, al tratarse la acusación particular de una técnica usual del procedimiento penal sería difícil que algún juzgador pudiera considerar ni remotamente inconstitucional la ley que la establece en el proceso de menores (...) Lamento esa falta de imaginación. Pero no me resisto a poner de manifiesto la oscura intención del legislador al acoger esta reforma, tan contraria al texto del anteproyecto, que ése sí fue elaborado de buena fe y también con mucha ilusión (...) y menos mal que al parecer ha prosperado el criterio de no introducir también la acusación popular en el derecho de menores porque ver a la sociedad litigando contra un menor o adolescente al que las leyes dicen que hay que proteger por ser especialmente vulnerable no deja de provocar un relámpago de luz”. Vid. BUENO ARÚS, F. “La ley de responsabilidad...” op. cit., págs. 23 y 24.

⁶⁴⁵ Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El Proceso penal de menores...* op. cit., págs. 91 y ss.

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 el art. 19 de la LORPM, 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.

Por tanto, la LORPM permite que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente de reforma siempre que se den los siguientes presupuestos: en primer lugar, que se trate de un delito en que no se haya empleado violencia o intimidación grave; en segundo lugar, que el equipo técnico proponga en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, cuando a través de los trámites ya practicados se haya expresado suficientemente el reproche penal o bien por considerar inadecuada para el menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. El Ministerio Fiscal, a la vista de la propuesta del equipo técnico, si entiende que se dan esos requisitos, solicitará al juez de menores el sobreseimiento de lo actuado.

A propósito del posible desistimiento del expediente de reforma que pudiera tener lugar en contra del parecer de las víctimas, debemos traer a colación el AAP Madrid (Sección 4ª) nº 105/2010 de 26 de mayo, dictado a propósito de un supuesto en que los perjudicados no habían participado, por voluntad propia, en los programas de conciliación y reparación, y pretendían la satisfacción de las responsabilidades civiles. El citado auto da prioridad al interés del menor en la decisión sobre la continuación o no del expediente, y permite la terminación del mismo mediante una actividad en beneficio de la comunidad, remitiendo a los perjudicados a la vía civil. La resolución explica que el auto de sobreseimiento que se recurre, es la única resolución procedente conforme a los arts. 19, 27.4 y 33, c) de la LORPM, toda vez que, por un lado, es una facultad exclusiva del Ministerio Fiscal la de pedir el sobreseimiento, y el juez de menores deberá acordarlo, sin intervención a la acusación particular. Si el Ministerio Fiscal solicita el sobreseimiento, el juez de menores debe acordarlo, según se desprende del art. 33 LORPM. Además la decisión, venía avalada por el informe del equipo técnico, por darse los presupuestos previstos en el art. 27.4 de la LORPM, es decir, se había valorado la no conveniencia de la continuación el expediente. Si no tuvo lugar conciliación con los perjudicados fue por la negativa de éstos, y por ese motivo es por lo que se propuso tarea socio-educativa, consistente en dos sesiones de prestaciones en beneficio de la comunidad, con seguimiento positivo. Se entendió, por tanto, que el menor había cumplido la reparación extrajudicial. Y una vez acordado el sobreseimiento no puede ejercitarse la acción civil sino que, en su caso, el perjudicado deberá acudir a la jurisdicción civil, pues el procedimiento penal ya está archivado⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ AAP Madrid (Sección 4ª) nº 105/10 de 26 de mayo. “La Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, haciendo uso flexible del principio de intervención mínima en función del interés superior del menor contempla entre las formas de finalización, el sobreseimiento instado por el Fiscal a propuesta del equipo técnico (art. 27 LORPM). En el supuesto de autos, el auto de sobreseimiento que se

Por último, DÍAZ MARTÍNEZ encuentra en la LORPM otras manifestaciones del principio de oportunidad, tales como: la propuesta de suspensión del fallo que regula el art. 40 de la LORPM; la solicitud de sustitución de las medidas impuestas por otras más adecuadas para obtener la reinserción del menor (art. 51 y 14 de la LORPM); el instituto de la conformidad (art. 32 y 36.2 de la LORPM), en que el interés del menor y la finalidad educativa del procedimiento justifica una mayor flexibilidad que en el proceso de adultos⁶⁴⁷.

En relación a la conformidad, como manifestación del principio de oportunidad, en la LORPM se regulan dos trámites para la conformidad, el que tiene lugar antes de abrirse la fase de audiencia, esto es, en fase intermedia o de alegaciones, cuando se da traslado al letrado del menor para que formule escrito de alegaciones, y el que tiene lugar al inicio de la fase de audiencia. Por lo que respecta al primer supuesto, cuando el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y en su caso, de la acusación particular, solicita la imposición de una medida que no sea de internamiento, la ley no obliga al letrado a formular su escrito, sino que permite que en una comparecencia ante el juez de menores, éste, asistido de su letrado, manifieste su conformidad con el escrito de alegaciones que solicite una medida de mayor gravedad, expresando el reconocimiento de los hechos y la aceptación de la misma (art. 30 de la LORPM). La segunda posibilidad tiene lugar al inicio de la audiencia, en que se admite la conformidad con medidas de internamiento (art. 36 de la LORPM)⁶⁴⁸.

4.2. La mediación del equipo técnico.

La LORPM contempla la mediación junto con otras formas de justicia restaurativa, como la reparación y la actividad educativa y se refiere a ella como un instrumento para llegar a estas. El Reglamento que desarrolla la LORPM, regula el proceso a seguir para lograr soluciones extrajudiciales, permitiendo la intervención de los abogados defensores en la fase inicial para mayor garantía, y dando prioridad a la participación de la víctima.

El equipo técnico asumirá las funciones de mediación entre el menor y la víctima e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado

recurre, era la única resolución procedente conforme a la normativa vigente, (art. 19, 27.4 y 33, c) de la LORPM), toda vez que, por un lado, es una facultad exclusiva del Ministerio Fiscal la de pedir el sobreseimiento, acordándolo necesariamente el Juzgado de Menores, sin que en este trámite se otorgue intervención a la Acusación Particular. Y acordado el sobreseimiento y archivo del expediente, ya sea definitivo o provisional, no puede ser ejercitada la acción civil derivada del posible delito o falta, tal y como pretende el recurrente, que deberá acudir a dicha jurisdicción y a través de los trámites establecidos por la LEC, al ser evidente que no puede serlo en el ámbito de un procedimiento penal archivado”.

⁶⁴⁷ Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director...” op. cit., en GIMENO SENDRA, J. V. (dir.). *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 46 y ss.

⁶⁴⁸ Vid. GONZÁLEZ PILLADO, E. *La mediación...* op. cit., en GONZÁLEZ PILLADO, E. (dir.). *Mediación...* op. cit., págs. 68 y ss.

de cumplimiento. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, continuará la tramitación del expediente. Cuando no existan perjudicados directos, la reparación o conciliación con la víctima quedará sustituida por la realización de determinadas actividades educativas propuestas por el equipo técnico. En su papel de mediador, el equipo técnico deberá poner en contacto al menor y a la víctima, favorecer su entendimiento mutuo y proponer posibles soluciones, formalizar el acuerdo alcanzado y vigilar su cumplimiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal.

En los capítulos anteriores se ha hecho referencia a los programas de mediación que se venían desarrollando ya desde la vigencia los Tribunales Tutelares de Menores, y después al amparo de la LO 4/1992. A partir del año 2000, la aprobación de la LORPM y su reglamento otorgaron una nueva base legal que potenciaba la aplicación de los programas de mediación.

ÁLVAREZ RAMOS, en relación con los programas de mediación desarrollados bajo las directrices de la LORPM, explica que hay dos formas en que llegan los casos al programa de mediación, bien porque el Ministerio Fiscal, en los casos en que valora la posibilidad de desistimiento del expediente, solicita al equipo técnico un informe sobre la adopción de la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima, o bien a instancias del propio equipo técnico cuando realiza la evaluación inicial de la situación del menor.

En el primer caso, el equipo técnico debe elaborar un informe valorando las actuaciones realizadas desde el momento de la denuncia o atestado inicial. Para ello deberá exponer la posibilidad de solución extrajudicial al menor, asistido de sus padres o representantes legales y del abogado defensor, siendo necesaria la aceptación por parte del menor con el beneplácito de sus padres o tutores. El punto de partida de las soluciones extrajudiciales es el reconocimiento del daño causado y de sus consecuencias por parte del menor, siendo preciso que este tenga capacidad para asumir su culpa y afrontar la reparación. Se pasa, entonces, a una fase de contacto con la víctima, en la que se debe tener en cuenta el riesgo real sufrido, su percepción del suceso, la vulnerabilidad de la víctima y el apoyo familiar o psicológico para afrontar la situación⁶⁴⁹.

Este autor constata que se aprecia en la práctica una mayor victimización emocional cuando se trata de víctimas personas físicas, ya sea menor o adulto, pues se considera el delito como un ataque a su persona, por lo que la conciliación adquiere una mayor relevancia. Si la víctima es menor de edad, su percepción de los hechos y su deseo de participar en el programa de mediación puede venir influenciado por la opinión de sus padres. En los casos de víctimas conocidas por el autor, el delito viene a

⁶⁴⁹ Vid. ÁLVAREZ RAMOS, F. Equipo Psicosocial judicial de Donostia-San Sebastián. "Mediación penal..." op. cit., págs. 8 y ss.

ser parte de un conflicto anterior más amplio o incluso pueden existir denuncias mutuas. Las implicaciones emocionales quedan, sin embargo, al margen cuando la víctima es una entidad, en que adquiere más importancia la restitución económica. Por último, si se trata de un ataque a un bien público, procede la reparación social o prestaciones beneficio de la comunidad. El encuentro entre el agresor y la víctima en ocasiones permite identificar al menor y borrar la imagen negativa del joven infractor y que éste comprenda el daño causado a una persona en concreto. El equipo técnico debe valorar también la capacidad de la víctima para llegar a una solución extrajudicial, teniendo en cuenta su voluntad de participar y solucionar el conflicto, la posible existencia de deseos de venganza, y otras circunstancias.

En los programas que tienen lugar con participación de la víctima, se cita a ambas partes para llegar a acuerdos de conciliación y reparación, utilizando técnicas que permitan flexibilizar las posturas de ambas partes, e incluso se favorece un encuentro indirecto en los casos en que la víctima así lo solicite. Por su parte, la negativa de la víctima a participar no supone que no pueda desarrollarse la mediación, sino que en estos programas realizados sin la participación de la víctima se proponen actividades de tipo educativo.

El resultado del proceso se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por el equipo técnico, en concreto los acuerdos alcanzados y el grado de cumplimiento, o los motivos por los que no se ha alcanzado un acuerdo. Esto es necesario para que el Ministerio Fiscal solicite el archivo en virtud del art. 19 de la LORPM o bien decida la continuación del expediente de reforma⁶⁵⁰.

En opinión de AYO FERNÁNDEZ, la voluntad de la víctima debería bastar para sobreseer los expedientes, sin necesidad de sujeción a los requisitos establecidos en el art. 19 de la LORPM. Propone este autor articular mecanismos de desjudicialización que permitan resolver los conflictos sin la amenaza de la sanción penal. Por este motivo critica que se haya institucionalizado en exceso la mediación a través del equipo técnico y considera que debería dejarse a los afectados la posibilidad de llegar a un acuerdo por sí mismos y que estos acuerdos pudieran poner fin en su caso al procedimiento⁶⁵¹.

Según estudios realizados por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Cataluña, los jóvenes que llegan a estos programas de mediación tienen características que les distingue dentro del perfil de los que llegan a la justicia juvenil. Prevalece el número de nacionales, tienen menos antecedentes delictivos familiares, mejor salud física y psíquica y menor adicción a las drogas, suelen residir de forma estable con su familia, la mayoría están escolarizados, o incluso han

⁶⁵⁰ Vid. ÁLVAREZ RAMOS, F. (Equipo Psicosocial judicial de Donostia- San Sebastián). "Mediación penal..." op. cit., págs. 8 y ss.

⁶⁵¹ Vid. AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías...* op. cit., págs. 182 y 183.

terminado con éxito los estudios, no suelen tener antecedentes penales, han manifestado menor violencia en sus infracciones, y además suelen actuar en grupo⁶⁵².

Una vez impuestas las medidas en sentencia por el juez de menores, en fase de ejecución de las mismas, también se admite la mediación, aunque su ámbito de aplicación es menor. A través de estos programas se trata de lograr la conciliación entre el menor y la víctima de la infracción y se permite valorar la sustitución o finalización de la medida si el tiempo de cumplimiento unido a la conciliación se considerasen bastante reproche penal. El mecanismo es semejante al descrito más arriba, si bien la condición de mediador corresponderá a la entidad pública a la que compete la ejecución de la medida, a quién corresponde la iniciativa y que informará al Ministerio Fiscal y al juez de menores de la idoneidad de la conciliación con la víctima o compromisos asumidos por el menor, para que sea tenido en cuenta para dejar sin efecto o modificar la medida impuesta, previo informe del equipo técnico.

Este procedimiento será de aplicación a los supuestos de mediación que se realicen al amparo del art. 51.2 de la LORPM, en fase de ejecución de las medidas. Recordemos que el art. 51 de la LORPM se refiere a la sustitución de las medidas impuestas al menor en la fase de ejecución, y dispone que la conciliación entre el menor y la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo al que se refiere el art. 19 de la LORPM, podrá dejar sin efecto la medida impuesta, siempre que el juez de menores, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y previa audiencia del equipo técnico y de la entidad pública de protección de menores, considere que el tiempo de cumplimiento de la medida impuesta es suficiente expresión de reproche penal al menor por los hechos cometidos.

Se ha criticado que la mediación convierte el proceso penal en algo más próximo a un proceso privado, pero lo cierto es que la mediación en el ámbito del derecho penal responde a parámetros distintos de los que se practican en el ámbito civil. Y ello porque las reglas vienen determinadas por el derecho penal, pues el punto de partida no es el conflicto entre las partes, sino la infracción penal. No obstante, debemos tener presente que en la práctica, en ocasiones, existe un conflicto que las partes no pueden separar del hecho delictivo y que el resultado de la mediación producirá determinados efectos en el proceso penal.

En la jurisdicción de menores la mediación tiene una finalidad educativa, como corresponde a los principios inspiradores del mismo, de modo que la reparación a la víctima no sólo cumple un fin de restitución, sino que es instrumento de la rehabilitación del joven delincuente evitando la estigmatización que supone para el menor la continuación del proceso hasta la fase de audiencia⁶⁵³.

⁶⁵² Vid. Trabajo del Equipo de Mediación del Departamento de Justicia de Cataluña. *La mediación penal*. Barcelona, 1999. Publicado por el Departamento de Justicia (Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada). *Justicia y Sociedad n°19*. Págs. 31 y ss.

⁶⁵³ Vid. ALVAREZ RAMOS, F. "Mediación penal...". op. cit., págs. 5 y ss.

Los resultados de los programas de mediación desarrollados en el ámbito de la jurisdicción de menores son, pues, satisfactorios, pues han permitido cumplir las exigencias internacionales de solución extrajudicial de asuntos en que hubiesen participado menores de edad y ha favorecido y dotado de contenido al principio de oportunidad consagrado por las legislaciones de menores, abriendo paso hacia el nuevo modelo de “justicia de responsabilidad”, que abandona la idea del tratamiento penal como única solución al problema de la delincuencia, y mejora la imagen de la justicia para las víctimas, los infractores y la comunidad en general⁶⁵⁴. Pero para un mejor desarrollo de la mediación en el proceso de menores se requiere una dotación por parte de las administraciones autonómicas competentes o del Ministerio de Justicia, y la firma de convenios o protocolos con entidades públicas o privadas en el ámbito de las comunidades autónomas y a nivel nacional.

En definitiva, la mediación en la jurisdicción de menores viene a ser manifestación de los principios de intervención mínima y de interés del menor, y una experiencia a tener en cuenta en la regulación de esta materia en la jurisdicción de adultos⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Vid. DAPENA, J. y MARTÍN, J. “La mediación penal...” op. cit., pág. 32.

⁶⁵⁵ Vid. Conclusiones del Curso “La mediación civil y penal. Un año de experiencia. Alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a fiscales y jueces de familia y penales”. CGPJ. Fiscalía General del Estado. Cursos de formación continua. 6,7 y 8 de noviembre de 2006. Dirs.: ZAPATERO GÓMEZ, J. y SÁEZ VALCÁRCEL, R. Pág. 191.

CAPÍTULO IV: LA TRANSPOSICIÓN DEL MODELO DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO DE MENORES AL PROCESO PENAL DE ADULTOS (I).

Uno de los debates doctrinales acerca del futuro proceso penal se centra en la opción entre el mantenimiento del modelo del juez instructor o la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación criminal. A partir de la entrada en vigor de la CE, como consecuencia de reconocimiento de las garantías procesales, se ha centrado la atención en las posibles deficiencias del sistema acusatorio mixto o formal. La crisis de la instrucción judicial parte de la discusión doctrinal acerca de la imparcialidad del juez instructor que adopta las decisiones sobre la limitación de los derechos fundamentales del investigado, a la par que dirige la investigación, ya que se produce la confusión entre las funciones jurisdiccionales y las investigadoras. Por otra parte, la doctrina ha llamado la atención sobre la problemática que plantea desde la perspectiva del principio acusatorio la existencia de una fase de carácter inquisitivo, cual es la instrucción, y la posibilidad de que las actuaciones practicadas durante la misma pueden llegar a convertirse en determinados casos en pruebas⁶⁵⁶.

A lo largo de este trabajo ha quedado patente que el proceso de menores está inspirado en principios distintos al proceso penal de adultos, si bien esto no impide que el proceso de menores pueda servir como experiencia de lo que sería la trasposición del sistema de instrucción por el Ministerio Fiscal al proceso de adultos ni obsta a que la experiencia obtenida a lo largo de estos años en la jurisdicción de menores deba ser tomada en consideración en una eventual decisión de terminar definitivamente en nuestro ordenamiento jurídico con la instrucción judicial.

El modelo que pretende implantarse en nuestro proceso penal presenta muchas semejanzas con el consagrado en la legislación de menores desde el año 1992. En el capítulo anterior se ha estudiado la naturaleza de la instrucción, y hemos visto que la doctrina distingue dentro de la misma entre los actos de investigación en sentido estricto, y aquellos otros que implican ejercicio de potestad jurisdiccional en cuanto entrañan la limitación de derechos fundamentales o porque conllevan la toma de decisiones que de algún modo implican enjuiciamiento. Esta distinción determina que en el modelo que atribuye al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación, sean dos órganos los que en realidad intervienen en la instrucción: el fiscal investigador y el juez de garantías, encomendando al primero la investigación propiamente dicha y al segundo las decisiones limitativas de derechos fundamentales y otras que implican el ejercicio de la función jurisdiccional, que reserva el art. 117 CE a los jueces y tribunales⁶⁵⁷. Este

⁶⁵⁶ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “El juez imparcial...” op. cit. págs. 4 y ss.

⁶⁵⁷ En este sentido, PÉREZ MORALES expone que, partiendo de la naturaleza heterogénea de la instrucción, y de la consideración de la misma como una fase preprocesal, los actos de investigación propiamente dicha pueden encomendarse a un órgano ejecutivo o administrativo, cual es el Ministerio

modelo es en esencia el que se sigue en los países de la Europa continental, con algunas variaciones según cada ordenamiento jurídico.

En el capítulo anterior se ha analizado cuáles son las funciones que en el proceso de menores corresponden al fiscal investigador dentro de la fase de instrucción y cuáles quedan reservadas al juez de garantías, y se han apuntado los problemas y deficiencias que este modelo ha venido generando durante los ya bastantes años que lleva vigente en nuestro país, lo cual ha permitido que en las propuestas legislativas y doctrinales que se han realizado para la implantación de este sistema en la justicia de adultos, se hayan tratado de ofrecer alternativas para superar tales obstáculos. Esta experiencia obtenida en la jurisdicción de menores ofrece un valioso instrumento, pues ha permitido vislumbrar cuáles son los inconvenientes, que, desde el punto de vista técnico y jurídico, plantea el sistema del fiscal instructor, y cuáles son las ventajas del mismo.

El proceso de menores debe tomarse en consideración a la hora de adoptar una decisión de tanta envergadura, en orden a la posible reforma de nuestro sistema procesal, pues constituye un modelo procesal que ya está aplicándose en nuestro país desde hace años, y que, pese a responder a una distinta concepción de la instrucción, ha encajado en nuestra estructura jurídica y en nuestras concepciones procesales, lo que, a mi juicio, tiene más que ver con nuestra idiosincrasia que otras aportaciones que podamos tomar de países de nuestro entorno que responden a distintas tradiciones o formas de concebir el proceso, en las que, a la postre, se inspiró la legislación de menores para adaptarlas a nuestro ordenamiento jurídico.

Si se salva la distancia que surge de la finalidad educativa y del principio del interés de menor que rige en el proceso de menores y se corrigen algunas de las deficiencias que ya se han apuntado, podremos servirnos de esta experiencia para plantear la trasposición del modelo de fiscal investigador al proceso de adultos, al menos en aquellas parcelas en que así sea posible. Esto es precisamente lo que ha venido a hacer el prelegislador en las propuestas a las que me referiré más adelante.

El hecho de que el proceso de menores esté regido por el principio del interés del menor no es a mi juicio un inconveniente para poder plantear la traslación de este modelo, con determinadas adaptaciones, a la justicia de adultos, especialmente si se tiene en cuenta que la finalidad resocializadora y de prevención especial debe estar presente también en la justicia de adultos, por mandato del art. 25 CE, que proclama aquellas como fin de las penas.

A esto se debe añadir que las circunstancias que determinan a una persona a caer en el círculo vicioso de la delincuencia, son en su mayor parte las mismas en uno y otro proceso, ya que las situaciones de marginalidad, de desestructuración familiar, de

Fiscal, siempre que aquéllos que impliquen una calificación jurídica o juicio provisional queden reservados al órgano judicial Vid. PÉREZ MORALES, M. G. “Transcripción...” op. cit., en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCON INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012. Págs. 509 y 510.

escasez de recursos, de déficits educativos y de formación, de precariedad y falta de perspectivas vitales, o de toxicomanías, adicciones y diversos trastornos de la personalidad, son comunes a los delincuentes jóvenes y adultos. Nótese que al hacer estas consideraciones nos estamos refiriendo al que podríamos denominar delincuente común, y a delitos que, como los que habitualmente se instruyen en la jurisdicción de menores, no revisten una especial envergadura social, política o económica, y que no requieren por tanto de una especial cualificación del sujeto activo.

El proceso de menores ofrece un modelo de investigación por el fiscal que permite centrar la atención en las cuestiones puramente jurídicas y procesales, para contemplar si desde dicha óptica, es posible y conveniente esta reforma para la justicia de adultos. Es una experiencia que ayuda a hacer abstracción de consideraciones políticas e ideológicas, y a plantear el tema en términos estrictamente jurídicos a la hora de defender o no la implantación del sistema procesal en cuestión. De entender que así es, es entonces cuando debe hacerse un ejercicio de reflexión sobre estas otras consideraciones políticas, que vienen retrasando una y otra vez la adopción de una decisión definitiva sobre esta cuestión, que, a mi juicio, sería conveniente zanjar si se quiere que el proceso penal progrese.

Actualmente, las reformas del proceso penal se plantean teniendo en mente que es posible que un día no lejano sea el fiscal quién instruya las causas penales. Pues bien, entiendo que ha llegado la hora de optar por un sistema u otro, para a partir de ahí poder plantear el futuro de la justicia en España. O bien por mantener nuestro tradicional sistema de instrucción judicial, que ha caracterizado el proceso español frente a los modelos acusatorios de otros ordenamientos, y a partir de ahí, tratar de mejorar y perfeccionar lo que ya existe; o bien optar definitivamente por el modelo del fiscal investigador, con todas las reformas que ello requiera; o bien ampliar en determinados delitos o procedimientos las facultades del fiscal, o instaurar la figura del fiscal investigador para algunos, manteniendo el modelo del juez instructor para los restantes. Todas estas opciones tienen, como es lógico, sus ventajas e inconvenientes, y todas son admisibles desde el punto de vista constitucional, por lo que no se trata de sentar afirmaciones categóricas sino de optar definitivamente por el modelo que resulte más adecuado, teniendo en cuenta las características reales de la delincuencia en España, y la situación en que se encuentra la justicia en la actualidad, siendo conscientes además de que una reforma de gran calado requerirá de la correspondiente inversión de recursos económicos, pues de lo contrario carecerá de virtualidad práctica, y no servirá para una verdadera mejora de la situación actual.

1. Presupuestos básicos para la aproximación de ambos modelos.

Antes de entrar a analizar algunas de las diversas propuestas que se han formulado para la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción, debemos

analizar si las diferencias entre el proceso de menores y el de adultos que hasta ahora se han ido exponiendo son un inconveniente insalvable para la transposición de este sistema.

1.1. Problemas derivados de los distintos principios informadores de uno y otro proceso.

Partiendo de la consideración de la instrucción como una fase integrada por actos de investigación y por actos jurisdiccionales, conviene detenerse en ciertas diferencias que se pueden apreciar en la fase de investigación de ambas jurisdicciones.

SUBIÑAS CASTRO sostiene que, cuando se plantea la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción en el proceso penal de adultos, debe valorarse con cautela el resultado obtenido en la jurisdicción de menores. En primer lugar, porque los motivos que determinaron el otorgamiento de la investigación al Ministerio Fiscal en el proceso de menores no son los mismos que los que se esgrimen para el proceso de adultos. Y en segundo lugar, por los principios inspiradores de la jurisdicción de menores, en que no rige en toda su extensión el principio de proporcionalidad y que, además, está dirigido a la prevención especial mediante la adopción de unas medidas no represivas, sino dirigidas a la reinserción del joven expedientado. Es, pues, un proceso en el que, como sigue argumentando la citada autora, tiene sentido una determinada política criminal, ya que ni el tipo de delitos, ni el tipo de infractores son los mismos que en el proceso penal de adultos⁶⁵⁸.

A juicio de SUBIÑAS CASTRO, cuando se atribuyó la función de instruir las causas contra menores al Ministerio Público se desaprovechó la ocasión para corregir defectos que ya se venían observando en el sistema del juez instructor, en cuanto a la acumulación de funciones. Si el juez instructor concentra facultades de decisión sobre la incoación de la instrucción, la conclusión de ésta, o las diligencias que deben practicarse, entre otras, también el Ministerio Fiscal asume ahora en el proceso de menores todas estas funciones, junto a la defensa de los derechos e interés del menor y el cuidado de su integridad, lo que le sitúa en una posición contradictoria.

La instrucción en el proceso penal de adultos es muy exhaustiva, en tanto que en el proceso de menores es más ágil. Al ser el mismo fiscal que investiga el que sostiene la acusación, tiene una visión global del asunto le permite decidir qué diligencias son necesarias, evitando ser reiterar las que no sean imprescindibles, y dejando el resto para el juicio. El procedimiento tiene que ser rápido ya que los plazos de prescripción son más breves, e incluso en algunos supuestos el tiempo transcurrido puede condicionar el archivo del expediente por razones de oportunidad, conforme a lo establecido en el art.

⁶⁵⁸ Vid. SUBIÑAS CASTRO, B. I., “Diligencias restrictivas...” op. cit., págs. 11 y ss.

27 de la LORPM⁶⁵⁹. Si se tiene en cuenta que tales diligencias no podrán adquirir valor probatorio en ningún caso, no tiene sentido la reiteración de las ya practicada durante el atestado o en las diligencias preliminares, a diferencia de lo que ocurre en el proceso de adultos, en que se practican nuevamente en presencia judicial y con todas las garantías.

Frente a la jurisdicción de menores, la instrucción en la jurisdicción de adultos excede notablemente de su finalidad de preparar el juicio oral. En opinión de SUBIÑAS CASTRO, la instrucción se ha convertido en la “etapa estrella” del proceso, lo cual se debe a que en la práctica judicial, se ha producido una confusión entre los actos de investigación, destinados a justificar el ejercicio de la acción penal, y los actos de prueba, que dirigidos a destruir por sí mismos el derecho a la presunción de inocencia, lo que ha dado lugar a la exhaustividad en la incorporación del material de la instrucción, ya que es criterio de las AP revocar los sumarios que no agoten la práctica de todas las diligencias. Esto determina que se realicen numerosas actuaciones antes de la apertura del juicio oral, a las que bajo determinados presupuestos se concede valor probatorio, lo que justifica dicha exhaustividad⁶⁶⁰. Si tenemos en cuenta el tiempo que transcurre hasta la celebración del juicio en algunos casos, sólo con una instrucción muy completa en que se haya practicado prueba preconstituida y se hayan realizado los actos de investigación con todas las garantías, será posible contar con elementos probatorios suficientes para un pronunciamiento fundado.

Otra de las diferencias fundamentales que debe valorarse para trasladar el modelo procesal de la ley del menor al proceso de adultos es que en este último las instrucciones se siguen por todo tipo de delitos, mientras que en la jurisdicción de menores, como vimos, los delitos que se suelen investigar son más sencillos, y hay determinados tipos delictivos cuya instrucción resulta bastante inusual. En la práctica, además son habituales los reconocimientos de hechos y las conformidades.

La instrucción en el proceso de menores toma como criterio rector el interés superior del menor, principal diferencia respecto de la jurisdicción de adultos, pues las finalidades educativa y resocializadora que persigue el proceso de menores también inspira la fase instructora, y este interés justifica su mayor celeridad, ya que una sanción tardía no cumpliría esta misión reeducadora. En muchas ocasiones no llegará a celebrarse el juicio, de modo que la instrucción puede ir orientada a la aplicación, en su caso, del principio de oportunidad. En el proceso de adultos, si bien las penas deben ir orientadas hacia la reeducación y reinserción social, se aplica en toda su extensión el principio de proporcionalidad entre la culpabilidad del autor y la gravedad de la sanción

⁶⁵⁹ Vid. SUBIÑAS CASTRO, B. I., “Diligencias restrictivas...” op. cit., págs. 11 y ss. La citada autora pone de manifiesto las diferencias entre el proceso de menores y el de adultos, e incide en que tales diferencias son las que han originado ciertas reacciones que en la opinión pública cuando en la jurisdicción de menores se ha tenido que investigar y enjuiciar delitos de gran trascendencia. Desde su experiencia profesional, se refiere a la menor habilidad de los delincuentes jóvenes, lo que facilita las conformidades.

⁶⁶⁰ Vid. SUBIÑAS CASTRO, B. I. en “Diligencias restrictivas...” op. cit., págs. 12 y ss. A juicio de la citada autora, la instrucción del proceso de adultos resulta demasiado larga y en determinados casos adquiere una gran trascendencia pública y produce efectos aflictivos en el investigado.

a imponer, y no puede olvidarse las finalidades de prevención general e intimidación de la sanción⁶⁶¹.

La Memoria de la FGE de 1994 ya advirtió que la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación de los procedimientos de menores suponía “una prueba de fuego para el fiscal español”, pues venía a ser un ensayo para el establecimiento de dicho sistema con carácter general en el proceso penal⁶⁶². No obstante, en la Memoria elevada el año 1993, la FGE consideraba que las peculiares características de la delincuencia juvenil hacen que no pueda tomarse la experiencia con menores como muestra válida de lo que supondría que el Fiscal asumiera la instrucción en el proceso penal de adultos⁶⁶³. En este sentido, MINGO BASAIL, considera que si en un procedimiento, como el de menores, caracterizado por su sencillez, se han planteado tantos inconvenientes, cuántos más pudieran originarse en el procedimiento de adultos, de trasladarse este modelo⁶⁶⁴.

El hecho de que el proceso de menores esté presidido por el principio de interés del menor no obsta, como vimos en el primer capítulo, al reconocimiento de todos los derechos y garantías procesales. Por esta razón, los principios de reeducación y de interés del menor que inspiran el proceso de menores, en cuanto no afectan al núcleo esencial de tales garantías, no son un obstáculo para que este “ensayo” que se puso en marcha en la justicia juvenil constituya una referencia a la hora de valorar si puede establecerse un modelo semejante en la jurisdicción de adultos. Conviene recordar, además, que estos principios propios de la justicia de menores han quedado matizados por las sucesivas reformas de la LOPRM, al menos en lo que se refiere a los delitos de mayor gravedad, en que se han ido introduciendo disposiciones que suponen un endurecimiento del tratamiento del menor infractor, que lo aproxima a los principios de prevención general e intimidación, más propios de la jurisdicción de adultos.

La experiencia obtenida en la justicia de menores puede servir tanto para apreciar las ventajas de dicho sistema como para corregir sus deficiencias. Los años transcurridos desde que en 1992 se optase por dicho modelo han permitido dar solución a algunos de los problemas que planteaba.

El proceso de menores ha evidenciado la necesidad de establecer vías de impugnación de las decisiones que adopte el Ministerio Fiscal sobre la incoación del procedimiento o el archivo del mismo, la aplicación del principio de oportunidad, la admisión o el rechazo de la práctica de diligencias propuestas por las partes, la conclusión de la instrucción y la consiguiente apertura del juicio oral contra el encausado, entre otras. También el papel de la acusación particular, la limitación de las diligencias preliminares y las facultades del juez de garantías en relación al sobreseimiento o la continuación del procedimiento durante la fase intermedia, deben

⁶⁶¹ Vid. SUBIÑAS CASTRO, B. I. “Diligencias restrictivas...” op. cit., págs. 12 y ss.

⁶⁶² Memoria elevada al Gobierno por la FGE en 1994. Pág. 837.

⁶⁶³ Memoria elevada al Gobierno por la FGE en 1993. Pág. 455

⁶⁶⁴ Vid. MINGO BASAIL, M. L. “La experiencia...” op. cit., pág. 91.

ser objeto de un examen más pormenorizado a la hora de abordar la reforma del sistema procesal de adultos. En cuanto a los problemas doctrinales planteados en relación con el principio del juez imparcial, también pueden solventarse partiendo de las dificultades que se han presentado en la justicia de menores, por lo que en las diversas propuestas se establecen órganos judiciales distintos en funciones de garantías y de enjuiciamiento.

Por tanto, entiendo que la experiencia obtenida en el proceso de menores puede aportar más luz que los modelos de derecho comparado de los sistemas anglosajón o norteamericano, cuyos pilares poco tienen que ver con nuestra concepción del proceso penal, y que el modelo diseñado en la justicia de menores es el punto de partida a partir del cual se pueden elaborar algunas propuestas.

1.2. El acortamiento de distancias entre el proceso de menores y el de adultos. Dos expresiones de una misma realidad.

Las reformas del proceso de menores tendentes a endurecer el tratamiento de los infractores menores de edad respondían a una demanda social de protección de la comunidad frente a ciertos actos cometidos por los más jóvenes, avivada por los medios de comunicación social ante algunos delitos de especial gravedad o de mayor repercusión mediática, que alertaban a la opinión pública sobre la supuesta ineficacia del sistema de justicia de menores, y reclamaban tratar a estos adolescentes como adultos en caso de haber incurrido en conductas de cierta entidad.

Por otra parte, en el proceso de adultos, también se han ido acogiendo algunas instituciones que inicialmente fueron “ensayadas” en la justicia de menores, como es el caso de la mediación intrajudicial, y de distintas manifestaciones del principio de oportunidad o de justicia negociada, que se han introducido en la legislación procesal a través de la regulación de instituto de la conformidad, o de la posibilidad de que el fiscal solicite el sobreseimiento de los delitos leves por razones de oportunidad en determinadas condiciones, como veremos más adelante.

Nace una mayor conciencia de que las penas de prisión pueden resultar incluso perjudiciales para la reintegración social de algunos penados, y se refuerza la convicción de que a través del proceso penal no sólo se pretende el castigo frente a la infracción de la norma penal, sino que se trata de ofrecer una solución satisfactoria para los intereses de la víctima, que a un tiempo permita albergar esperanzas de resocialización, especialmente para aquellos encausados cuyo historial delictivo no aconseje la separación de la sociedad. En este sentido, MORILLAS CUEVA considera que la pena privativa de libertad debe tomarse como “la *extrema ratio* de la *ultima ratio*”, y valora positivamente que se de preferencia a otras reacciones de tipo social

frente a la delincuencia⁶⁶⁵.

A través de instituciones como la suspensión de las penas privativas de libertad condicionada a la realización de prestaciones en beneficio de la comunidad, a la participación en actividades formativas, o al sometimiento a programas de desintoxicación o a diversos tratamientos, bajo la amenaza de revocación en caso de incumplimiento, se trata de alcanzar tales objetivos resocializadores⁶⁶⁶, preservando a un tiempo la protección de las víctimas a través de prohibiciones de aproximación o comunicación o de acudir o residir en determinados lugares, controladas, en los casos más graves, mediante dispositivos telemáticos (art. 83 y ss. del CP). Estas medidas son similares a algunas de las previstas en el art. 7 de la LORPM.

Algo semejante puede decirse de la libertad vigilada, también tomada de la jurisdicción de menores (art. 106 del CP), a través de la cual se pretende alejar al penado de los lugares o actividades que hayan sido ocasión de su conducta delictiva, y de las víctimas de sus actos y someterle a control, sin privarle de libertad. Mediante los trabajos en beneficio de la comunidad, se busca emplear al penado en labores gratuitas en favor de la colectividad, lo cual favorece la corrección de su conducta y su reintegración en la sociedad (art. 49 del CP). Es también el caso de las medidas de seguridad, como el tratamiento ambulatorio, o el internamiento en centro de deshabitación, centro educativo especial o de tratamiento psiquiátrico, previstas para los supuestos de aplicación de las eximentes completas o incompletas de anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena por alcohol o drogas o síndrome de abstinencia, y alternaciones en la percepción (arts. 101 y ss. del CP), a través de las cuales se pretende corregir los trastornos o adicciones que han determinado la comisión de los hechos delictivos.

Si alguna de estas medidas resocializadoras pudiera adelantarse a la fase de instrucción en forma de medidas cautelares, ello contribuiría a la consecución de la finalidad resocializadora del proceso penal⁶⁶⁷. Es el caso de la libertad vigilada en la justicia de menores, prevista en la LORMP no sólo como medida a imponer en sentencia sino también como medida cautelar.

En este sentido, GIMENO SENDRA considera que el proceso penal debe tender como finalidad propia, al restablecimiento de la libertad del inocente, a la reinserción social del imputado y a la pronta reparación de la víctima, mediante la rápida actuación del *ius puniendi*, de modo que no puede mantenerse como meta exclusiva del mismo la actuación del “derecho a penar” del Estado, propia de las doctrinas retribucionistas que imperaban en la época en que fue promulgada la LECrim. El citado autor pone como ejemplo algunas medidas que existen en el derecho comparado, como las de control judicial, o el sobreseimiento condicionado a que el encausado cumpla determinadas

⁶⁶⁵ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “Reflexiones sobre el derecho penal del futuro”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Artículos. RECPC 04-06 (2002)*. Pág. 16.

⁶⁶⁶ En este sentido, GIMENO SENDRA, J. V. *Manual de derecho procesal penal*. 2ª edición, Ed. Colex. 2010. Pág. 39.

⁶⁶⁷ En este sentido, GIMENO SENDRA, J. V. *Manual...* op. cit., pág. 39.

prestaciones sociales y atiende a la pronta reparación de la víctima, lo que permite solucionar rápidamente el conflicto social originado entre el Estado y el delincuente y entre este y la víctima, además de atender a los fines resocializadores y de reparación del proceso penal⁶⁶⁸. Se trata, pues, de la misma línea seguida en la jurisdicción de menores.

GIMENO SENDRA, si bien admite que la finalidad rehabilitadora en sentido estricto es más propia de las penas y medidas de seguridad que del proceso penal en sí, sostiene que no se puede desconocer que las penas privativas de libertad, especialmente las de corta duración, en la práctica no suelen contribuir a este fin resocializador. Por este motivo, considera que debe introducirse para los delitos de menor gravedad sanciones alternativas, que eviten el “contagio criminal”, especialmente para los delincuentes no reincidentes⁶⁶⁹.

En este sentido, debemos recordar, siguiendo a MORILLAS CUEVA, cuáles son los fines del derecho penal. El citado autor considera que tradicionalmente se le ha atribuido al derecho penal la función de “asegurar las condiciones de existencia de la sociedad”, de forma que el mismo cumple funciones de protección y de prevención. De protección de los bienes jurídicos esenciales para la comunidad y de los intereses de los ciudadanos, y de prevención, para evitar comportamientos delictivos futuros. MORILLAS CUEVA considera que no es adecuada la dicotomía entre retribución y prevención, puesto que en toda medida de carácter represivo también se encuentra presente la finalidad preventiva. Considera pues el citado autor que unas veces será necesaria la sanción entendida como “un mal preciso para producir los efectos intimidatorios de la prevención general”, mientras que en otros deberá tener un carácter preferentemente educativo, dependiendo del tipo de conducta y de autor⁶⁷⁰.

La experiencia demuestra que gran parte de los encausados, especialmente por

⁶⁶⁸ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “La reforma de la LECrim. y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”. *Revista del poder judicial, nº especial XIX, 2006. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Págs. 9 y ss. Para este autor, “el cumplimiento de estas últimas finalidades del proceso penal no es posible abordarlas mediante la aplicación de una LECRIM, como la vigente, ¡del año 1882!, que respondió a las doctrinas retribucionistas imperantes en la época”, puestas de manifiesto por preceptos como el art. 100, cuando establece que de todo delito nace acción para el castigo del culpable. Pero, a pesar de la valoración positiva de las aportaciones del derecho comparado, el citado autor estima que “la entrada del derecho comparado no puede realizarse de una manera indiscriminada, ni importando instituciones que, nada tienen que ver con el espacio judicial de la Europa continental en el que estamos inmersos.” Por otra parte, la necesaria agilidad del proceso debe llevar consigo que se prescindiera de “las conquistas adquiridas, tanto por la LECRIM (así, la acusación popular, nuestra concepción del principio acusatorio o la contradicción de nuestro juicio oral), como por sus sucesivas reformas, habidas, sobre todo, en materia de derecho de defensa.”, sino, que mantiene que “la reforma procesal penal ha de ser, pues, conservadora en el mantenimiento de las conquistas habidas en materia del derecho de defensa, pero innovadora en todo lo referente a la obtención de la rapidez en la actuación del *ius puniendi*, en la consolidación del sistema acusatorio, en la rehabilitación del imputado y en la protección de la víctima”.

⁶⁶⁹ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. *Manual...* op. cit., pág. 39.

⁶⁷⁰ Vid. MORILLAS CUEVA, L. “Reflexiones sobre el derecho penal del futuro”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Artículos. RECPC 04-06 (2002). Págs.15 y 16. MORILLAS CUEVA sostiene que la función de prevención es el *modus operandi* que tiene el derecho penal para cumplir con su función de protección.

delitos sin trascendencia política o económica o que no requieren de una especial cualificación para su comisión, proceden de determinados estratos sociales, de bajo nivel socio-cultural, sufren adicciones al alcohol o drogas, trastornos psíquicos, déficits formativos, son inmigrantes que buscan sobrevivir en nuestro país o proceden de situaciones de marginalidad, de forma, que, remediando dichas situaciones se puede poner fin a su inclinación a la delincuencia⁶⁷¹. Me refiero a los delitos de menor entidad, que suelen caer en el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado o del juicio rápido, y cuya instrucción no reviste mayor complejidad, como pudieran ser, a título ejemplificativo, delitos de hurto, robo, coacciones, amenazas, lesiones, atentado o resistencia, algunos delitos contra la seguridad vial, quebrantamientos de condenas o medidas cautelares, y gran parte de los delitos de violencia de género o doméstica. Son, en definitiva, los mismos delitos que suelen investigarse en la jurisdicción de menores. Dejaremos al margen los delitos que atentan contra la vida de las personas y los delitos de terrorismo, por cuanto que las implicaciones de los mismos deberían hacerlos objeto de un tratamiento diferenciado.

⁶⁷¹ Vid. MADOZ GURPIDE, A., SAIS AMORIM, A., BACA GARCÍA, E. y OCHOA, E. “Aspectos criminológicos en pacientes adictos a la heroína. Relación entre toxicomanía y delincuencia.” Servicio de Psiquiatría del Hospital Ramón y Cajal. Universidad de Alcalá de Henares (Madrid). *Actas del Hospital Psiquiátrico*, 2001.29 (4) 221-227. Págs. 1 y ss. Según las evaluaciones realizadas desde 2007, el perfil del paciente con incidencias legales es el siguiente: varón (en el 79,9% de los casos), de 33,6 años de media de edad, soltero (47,5% de los casos) que convive con su familia de origen (51,5% de los casos) que cobra algún subsidio o ayuda estatal (71,3%), que no completó EGB (45,6%), dependiente económicamente (37,7%), que consume heroína (65,7%), y además benzodiacepinas (70,5%) y cocaína (62%), que consume desde los 13,2 años de media. En relación con los delincuentes drogodependientes, puede consultarse ESBEC RODRÍGUEZ, E. (Juzgados de Plaza Castilla) y ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. (Universidad País Vasco). “La prueba pericial en la jurisdicción penal en los consumidores de drogas y drogodependientes: una valoración integral”. *Psicopatología clínica, legal y forense. Volumen 14, 2014*. Págs. 189 y ss. Según el informe de prevalencia de trastornos mentales en centros penitenciarios españoles, con una muestra de 783 varones, un 75% tenía problemas con el consumo de drogas. En el estudio de Swanson, et. (1990), de personas que cometieron actos violentos en el último año habían consumido abusivamente cannabis el 19,3%, alcohol el 24,6% y otras drogas el 34,7%. “Según el meta-análisis de Bennett, Holloway y Farrington (2008), la posibilidad de cometer delitos es tres o cuatro veces mayor para los usuarios de drogas (heroína y cocaína, pero menos en el caso del cannabis) que para los no usuarios de drogas”. La criminalidad deriva de una diversidad de factores “personales, familiares, sociales, contextuales y situacionales”. En cuanto a drogas concretas, la mayor parte de los delitos cometidos por personas adictas a la heroína son delitos contra la propiedad, siendo minoritarios los actos violentos. Por su parte, la intoxicación aguda por cocaína origina agitación, hiperactividad, nerviosismo, excitación y síntomas paranoides, que pueden darse sin necesidad de antecedentes psiquiátricos. El consumo de alcohol, según numerosos estudios, se vincula con la violencia en general, los accidentes, la violencia de género, el homicidio y las agresiones sexuales. La relación entre alcohol y violencia se agudiza en sujetos con ciertos rasgos de personalidad antisociales, deterioro de las funciones cognitivas, historial violento y déficits de serotonina. Pero la mayor parte de los consumidores de cocaína también abusan del alcohol, lo que produce un efecto de desinhibición, impulsividad y capacidad de juicio disminuida. Por lo que respecta a los consumidores de cannabis, la relación con los actos violentos está muy poco documentada, salvo que la adicción haya generado un cuadro psicótico. En caso de mezclar los psicofármacos con alcohol, el resultado puede ser reacciones de ira desproporcionadas y pérdida de control. Los delitos que con más frecuencia cometen los drogodependientes son los siguientes: 1) delitos debidos a los efectos farmacológicos directos o indirectos de la sustancia, como delitos violentos e imprudentes, o delitos por omisión; 2) delincuencia funcional o instrumental, generalmente contra la propiedad, cuya finalidad es obtener el dinero suficiente para sufragarse el consumo; 3) delitos de narcotráfico a pequeña escala, que buscan autoabastecerse o pagar las deudas; 4) delitos de narcotráfico a gran escala, que incluye además casos de blanqueo de capitales, delitos fiscales, tráfico y posesión ilegal de armas, coacciones, homicidios, estafas, etc.

Esta realidad de nuestro país debe ser tenida presente cuando se aborda la resocialización como fin del proceso penal. En este sentido, MORILLAS CUEVA expone que cada vez alcanzan mayor protagonismo las ideas de prevención general que buscan evitar las causas sociales que han favorecido la delincuencia, y considera positiva la búsqueda de soluciones alternativas⁶⁷².

Son frecuentes los casos en que el inculpaado sufre adicciones a determinadas sustancias. En concreto, en relación con el delincuente drogodependiente, esta figura, desconocida prácticamente en los tiempos en que se promulgó la LECrim., como ha estudiado MARTÍNEZ GARCÍA, se ha convertido en el autor habitual de algunos tipos de hechos delictivos, que generan inseguridad ciudadana, y que se convierten en el medio para conseguir las sustancias que necesitan por su adicción. A través de la pena de prisión no se suele conseguir su reinserción social, y precisamente por este motivo el legislador ha tratado de evitar que los denominados delincuentes primarios ingresen en los centros penitenciarios. Las medidas represivas tratan de proteger a la sociedad frente a estos actos, pero la mejor forma de erradicar el problema es logrando que estas personas consigan salir de estas situaciones, es decir, a través de la reeducación y reinserción social⁶⁷³.

Igual que ocurre en la jurisdicción de menores, corrigiendo la causa que determina a este sector de la población a la delincuencia, se puede lograr que abandonen su carrera delictiva, y encaucen su vida, lo cual favorece a la sociedad en su conjunto. La diferencia fundamental estriba en que, como es lógico, la juventud de los menores infractores contribuye considerablemente a su posible recuperación, pues precisamente su personalidad en formación les hace más receptivos a la hora de ofrecerles una adecuada educación y permite moldear sus formas de ser y de hacer hacia objetivos vitales más enriquecedores⁶⁷⁴.

⁶⁷² Vid. MORILLAS CUEVA, L. “Reflexiones...” op. cit., pág. 16.

⁶⁷³ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, A. S. “La adicción a las drogas y la delincuencia. Un problema sin resolver”. *Diario La Ley*, 1992, pág. 1161, tomo 2, Editorial La Ley. Págs. 1 y 2. Explica este autor que “hace relativamente no mucho tiempo, la figura del drogadicto-delincuente era prácticamente desconocida en los estamentos policiales y judiciales, pues la drogadicción, y la delincuencia inevitablemente de ella derivada, es un grave problema de nuestro tiempo, surgido de unos años a esta parte. No puede hoy afirmarse, en cambio, que la presencia de los drogadictos en las diferentes dependencias policiales y en los Juzgados de Guardia sea un hecho aislado o circunstancial, ya que, prescindiendo de estadísticas, basta acercarse a alguno de esos lugares para comprobar que la mayoría de los delitos son cometidos siempre por las mismas personas y que, son casi invariablemente consumidores de drogas”. Este tipo de delincuente, es el que comete la mayor parte de “los robos con fuerza en las cosas (robos en tiendas, en el interior de vehículos etc.), hurtos, utilizaciones ilegítimas de vehículos de motor ajenos, robos con violencia e intimidación en las personas (los tristemente famosos tirones y muchos de los atracos), tenencia ilícita de armas, introduciéndose a veces en falsificaciones (de cheques, de recetas médicas para conseguir sustancias psicotrópicas)”.

⁶⁷⁴ Vid. SUBIJANA ZUNAUEGUI, I. J. “El sistema penal. Su legitimidad axiológica, contextual y teleológica”. *Las reformas penales introducidas en la LO 5/2010, de 22 de junio. Cuadernos digitales de formación. Nº 49, 2011*. Págs. 5 y ss. Como expone el citado autor las teorías de contenido rehabilitador parten de que “la rehabilitación o resocialización tiene sentido cuando se parte de dos premisas complementarias: el delito denota un déficit de socialización que apunta a una cierta responsabilidad por omisión del Estado; el infractor es una persona dotada de libertad para protagonizar un cambio vital. Por lo tanto, el Estado, como Estado social, asume como cometido propio de la sanción

En conclusión, en la justicia de menores se han incorporado elementos intimidatorios, de proporcionalidad de la sanción a la gravedad de la conducta y de prevención general. Y en la jurisdicción de adultos, se abren vías que acogen soluciones negociadas, que incorporan el principio de oportunidad, y que pretenden la prevención especial y la “reeducación” de los delincuentes adultos. Por tanto, a pesar de que la jurisdicción de menores esté presidida por la búsqueda del interés del menor, lo cierto es que la distancia entre un proceso y otro se ha reducido, y que la resocialización del encausado viene a ser una de las metas a conseguir tanto en una como en otra jurisdicción. Tales consideraciones implican que sea posible comparar ambos procesos y plantear esta traslación al proceso de adultos de un modelo que ha venido funcionando en el proceso de menores.

La comparación entre ambos procedimientos es además posible si se parte, como ya se puso de manifiesto con anterioridad, de que el proceso de menores guarda importantes similitudes con el procedimiento abreviado.

Los delitos que suelen instruirse en la jurisdicción de menores, dejando aparte los de mayor gravedad o gran repercusión mediática, son delitos que en la jurisdicción de adultos caen en el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado o del juicio rápido. Son estos los supuestos en que, según se expone en los epígrafes anteriores, se aprecian similitudes importantes entre las características de la delincuencia joven y

una estrategia rehabilitadora que puede llevar a quien cometió un delito a llevar una vida sin delitos. Las teorías estrictamente individuales entienden que el delito es un acto de la exclusiva responsabilidad de quien lo comete, sin contribución etiológica del Estado o la comunidad, razón por la cual el papel de los poderes públicos es estrictamente preventivo o inocuidador. En el campo preventivo destacan las teorías criminológicas de la vida cotidiana y de elección racional (llamadas también criminologías actuariales). Entienden que el delito es un hecho cotidiano cometido por un delincuente racional. Consecuentemente, de lo que se trata es de calcular los riesgos de delito e incidir en los factores que el potencial delincuente tiene en cuanto a su análisis de coste-oportunidad, adoptando medidas desincentivadoras tendentes a reducir la ocasión de cometer un delito”. En relación con esta cuestión, vid. LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J. “Legitimación de la pena, culpabilidad y prevención”. *Revista del poder judicial*, nº46. Segundo trimestre, 1997. Págs. 2, 14 y ss. El citado autor sostiene que la pena no puede contemplarse únicamente como “un mal frente a otro mal”, cual es el delito, lo que nos situaría ante una “sucesión de males”. La teoría de la prevención especial considera que la forma de evitar nuevos delitos es actuando sobre la persona que ya ha delinquido, con la finalidad de evitar que el mismo vuelva a delinquir. “Así pues, mientras en la prevención general la amenaza va dirigida a todos los miembros de la sociedad, por el contrario, en la prevención especial la idea es que lo importante es el efecto que la imposición de la pena tienen sobre la persona que ya ha delinquido. Se parte de la idea de que la prevención general no ha funcionado y, precisamente, porque la persona ha delinquido. Entonces es preciso actuar individualizadamente sobre dicha persona para evitar que vuelva a delinquir. Con el tiempo estas teorías conducirán a considerar que lo importante es que la pena es un tratamiento. Posteriormente, el paso siguiente será sustituir la pena por el tratamiento individualizado. De ahí que surja la idea de la resocialización o que se defienda como alternativa a la pena el tratamiento resocializador”. No obstante, resalta este autor que en la actualidad, se asiste a una profunda crisis de la idea de la resocialización. “Si bien anteriormente el Estado se limitaba a sujetar físicamente a la persona, ahora, con la resocialización, se pretende también una sujeción psíquica para hacerle asumir aquellos valores que la clase dominante asume. En resumidas cuentas, reeducar al delincuente puede ser educarlo en la no transgresión al orden establecido, no por miedo, sino porque se le ha enseñado a respetar unos valores específicos y ajenos”. Sin embargo, en opinión de este autor, no debe admitirse una reeducación obligatoria en una sociedad donde existen grandes desigualdades, pues “dado que la mayor parte de los delincuentes son de extracción socialmente pobre, forzarles a sufrir una resocialización no querida por ellos puede llevarnos a una situación injusta y además ineficaz”.

adulta, que permiten afirmar, desde la perspectiva del fin resocializador de las penas, que las experiencias positivas obtenidas en la justicia de menores pueden extrapolarse al proceso de adultos. Por este motivo, a la hora de plantear la traslación del modelo de instrucción por el fiscal nos centraremos en los delitos que son objeto de estos procedimientos.

1.3. La celeridad como común denominador de las reformas procesales.

La necesidad de celeridad es una constante en las distintas reformas procesales. En el procedimiento de menores, la agilidad resulta fundamental, como ya se ha expuesto, para no hacer perder al mismo su finalidad educativa. La puesta en marcha de un procedimiento especializado por razón de la edad del sujeto al tiempo de la comisión del hecho delictivo, pierde su razón de ser si el mismo no es lo suficientemente ágil para que la audiencia y la ejecución de la medida impuesta, tenga lugar antes de que el mismo alcance la mayoría de edad, o al menos, supere los límites de edad establecidos. El tiempo no pasa igual para los jóvenes que para los adultos, de modo que una respuesta sancionadora tardía pierde su contenido educativo. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la brevedad de los plazos de prescripción.

En el procedimiento de adultos, la tramitación de los procesos penales se prolonga en el tiempo mucho más de lo aconsejable. Esta situación no es nueva, sino que ya había sido puesta de manifiesto por la Exposición de Motivos de la propia LECrim. de 1882⁶⁷⁵. La instrucción de los sumarios podía prolongarse entre dos y ocho años, por lo que era necesario reducir estos períodos de tiempo. Sin embargo, la LECrim., con sus sucesivas reformas, no ha logrado dotar de celeridad al procedimiento⁶⁷⁶. El plazo de un mes que preveía el art. 324 de la LECrim. antes de su reciente reforma, pronto cayó en desuso⁶⁷⁷. Por otra parte, los fines de prevención

⁶⁷⁵ “Sin desconocer que la Constitución de 1812, el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 y otras disposiciones posteriores, mejoraron considerablemente el procedimiento criminal, sería temerario negar que aún bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, aún podría añadirse, para completar el cuadro, que tan escandalosos procesos solían no ha mucho terminar por una absolución de la instancia, sin que nadie indemnizara en este caso a los procesados de las vejaciones sufridas en tan dilatado período, y lo que es más, dejándoles por todo el resto de su vida en situación incómoda y deshonorosa, bajo la amenaza perenne de abrir de nuevo el procedimiento el día en que por malquerencias se prestaba a declarar contra ellos cualquier vecino rencoroso y vengativo. Esta práctica abusiva y atentadora de los derechos del individuo pugna todavía por mantenerse, con éste o el otro disfraz, en nuestras costumbres, judiciales; y es menester que cese para siempre porque el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas, ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado”. Vid. Exposición de Motivos de la LECrim. Apartado VII.

⁶⁷⁶ Vid. VERDEJO TORRALBA, F. “Juicios rápidos. Orden de protección. Medidas cautelares”. *LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género: criterios de interpretación en sede de Juzgados de Violencia sobre la mujer. Cuadernos digitales de formación, nº 33, año 2009.* Pág. 3.

⁶⁷⁷ El antiguo art. 324 de la LECrim. establecía: “Cuando al mes de incoarse un sumario no se hubiere terminado, el juez dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse

especial y general y el derecho a la tutela efectiva del perjudicado quedan frustrados si la aplicación del derecho resulta excesivamente tardía.

Esta situación dio lugar a que el día 28 de mayo de 2001 se firmara el Pacto para la Reforma de la Justicia, entre cuyos objetivos figuraba el de dotar a la justicia de rapidez y eficacia, a través de procedimientos más modernos y más sencillos, fruto del cual fue la promulgación de la Ley 38/2002, de 4 de octubre, que regulaba los que se conocen como juicios rápidos⁶⁷⁸.

La dilación es aprovechada por los imputados para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial y para reincidir en sus conductas delictivas, lo que genera una impresión generalizada de impunidad⁶⁷⁹. Si desde la comisión del delito hasta la celebración del juicio transcurre demasiado tiempo, llegado el momento, la respuesta resocializadora y la reparación de la víctima ha perdido su razón de ser⁶⁸⁰. Además, en la práctica, transcurrido cierto tiempo, resulta difícil contar con todos los medios de prueba necesarios para fundar una sentencia. Es frecuente que los testigos hayan cambiado de domicilio, hayan regresado a sus países de origen, en caso de inmigrantes, o, simplemente no recuerden con claridad lo sucedido. En muchos casos, no se habrán practicado pruebas preconstituidas, pues en el momento en que debieron practicarse, no existía constancia de motivo alguno que fundamentara dicha anticipación. Todo esto determina que se abuse del recurso al art. 730 de la LECrim., para otorgar valor probatorio a las diligencias de instrucción. Este es precisamente el motivo por el que las instrucciones judiciales suelen ser exhaustivas, a fin de dejar constancia, con la necesaria inmediatez, de todas las circunstancias que puedan determinar la existencia del hecho delictivo y la participación en él de los investigados.

La experiencia evidencia que las diligencias instructoras no siempre pueden practicarse con agilidad, pues el sistema de citaciones, el régimen de recursos, el

aqué de las causas que hubieren impedido su continuación. Con vista de cada uno de estos partes, los Presidentes a quienes se hubiesen remitido, y el Tribunal competente acordarán según sus respectivas atribuciones, lo que consideren oportuno para la más pronta terminación del sumario”.

⁶⁷⁸ “Se persigue que la justicia actúe con rapidez, eficacia y, calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles”. Vid. Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001.

⁶⁷⁹ Así lo pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, de 4 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Apartado I. “La inmediatez y aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia es, sin duda, una pieza clave para evitar los fenómenos antes descritos y permitir que la Justicia penal cumpla alguno de los fines que tiene asignados. Esta es la finalidad primordial que persigue la presente reforma parcial”.

⁶⁸⁰ En este sentido, DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ expone que lo que antes era la excepción se ha convertido en la regla, de modo que “en demasiados procesos se juzgan hechos ocurridos hace seis, siete o incluso más años”, “sin que las demoras se justifiquen por la complejidad de la instrucción, sino más bien por causa de una serie de factores concatenados entre los que juega un papel importante, pero no único, las normas de nuestra LECrim.”. Vid. DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, C. “La crisis del actual sistema de justicia penal. La necesaria modernización del sistema”. *Colaborando a superar la crisis. Una apuesta decidida por la modernización de la justicia (ámbito penal)*. Cuadernos Digitales de formación. nº 5, 2013. Pág. 1.

colapso de los organismos encargados de emitir determinados informes, y el de los propios órganos judiciales, entre otras circunstancias, retrasan la práctica de numerosas actuaciones.

A través de la atribución al fiscal de la dirección de la investigación, se busca dotar de mayor agilidad al procedimiento, mediante un nuevo concepto de la instrucción. La investigación que se realiza por el Ministerio Fiscal en el proceso de menores adquiere connotaciones algo diferentes de la propia de la jurisdicción de adultos, que le dota de una mayor rapidez, por lo que extrapolando este modelo al proceso de adultos se pretende alcanzar la necesaria celeridad.

Se ha puesto de manifiesto por la doctrina, como hemos visto a lo largo de estas páginas, que la exhaustividad de la instrucción judicial resta agilidad a la justicia. Esto se debe a que las diligencias sumariales realizadas por el juez instructor pueden adquirir bajo determinados requisitos valor probatorio, conforme al art. 730 LECrim.⁶⁸¹. Sin embargo, la investigación que realiza el fiscal únicamente tiene por objeto determinar si procede el sobreseimiento o la apertura del juicio oral y reunir los elementos necesarios para sostener, en su caso, una acusación⁶⁸². No se pretende alcanzar la exhaustividad que en la actualidad caracteriza la instrucción judicial, puesto que, al practicarse los actos de investigación sin la garantía de la intervención de la autoridad judicial, no podrán ser introducidos en el juicio oral para fundar una sentencia⁶⁸³.

ASENCIO MELLADO resume las distintas modalidades que reviste la fase de instrucción en los distintos procedimientos regulados en la LECrim.: sumario (arts. 299 y ss. de la LECrim., cuando los delitos deban enjuiciarse en el procedimiento ordinario por delitos), diligencias previas (arts. 774 y ss. de la LECrim., cuando se trate de delitos que caigan dentro de la competencia del procedimiento abreviado), diligencias urgentes (arts. 779 y ss. de la LECrim.) para los juicios rápidos, y en el caso de infracciones atribuidas a la competencia del Tribunal de Jurado, la instrucción se desarrolla conforme a los arts. 24 y ss. de la LOTJ. Nos centraremos, como hemos anticipado, en el procedimiento abreviado y el juicio rápido, por ser a los que, por su mayor sencillez, puede asemejarse el proceso de menores.

El procedimiento abreviado tenía entre sus objetivos, según el propio

⁶⁸¹ Vid. CALDERÓN CERESO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho procesal penal*. ... op. cit., págs. 354 y ss.

⁶⁸² En este sentido, debe destacarse la definición de la Investigación Preparatoria del Código Procesal Peruano de 2004, en el art. 321 cuando dispone que la misma “persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa”.

⁶⁸³ En relación con esta cuestión, vid. CARDENAL FERNÁNDEZ, J., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ MONTES, J. L. “¿Cómo debería regularse la introducción en el proceso del resultado de las diligencias de investigación practicadas por el fiscal en el caso de concedérsele legalmente la dirección de la investigación del proceso? ¿Cuál debería ser su intervención en cuanto a la prueba anticipada y preconstituida?”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Thompson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005. Págs. 127 y ss.

Preámbulo, la celeridad y eficacia, para cuya consecución se establecen una serie de medidas tendentes a dotar de una mayor simplicidad al procedimiento, tratando de evitar actuaciones inútiles y la repetición de aquellas que se hubieran realizado con asistencia de abogado. Por este motivo, el art. 773.1.II de la LECrim. disponía terminar la investigación tan pronto como se hubieran practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal; los arts. 762 a 765 de la LECrim. hacían referencia a la práctica de las diligencias “imprescindibles”; y se potencian las conformidades, como después veremos⁶⁸⁴.

En relación con el procedimiento abreviado, ASENSIO MELLADO expone que, antes de la reforma del art. 789.3 de la LECrim. por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, se entendía que las diligencias previas sólo debían llevarse a cabo cuando del atestado o denuncia inicial no existieran elementos suficientes para formular acusación. De esta forma, solo existiría una instrucción propiamente dicha cuando determinadas actuaciones no pudieran realizarse en el acto de juicio o bien fueran imprescindibles para formular acusación o para adoptar una decisión fundada sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral. Sin embargo, tras la reforma, conforme al actual art. 777 de la LECrim., no es posible suprimir las diligencias previas, pues este precepto impone al juez instructor el deber de practicar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de la naturaleza y circunstancias de los hechos y de las personas que hayan participado en el mismo. Los términos son, pues, similares al art. 299 de la LECrim., previsto para el sumario ordinario. Por tanto, ha desaparecido el carácter subsidiario que inicialmente se otorgaba a la instrucción en el procedimiento abreviado⁶⁸⁵.

La confusión entre lo que se entendía por instrucción en sentido estricto y lo que no eran más que “unas primeras diligencias” que no suponían dirigir el procedimiento contra una persona, fue lo que llevó al legislador a aprobar la LO 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que encomendaba la competencia para dictar sentencia a los juzgados de instrucción, prohibiendo expresamente el recurso al motivo de abstención de haber sido instructor de la causa, prevista actualmente en el art. 219.11 de la LOPJ (art. 2.2 de la LO 19/1980)⁶⁸⁶. Este precepto fue declarado inconstitucional por la STC 145/88, de 12 de junio. La ley partía de no considerar instrucción esta mínima participación del juez con carácter previo al juicio oral, y dotaba de mayor protagonismo a la investigación policial. Pero lo cierto es que el juez en algunos casos debía practicar algunas diligencias de investigación o adoptar medidas cautelares, que podían calificar su actuación de actividad instructora. Por tanto, el TC concluyó que podían darse supuestos en que no existiera una verdadera instrucción, de forma que podría conocer del juicio el propio juzgado de instrucción, pero en otros debía admitirse su abstención o recusación,

⁶⁸⁴ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J. y TOME GARCÍA, J. A. *Derecho procesal...* op. cit., pág. 641.

⁶⁸⁵ Vid. ASENSIO MELLADO, J. M. *Derecho procesal penal*. 6ª edición. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012. Págs.118 y ss.

⁶⁸⁶ En relación con este procedimiento, vid. LLOBELL MUEDRA, J. “El proceso por delitos dolosos, menos graves y flagrantes, regulado en la Ley Orgánica 10/80, de 11 de noviembre (1)”. *Diario La Ley*, 1981, pág. 866, tomo 2, Editorial La ley. Págs. 4 y ss.

aplicándose los mecanismos de sustitución ordinaria interna entre los jueces de un mismo partido judicial. El TC impone el mandato al legislador de reformar o sustituir por otro este procedimiento, ya que el mismo entrañaba un riesgo para los derechos fundamentales del inculpado, y el pronunciamiento del TC implicaría acudir de una forma sistemática a tales mecanismos de sustitución, creando una situación confusa⁶⁸⁷.

Como consecuencia de esta declaración de inconstitucionalidad, el legislador debía atribuir la competencia para conocer de la fase de instrucción y de enjuiciamiento a órganos diferentes. Fue entonces cuando, a juicio de la doctrina, se perdió la oportunidad de encomendar la investigación al Ministerio Fiscal, como había ocurrido en Portugal en 1987 e Italia en 1988⁶⁸⁸.

Poco después, la LO 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de la leyes orgánica del poder judicial y de enjuiciamiento criminal, unificaba los dos procedimientos de urgencia regulados en la LECrim. y el regulado en la LO 10/1980, atribuyendo la competencia para la fase de instrucción a los juzgados de instrucción y para la fase de juicio oral a los juzgados de lo penal. Según la Exposición de Motivos de esta ley, su pretensión era la de corregir los defectos que obstaculizaban el eficaz funcionamiento del proceso penal, adoptando una serie de medidas para una mayor simplicidad y una mejor protección de las garantías del inculpado⁶⁸⁹.

A la finalidad de dotar al procedimiento de la necesaria celeridad también se orientaron las reformas de la LECrim. que tuvieron lugar poco después por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y por la LO 2/1998, de 15 de junio, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal introdujo la figura del enjuiciamiento rápido, si bien su regulación como una especialidad del procedimiento abreviado, su carácter facultativo, la falta de determinación del plazo máximo para la celebración del juicio, y otras diversas circunstancias, determinaron que únicamente se pusiera en funcionamiento en determinados partidos judiciales. Por este motivo, la Ley 38/2002 se ocupó de dar una nueva regulación a este procedimiento de urgencia, que introdujo en los arts. 795 y ss.

⁶⁸⁷ Vid. STC nº 145/88 de 12 de junio. FJ 8º y 9º. La FGE, en sus alegaciones al recurso de inconstitucionalidad planteado por los Juzgados de Instrucción nº 2 de Palma de Mallorca y nº 9 de Madrid, aducía la necesidad de recuperar el planteamiento de que la investigación fuera “únicamente una fase preparatoria del juicio oral que ha de atribuirse al fiscal, para aproximar nuestro ordenamiento procesal a lo que es normal en el mundo occidental y poder conseguir un proceso rápido con plenitud de garantías para el justiciable y la sociedad en los llamados delitos menores”. (Antecedente 8º). En relación con esta cuestión, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales...* op. cit. págs. 25 y ss.

⁶⁸⁸ Vid. FUENTES SORIANO, O. “La instrucción...” op. cit., págs. 166 y 167. La citada autora considera que esta opción, en lugar de poner fin al debate doctrinal acerca de cuál debía ser el órgano encargado de dirigir la investigación, avivó esta polémica, puesto que con la regulación del procedimiento abreviado nació un Ministerio Fiscal a mitad de camino, entre las funciones amplias que la ley le otorga y las que efectivamente ejercita.

⁶⁸⁹ Vid. Exposición de Motivos de la LO 7/1988, de 28 de diciembre.

de la LECrim., dotándole de carácter autónomo, conjugando la necesidad de celeridad con el respeto a las garantías procesales, e imponiendo su carácter imperativo⁶⁹⁰.

Los denominados juicios rápidos responden a la necesidad de simplificación del proceso penal, lo que se traduce en la concentración de las diversas fases del mismo ante el juzgado de instrucción en servicio de guardia, que, tras una instrucción sencilla, realiza una valoración sobre la suficiencia de las diligencias practicadas y la procedencia del sobreseimiento o la continuación del juicio, y, si el acusado presta su conformidad, dicta sentencia⁶⁹¹. El mismo juez, por tanto, conoce de la fase de instrucción, de la fase intermedia y, en caso de conformidad, de la fase de enjuiciamiento, sin que ello suponga una merma de las garantías procesales, toda vez que en la sentencia se limita a recoger el acuerdo alcanzado por las partes⁶⁹². Se prescinde, por tanto, del juicio, pues si éste debe celebrarse por falta de conformidad, se remitirá para ello al órgano de enjuiciamiento, en concreto el juzgado de lo penal que corresponda.

En este nuevo procedimiento, se fortaleció la actividad de la policía judicial y se redujo la práctica de las diligencias de instrucción a aquellas que pudieran practicarse dentro del servicio de guardia, manteniendo la figura del juez instructor. GIMENO SENDRA, como vocal de la Comisión Especial de Codificación, presentó un texto que proponía el otorgamiento de la actividad preinstructora al Ministerio Fiscal, en lugar de a la policía judicial⁶⁹³. De haberse optado por atribuir la instrucción de estos procedimientos al Ministerio Fiscal, se sugería la posibilidad de que se celebrara el juicio oral ante el juez de guardia, lo que no plantearía problema alguno de inconstitucionalidad desde la perspectiva del principio del juez imparcial⁶⁹⁴. Sin

⁶⁹⁰ Vid. FUENTES SORIANO, O. *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. Págs. 151 y ss. Los juicios rápidos configurados por la LO 10/1992 solo se implantaron eficazmente en Barcelona, Sevilla y Madrid, y por último se inició su aplicación en Valencia y Alicante. En Aragón, Cantabria, Navarra y La Rioja nunca llegó a utilizarse este procedimiento.

⁶⁹¹ En relación con los juicios rápidos, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J. y TOMÉ GARCÍA, J. A. *Derecho procesal...* op. cit., págs. 725 y ss.

⁶⁹² En este sentido, vid. GIMENO SENDRA, J. V. y LÓPEZ COIG, J. C. *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2003. Pág. 116. Para estos autores, si el juez de guardia adopta una posición pasiva en el interrogatorio, desplazándose al Ministerio Fiscal la actividad inquisitiva, y limitándose aquél a informarle de sus derechos y de los hechos que se le imputan para que puedan ofrecer una explicación exculpatoria de los mismos, el juez no perderá su imparcialidad a la hora de dictar sentencia de conformidad. Por su parte, PEREZ MORALES advierte que la reducción de la instrucción que se produce en el juicio rápido descarta una verdadera labor investigadora del juez, ya que en la mayor parte de los casos habrá sido la policía quién haya reunido los indicios de culpabilidad. Por otra parte, la sentencia de conformidad no resuelve en sentido estricto un litigio, sino que lo que hace es dar validez al acuerdo de las partes. Vid. PÉREZ MORALES, M. G. *El juicio rápido por delitos y su impugnación Introducido por la Ley 38/2002 de 24 de octubre*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003. Págs. 92 y 93.

⁶⁹³ Vid. FUENTES SORIANO, O. *La investigación...* op. cit., págs. 151 y ss.

⁶⁹⁴ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. y LÓPEZ COIG, J. C. *Los nuevos...* op.cit., pág. 11. El modelo sugerido consistía en la atribución al fiscal de la fase preinstructora y la celebración del juicio ante el juez de guardia, dentro del plazo de las 72 horas desde la detención judicial, al modo de lo que ocurría en Francia en el procedimiento por comparecencia inmediata. En ese momento, existían una serie de inconvenientes, como la escasa plantilla del Ministerio Fiscal, o la parquedad del art. 773.2 de la

embargo, ante la escasez de la plantilla del Ministerio Fiscal, su concentración en los partidos judiciales con destacamentos y su falta de dirección efectiva de la policía, se optó por el mantenimiento del juez como órgano instructor. Esta decisión ha sido criticada por la doctrina, que considera que se otorgaron a la policía judicial facultades que debieron encomendarse al Ministerio Fiscal⁶⁹⁵.

El procedimiento de diligencias urgentes está previsto para delitos flagrantes, delitos de instrucción sencilla, delitos de hurto, robo, daños, contra la seguridad vial, determinados delitos contra la salud pública y propiedad intelectual e industrial, castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años de prisión, siempre que el mismo se inicie mediante atestado policial, habiendo sido el investigado detenido o citado para comparecer ante el juzgado de guardia (art. 795 de la LECrim.)⁶⁹⁶.

Es, por tanto, la policía judicial la que, con carácter previo a la intervención judicial, investiga estos delitos y determina la aplicación de este procedimiento mediante la presentación del correspondiente atestado policial, con lo cual queda limitado el margen de actuación del juez instructor, que en tal caso debe incoar las diligencias urgentes. Se otorga así pues a la policía judicial una facultad de calificación inicial de los hechos, extremo que ha sido criticado por la doctrina⁶⁹⁷. No obstante, en la práctica suelen realizarse reuniones de coordinación y fijación de criterios entre los decanos o los jueces de instrucción de cada partido judicial y la policía judicial para de algún modo evitar posibles disfunciones.

El juez de instrucción debe practicar las diligencias imprescindibles para adoptar alguna de las decisiones establecidas en el art. 798 de la LECrim. Se configura así una instrucción caracterizada por su brevedad, ya que debe realizarse durante el servicio de guardia, en la que no podrá prescindirse como mínimo de la declaración del investigado y la petición de antecedentes penales. La conclusión de las diligencias tiene lugar mediante una decisión judicial, que se producirá cuando se hayan practicado todas las actuaciones necesarias. Estas diligencias deben practicarse con la participación activa del Ministerio Fiscal⁶⁹⁸. La intervención del Ministerio Fiscal no implica

LECrim., que no contemplaba una auténtica investigación preliminar por el mismo, pero una vez superados tales obstáculos podría retomarse este planteamiento.

⁶⁹⁵ Vid. FUENTES SORIANO, O. *La investigación...* op. cit., págs. 151 y ss.

⁶⁹⁶ Vid. MONTIEL OLMO, J.B. “El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos: sentencia de conformidad y ejecución”. *Encuentro entre jueces de lo penal con jueces de instrucción: zonas de conflicto. Cuadernos digitales de formación. N° 6, 2012.* Págs. 3 y ss.

⁶⁹⁷ ASECIO MELLADO explica que esto es así por cuanto se admite la transformación de las diligencias urgentes en diligencias previas y viceversa, si bien pone en duda la capacidad de la policía para realizar este tipo de calificaciones de tipo jurídico. Vid. ASECIO MELLADO, J. M. *Derecho...* op. cit., págs. 116 y ss. La doctrina censura que no se permita acudir a este procedimiento en otros supuestos en que la denuncia se presenta directamente ante el Juzgado o la Fiscalía o en investigaciones iniciadas de oficio. Vid. FUENTES SORIANO, O. *La investigación...* op. cit., pág. 160. Por su parte, PÉREZ MORALES advierte del riesgo de dejar la iniciativa a la policía judicial, dependiente del Ministerio de Interior. PÉREZ MORALES, M.G. *El juicio rápido...* op. cit., pág. 69.

⁶⁹⁸ Vid. FUENTES SORIANO, O. *La investigación...* op. cit., pág. 168. La citada autora propone una regulación que concrete la necesaria intervención activa del Ministerio Fiscal. Esta participación activa implica la posibilidad de interesar al juez la práctica de diligencias, conforme al art. 773.1 de la

necesariamente la presencia física, atendida la escasez de la plantilla, si bien, dada la necesidad de cierta inmediación del fiscal, se ofrece como solución dar presencia al Ministerio Fiscal a través de los medios tecnológicos, siempre que se garantice la contradicción en la práctica de las diligencias, tal y como estableció la Circular de FGE 1/2003⁶⁹⁹.

La fase intermedia se concentra en una comparecencia oral. Una vez abierta la misma, el juez debe oír a las partes y al Ministerio Fiscal y resolver sobre el sobreseimiento, la continuación del juicio rápido o la transformación a diligencias previas, cuando las actuaciones practicadas no resulten suficientes (art. 798 de la LECrim.). Por lo tanto, el juez debe decidir si considera o no suficientes las diligencias practicadas. En el primer caso, ordenará seguir el procedimiento por los trámites del juicio rápido, sin posibilidad de recurso, y en el segundo, debe dictar auto motivado ordenando la transformación del procedimiento para seguir los trámites del abreviado. En este supuesto, se deben especificar las diligencias que no se pueden practicar en el servicio de guardia, necesarias para la instrucción, y contra esta resolución cabe recurso. Una vez decidida la continuación por los trámites del juicio rápido, contra la resolución sobre la apertura del juicio oral no cabe recurso, pero sí contra el auto que acuerde el sobreseimiento⁷⁰⁰.

La doctrina critica la falta de vinculación del juez instructor a la petición del fiscal, al que además se priva de capacidad de decisión sobre las diligencias de investigación necesarias para formular acusación, a lo que se añade la irrecurribilidad de la decisión del juez de continuar por los trámites del juicio rápido. Se produce así el contrasentido de que es el juez quién decide cuándo las diligencias son suficientes para que el fiscal formule acusación, sin quedar vinculado por el informe de éste sobre la posible insuficiencia de las mismas. Por este motivo, la enmienda 62 del Grupo Parlamentario Catalán había propuesto que el juicio sobre si las diligencias resultaban bastantes correspondiera al Ministerio Fiscal, pudiendo éste determinar las diligencias complementarias que debieran practicarse para dar por terminada la instrucción⁷⁰¹.

LECrim., aplicable supletoriamente, el seguimiento de las mismas, y la aportación de los medios de investigación de que disponga el fiscal que guarden relación con la causa. Se trata, pues, de una intervención reforzada.

⁶⁹⁹ La Circular de la FGE 1/2003, de 7 de abril, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de procedimiento abreviado, en el apartado 4, establece que, aunque no debe convertirse en regla general, puede darse presencia a los fiscales por medios tecnológicos en aquellos partidos judiciales en que no sea posible su presencia física.

⁷⁰⁰ Vid. ALHAMBRA PÉREZ, M. C. “Los recursos en la fase de instrucción del procedimiento penal”. *Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción, recursos contra la sentencia, recursos en el procedimiento del jurado, recursos de casación y de revisión. Estudios de derecho judicial. N° 150, 2008*. Págs. 19 y 20.

⁷⁰¹ FUENTES SORIANO considera que este procedimiento configura un juez instructor más próximo al inquisitivo, pues se le atribuye la facultad de decidir cuándo las diligencias de investigación practicadas han de ser suficientes para que el fiscal formule acusación, y no se admite la práctica de diligencias complementarias. Por este motivo, entiende que debería haberse distinguido entre un “juicio de pertinencia”, que debía corresponder al juez, y un “juicio de suficiencia”, que debía atribuirse al fiscal. Otra solución vendría dada por aplicar analógicamente el art. 780.2 de la LECrim., de modo que la solicitud de diligencias complementarias por parte del fiscal al término de la instrucción resultara

La LECrim. de 1882 ha sido objeto de numerosas reformas parciales, destinadas muchas de ellas a la agilización de los trámites procesales, lo cual ha originado cierta inseguridad jurídica y evidencia la necesidad de crear un nuevo cuerpo de legislación procesal penal⁷⁰². Esta necesidad de reducir los tiempos de la instrucción ha culminado en la LO 41/2015, de 5 de octubre, que fija un límite máximo a la fase de instrucción (art. 324 LECrim.)⁷⁰³, anticipada en el ALECrim. de 2011 y en el BCPP.

La necesaria celeridad del procedimiento, que está en la base de numerosas reformas procesales, es uno de los motivos que han llevado al prelegislador a establecer un modelo de investigación por el fiscal que dote de una mayor agilidad a la fase de instrucción, aproximándola al concepto que de ésta existe en la justicia de menores desde 1992.

BACIGALUPO, sin embargo, considera que lo que alarga las instrucciones es la pluralidad de partes acusadoras, el ejercicio conjunto de acciones civiles y penales y el sistema de recursos en la fase de instrucción, por lo que por el mero hecho de encomendarla al fiscal no se alcanzaría dicha agilidad⁷⁰⁴.

2. Propuestas legislativas para la implantación en la jurisdicción de adultos del modelo de investigación por el fiscal.

vinculante para el juez. Así se desprende de la Circular de la FGE 1/2003, de 7 de abril. Vid. FUENTES SORIANO, O. *La investigación...* op. cit., págs. 168 y ss. En cuanto a la no presentación del escrito de acusación por el fiscal, el legislador, según la Circular de la FGE 1/2003, ha establecido un control judicial respecto de aquellos supuestos en que, habiéndose acordado la apertura del juicio oral y emplazado al fiscal para la presentación del escrito de acusación, aquel haya dejado transcurrir el término conferido al efecto. Si el fiscal no presenta su escrito de acusación en el momento fijado en el art. 800.2 de la LECrim., el juez requerirá al superior jerárquico del fiscal para que en un nuevo término de dos días aporte el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco lo presenta, se entenderá que no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre. La voluntad legislativa de celeridad en todas las fases del procedimiento, ha llevado a la fijación de una fórmula que, lleva consigo la presunción legal de que el fiscal no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre. Y ello a pesar de que la jurisprudencia del TS había resuelto en un sentido contrario para los supuestos de transcurso del término concedido al Fiscal para aportar escrito de acusación. Vid. Apartado 10 de la Circular de la FGE 1/2003. Por su parte, PÉREZ MORALES censura la postura de la Circular de la FGE 1/2003, puesto que resulta extraño que pueda proceder el sobreseimiento libre, con efectos de cosa juzgada en casos en que el fiscal ha interesado la apertura del juicio oral. Vid. PÉREZ MORALES, M. G. *Los juicios...* op. cit., págs. 88 y ss.

⁷⁰² Vid. GIMENO SENDRA, J. V. *Manual...* op. cit., pág. 37.

⁷⁰³ El art. 324 de la LECrim. fue introducido por la reforma operada en por Ley 41/2015, de 5 de octubre, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. El precepto establece un límite máximo de seis meses a la instrucción, que podrá ser prorrogado hasta un máximo de dieciocho meses por el instructor de la causa, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia de las partes, en caso de que la misma haya sido declarada de especial complejidad (art. 324.1 y 2 de la LECrim.).

⁷⁰⁴ Vid. BACIGALUPO, E. “¿Debe encomendarse al ministerio fiscal la dirección de la investigación en el proceso penal? ¿Por qué razones?” en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. *La posición...* op. cit., págs. 89 y 90.

La LORPM, como hemos visto, eligió este modelo de investigación por el fiscal de entre las distintas opciones que existían para asegurar la vigencia del principio acusatorio y la imparcialidad del juzgador, optando por un sistema procesal acusatorio, en que hay una fase preparatoria del juicio limitada en el tiempo, dirigida por el fiscal, y al juez sólo competen algunas facultades de garantías jurisdiccionales, pero no la investigación propiamente dicha ni el impulso del procedimiento.

En relación a la jurisdicción de adultos, siguiendo a MARTÍN PASTOR, el principio acusatorio fue invocado como fundamento de diversas reformas procesales. Así, este principio justificó el reforzamiento de la posición del Ministerio Fiscal en la LOTJ, y motivó la reforma de la prisión y libertad provisional por la LO 5/1995, que introdujo en la Disposición Final Segunda de la LECrim., la exigencia de petición del Ministerio Fiscal y audiencia de las partes y del imputado, asistido de letrado para la adopción de esta medida cautelar.

Doctrinalmente, se suele afirmar que el modelo del fiscal investigador permite llevar a la fase de instrucción el principio acusatorio, lo cual se ha entendido como lógica consecuencia de que si en la fase de juicio oral se impone la necesaria separación entre el órgano que sostiene la acusación y el que ejerce funciones juzgadoras, durante la fase preliminar ambas funciones no deben estar encomendadas al mismo órgano del Estado⁷⁰⁵.

Como expone GUERRERO PALOMARES, el denominado sistema acusatorio supone una distribución de competencias conforme a la cual la función de acusar quedará en manos de las partes y la función de juzgar será la única atribuida al juez⁷⁰⁶. Así, según ha estudiado DÍEZ-PICAZO Y GIMÉNEZ, el proceso penal acusatorio puro que se aplica en EEUU se basa en la absoluta neutralidad del juez con respecto a las partes y la igualdad de éstas, de modo que el proceso tiende a ser una contienda entre partes⁷⁰⁷.

Sin embargo, MARTÍN PASTOR considera que el principio acusatorio sólo se refiere a una parcela de la imparcialidad judicial, que implica la distinción entre el órgano instructor y el que dicta la sentencia, y entre el órgano que formula acusación y el enjuiciador, pues sin acusación no hay juicio oral. Por este motivo debe distinguirse entre el principio acusatorio y el sistema acusatorio, que es lo que ha llevado a calificar nuestro proceso como modelo acusatorio mixto o formal, pues, sin perjuicio de respetar las garantías derivadas del principio acusatorio, y a pesar de contar con elementos propios de los sistemas acusatorios puros, existen también otras manifestaciones del principio inquisitivo, como el principio de oficialidad y la incoación y dirección de la investigación por un órgano judicial. A juicio de este autor, cualquier investigación es, por definición, inquisitiva, con independencia del órgano instructor, pues su contenido

⁷⁰⁵ Vid. MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 355 y ss.

⁷⁰⁶ Vid. GUERRERO PALOMARES, S. *El principio...* op. cit., pág. 109.

⁷⁰⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO Y GIMÉNEZ, L. M. "La configuración jurídico-política de la acusación pública en los Estados Unidos". *Tribunales de Justicia. Revista española de derecho procesal*. N° 3, 1997. Pág. 302.

es el de indagar el hecho delictivo y su autor. Habida cuenta de que en la fase de instrucción todavía no se ha formulado una acusación formal, la necesidad de llevar a la misma el principio acusatorio no puede justificar la opción por el nuevo modelo⁷⁰⁸. En el mismo sentido, PÉREZ MORALES, sostiene que el principio acusatorio debe predicarse de la fase de juicio oral, que es donde verdaderamente existen dos partes enfrentadas, pues la fase de instrucción está dirigida precisamente a determinar al sospechoso⁷⁰⁹.

No obstante, si se quiere dotar a la instrucción de una estructura más contradictoria, MARTIN PASTOR propone como alternativa apartar al juez de la iniciación del procedimiento y supeditar la adopción de medidas cautelares a la petición de las partes, con base en la investigación que realice un órgano no judicial, de forma que el juez no pueda actuar de oficio⁷¹⁰.

La reforma que atribuye al Ministerio Fiscal la competencia para la investigación de las causas penales y le confiere facultades derivadas del principio de oportunidad, bebe sus fuentes en las corrientes jurídicas europeas, en que a su vez se inspiró la LORPM.

Tradicionalmente se distinguían dos grandes modelos de proceso penal en el ámbito jurídico occidental: el modelo continental o de *Civil Law* y el modelo angloamericano o de *Common Law*.

En términos generales, los sistemas angloamericanos se definen por un carácter más acusatorio o adversarial. No existe una fase de instrucción propiamente dicha, sino una investigación preliminar policial, no judicializada, de forma que se trata de un proceso penal ente partes. Los sistemas jurídicos continentales, en cambio, optaron por un modelo mixto, que tiene su origen en el *Code d'Instruction Criminelle napoléonico* de 1808, en que existe una fase de instrucción, controlada judicialmente, de carácter más inquisitivo, que tiene por objeto una reconstrucción exhaustiva de los hechos, que se plasma en un expediente escrito de gran trascendencia en la fase de juicio oral.

Mientras que los sistemas de corte continental regulan detalladamente esta materia en códigos procesales penales, los países de la *Common Law* no han experimentado un auténtico fenómeno de codificación, y atribuyen gran valor al precedente judicial. No obstante, han proliferado las normas escritas, y existen esfuerzos para realizar una compilación legislativa.

En la actualidad, esta distinción entre los modelos de la *Civil law* y *Common*

⁷⁰⁸ Vid. MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 335 y ss. Aclara este autor que no debe entenderse el principio inquisitivo como referido al antiguo régimen, en que no había un verdadero proceso por inexistencia de garantías procesales, sino como ligado a la averiguación e indagación que implica la fase de instrucción.

⁷⁰⁹ Vid. PÉREZ MORALES, M.G. "Transcripción..." op. cit., en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCON INCHASUTI, F. (dirs). *La atribución...* op. cit., pág. 510. No puede hablarse de un modelo adversarial en una fase en que es posible que no exista un imputado como tal, pues precisamente a determinar quién es el sospechoso está orientada la fase de instrucción.

⁷¹⁰ Vid. MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 335 y ss.

law, salvo por lo que se refiere a las fuentes del derecho y al valor de la jurisprudencia, se ha ido desdibujando por la evolución que se ha producido en los ordenamientos occidentales, que han experimentado un acercamiento al modelo adversarial, lo que ha difuminado los límites entre ambos sistemas⁷¹¹.

Tanto la LORPM como las propuestas legislativas de reforma de la LECrim. se inspiran en algunos modelos de derecho comparado en que se atribuye la investigación al Ministerio Fiscal.

En concreto, el derecho alemán ha sido considerado como un punto de referencia para los modelos continentales. En Alemania, el Ministerio Fiscal se configura como el órgano instructor de las causas penales, y el juez interviene únicamente para aquellas decisiones que impliquen restricción de derechos fundamentales, especialmente del derecho a la libertad, a instancia del fiscal. El Ministerio Fiscal es quién decide la iniciación del proceso, pues el juez carece de esta potestad, y es el único que dispone de facultades derivadas del principio de oportunidad, introduciéndose mecanismos de negociación con el imputado⁷¹². GASCON INCHAUSTI ha criticado el modelo alemán

⁷¹¹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F. “Características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado. Instrucción penal en el derecho comparado”. *Cuadernos digitales de formación, nº 4, 2011*. Págs. 5 y ss. En su definición originaria, frente a un modelo de proceso penal con una fase preliminar apenas regulada y muy desjudicializada, similar en sus rasgos estructurales a un proceso civil, propia de los sistemas angloamericanos, en los países continentales, se configuraba un modelo de proceso penal en el que el mayor peso se encontraba precisamente en esa fase preliminar. Por otra parte, mientras en el bloque continental los cauces procesales están regulados detalladamente en códigos procesales penales, en el modelo de los países angloamericanos, se otorga un gran valor a la jurisprudencia, por lo que países como Inglaterra no cuentan con un código penal y procesal penal, si bien se está dando impulso a una compilación normativa a través de las *Criminal Procedure Rules*. En EEUU, sin embargo, el esfuerzo codificador se ha traducido, en el plano federal, en la aprobación de las *Federal Rules of Criminal Procedure* y las *Federal Rules of Evidence*. También en el ámbito estatal existen cuerpos de legislación similares. No obstante, son en gran medida normas programáticas, que no cubren de forma exhaustiva todos aquellos extremos que se abordan ordinariamente por los códigos procesales penales europeos. Estos modelos han sufrido una evolución que ha desdibujado la distinción. Con la salvedad de los EEUU, ordenamientos occidentales el proceso penal está en una evolución constante. Algunos cambios encuentran su justificación en la armonización necesaria para reforzar la cooperación judicial penal a nivel europeo; en otros casos, por la influencia de los modelos de proceso ante los tribunales penales internacionales, que son un híbrido entre *civil law* y *common law*, y la influencia americana.

En este mismo sentido, vid. GUERRERO PALOMARES, S. *El principio...* op. cit., págs. 47 y ss. El sistema de la *Common Law* es un sistema jurídico elaborado judicialmente a lo largo de los siglos y adaptado a los problemas modernos por la vía de la reinterpretación del precedente por los jueces, si bien también hay leyes escritas, lo que se denomina la *Statute Law*, que forma un derecho especial, integrado por *acts* del Parlamento. En el modelo norteamericano la acusación está encomendada a una figura pública o funcionario, *Assistant del U.S. Attorney General*, que depende del *Federal Department of Justice*, al que se encarga dentro de su distrito la persecución del delito y la función de acusar en el juicio oral. La investigación corresponde a la policía, cuya actividad insta el fiscal, que comunica al juez los hechos cuando el inculcado es detenido. El proceso se inicia con una audiencia preliminar contradictoria (*preliminary hearing*), en que el fiscal, con base en el material recopilado por la policía, debe defender ante el juez de la comisión por el encausado de un hecho delictivo, siguiéndose adelante o no el verdadero juicio en que el fiscal acusa formalmente ante el jurado. En relación con el modelo adversarial propio de los EEUU, vid. GOMEZ COLOMER, J. L. “*Adversarial...*” op. cit., págs. 1 y ss.

⁷¹² En Alemania, en 1974, con la *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (StVRG)*, primera ley de reforma del derecho procesal penal de 9 de diciembre de 1974, se optó por el sistema anglosajón de instrucción a cargo de un órgano distinto del juez (parágrafos 160 a 163 de la *Strafprozeßordnung* de 1877). La fiscalía ordena a la policía que investigue los hechos aparentemente

al considerar que la asunción por la fiscalía de la investigación penal ha eliminado el carácter formalmente inquisitivo de la instrucción, pero también ha situado al sujeto pasivo de la misma en una situación en que se limita su derecho de defensa y su capacidad para proponer diligencias en su descargo, lo que ha motivado algunas propuestas de reforma procesal⁷¹³.

También en Italia rige un modelo de investigación por el Ministerio Fiscal. El *Codice de Procedura Penale* de 1988 derogó el *Codice Rocco* de 1930, que atribuía al juez la competencia exclusiva para la formación de las causas penales, con la excepción de la instrucción sumarial, que estaba a cargo del Ministerio Fiscal. Tras la citada reforma legislativa, se encomienda al *Pubblico Ministero* la instrucción de las causas sin distinción entre causas formales o sumarias, y se establece la existencia de medidas alternativas a la persecución penal. Se prevé la intervención en la fase de Investigaciones Preliminares del denominado Tribunal de la Libertad⁷¹⁴.

Estos modelos procesales también han tenido influencia en Hispanoamérica⁷¹⁵. En concreto, el Código Procesal Penal peruano de 2004 acogió este modelo mediante una fase de investigación preparatoria a cargo del Ministerio Fiscal, en que quedaban reservadas al juez las actuaciones limitativas de derechos o de naturaleza jurisdiccional.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, FUENTES SORIANO sostiene que la misma evolución que ha venido experimentando el proceso penal en España lo está

delictivos por lo que entiende GÓMEZ COLOMER, que en la práctica es la policía la verdadera instructora de las causas penales. Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”. *Revista del Ministerio Fiscal*, 4; 1997. Págs. 87 y ss. Pese a ello, en el modelo alemán hay cierta pervivencia de los principios de legalidad y de búsqueda de la verdad, toda vez que se permite al juez la posibilidad de practicar prueba de oficio, tanto en la fase intermedia como en el juicio oral, así como revisar la decisión del fiscal de no continuar el proceso. Vid. GUERRERO PALOMARES, S. *El principio...* op. cit., págs. 47 y ss.

⁷¹³ El citado autor explica que el ámbito procesal se ha visto influido por la necesidad de acoger un “derecho penal del enemigo”, fomentándose la elaboración de leyes especiales para dar una respuesta más eficaz en determinados supuestos, como las actividades terroristas o delincuencia organizada, poniendo en entredicho ciertas garantías del imputado. En concreto en Alemania, el parágrafo 112 de la StPO flexibiliza los presupuestos para la adopción de medidas cautelares en relación con la delincuencia organizada. En Inglaterra se admite la detención por un plazo de hasta veintiocho días para terroristas extranjeros. Vid. GASCÓN INHAUSTI, F. “Características...” op. cit., págs. 10 y ss.

⁷¹⁴ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “La instrucción...” op. cit., págs. 88 y ss. También sobre el modelo italiano, vid. GUERRERO PALOMARES, S. *El principio...* op. cit., págs. 47 y ss. El principio de neutralidad convive con los principios de legalidad y búsqueda de la verdad, de modo que si bien la instrucción reviste características semejantes al modelo anglosajón, permite al órgano judicial la práctica de prueba de oficio en determinadas condiciones.

⁷¹⁵ Los principios acogidos por estos sistemas también tuvieron influencia en los países hispanoamericanos. Así, en Argentina, conviven el Código Procesal Penal de la Nación federal de 1991 y veintidós códigos procesales penales. El primero de ellos no ha optado por la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción, sino que mantiene el sistema tradicional de la instrucción judicial, si bien permite que el juez encomiende la investigación al fiscal cuando se trate de delitos de acción pública. Sin embargo, entre los códigos provinciales, el Código de Procedimiento Penal de la provincia de Córdoba y el de Tucumán, ambos de 1991, consagran la investigación penal preparatoria a cargo del fiscal de instrucción, con la excepción de que existan obstáculos fundados en privilegios constitucionales o inmunidad parlamentaria, en cuyo caso se atribuye al juez instructor, al que con carácter general corresponden los actos limitativos de derechos fundamentales. Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “La instrucción...” op. cit., págs. 87 y ss.

encauzando irreversiblemente hacia un modelo de dirección de la investigación a cargo del Ministerio Fiscal. Dicha evolución ha situado el proceso español en un “estadio intermedio”, en que las facultades del fiscal durante la fase de instrucción van más allá de las que habrían de corresponderle en sentido estricto en un sistema de instrucción judicial, pero sin llegar a otorgarle la dirección de la misma⁷¹⁶.

En la regulación del procedimiento abreviado, aunque finalmente se optó por el mantenimiento de la figura del juez instructor, junto con el reforzamiento de la intervención del Ministerio Fiscal durante la instrucción judicial, se contemplaba una fase previa de investigación preliminar, a cargo de la fiscalía y de la policía judicial (art. 773 de la LECrim.). No obstante, en la práctica el uso que se hace de esta facultad es bastante minoritario, y las diligencias practicadas por el fiscal son reiteradas durante la instrucción por el juez⁷¹⁷.

2.1. La comisión legislativa de 2005 como primer antecedente de la reforma.

En el año 2005 se encargó a una comisión la elaboración de un primer borrador de nueva ley procesal penal, que abordase el otorgamiento al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación criminal. El borrador distinguía dos etapas dentro de la fase de instrucción: una primera “fase preliminar”, que tenía por objeto valorar la verosimilitud de los hechos denunciados; y una segunda fase de “investigación principal”. La fase de investigación preliminar sólo tendría lugar cuando fuera necesario, de modo que sería posible abrir directamente la investigación principal en caso de que la *notitia criminis* resultara *a priori* creíble.

La fase de investigación preliminar, en caso de existir, y precisamente por la naturaleza y características de la misma, debía tener una breve duración, que el borrador

⁷¹⁶ Vid. FUENTES SORIANO, O. “Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, en ASECIO MELLADO, J. M., y FUENTES SORIANO, O. (dirs) *La reforma del proceso penal*. La Ley, 1ª edición. Abril 2011. Las Rozas (Madrid). Págs. 195 y ss. FUENTES SORIANO expone que reformas posteriores incidieron en la línea de ampliar las facultades instructoras del Ministerio Fiscal, y cita a título de ejemplo la reforma del EOMF operada por Ley 14/2003 de 26 de mayo, que establece que las diligencias practicadas por el fiscal deben realizarse bajo las mismas garantías que las diligencias de instrucción judicial (art. 5.4 y 5.5 del EOMF), con asistencia de letrado y previa toma de conocimiento de las diligencias. Pese a ello, al carecer del mismo valor que las practicadas por la autoridad judicial, las mismas deberán ser reiteradas por el juez de instrucción una vez iniciado el procedimiento judicial, lo que tiene un efecto dilatorio del procedimiento. En el mismo sentido, vid. FUENTES SORIANO, O. “El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma”. Documento de trabajo 16/2003. Págs. 22 y ss. La citada autora sostiene que la reforma que atribuyese la investigación al fiscal no resultaría “traumática”, si se tiene en cuenta que no resulta tan ajena a nuestra tradición jurídica, por el “desapoderamiento progresivo del juez de instrucción” que se inició ya hace algunos años, a través de reformas como la regulación del procedimiento abreviado o la LOTJ, en la que se ha reforzado la posición del fiscal.

⁷¹⁷ Vid. FUENTES SORIANO, O. *La investigación...* op. cit., págs. 70 y ss. “Un mal entendimiento del principio de presunción de autenticidad” propició el escaso uso de las diligencias preliminares del fiscal, al no entender que las mismas formaban parte de la instrucción. En relación con el procedimiento abreviado, vid. ARMENTA DEU T. *Principio acusatorio...* op. cit., págs. 46 y 47.

limitaba a un plazo de treinta días como regla general. Esta limitación tenía su razón de ser en la circunstancia de que durante esta fase, quedaba limitado el principio de contradicción, por la finalidad propia de la misma, que no era otra que determinar si procedía o no la apertura de una investigación propiamente dicha⁷¹⁸. El plazo es ligeramente superior que el establecido por el Código Procesal Penal Peruano de 2004 si bien, en este último se admite la posibilidad de que el fiscal lo amplíe en determinados casos, concediendo al afectado la facultad de solicitar la revisión judicial de esta decisión⁷¹⁹.

La doctrina entiende que si bien es en la fase de investigación principal cuando rigen en toda su extensión los derechos del art. 24 CE, durante la investigación preliminar deben respetarse unas mínimas garantías, y en particular, debe asegurarse el derecho de defensa, de modo que el letrado del sospechoso pudiera asistirle en su declaración y estar presente en todas las diligencias. En concreto, y por lo que respecta al derecho de defensa, el art. 5 del EOMF establece que durante las diligencias preliminares del Ministerio Fiscal que regula el art. 773.2 de la vigente LECrim. el sospechoso al que éste reciba declaración estará asistido de letrado, y podrá tener conocimiento del contenido de las actuaciones. Estas exigencias, a juicio de FUENTES SORIANO, deberían ser aplicables a esta fase preliminar de la nueva instrucción atribuida al fiscal⁷²⁰. Es la misma solución que acogía la Consulta de la FGE 4/2005 para las diligencias preliminares del proceso de menores, como vimos en el capítulo anterior.

El borrador en ningún momento exigía que se recibiera declaración al investigado antes de poner fin a la fase preliminar, pero imponía que dicha diligencia tuviera lugar en todo caso en la investigación principal. Conviene recordar que en la

⁷¹⁸ Vid. FUENTES SORIANO, O. “Sobre el fiscal instructor...” op. cit., en FUENTES y ASENSIO. *La reforma...* op. cit., págs. 203 y ss. En cuanto a la duración de la investigación preliminar, FUENTES SORIANO ha defendido un plazo más breve, concretamente de 15 días, admitiendo como otra posibilidad el plazo de 20 días, que es el establecido al efecto en el Código Procesal Peruano. Y ello pese a ser consciente de que el fiscal y la policía necesitan un mínimo de tiempo para poder practicar las diligencias necesarias. No obstante, el hecho de que se respetara el principio de contradicción durante esta fase previa, y en particular el derecho de defensa, es lo que permite la ampliación del mismo hasta los treinta días que finalmente fueron establecidos.

⁷¹⁹ El Código Procesal Penal Peruano de 2004 regulaba las diligencias preliminares en términos semejantes, si bien fijaba a las mismas un plazo de veinte días. En tal sentido, el art. 334.1 y 2 establece: “Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta Disposición se notificará al denunciante y al denunciado”. El plazo de las diligencias preliminares, conforme al apartado 3, es de veinte días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de la investigación. Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares podrá acudir solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la Investigación Preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante.

⁷²⁰ Vid. FUENTES SORIANO, O. “Sobre el fiscal instructor...” op. cit., en ASENSIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. *La reforma...* op. cit., págs. 203 y ss.

legislación de menores no existe precepto alguno que exigiera tomar declaración al menor expedientado durante la fase de instrucción, puesto que lo que establece el art. 23 de la LORPM es que el fiscal estará obligado a recibirla si así le fuera solicitado, salvo que ya hubiera concluido el expediente de reforma. De este modo, en ocasiones dicha diligencia se realiza en las diligencias policiales o en la fase preliminar, otras veces durante el expediente de reforma, mientras que en otras queda aplazada para la fase intermedia o la audiencia.

El borrador elaborado en el año 2005, en la línea de reforzamiento de las garantías, se ocupaba de dejar solventada esta cuestión, de modo que impedía cerrar la fase de investigación sin recibir declaración al encausado, lo cual es necesario para que el fiscal pueda tener en cuenta, antes de adoptar una decisión, los elementos de descargo que de la misma pudieran derivarse. FUENTES SORIANO discrepa de la solución ofrecida por el borrador, y sostiene que la declaración del sospechoso debería haberse exigido en la fase de investigación preliminar, puesto que si la finalidad de la misma es determinar si la *noticia criminis* resulta o no verosímil, es preciso contar con la versión del inculpado antes de adoptar una decisión sobre el archivo o la imputación del mismo. Y ello por cuanto la investigación que realice el fiscal ha de ser objetiva e imparcial, debe partir del principio de presunción de inocencia y por tanto ha de tomar en consideración tanto los elementos de cargo como los de descargo, que pudieran desprenderse de dicha declaración.

El borrador, a diferencia de la LORPM, establecía la necesidad de que el Ministerio Fiscal pusiera en conocimiento del juez de garantías la iniciación de dicha fase preliminar, de forma que el juez de garantías podía ejercer un control desde este momento inicial, supervisando así la observancia del plazo y unas mínimas garantías.

El problema que se plantea es si la incoación de la fase preliminar debe ser notificada al investigado. En el proceso de menores, el interés del menor ofrecía la solución, pues ningún efecto educativo tiene la comunicación al joven infractor de la iniciación de las diligencias preliminares. En el proceso de adultos, la situación es distinta, por lo que plantea la doctrina si debe comunicarse al investigado su existencia, a fin de que pueda ejercer el derecho de defensa o si existe motivo alguno para que dicha fase tenga carácter secreto y solo en caso de abrirse la investigación principal, debe informarse al mismo del contenido de aquella. En esta fase previa no existe en puridad una imputación contra una persona, sino que la misma tiene por objeto determinar si la *notitia criminis* reviste apariencia de verosimilitud y concurren los presupuestos para la apertura de la instrucción. Por esta razón el borrador optó por permitir que la fase preliminar se desarrollara de forma no contradictoria, pero permitiendo la asistencia del letrado del mismo en su declaración y en todas aquellas diligencias no declaradas secretas que pudieran afectar a sus intereses⁷²¹.

⁷²¹ Vid. FUENTES SORIANO, O. en “Sobre el fiscal instructor...” op. cit., en ASENIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. (dirs). *La reforma...* op. cit., págs. 206 y ss. Son posibles dos soluciones: o bien notificar al investigado la admisión de la denuncia o querrela desde el momento

El otorgamiento al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación implica que éste pone fin a la misma en el momento en que tenga elementos suficientes para formular acusación. Pero una instrucción verdaderamente objetiva deberá incidir no sólo en las circunstancias de las que pudieran resultar indicios contra el encausado, sino también en las que le resulten favorables, a fin de respetar el principio de imparcialidad y de igualdad de armas⁷²². Esta situación es la misma que se planteaba en la jurisdicción de menores, si bien en aquella el posible afán del fiscal de actuar como investigador-acusador venía atemperado por su misión de garante de los derechos del joven expedientado y por el principio del interés del menor que inspira dicha jurisdicción.

Para salvaguardar dicha imparcialidad se ha planteado si debe establecerse algún mecanismo para evitar que el fiscal que asiste a juicio sea el mismo que haya instruido la causa, a fin de impedir que el conocimiento previo del asunto influya en su ánimo y pueda determinar el sentido de su informe. En la jurisdicción de menores, no se establece tal limitación, sino que, como vimos, es práctica habitual que sea el mismo fiscal que ha intervenido en el expediente de reforma el que sostenga la acusación en la audiencia. En el proceso de adultos, se ha sugerido que la imparcialidad del fiscal podría verse afectada si el mismo que resuelve sobre la petición de diligencias debe sostener la acusación, ya que ello implica una excesiva concentración de poder, especialmente si se tiene en cuenta que el fiscal es parte acusadora y puede realizar una investigación parcial. MARTÍN PASTOR no estima necesario esta distinción, pues la jurisprudencia constitucional sólo exige la distinción entre el juez instructor y el sentenciador, y refiere únicamente la imparcialidad al órgano de enjuiciamiento⁷²³. Por otra parte, el principio de imparcialidad proclamado en el art. 124.2 de la CE debe presidir la actuación del Ministerio Fiscal de forma que el fiscal debe pedir el sobreseimiento cuando no concurren indicios suficientes contra el investigado.

Ante la necesidad de salvaguardar la igualdad de armas, el borrador de 2005 permitía no solo que la defensa pudiera instar del fiscal la práctica de las diligencias que le interesen, sino también que el órgano judicial tuviera la facultad de revisar de alguna manera la decisión del fiscal sobre dichas diligencias. En el caso de que, reiterada la petición de tales diligencias ante el juez de garantías, este acordara su práctica, la misma deviene obligatoria para el fiscal. La solución es semejante a la prevista en el art. 26 de la LORPM, pero el borrador iba más allá y solventaba las dudas que en su día se

inicial, o bien darle traslado de la misma en un momento más avanzado de las diligencias, anterior en todo caso a la declaración del encausado, de modo que hasta ese momento el Ministerio Fiscal puede practicar diligencias sin conocimiento del sospechoso. En caso de optarse por esta segunda posibilidad, deberían extremarse las garantías, según sostiene la citada autora, permitiendo la declaración del investigado asistido de letrado antes de abrir la investigación principal y dándole, una vez que esta se inicie, conocimiento de todo lo actuado hasta ese momento

⁷²² En este sentido, BACIGALUPO considera que en los orígenes de esta reforma procesal se encuentra la idea de suprimir todo lo que sea manifestación de las teorías liberales, lo que ha conducido a que la fiscalía se convierta en la “dueña del procedimiento previo”, y a que se deje de lado todo lo que implique igualdad de armas entre la fiscalía y el inculpaado. Vid. BACIGALUPO, E. “La posición del Fiscal en la investigación penal”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición...* op. cit., págs. 18 y 19.

⁷²³ Vid. MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 386 y ss.

plantearon acerca de qué órgano era el competente para realizar tales diligencias. Mientras que en el proceso de menores se optó por la práctica de tales actuaciones por el juez una vez abierta la fase de audiencia, en la jurisdicción de adultos se establecía expresamente en el borrador la posibilidad de que el juez pudiera ordenar al fiscal la práctica de las mismas antes de dar por finalizada la instrucción.

Una vez concluida la fase de instrucción, se abre la denominada fase intermedia. JIMÉNEZ CONDE considera que la misma debería tener lugar mediante una comparecencia, una vez presentados los escritos de conclusiones provisionales, en que las partes habrían formulado sus peticiones sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, debiendo alegar en la misma lo que tengan por conveniente para sostener su postura⁷²⁴.

Esta era la línea seguida por el borrador de 2005, en que la fase intermedia se articulaba mediante una comparecencia, presidida por el juez de garantías, que tenía por objeto dilucidar sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa. Para adoptar dicha decisión, el juez, en la mencionada audiencia, debía oír las alegaciones del Ministerio Fiscal y las partes sobre esta cuestión. También en la fase intermedia podrían practicarse actos de prueba anticipada o preconstituida, tomarse declaración al encausado o realizar aquellas diligencias denegadas por el fiscal, que hubieran sido acordadas por el juez de garantías al reproducir la solicitud las partes ante el órgano judicial.

El borrador de 2005 ofrecía una regulación novedosa de esta fase procesal, recogiendo algunas aportaciones doctrinales, inspiradas en el derecho italiano, que ponían de manifiesto la necesidad de que no todo el material de la instrucción pasara al juzgador sino solamente aquellas actuaciones que realmente pudieran tener alguna trascendencia para el enjuiciamiento, bien porque pudieran adquirir relevancia probatoria, bien porque constituyeran prueba anticipada o preconstituida, o porque se tratase de prueba documental o informes periciales. A estos elementos debían añadirse las diligencias complementarias acordadas por el juez de garantías en caso de que, denegadas por el fiscal, se hubiera reproducido su petición ante el mismo, y las piezas de convicción y efectos del delito. Tales diligencias formaban el denominado expediente probatorio, que debía pasar al órgano sentenciador.

La labor de formación del expediente probatorio, debía ser objeto de la fase intermedia, en los casos en que se decidiera la apertura del juicio oral. Las actuaciones incluidas en el mismo podrían servir al órgano enjuiciador para fundamentar la sentencia, siempre que fueran introducidas en el acto de juicio mediante su lectura y fueran sometidas a contradicción. En cuanto al resto de material de la instrucción no incorporado al expediente probatorio, podría darse lectura a alguna de sus diligencias a

⁷²⁴ Vid. JIMÉNEZ CONDE, F. “Bloque III. El juez de garantías. ¿Qué funciones corresponderían a este órgano jurisdiccional? ¿Sería uno de los ya existentes o habrá que crear uno nuevo? ¿Con qué demarcación?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., págs. 217 y 218.

petición de parte con la finalidad de valorar las posibles contradicciones entre lo manifestado en el juicio y en fases anteriores del procedimiento y valorar de este modo la credibilidad de las declaraciones de las partes o de los testigos⁷²⁵.

La separación entre la figura del juez de garantías, durante la fase de instrucción, y del juez de enjuiciamiento, permite superar los inconvenientes que en el proceso de menores planteaba la necesidad de que el juez realizara determinadas actuaciones que pudieran comprometer su imparcialidad a la hora de juzgar, como la de pronunciarse sobre las diligencias denegadas por el fiscal o resolver sobre el sobreseimiento de la causa. Al adoptarse tales decisiones, según la propuesta que se realiza para el proceso de adultos, por un juez distinto del competente para conocer del juicio y dictar sentencia, podría entrar a resolver libremente sobre las mismas sin temor a ver comprometida su imparcialidad.

2.2. El modelo del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y del borrador de Código Procesal Penal de 2013.

El texto del borrador de 2005 no llegó a ver la luz, pero sirvió como base para la redacción, algún tiempo más tarde, del ALECRim., que fue elaborado en el seno de un grupo de trabajo constituido en el Ministerio de Justicia en mayo de 2010, siguiendo los dictados del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia. El día 22 de julio de 2011 se aprobó por el Consejo de Ministros el ALECRim. y el Anteproyecto de Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal.

Se trata de dos textos prelegislativos que pretenden proporcionar una nueva regulación para el proceso penal, apostando por el otorgamiento de la fase de investigación al Ministerio Fiscal y la consagración del principio de oportunidad, con vocación de superar la técnica de las reformas parciales y sucesivas de la vieja LECrim. El ALECRim. se inspiraba en los modelos instaurados en los ordenamientos de nuestro entorno, particularmente en el derecho alemán e italiano. La estructura del proceso penal que contempla es similar a la del *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988⁷²⁶.

La iniciativa legislativa no llegó a ser debatida en las Cortes Generales, pues no pudo entrar en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de la legislatura de 2008 a 2012, a raíz de la disolución anticipada de estas por la convocatoria de las elecciones generales de 20 de noviembre de 2011, si bien ambos anteproyectos constituyen un buen punto de partida para la necesaria reforma integral del proceso

⁷²⁵ Vid. FUENTES SORIANO, O. “Sobre el fiscal instructor...” op. cit. en ASENCIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. (dirs.). *La reforma...* op. cit., pág. 206 y ss.

⁷²⁶ Vid. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “La reforma del proceso penal español en el anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal de 27 de julio de 2011 (1)”. *Diario la ley, número 7939, Sección Doctrina, 8 de octubre de 2012, Ref. D-384, Ed. La ley.* Pág. 1.

penal⁷²⁷. Pese a los esfuerzos que implicaba la redacción del ALECrim., el mismo no prosperó. No obstante, su interés se debe a que constituye uno de los intentos más firmes de optar por el nuevo modelo, y es clara inspiración de posteriores iniciativas⁷²⁸.

Tras la constitución del nuevo Gobierno, la comisión de expertos creada en el seno del Ministerio de Justicia en marzo de 2012, elaboró una nueva propuesta legislativa, que, con algunas diferencias, abordaba nuevamente la cuestión, y que contemplaba un modelo en que el fiscal dirigía la investigación penal y se regulaba el principio de oportunidad. Fruto de sus trabajos, se elaboró el borrador del que se pretendía que fuera el nuevo Código Procesal Penal, al que se dio difusión por el propio Ministerio de Justicia el día 23 de febrero de 2013, que aspiraba a reemplazar a la antigua LECrim., y que, finalmente, tampoco vio la luz.

En ambas propuestas legislativas se distingue entre una fase preparatoria del proceso, encaminada a determinar si se ha de ejercer la acción penal, y una fase jurisdiccional, que comienza con la presentación de la acusación en la fase intermedia. En la instrucción se establece una clara distinción entre las actuaciones limitativas de derechos fundamentales o de carácter jurisdiccional, reservadas al órgano judicial, y los actos de investigación, atribuidos al fiscal⁷²⁹.

En el nuevo modelo, el fiscal asume la dirección de la investigación, y se reserva a los órganos judiciales las funciones de juez de garantías durante la instrucción, así como el conocimiento de la fase intermedia y del juicio oral. En este punto, se advierte una diferencia importante respecto del proceso de menores, puesto que mientras la LORPM atribuye esta triple función al mismo juez de menores, las propuestas legislativas que examinamos prefieren encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes, superando así los inconvenientes que podrían plantearse desde el punto de vista de la imparcialidad.

⁷²⁷ Vid. GARCÍA MORENO, J.M. “Consideraciones generales sobre la regulación de las medidas cautelares en el Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal”. *Revista de jurisprudencia*. N^o 2, 9 de febrero de 2012. Pág. 1

⁷²⁸ <http://politica.elpais.com/2012/01/25/actualidad/>. Última consulta: 30 de enero de 2012. Tras las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011, el Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, no mencionó el ALECrim. entre las numerosas reformas que expuso en relación con la administración de justicia en las declaraciones en prensa realizadas poco después de su nombramiento. www.libertaddigital.com/nacional/2012/01/25. Última consulta: 30 de enero de 2012. Lo que sí anunció fue elaboración de una nueva ley de planta y demarcación judicial, a fin de actualizar el concepto de partido judicial, lo que parecía un primer paso para la creación de los Tribunales de Instancia, reforma que se vinculaba a la atribución a la instrucción al fiscal. En lugar de mencionar cuál sería el futuro de dicha propuesta legislativa, el Ministro se refirió a una nueva ley procesal penal, que calificaba como “un proyecto de la nueva legislatura para actualizar una ley original del siglo XIX”, sin aclarar si se daría trámite parlamentario al texto elaborado bajo el anterior gobierno, limitándose a sostener que en la nueva legislación se garantizaría la independencia del Ministerio Fiscal en su marco de actuación, y se incrementaría “el papel del fiscal en la instrucción en los procesos de urgencia o en aquellos que supongan una investigación mínima, sin perjuicio de la labor del juez instructor”. www.libertaddigital.com/nacional/2012/01/25. Última consulta: 30 de enero de 2012.

⁷²⁹ Vid. Exposición de Motivos del ALECrim. Apartado V. Se reserva al juez, en la que pasa a denominarse fase de investigación, una labor de resolución del conflicto de intereses entre el “Estado-investigador” y el ciudadano investigado, asegurando que durante esta fase se constaten también los elementos que le son favorables.

El ALECRim. va más allá, y tratando de ser más garantista, establece la intervención de hasta tres jueces distintos a lo largo del procedimiento, en las funciones de garantías, juez de la fase intermedia y enjuiciamiento. Esta opción recuerda al sistema italiano de justicia de menores, en el cual se atribuye la investigación al Ministerio Fiscal, bajo la vigilancia de un juez del Tribunal de Menores, la vista preliminar es competencia de un juez profesional y dos jueces honorarios y finalmente el juicio tiene lugar ante el Tribunal de Menores⁷³⁰.

ASENCIO MELLADO insiste en la necesidad de crear una Sección de la Comisión General de la Codificación, en materia procesal, con la debida estabilidad, en la que se dé cabida a las diferentes posiciones doctrinales, pues es imprescindible una cierta permanencia, para evitar el dispendio de recursos que conlleva que los sucesivos Ministros de Justicia hayan creado distintas comisiones, para elaborar varios borradores sobre la nueva ley procesal penal, rechazando las propuestas del gobierno anterior⁷³¹.

Aunque estos textos prelegislativos no hayan llegado a buen término, es conveniente detenerse en su estudio, pues su mera elaboración evidencia la decisión de abandonar nuestro tradicional sistema y apostar por la introducción del modelo de instrucción por el Ministerio Fiscal, a pesar de las objeciones doctrinales a tal reforma y de las consecuencias irreversibles que para nuestro proceso penal puede conllevar, y de las dificultades prácticas que comporta.

Como se ha indicado, una de las principales virtudes que se atribuye a este nuevo modelo es terminar con uno de los grandes males de la justicia, la lentitud, dotando de mayor agilidad a las investigaciones, lo que se consigue, como indica GÓMEZ COLOMER, al disponer que la actividad del fiscal únicamente deba encaminarse a determinar si concurren o no los presupuestos para la apertura del juicio oral, eliminándose la exhaustividad en la realización de los actos de investigación⁷³².

Sin embargo, BACIGALUPO no considera que esta reforma pueda dotar al procedimiento de la necesaria celeridad, puesto que el control judicial que debe ejercer el juez de garantías es tal que restaría eficacia al mismo. Si a ello se añade que no se garantiza suficientemente la igualdad de armas, debe ponerse en entredicho la conveniencia de acometer una reforma de tal calado. Por este motivo propone que, en lugar del otorgamiento al fiscal de la fase de instrucción, se contemple el establecimiento de un modelo similar al austriaco, que mantiene la figura del juez instructor, pero otorga gran relevancia al fiscal en la investigación previa a la instrucción judicial, o bien un sistema semejante al ordenamiento holandés, en que se prevé una primera fase de investigación por el fiscal seguida de una instrucción

⁷³⁰ Vid. GATTI, U. “El sistema italiano...” op. cit., págs. 221 y ss.

⁷³¹ Vid. ASENSIO MELLADO, J. M. “La reforma del sistema de medidas cautelares”, en ASENSIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. (dirs.). *La reforma...* op. cit., pág. 295.

⁷³² Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “La instrucción...” op. cit., pág. 105.

judicial⁷³³.

Las dificultades prácticas inherentes a la instauración de tal sistema no fueron desconocidas por el texto del ALECrím., que en su Disposición Final Tercera establecía un periodo de *vacatio legis* de tres años, a fin de que durante el mismo se pudieran acometer las reformas legislativas necesarias para su entrada en vigor. Tales obstáculos sólo podrían ser superados con una importante inversión de recursos económicos en la adecuación de los actuales medios materiales y personales a la nueva regulación, que nuestro país no estaba en disposición de acometer.

2.2.1. El Ministerio Fiscal director de la investigación.

Tanto el ALECrím. de 2011 como el BCPP de 2013 establecen la dirección de la investigación a cargo del Ministerio Fiscal⁷³⁴. En concreto, la Exposición de Motivos del BCPP justifica la reforma del sistema procesal en la idea de que el juez que investiga compromete su imparcialidad a la hora de cumplir con su misión de garante de los derechos fundamentales, y para conocer del juicio de acusación⁷³⁵. Junto a tales argumentos, la intervención del órgano judicial en las diligencias de investigación determina que las mismas se identifiquen prácticamente con los actos de prueba, de forma que el “centro de gravedad del proceso penal se desplaza del juicio oral a la instrucción”⁷³⁶.

⁷³³ Vid. BACIGALUPO, E. “¿Debe encomendarse al ministerio fiscal la dirección de la investigación en el proceso penal? ¿Por qué razones?” en BACIGALUPO, E. GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E. *La posición...* op. cit., págs. 89 y 90. Expone este autor que la experiencia de los países que han admitido este modelo no es satisfactoria, hasta el punto de que en Alemania se ha planteado por los autores del proyecto alternativo alemán el regreso a la figura del juez instructor. Por otra parte, el citado autor sugiere que existen otras formas de articular la función del Ministerio Público con la del juez durante la instrucción, como la del modelo austriaco, o la acogida por el código holandés.

⁷³⁴ “El juez no debe ser en adelante contemplado como el impulsor de la actividad pública investigadora sino como el garante de los derechos individuales”. Vid Exposición de Motivos del ALECrím. Apartado V.

⁷³⁵ Vid. Apartado I de la Exposición de Motivos del BCPP. El fundamento de la reforma se encuentra en la necesidad de romper con la tradición inquisitorial, pues el juez instructor “compromete su neutralidad como instancia de garantía de los derechos fundamentales que restringen su poder e indefectiblemente pierde la imparcialidad para la emisión del juicio de acusación en los procesos en que se le otorga competencia para decidir entre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral”.

⁷³⁶ Vid. Apartado I de la Exposición de Motivos del BCPP. En este mismo sentido, GIMENO SENDRA, J. V. “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición...* op. cit., págs. 38 y ss. El citado autor, junto a la necesidad de dar celeridad a la fase de instrucción, advierte la conveniencia de dotar a la investigación de eficacia, sin mermar el principio acusatorio. A tal fin es preciso poner el acento en la distinción entre los actos de investigación y prueba, y eliminar la posibilidad de fundar la sentencia en las diligencias sumariales. Sin embargo, en relación con los delitos de criminalidad organizada, propone que el

La Exposición de Motivos del BCPP viene a recordar la distinción doctrinal dentro de la instrucción entre los actos de investigación y los actos de garantía de derechos fundamentales, y parte de la idea de que unos y otros no deben concentrarse en el juez instructor sino que conviene su atribución a órganos distintos, a fin de garantizar la imparcialidad del juez⁷³⁷. A esto se añade la conveniencia de optar por un modelo de instrucción más ágil y más simple que el que actualmente rige en nuestro ordenamiento⁷³⁸.

GIMENO SENDRA justifica la necesidad de la reforma en la existencia de un “factor psicológico” en el juez instructor que provoca un exceso de exhaustividad, provocada por el temor de que le sean revocados los sumarios, mientras que el Ministerio Fiscal se limita a examinar si concurren los presupuestos del sobreseimiento de la causa o el de la apertura del juicio oral, de modo que sólo mediante el otorgamiento de la fase de instrucción al fiscal se puede lograr la necesaria agilidad de la justicia⁷³⁹.

procedimiento podría ser perfeccionado dando entrada en el juicio, mediante la lectura de documentos, a los actos de investigación.

⁷³⁷ En este sentido, ASECIO MELLADO, J. M. “¿Debe encomendarse al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación en el proceso penal? ¿Por qué razones?”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición...* op. cit., pág. 89. A juicio de este autor, no parece adecuado que un juez, orgánicamente independiente, desarrolle funciones de investigación, o de conformación de la acusación, y al mismo tiempo deba garantizar los derechos del investigado. En el mismo sentido, VIVES ANTÓN parte para analizar la efectividad de la investigación penal de la idea de que esta es una garantía del proceso penal, como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva contemplada en el artículo 24 de la CE. Y en este sentido, atendiendo al art. 117.3º y 4º de la CE, concluye que la potestad jurisdiccional de los jueces y magistrados comprende juzgar y ejecutar lo juzgado, pero no comprende la investigación, ya que no es una función atribuida “por la ley en garantía de cualquier derecho”, es decir, no es un juicio, sino un “prejuicio”. Por tanto, al atribuir la investigación a quien ha de ocupar la posición de garante de los derechos del investigado, esta atribución deja de ser una garantía y se convierte en una infracción de la citada garantía. Es más, considera que, conforme al art. 97 de la CE, la dirección de la política criminal y de la política interior corresponde al Gobierno, por lo que ha de ser este y no el juez, el que asuma la investigación penal. Y el Gobierno actúa a través del Ministerio Fiscal, por cuanto que el artículo 124 de la CE le atribuye la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. De esta forma, el fiscal precisa de un menor número de pruebas, al no sujetarse a los principios de instrucción, y el juez puede cumplir su misión constitucional, que es la de juzgar, entendido como control de las garantías procesales y constitucionales. Vid. VIVES ANTÓN, T. S. *La libertad como pretexto*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995. Págs. 273 y ss.

⁷³⁸ Vid. GIMENO SENDRA, V. “La reforma...” op. cit., en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición...* op. cit., págs. 38 y ss.

⁷³⁹ GIMENO SENDRA considera que la principal razón por la que debería atribuirse la instrucción al Ministerio Fiscal es la ineficacia del “juez inquisidor clásico”, que actúa movido por la convicción de que han de ir a juicio únicamente los casos en que se obtendrá una condena del imputado, factor psicológico que provoca una exhaustividad incompatible con la agilidad y rapidez de la instrucción. En cambio, el Ministerio Fiscal actúa despojado de este factor psicológico, ya que su ánimo es el de examinar si concurren los presupuestos del sobreseimiento de la causa o el de la apertura del juicio oral. De esta forma, si la investigación se encarga al Ministerio Fiscal, este estará más preocupado de la apertura o no del juicio oral, en cuyo seno se habrán de practicar por jueces no contaminados, la verdadera prueba de cargo, que de si se producirá o no la condena del imputado. De ahí que en el modelo del fiscal director de la investigación se limite la duración de la investigación a periodos cortos (de 4 a 8 meses). Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “Las partes acusadoras...” op. cit. en MORENO CATENA, V.,

En mi opinión, debe afirmarse la neutralidad del juez instructor, que al tiempo que investiga, adopta las decisiones limitativas de derechos fundamentales, con la debida imparcialidad, dado el mandato del art. 299 de la LECrim. de dejar constancia durante la instrucción de todos los elementos tanto favorables como adversos al encausado. A mi juicio, la investigación que realiza el juez instructor no está presidida por el ánimo de que pueda sostenerse una acusación ni de que el procedimiento termine con la condena del encausado, sino por la finalidad que le es propia de averiguación de la verdad sobre los hechos y la participación en ellos de los sospechosos, debiendo concluir la investigación con el dictado de un auto de sobreseimiento cuando así proceda. En mi opinión, el juez que investiga no se encuentra inhabilitado para la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales, pues precisamente el conocimiento del contenido de la instrucción le permite realizar una adecuada ponderación y determinar en qué supuestos los fines de la investigación justifican la restricción de aquéllos, pudiendo continuar o concluir la investigación sin adopción de tales medidas en caso de que no estuvieran debidamente fundadas. A esto debe añadirse la necesidad de respetar el principio acusatorio para la adopción de las medidas cautelares más graves. La recurribilidad de las resoluciones del juez instructor posibilita además la revisión de las decisiones que se adopten a lo largo de la instrucción⁷⁴⁰. Por otra parte, en el actual modelo de la LECrim., la necesaria exhaustividad no viene motivada tanto por factor psicológico alguno, como por la necesidad de que todas las diligencias sean practicadas con las debidas garantías, y con intervención judicial, a fin, de que, llegado el caso, puedan introducirse en el juicio por la vía del art. 730 de la LECrim. Es, además, criterio de las AP agotar la práctica de diligencias instructoras antes de decidir sobre el sobreseimiento o apertura del juicio oral.

En este mismo sentido, TORRES-DULCE LIFANTE sostiene que la división de

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., ALAMAGRO NOSETE, J., y GIMENO SENDRA, J. V. (dirs). *El nuevo proceso penal...* op. cit., págs.. 93 a 101.

⁷⁴⁰ En este sentido, VILLEGAS FERNÁNDEZ explica las numerosas cautelas que impiden los abusos judiciales, convirtiendo al juez en “un órgano sitiado por todos los frentes”. El juez instructor, además de ser controlado por el Ministerio Fiscal, está sometido a un estricto régimen disciplinario, y puede incurrir, a diferencia de lo que ocurre con el fiscal, en delito de prevaricación. Las resoluciones dictadas a lo largo de la instrucción son recurribles ante la AP. Pero además, en el ejercicio de sus funciones, está rodeado de una serie de instituciones que no dependen jerárquicamente de él: la policía judicial, que depende de la autoridad gubernativa; el letrado de la administración de justicia, encargado de la custodia del expediente, con el que no existe relación de jerarquía alguna; los funcionarios de la oficina judicial, cuyo jefe no es el juez sino el letrado de la administración de justicia y que dependen del Ministerio de Justicia o la Comunidad Autónoma correspondiente. Todas las actuaciones del sumario quedan documentadas cuidadosamente. Y a ello debe añadirse la introducción de la contradicción en la fase de instrucción, hasta al punto de que la investigación en sentido estricto, en cuanto averiguación de la verdad material ha quedado relegada al ámbito policial. Tales cautelas garantizan la objetividad e imparcialidad, mientras que incluso un Ministerio Fiscal que, como el italiano, fuera dotado de altas dosis de independencia, estaría en peor posición que el poder judicial, al que califica de órgano “constitucionalmente blindado”. Pese a ello, estima el citado autor, que si se quieren introducir mayores precauciones, podría optarse por un modelo inspirado en los “polos de instrucción” del derecho francés, órganos colegiados encargados de dirigir la investigación criminal, compuestos por una combinación de jueces noveles y experimentados, lo que garantiza su experiencia, y que extienden su jurisdicción a una demarcación muy amplia, superando los partidos judiciales, a fin de dotar de mayor eficacia a la lucha contra el crimen. Vid. VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M. *Fiscal investigador contra juez instructor (La lógica de la investigación criminal)*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2012. Págs. 203 y ss.

la instrucción entre el fiscal investigador y el juez de garantías, ocasiona una consecuencia negativa, puesto que el juez deberá decidir sobre actividades investigadoras del Ministerio Fiscal, en las que no ha participado, “unas actividades que no ha compartido”⁷⁴¹. El citado autor califica de innecesaria esta división de la fase de instrucción y considera discutible la necesidad de reforzar en la misma el principio acusatorio, ya que la distribución de funciones entre el juez de garantías y el fiscal investigador debilita la posición acusadora de éste⁷⁴².

El problema no viene tanto del hecho de que el juez que sigue la investigación sea el mismo que adopta las medidas limitativas de derechos fundamentales, sino de que este decida a su vez sobre la continuación del procedimiento. Puede pensarse que el juez que haya argumentado la existencia de indicios bastantes como para adoptar una medida cautelar o diligencia restrictiva de derechos, llegada la fase intermedia, considerará la existencia de motivos suficientes para la apertura del juicio oral. Pero este dilema se presenta tanto para el actual juez de instrucción como para un hipotético juez de garantías, al que se encomendara también la fase intermedia, pues a ambos corresponde esta competencia. Conviene tener presente que tales medidas cautelares pueden ser modificadas si resultan elementos para ello, y que las circunstancias pueden variar a lo largo de la instrucción. Por otra parte, la adopción de tales medidas o de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, si después los indicios que las fundamentaron fueran desvirtuados por las posteriores actuaciones de investigación, no determinaría el ánimo del juez a la hora de decidir sobre la apertura del juicio oral. En cualquier caso, la atribución del enjuiciamiento a un órgano distinto permite solventar todo problema⁷⁴³.

Cuestión diferente es que se apueste por un concepto distinto de instrucción, que permita dotar de mayor agilidad al procedimiento, al otorgar los actos de investigación al Ministerio Fiscal, como ha ocurrido en el proceso de menores, que ha adaptado este nuevo modelo a nuestra tradición jurídica. Pero hay que partir de que ambos sistemas son constitucionales y posibles en un Estado de Derecho⁷⁴⁴.

Ambas propuestas legislativas atribuyen, pues, al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación, y establecen expresamente que el Ministerio Fiscal debe consignar todas las circunstancias tanto favorables como adversas al encausado (arts. 55 y 56 del BCPP y art. 59 del ALECrím.), consagrando así el principio de imparcialidad en la investigación, para poner fin a las dudas que suscitaba el hecho de que la investigación se encomendara a una parte acusadora. El Ministerio Fiscal, como órgano imparcial,

⁷⁴¹ Vid. TORRES-DULCE LIFANTE, E. “La reforma de la instrucción...” op. cit., en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición...* op. cit., pág. 82.

⁷⁴² Vid. TORRES-DULCE LIFANTE, E. “La reforma...” op. cit., en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición...* op. cit., págs. 83 y ss. TORRES-DULCE LIFANTE considera que la independencia e imparcialidad del juez garantizan la pureza del procedimiento, la igualdad de armas, evita dilaciones indebidas y sana lo que comprometa aquella pureza. Es un derecho y obligación del juez intervenir en la investigación y concurrir al acervo probatorio de cargo y de descargo.

⁷⁴³ En este sentido, PEREZ MORALES, M. G. “Consideraciones...” op. cit., pág. 127.

⁷⁴⁴ En este sentido, FUENTES SORIANO, O. “El Ministerio Fiscal...” op. cit., pág. 37.

debe actuar en defensa de la legalidad con plena objetividad, y por tanto solicitar, cuando proceda, el archivo de la causa o la absolución (art. 59.1 del ALECRim.).

Ante la sospecha fundada de la comisión de un delito, el Ministerio Fiscal debía iniciar y dirigir la investigación para el esclarecimiento de los hechos y la averiguación de los responsables, con las excepciones derivadas del reconocimiento del principio de oportunidad, interesando del juez de garantías la adopción de las medidas cautelares que procedan. Pero, además de esta nueva competencia el Ministerio Fiscal, mantenía sus funciones tradicionales de ejercitar la acusación, velar por el respeto de los derechos de las víctimas, particularmente por la defensa de los menores e incapaces, y de asegurar el respeto a los derechos de todas las partes y la independencia de los órganos judiciales (art. 57 del ALECRim.).

Se produce, pues, una acumulación de funciones en el Ministerio Fiscal, como ya se puso de manifiesto en el proceso de menores, que sitúa a este órgano en una difícil posición, pues debe actuar como investigador, con observancia del principio de imparcialidad, durante la fase de instrucción, velar por el respeto de los derechos de las partes, y asumir durante la fase de juicio oral el ejercicio de la acusación, si procediera, adoptando pues diversas posiciones en las distintas fases del procedimiento.

El Ministerio Fiscal podría llevar a cabo por sí u ordenar a la policía judicial la práctica de las actuaciones investigadoras para las que la ley no exige la autorización judicial (art. 56 del ALECRim.), e impartir a aquélla órdenes e instrucciones de obligado cumplimiento (art. 437 del ALECRim.)⁷⁴⁵. El ALECRim. establecía una dependencia funcional de la policía judicial respecto de la fiscalía, de forma que debía actuar bajo el control del Ministerio Fiscal en el ejercicio de su actividad investigadora (art. 443 del ALECRim.)⁷⁴⁶. Por su parte, el BCPP disponía la integración de la policía judicial dentro del Ministerio Fiscal, de forma que la FGE podría dictar circulares e instrucciones para el funcionamiento de la misma, y los funcionarios de la policía judicial tendrían el carácter de comisionados del Ministerio Fiscal, y podrían requerir el auxilio de las autoridades (art. 80 y ss del BCPP)⁷⁴⁷. Esta previsión del BCPP ha sido objeto de

⁷⁴⁵ El Código Procesal Penal peruano de 2004 también confiere la dirección de la investigación de la denominada investigación preparatoria al Ministerio Fiscal, de forma que éste debe practicar por sí mismo o puede ordenar a la policía la práctica de las diligencias de investigación necesarias, siempre que no tengan carácter jurisdiccional (art. 332.1).

⁷⁴⁶ En este sentido, TORRES-DULCE LIFANTE considera que la creación de una policía judicial dependiente funcionalmente de la fiscalía es una exigencia de credibilidad y de eficiencia. Vid. TORRES-DULCE LIFANTE, E. "La reforma..." op. cit., en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición...* op. cit., pág. 86.

⁷⁴⁷ En el derecho francés se articula una particular relación entre la fiscalía y la policía judicial. En determinados supuestos, como son los delitos cometidos in fraganti, la investigación preliminar, muertes sospechosas o desapariciones de personas, el procedimiento de investigación es desarrollado bajo el impulso y control del fiscal de la República por los oficiales y agentes de policía judicial (art. 15 del CPP) El fiscal de la República dirige a la policía judicial, atribuyéndole la facultad de instar una investigación preliminar o de un delito flagrante (art. 12). El Fiscal General adscrito a la Corte de Apelación lleva un control sobre las aptitudes de los oficiales de la policía judicial de su ámbito y puede retirar o suspender a un oficial la habilitación para ejercer funciones de policía judicial (art. 16). La Sala de Instrucción conoce de las peticiones de sanción de los oficiales de policía judicial (art.227) El fiscal de la República, como director de la policía judicial en su investigación, puede instar las actuaciones que

algunas objeciones por parte de la doctrina ante las dudas que suscita la nueva configuración de la policía judicial, por lo que se ha entendido que sería más conveniente adoptar medidas para garantizar la independencia funcional de la policía respecto del poder ejecutivo, sin alterar su dependencia orgánica⁷⁴⁸.

Las resoluciones en que se debían plasmar las decisiones del Ministerio Fiscal adoptarían la forma de decretos o diligencias. En términos generales, el fiscal debería dictar decretos para iniciar o poner fin al procedimiento, acordar la práctica de diligencias de investigación o aseguramiento, instar alguna medida o diligencia del juez de garantías, imponer una sanción y demás actuaciones que requieran motivación; y diligencias, para dar al procedimiento el curso que corresponda, dirigir comunicaciones a las partes o a terceros o reflejar actos con trascendencia en el procedimiento (art. 122 del ALECrím., arts. 126 y 128 del BCPP).

Una cuestión que fue controvertida en el diseño de este nuevo modelo procesal es si debía establecerse un régimen de monopolio por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal, al estilo de algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Ya hemos visto como en la LORPM se trató inicialmente de excluir la acusación particular y popular, a fin de evitar que la actuación del perjudicado pudiera frustrar el interés del menor y la finalidad educativa del procedimiento. No obstante, las nuevas corrientes tendentes a dotar de mayor protagonismo a las víctimas, influyeron en la reforma operada por LO 15/2003, que dio entrada a la acusación particular en el proceso de menores (art. 25 de la LOPRM), si bien se mantiene la exclusión de la acusación popular. En la jurisdicción de adultos, los textos prelegislativos han optado por mantener tanto una como otra acusación (arts. 473 y ss. del ALECrím. y arts. 65 y ss. del BCPP)⁷⁴⁹.

Si el Ministerio Fiscal niega la condición de víctima de alguna persona, éste podrá solicitar del juez de garantías que acepte su personación mediante la impugnación del decreto que la hubiera denegado (art. 473 del ALECrím. y art. 28 del BCPP). En cuanto a la acusación popular, se establece un control judicial, para verificar que la intervención obedece a la finalidad de contribuir a la defensa del interés público, de modo que se permite al Ministerio Fiscal o a la defensa solicitar al juez de garantías la exclusión de la acusación popular en caso de fraude procesal o abuso de derecho (art.

tenga por conveniente, recibir querellas o denuncias, o requerir la asistencia de la fuerza pública en el ejercicio de sus funciones, sustituyendo al oficial de policía judicial presente en el lugar de la comisión del delito en caso de delitos flagrantes (art. 68). Vid. FOURMENT F. *Procédure...* op. cit., págs. 68 y ss.

⁷⁴⁸ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L. “El fiscal investigador en el borrador de Código Procesal Penal de 2013: algunos aspectos problemáticos. (1)”. *Diario la ley, n° 8205, Sección Tribuna, 4 de diciembre de 2013, año XXXIV. Ref. D-415, Editorial la ley*. Pág. 3

⁷⁴⁹ El ALECrím. reserva la acusación particular y la acción civil a los ofendidos y a los perjudicados directos, en los términos de los arts. 473 y ss., conforme a la noción de víctima propia del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar que se introduzcan en el proceso penal intereses económicos de terceros ajenos a su objeto principal, debiendo concretar si se ejerce únicamente la acción penal o también la acción civil (art. 77.2 del ALECrím.). En ningún caso procede la retroacción de actuaciones (art. 77.1 del ALECrím.). Como novedad, se establece la prohibición de ostentar la doble condición de acusador y encausado, de modo que no podrá intervenir como pare acusadora aquél contra el que se haya decretado la apertura del juicio oral (art. 40 del ALECrím.).

476 del ALECrím.)⁷⁵⁰.

En el proceso de menores, la investigación por el fiscal planteó algunas dificultades prácticas por la ausencia de un letrado de la administración de justicia adscrito a las fiscalías de menores. El ALECrím. atribuía tales funciones a los letrados de la administración de justicia del servicio común procesal que corresponda, a los que se encomendaban las funciones de custodiar bajo su responsabilidad el procedimiento de investigación, recibir e incorporar al expediente los decretos del Ministerio Fiscal y escritos de las partes, y dejar constancia de las actuaciones mediante diligencias, entre otras competencias (art. 117 del ALECrím.). El texto parece vincular esta reforma a la entrada en vigor de la nueva oficina judicial, que actualmente se está implantando progresivamente en las distintas Comunidades Autónomas, con la idea de que para la fecha en que estaba prevista su entrada en vigor, en caso de llegar a aprobarse, ya se habría acometido tales reformas estructurales.

La investigación comprende tres fases: la investigación preliminar, la investigación principal y la investigación complementaria. La investigación preliminar es la que se produce cuando no se ha identificado un posible responsable, por lo que sólo tendría lugar en casos que requirieran de esta actividad indagatoria previa. La investigación principal constituye el núcleo de la actividad instructora, pues es la que deriva del acto de primera comparecencia, con intervención del investigado al que ya se han comunicado los hechos punibles y su posible calificación jurídica. Finalmente, la investigación complementaria es una fase eventual que tiene lugar cuando las diligencias denegadas por el Ministerio Fiscal sean solicitadas de nuevo ante el juez de garantías.

De igual modo que ya vimos para la jurisdicción de menores, el Ministerio Fiscal, como director de la investigación, es el único destinatario de la *notitia criminis*, de modo que una vez recibida la denuncia o atestado o mediante una decisión de oficio, debía dictar el decreto inicial de incoación de la investigación, cuando los hechos revistieran apariencia de delito y concurrieran los presupuestos de procedibilidad, dando traslado inmediato juez de garantías (art. 430 del ALECrím. y art. 242 del BCPP). Pero la diferencia esencial respecto del proceso de menores es que se exige que si el fiscal decide no iniciar la investigación, también se asigne un juez de garantías a fin de permitir la impugnación de dicha decisión (art. 430 del ALECrím.)⁷⁵¹.

Sin embargo, en el caso de que, recibido el atestado o la denuncia, los hechos no

⁷⁵⁰ Vid. Exposición de Motivos del ALECrím. Apartados XX a XXIII. En cuanto a la acusación popular, excluida tanto en el proceso de menores como en el derecho comparado, se establece una triple limitación: unos límites subjetivos, excluyendo a las personas jurídicas públicas, los partidos políticos y los sindicatos; unos límites objetivos, que se refieren a los tipos delictivos en los que se admite, que son aquéllos en que se tutelén bienes públicos o colectivos.

⁷⁵¹ El ALECrím. se inspira en el derecho alemán, en que la fiscalía es la “reina del procedimiento”, de forma que decide cuando se inicia una investigación, careciendo el juez de facultades al respecto. No obstante, cuando la fiscalía archiva un caso por falta de indicios suficientes, el perjudicado puede solicitar la revisión de esta decisión por la Fiscalía General. Si ésta confirma la decisión, podría dirigirse al *Oberlandesgericht* (Información de la Fiscalía Federal General del Estado de Hamburgo).

fueran constitutivos de infracción penal o se hubiera extinguido la responsabilidad penal, podría dictar decreto de archivo, sin iniciar la investigación (art. 457 del ALECRim.)⁷⁵². El fiscal no estaba obligado a iniciar la investigación en todo caso, ya que podía acordar la remisión a mediación penal o bien el archivo por razones de oportunidad, en los casos en que así procediera, a los que nos referiremos más adelante. Por otra parte, el BCPP permitía archivar la denuncia sin abrir la investigación cuando el hecho fuera constitutivo de un delito contra el patrimonio sin violencia ni intimidación y no fuera presumible la identificación de los responsables (art. 242 del BCPP).

La doctrina se plantea, como ya indicaba MINGO BASAIL a propósito de la jurisdicción de menores, si esta función encomendada al fiscal, no entraña el ejercicio de funciones jurisdiccionales que la ley reserva a los órganos judiciales, en cuanto supone una calificación de los hechos denunciados⁷⁵³. Dicha objeción se obvia estableciendo, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción de menores, un control judicial de la actuación del fiscal en este momento inicial, pues contra el decreto del fiscal archivando la denuncia, cabía impugnación ante el juez de garantías, que podría ordenar la incoación del procedimiento, siendo su resolución irrecurrible (art. 459 del ALECRim.). También podía el juez de garantías sobreseer el asunto ante la manifiesta falta de relevancia penal del hecho (art. 462 del ALECRim. y art. 241 del BCPP), de modo que, a diferencia de lo que ocurría en la jurisdicción de menores, se preveía un control judicial del inicio de la investigación⁷⁵⁴.

Dada la prohibición de investigaciones genéricas establecida en el art. 428 del ALECRim., se preveía la necesidad de que tuviera lugar al principio de la investigación la delimitación fáctica del procedimiento en el decreto inicial del fiscal, que debería contener una breve narración de los hechos denunciados y su calificación jurídica provisional, sin perjuicio de su concreción o posible ampliación a lo largo de la investigación (art. 457 del ALECRim., arts. 245 y ss. del BCPP).

Durante el procedimiento de investigación, el Ministerio Fiscal sólo debía practicar aquellas diligencias que resulten imprescindibles para adoptar una decisión fundada sobre el ejercicio de la acción penal (art. 427 del ALECRim.). El ALECRim. configuraba un acto imprescindible, que era la primera comparecencia del investigado, a la que se otorgaba la función garantista que en la actual legislación atribuye a la imputación. Esta primera comparecencia venía a ser la comunicación provisional de los

⁷⁵² No debe confundirse el decreto del fiscal de no haber lugar a la investigación, que procede cuando entiende que los hechos no son constitutivos de delito (art. 458 del ALECRim.), con el archivo del procedimiento, pues éste último tiene lugar tras haber practicado actos de investigación sin obtener indicios suficientes para ejercer la acusación contra una persona determinada.

⁷⁵³ Vid. MINGO BASAIL, M. L. "La experiencia..." op. cit., págs. 80 y ss.

⁷⁵⁴ El BCPP extiende el control del juez de garantías sobre la investigación del fiscal, en los casos en que el procedimiento se inicie en virtud de querrela, en caso de impugnación, a la posibilidad de dictar auto de sobreseimiento en caso de que entienda que los hechos no son constitutivos de delito, no resultan verosímiles, o no son perseguibles, o bien de acordar la apertura de la investigación en caso de que se cumplan dichos requisitos (art. 258).

cargos, que se desarrollaría ante el fiscal, sin intervención judicial⁷⁵⁵. En ella el fiscal debía informar al encausado de los hechos que se le imputaban y de los derechos que le asistían, con carácter vinculante para el propio acusador, para que pudiera ejercitarse el derecho de defensa, pues cualquier ampliación objetiva o subjetiva que requiriese el curso de la investigación exigiría su traslado inmediato con una nueva comparecencia (arts. 59.3 y 464 del ALECrím.)⁷⁵⁶.

JIMÉNEZ CONDE considera que es el juez el que debe realizar la imputación formal, si bien es necesario permitir que el fiscal lleve a cabo una imputación inicial, “lata”, del sospechoso, tratándole como tal a fin de que sea respetado su derecho de defensa⁷⁵⁷.

El texto del ALECrím. distinguía esta comparecencia de la declaración del investigado, que solo tendría lugar en dicho momento si así lo deseaba expresamente. Esta comparecencia no debía producirse necesariamente en un estadio inicial, pues posiblemente sería necesario practicar con carácter previo algunas diligencias de averiguación, de modo que bastaba con realizarla en un momento posterior de la investigación, siempre que ello no impidiera al investigado proponer lo que conviniera a sus intereses. Pero se establecía un sistema de sanción judicial para el caso de que dicha comparecencia se retrasara injustificadamente, pudiendo dar lugar incluso en algunos

⁷⁵⁵ Como exponen LOPEZ ORTEGA y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, en el modelo originario de la LECrím. de 1882, el traslado de los cargos se producía en el auto de procesamiento, de forma que hasta ese momento la investigación podía desarrollarse al margen de la intervención del investigado. Si bien dicho auto debía dictarse tan pronto como existieran indicios racionales de criminalidad, lo cierto es que en la práctica el dictado del mismo se solía relegar al momento final. Por tanto, se convirtió en el acto a través del cual el juez verificaba la existencia de elementos de cargo para pasar a la fase intermedia. Para evitar que esto ocasionara indefensión, la ley 53/1978, de 4 de diciembre, anticipó la intervención del imputado a la actividad instructora, distinguiendo entre una imputación formal, propia del procesamiento, y la imputación implícita en algunos actos procesales, que obligaban a comunicar la causa al investigado. Esta imputación formal podía derivar incluso de la mera admisión a trámite de una denuncia. De esta forma se distinguía entre la imputación formal, que se había convertido en la antesala de la fase intermedia, y la imputación inicial, introducida por la ley 53/1978, que venía a ser un acto de garantía, pues al dar la condición de parte pasiva, se permitía el ejercicio del derecho de defensa. La regulación del procedimiento abreviado terminó por consolidar esta distinción, pues el auto de procedimiento abreviado se configura como aquel que pone fin a la instrucción y abre la fase intermedia, en que debían delimitarse los hechos y las personas responsables. La imputación inicial debía producirse, sin embargo, en una primera comparecencia, por aplicación del art. 118 en relación con el art. 775 de la LECrím. Ante esta situación, el ALECrím., impone la obligación del fiscal de trasladar los cargos provisionales al investigado en cuanto existan indicios de criminalidad contra el mismo. Al carecer este traslado de toda intervención judicial, carecía de efectos estigmatizantes, y su finalidad era principalmente la de dar paso al derecho de defensa. La comparecencia se quiso distinguir claramente de la declaración del investigado, sin perjuicio de que pudieran producirse en el mismo acto. Vid. LOPEZ ORTEGA, J. J. y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I. “El proceso penal como sistema de garantías (III): la contradicción previa al juicio en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código procesal penal”. *Diario la ley, nº 8111, sección doctrina, 24 de junio de 2013, año XXXIV, Ref. D-238, editorial la ley*. Págs. 8 y ss.

⁷⁵⁶ Del acta de esta primera comparecencia debe remitirse copia al juez de garantías para que este pudiera controlar los plazos de la investigación (art. 465 del ALECrím.).

⁷⁵⁷ Vid. JIMENEZ CONDE, F. “El juez de garantías ¿Qué funciones corresponderían a este órgano jurisdiccional? ¿Sería uno de los ya existentes o habría que crear uno nuevo? ¿Con qué demarcación?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCON INCHAUSTI, F. (dirs.) *La atribución... op. cit.*, pág. 217.

casos al sobreseimiento de la causa (art. 531 del ALECrím.). En los casos de detención, la comparecencia tendría lugar de forma inmediata⁷⁵⁸. El investigado podría nombrar abogado desde esta primera comparecencia o, en su caso, desde el momento de la detención.

Por su parte, el BCPP establecía que desde que resultaran indicios contra una persona, el fiscal debía citarle a una comparecencia, en que le comunicaría la imputación, haciéndosele saber en el momento de la citación los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten (arts. 260 y ss.), regulándose seguidamente la declaración en calidad de investigado. El derecho a nombrar abogado le asistía desde que el procedimiento se dirigía contra él (art. 8 del BCPP)⁷⁵⁹.

2.2.2. Las funciones del juez de garantías.

Al igual que en la LORPM, el fiscal no puede realizar por sí mismo determinadas actuaciones, de modo que en caso de que las requiera la investigación, el fiscal debe solicitar autorización del juez de garantías, ante el que debe presentar los elementos que justifican su necesidad⁷⁶⁰.

La nueva figura del juez de garantías, tiene reservadas aquellas actuaciones que

⁷⁵⁸ MORENO CATENA define la imputación como la atribución a una persona de la participación criminal en hechos concretos, que revisten apariencia delictiva. Implica una doble concreción, subjetiva y objetiva, por la que se somete a enjuiciamiento unos hechos concretos y una persona determinada. La existencia de una imputación es un presupuesto básico del proceso, puesto que sin ella no se puede abrir el juicio, ya que no se puede dirigir la acusación contra una persona en concreto. A través de la imputación, se identifica el procedimiento, y se permite al encausado conocer el contenido del proceso y las razones de su apertura, así como ejercitar el derecho de defensa. La imputación atribuye la condición de parte pasiva al imputado y delimita el objeto del procedimiento penal. A través de la imputación se evita la *inquisitio generalis* contra un ciudadano, es decir, que se abra un procedimiento penal a sus espaldas y que éste pueda extender su objeto a cualquier hecho. Esto es aplicable no sólo a las actuaciones judiciales, sino también a las diligencias que realice cualquier órgano público, es decir, la policía judicial o el Ministerio Fiscal. Vid. MORENO CATENA, V. “La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, J.V. MORENO CATENA, V. Y TORRES-DULCE, E. *La posición...op. cit.*, págs. 71 y ss.

⁷⁵⁹ La doctrina ha entendido que el BCPP, no contempla un trámite equivalente a la comparecencia del art. 464 del ALECrím., dentro de la regulación del procedimiento, sino que regula simplemente la diligencia de declaración del encausado. Se censura que formulación de cargos se confunda con la declaración. Mientras en el ALECrím. el incumplimiento podía llevar incluso al archivo en algunos casos. Sin embargo, en el BCPP, no se contemplaba ninguna sanción frente a la dilación indebida, por lo que el instructor podría retrasar el traslado inicial de los cargos a un momento posterior, en perjuicio del derecho de defensa. Vid. LOPEZ ORTEGA, J.J y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I. “El proceso penal como sistema de garantías (III)...” op. cit. págs. 8 y ss.

⁷⁶⁰ En el derecho alemán, la fiscalía debe solicitar al juez la adopción de las medidas limitativas de derechos. No obstante, en caso de urgencia, puede adoptar por sí misma determinadas medidas, si bien es necesaria la posterior ratificación judicial. El sospechoso puede solicitar la revisión de la resolución judicial sobre tales extremos ante el mismo juez que la hubiera dictado, y en caso de que éste confirme su decisión, la misma puede ser impugnada ante el Tribunal correspondiente (Información de la Fiscalía Federal General del Estado de Hamburgo).

implican limitación de los derechos fundamentales, o revisten naturaleza jurisdiccional, como la adopción de medidas cautelares, la autorización de diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales, y otras funciones como el control de la relevancia penal del hecho investigado y de la duración del procedimiento, el complemento de la investigación y el aseguramiento de las fuentes de prueba.

La práctica de prueba anticipada y preconstituida, al igual que en la jurisdicción de menores, es una actuación reservada al juez de garantías, a petición de parte o del fiscal (arts. 377 y ss. del BCPP y art. 136 del ALECrím.), pues sólo con intervención del órgano judicial es posible practicar actos con valor probatorio⁷⁶¹.

La declaración del secreto de actuaciones era una actuación que el modelo diseñado por la legislación de menores reservaba al juez de garantías. Sin embargo, el ALECrím. atribuye esta función al Ministerio Fiscal, estableciendo taxativamente los supuestos en que procede, y encomendando, sin embargo, al juez la fijación del plazo de la posible prórroga (art. 485 del ALECrím.). Del mismo modo, el BCPP atribuyó al fiscal la decisión sobre el secreto de actuaciones (arts. 136 y ss.).

En el ALECrím., las funciones de juez de garantías se encomendaban a un magistrado de la sección de investigación de los Tribunales de Instancia, que no podría intervenir en las fases posteriores del procedimiento, y en el BCPP a los denominados tribunales de garantías. La diferencia fundamental estriba en que mientras en el ALECrím. el juez de garantías no podría conocer de la fase intermedia, en el BCPP acumulaba ambas competencias.

2.2.2.1. Las medidas cautelares.

La decisión sobre las medidas cautelares quedaba reservada al juez de

⁷⁶¹ En este sentido, GONZÁLEZ MONTES advierte que el fiscal no puede producir pruebas, sino que su actividad está dirigida a localizar fuentes de prueba. Por lo tanto, cuando surge la necesidad de prueba anticipada, tal y como recomendaba la Circular de FGE 1/1989, habrá que acudir a la autoridad judicial. QUINTERO OLIVARES aclara que la intervención del fiscal en el acto de prueba anticipada, deberá ser la propia de una parte, interviniendo en el interrogatorio junto con las demás partes. Estos actos de prueba anticipada y preconstituida acceden al juicio a través de las actas que reflejan su realización. Según explica PANTOJA GARCÍA, el régimen sería el mismo que el actual, puesto que deben realizarse a instancia del fiscal o de las partes, previa resolución judicial, con las debidas garantías, ante el juez, con plena eficacia de las acusaciones y defensa para su posterior validez en el acto de juicio. En este mismo sentido, ASENSIO MELLADO, estima que estos actos deben ser reproducidos en el juicio oral mediante su lectura, siempre que se hayan practicado con todas las garantías. Vid. GONZALEZ MONTES, J.L., QUINTERO OLIVARES, G., PANTOJA GARCÍA, F., ASENSIO MELLADO, J.M. “¿Cómo debería regularse la introducción en el proceso del resultado de las diligencias de investigación practicadas por el fiscal, en caso de concedérsele legalmente la dirección de la investigación en el proceso? ¿Cuál debería ser su intervención en cuanto a la prueba anticipada y preconstituida?” en BACIGALUPO, E. GIMENO SENDRA, J.V. MORENO CATENA, V. TORRES-DULCE, E. (dirs.) *La posición...* op. cit., pags. 126 y ss.

garantías⁷⁶². Se consagra el principio acusatorio, también para la fase de instrucción, pues la adopción por el tribunal de medidas restrictivas de derechos fundamentales con finalidad investigadora o cautelar, no puede tener lugar de oficio por el juez (art. 3 del BCPP).

Por lo que respecta a las medidas cautelares personales, el ALECRim. encomendaba la adopción de las mismas al juez de garantías, previa petición del Ministerio Fiscal o de cualquier otra parte. Durante la fase de investigación, la regla general era que sólo el Ministerio Fiscal podía solicitarlas, si bien se permitía a las víctimas instar determinadas medidas de protección, como la de alejamiento⁷⁶³. La solicitud debía concretar los hechos, los indicios y la finalidad que justificaba la petición, acompañar los documentos oportunos, y en caso de provenir del fiscal, los actos de investigación de los que aquellos derivaran (art. 214 del ALECRim.).

Una vez presentada la solicitud, la adopción de cualquier medida cautelar personal requería de la celebración de una comparecencia dentro de las 72 horas siguientes, en la que el fiscal y las partes harían las alegaciones que consideraran oportunas y podrían proponer la práctica de prueba que pudieran realizarse en el acto o dentro de un plazo no superior a 72 horas. Entretanto no fuera posible practicar las mismas, podrían adoptarse medidas cautelares provisionalísimas (art. 215 del ALECRim.). En caso de urgencia, o si no pudiera celebrarse la comparecencia, el juez podría adoptar las medidas cautelares que resultaran inaplazables, convocando la audiencia dentro de las 72 horas siguientes (art. 217 del ALECRim.).

Como regla general se establecía la libertad del investigado, si bien se admitía que, en caso necesario, este fuera puesto bajo control judicial, o que el juez de garantías condicionara la libertad al cumplimiento de determinadas reglas de conducta o a la prestación de una caución (art. 178 del ALECRim.)⁷⁶⁴.

Quedaba igualmente reservada al juez de garantías la adopción de la prisión provisional, (arts. 202 y ss. del ALECRim.), o en su caso, de la prisión atenuada, que es

⁷⁶² JIMÉNEZ CONDE propone que el Ministerio Fiscal pueda adoptar por sí mismo medidas cautelares reales, como pudiera ser la retirada provisional del permiso de conducir en los delitos contra la seguridad del tráfico. Vid. JIMENEZ CONDE, F. “El juez de garantías ¿Qué funciones corresponderían a este órgano jurisdiccional? ¿Sería uno de los ya existentes o habría que crear uno nuevo? ¿Con qué demarcación?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCON INCHAUSTI, F. (dirs.) *La atribución...* op. cit, pág. 217.

⁷⁶³ Sólo las medidas de protección previstas en el art. 186, 187, 191 y 192 del ALECRim. podían ser instadas por las partes, es decir, la prohibición de aproximación o comunicación, la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, la suspensión de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, administración de bienes, o la suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas.

⁷⁶⁴ Se reservaba pues al juez de garantías, la adopción de las medidas cautelares consistentes en el establecimiento de medios electrónicos de localización, la obligación de presentación ante el juez o el fiscal, las prohibiciones u obligaciones de residir o acudir a un determinado lugar, la prohibición de aproximación o comunicación a la víctima o a las personas que se determinen, la sujeción a vigilancia o custodia, la suspensión cautelar de profesión, oficio o cargo o del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, tutela o curatela, y la decisión sobre la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y de género (art. 183 y ss. del ALECRim.).

aquella que, por razones de salud o humanitarias, se cumple en el domicilio o en centro de deshabitación, centro médico o psiquiátrico (art. 210 del ALECrím.).

También el BCPP encomendaba al juez de garantías la adopción de medidas cautelares. La petición podía provenir tanto del Ministerio Fiscal como de las acusaciones. El procedimiento a seguir variaba según el tipo de medida, pues mientras para la adopción de la prisión provisional se requería la celebración de una comparecencia, para las demás medidas cautelares únicamente se exigía dar audiencia a la defensa, lo que podía tener lugar bien mediante comparecencia o bien por escrito (art. 202 del BCPP). El régimen es, por tanto, semejante al establecido en el art. 28 de la LORPM, que permitía al juez de menores la adopción de medidas cautelares personales, previa petición del fiscal, que realizaría dicha solicitud bien de oficio o bien a petición de las partes, y que exigía la celebración de una comparecencia únicamente para la medida de internamiento, mientras que para las medidas no privativas de libertad bastaba oír a las partes por escrito.

En concreto, para la adopción de la prisión preventiva, el borrador exigía, además de la previa petición del Ministerio Fiscal o de parte acusadora (art. 151 del BCPP), la celebración de una comparecencia, si bien en caso de que se hubiera adoptado sin convocar la misma por razones de urgencia, debía ratificarse en el plazo de 72 horas mediante la realización de aquélla (art. 202 del BCPP). Por su parte, los arts. 181 y ss. del borrador se ocupaban del procedimiento para la adopción de otras medidas cautelares privativas de libertad o de derechos⁷⁶⁵.

Debe destacarse la introducción por el BCPP de la medida cautelar de internamiento en centro psiquiátrico, que recuerda al internamiento terapéutico del art. 7.1 d) de la LORPM (arts. 159 y ss. del BCPP). La experiencia demuestra que gran parte de los actos delictivos vienen a ser consecuencia de anomalías o deficiencias psíquicas o graves adicciones, por lo que debe valorarse positivamente la incorporación de esta medida cautelar, reclamada por los prácticos del derecho, que permitiría la adopción en estos casos, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal del internamiento en centro psiquiátrico, cuando existiera un riesgo de comisión de nuevos delitos como consecuencia de la patología que sufra el encausado, siempre que resultara proporcional a la gravedad del delito.

⁷⁶⁵ El BCPP regulaba en el art. 180 y ss. las medidas cautelares relativas a personas físicas: la prestación de caución, la obligación de portar medios telemáticos para su seguimiento, la obligación de salida del territorio nacional o de la Unión Europea, la presentación periódica ante la autoridad judicial, la obligación de comunicar los cambios de domicilio, la prohibición de ausentarse de su residencia o de un lugar determinado, la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima, la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, la suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, o tutela, la inhabilitación para determinadas actividades, la participación en programas formativos, el sometimiento a tratamiento médico, a control periódico o a custodia. La prisión atenuada se regulaba en términos muy similares a los establecidos en el ALECrím., para aquellos casos en que en el centro penitenciario no pudiera atenderse debidamente al encausado, por razón de su grave enfermedad, por ser mayor de setenta años, o su necesidad de tratamiento curativo o rehabilitación, o de riesgo para su seguridad, que podrá cumplirse en el propio domicilio o en centro médico, psiquiátrico o de deshabitación adecuado (art. 158 del BCPP).

El texto aprovechó la ocasión para establecer como medida cautelar el tratamiento ambulatorio o la libertad vigilada para aquellos casos en que la gravedad de los hechos y las circunstancias del autor no justificaban una privación de libertad, pero la comisión del delito respondía a la existencia de un trastorno psíquico o a la adicción al alcohol o a determinadas sustancias. Es una medida que, tomada de la experiencia positiva de la jurisdicción de menores, venía a cubrir un vacío legal con el que se enfrentan los jueces instructores en la práctica, y que contribuiría a adelantar la solución resocializadora a un momento anterior al dictado de la sentencia, poniendo remedio desde el primer momento a las situaciones que han desencadenado la comisión de los hechos delictivos. En este mismo sentido, debe resaltarse la regulación de otras dos medidas cautelares restrictivas de derechos, inspiradas igualmente en las establecidas en el art. 7 de la LORPM: 1) la medida de control médico, que se podría adoptar cuando el encausado padeciera alguna patología psiquiátrica, que en mayor o menor medida hubiera motivado la comisión de los hechos delictivos, previo informe forense o de la institución adecuada (art. 197 del BCPP); y 2) el sometimiento a custodia, que implicaba poner al encausado bajo la vigilancia y cuidado de una persona o institución adecuada (art. 198 del BCPP), también recogida por el ALECRim.

La detención, sin embargo, podía ser adoptada por el Ministerio Fiscal, igual que ocurre en la jurisdicción de menores (art. 17 LORPM). En ambos textos prelegislativos se regulaban los distintos supuestos de detención policial, judicial o por el fiscal⁷⁶⁶. El ALECRim. autorizaba al Ministerio Fiscal a ordenar la detención en determinados supuestos, debiendo, en el plazo de 48 horas, acordar la libertad del detenido o la puesta a disposición judicial (art. 168 del ALECRim.). Al ser el fiscal el director de la investigación, en los casos de detención policial, la policía debía poner la detención en conocimiento del fiscal, que podría acordar la libertad. En otro caso, en el plazo de 48 horas, el detenido debería ser puesto a disposición del Ministerio Fiscal, que dentro de las 24 horas siguientes podría ponerlo en libertad o a disposición de la autoridad judicial (art. 170 del ALECRim.)⁷⁶⁷.

El BCPP regulaba la detención en términos similares. El plazo para que la

⁷⁶⁶ La detención puede ser adoptada por la policía, por el juez, por el Ministerio Fiscal o, incluso, por el particular que haya presenciado la infracción, en los supuestos legalmente establecidos. El art. 165 del ALECRim. establecía los casos en que procedía la detención, disponiendo que en el plazo de 72 horas el detenido debería ser puesto en libertad o a disposición judicial, si bien en las investigaciones relacionadas con organizaciones criminales y delitos de terrorismo, se admitía una prórroga, que debería ser autorizada por el juez de garantías, que no podría exceder como máximo de 48 horas (art. 167 del ALECRim.). Esta previsión es similar a la establecida en el derecho francés, que, para delitos cometidos por bandas armadas y organizaciones criminales (de tráfico de drogas, asesinato, actos de barbarie, secuestros, trata de seres humanos, proxenitismo, falsificaciones, hurto, estafa, ayuda a la entrada, permanencia y circulación de extranjeros irregulares, blanqueo de capitales) admite que la detención se prorrogue dos veces por 24 horas en cada ocasión, por el juez de libertades. En caso de terrorismo, se admite una prórroga suplementaria de 24 horas más. En estos casos, respecto a la presencia de abogado, puede diferirse 24 horas desde la decisión del fiscal de la República de detención. Vid. FOURMENT, F. *Procédure...* op. cit., págs 124 y ss.

⁷⁶⁷ Sin embargo, corresponden a la autoridad judicial conforme al art. 45 del ALECRim., las requisitorias para llamamiento y busca en los supuestos de ausencia del investigado. Por último, la decisión sobre la incomunicación del detenido, corresponderá al juez de garantías a petición del Ministerio Fiscal (arts. 174 y ss. del ALECRim.).

detención se comunicara al Ministerio Fiscal sería de 24 horas, y dentro de las 24 horas siguientes, el fiscal debía dictar decreto acordando la libertad o la puesta a disposición judicial, que tendría que producirse en el plazo máximo de 72 horas desde la detención policial (arts. 163 y 164 del BCPP)⁷⁶⁸. En caso de que la detención hubiera sido acordada por el fiscal, la policía pondría a su disposición al detenido, y el fiscal, en el plazo de 72 horas, debería ponerlo en libertad o a disposición del juez de garantías, ante el que podría solicitar prisión preventiva u otras medidas cautelares (art. 165 del BCPP).

2.2.2.2. Diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales.

La decisión sobre las diligencias restrictivas de derechos fundamentales queda también reservada al juez de garantías. A diferencia del proceso de menores, en que la legislación se limitaba a establecer de forma genérica que todos aquellos actos de investigación que implicasen limitación de los derechos fundamentales del menor expedientado debían ser autorizados judicialmente, a petición del fiscal o de las partes, para la jurisdicción de adultos, los textos prelegislativos se ocuparon de regular detalladamente cuáles de tales diligencias se entienden reservadas al juez y cuáles al fiscal. Esto se debe a que la LORPM realizaba una remisión genérica con carácter supletorio a la LECrim. En cambio, las nuevas propuestas legislativas tratan de ofrecer un cuerpo procesal completo, aprovechando para contemplar determinadas diligencias que el legislador del año 1882 no pudo tener presentes o dar una regulación más completa a otras ya reguladas.

Así, queda reservada al juez de garantías, entre otras, la autorización de la entrada y registro en lugar cerrado, la intervención de las comunicaciones, las intervenciones corporales, la identificación mediante obtención de marcadores de ADN, el análisis de muestras, la utilización de tales muestras con fines terapéuticos o de investigación biomédica. La solicitud debía realizarla en todo caso el fiscal, bien de oficio, o bien a petición de las partes, acompañando los documentos y los elementos de la investigación que la justificaran, y contra la resolución denegatoria podría interponer recurso de reforma (art. 490 del ALECrím.).

En cuanto a la intervención de las comunicaciones, en la jurisdicción de menores, como vimos, se cuestionó el alcance de la competencia del juez de garantías, surgiendo dudas sobre si debía limitarse a autorizarlas o le correspondía intervenir en su práctica. Siendo el mismo juez de garantías el competente para el enjuiciamiento, su

⁷⁶⁸ La prórroga del plazo de la detención, cuando la policía deba practicar más diligencias urgentes, se solicitaría al fiscal por un plazo de 24 horas más, o de 48 horas, en caso de organización criminal (art. 164 del BCPP). El tribunal de garantías también podría acordar la detención en los supuestos de quebrantamiento de una pena de prisión o cuando no se haya ingresado voluntariamente en centro penitenciario, o bien cuando fuera necesario para asegurar la celebración del juicio o su presencia en una comparecencia (art. 166 del BCPP).

conocimiento del desarrollo de estas diligencias planteaba algunos problemas. En la jurisdicción de adultos, la distinción entre juez de garantías y juez sentenciador zanja las cuestiones que en aquella se planteaban desde la perspectiva del juez imparcial⁷⁶⁹. Por lo que respecta a la entrada y registro en domicilio y lugar cerrado, una vez autorizada por el juez de garantías, el registro se efectuaría por el fiscal, asistido de la policía judicial, en quién podría delegar (arts. 334 y ss. del BCPP).

Se requiere también autorización judicial para la obtención de las historias clínicas del investigado (arts. 415 a 418 del ALECrím. y art. 359 del BCPP). Sin embargo, las diligencias que abarca la clásica denominación de “cuerpo del delito”, tales como la cadena de custodia, la destrucción y realización anticipada de efectos, la autopsia, la exhumación de un cadáver, la reconstrucción de hechos o la inspección ocular, se consideran al margen de la esfera de derechos fundamentales del investigado, por lo que correspondían al Ministerio Fiscal, al que también se encomendaba la declaración de testigos y peritos (arts. 349 y ss. del ALECrím., arts. 360 y 353 y ss. del BCPP)⁷⁷⁰.

El ALECrím. cerraba el debate doctrinal acerca de si la práctica de la rueda de reconocimiento debía quedar también reservada al juez de garantías, pues se establecía expresamente que correspondería acordarla al Ministerio Fiscal⁷⁷¹. En cuanto a las inspecciones e intervenciones corporales, dependiendo de la entidad de las mismas, se pueden realizar por la propia policía judicial o se requería la autorización del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial (arts. 245 y ss. ALECrím.). También las vigilancias y seguimientos son objeto de un régimen distinto según los casos⁷⁷².

⁷⁶⁹ El BCPP solventaba dicha cuestión estableciendo que, una vez acordada, la observación y detención correspondía a la policía judicial, o al responsable de la empresa, informando al fiscal del desarrollo de la medida, y la transcripción de los pasajes y que las grabaciones íntegras debían ponerse por la policía a disposición del fiscal. El fiscal debía informar al juez de garantías del desenvolvimiento y resultados de la diligencia (arts. 301 y ss. del BCPP). La apertura de la correspondencia correspondería al fiscal, que debía realizarla en una comparecencia, en presencia del encausado, asistido de letrado, y del destinatario, debiendo el juez o fiscal excluir la información que resultara irrelevante para la investigación (arts. 317 y ss. del BCPP). El cese de la intervención tenía lugar cuando se cumpliera el plazo, o cuando lo dispusiera el fiscal, informando al juez de garantías.

⁷⁷⁰ Así, se atribuye al Ministerio Fiscal la inspección ocular y la reconstrucción de hechos, y a su disposición se pondrían los efectos del delito, cuya destrucción puede solicitar el fiscal al juez de garantías. Es el fiscal quién debería acudir al levantamiento del cadáver en los supuestos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, si bien pudiendo delegar en el médico forense y también el fiscal podría ordenar al médico forense que no se practicara la autopsia conforme al art. 368 del ALECrím. cuando pudiera dictaminarse la causa de la muerte (arts. 353 y ss. del ALECrím). Según el BCPP es al fiscal a quién correspondería la decisión sobre la práctica de la autopsia o de la exhumación del cadáver (arts. 362 y 363 del BCPP). También podría acordar por sí la recogida, incautación y aseguramiento de los efectos del delito (arts. 356 y ss. BCPP). En cuanto a las declaraciones de testigos, la protección de testigos quedaba reservada al juez de garantías (arts. 377 y ss. del BCPP).

⁷⁷¹ La rueda de reconocimiento debía realizarse en presencia del fiscal, aunque podría delegar en un funcionario, y solo debía llevarse a cabo en los casos en que resultara estrictamente necesaria para la identificación del autor y existan elementos suficientes para sospechar de una persona (arts. 239 y ss. del ALECrím.) atribuyendo también al fiscal el reconocimiento por imágenes grabadas (art. 242 del ALECrím.).

⁷⁷² En cuanto a las inspecciones e intervenciones corporales, según el régimen contenido en el ALECrím., las primeras podrían ser realizadas por la propia policía judicial, si bien cuando fuera preciso

La declaración del investigado se realizaría, en su caso, ante el Ministerio Fiscal y no tendría más valor que el de un acto de investigación, si bien las partes podrían solicitar testimonio a fin de utilizarlo para poner de manifiesto las contradicciones en las que incurriera el investigado en su declaración en el juicio oral⁷⁷³. Ambos textos permitían al encausado solicitar al fiscal prestar declaración cuantas veces lo deseara, estando el fiscal obligado a recibirla (arts. 261 y ss. del BCPP y art. 249 del ALECrím.). Según el BCPP el investigado sería informado con carácter previo a su declaración de sus derechos y de los hechos que se le imputaban (art. 261 y ss. del BCPP), ya que en el mismo no se regulaba una comparecencia similar a la prevista en el art. 464 del ALECrím.⁷⁷⁴.

2.2.3. Los límites temporales a la investigación.

examen radiológico, sería necesaria la autorización del Ministerio Fiscal y cuando se requiriera la exploración de las cavidades vaginal o rectal, sería necesaria autorización judicial, en defecto del consentimiento del investigado. En cuanto a las intervenciones corporales que conllevaran extracción de sustancias o toma de muestras del cuerpo humano, si eran leves, era suficiente la autorización del fiscal, y en caso de que fueran graves, requerirían autorización judicial. (arts. 255 y ss. del ALECrím.). En el BCPP, los registros corporales externos podía realizarlos la propia policía judicial con las debidas cautelas, incluso contra la voluntad del afectado (art. 281 del BCPP). El examen radiológico, sin embargo, requería que la policía judicial contara con el consentimiento del sospechoso, y en su defecto, el fiscal debía recabar autorización del juez de garantías (art. 282 del BCPP). Una garantía adicional se exigía en caso de ser necesario el examen de las cavidades vaginal y rectal, que requería que el fiscal solicitara autorización judicial, incluso en caso de que mediara consentimiento del afectado (art. 283 del BCPP). Por lo que respecta a las diligencias policiales de observaciones y vigilancias, que pueden desarrollarse en la vía pública y en otros espacios abiertos, si eran sistemáticas, el ALECrím. establecía que no podían realizarse por la policía por su propia autoridad, pero no se requería autorización judicial, sino del Ministerio Fiscal (arts. 314 y ss. del ALECrím.). Por su parte, el BCPP, disponía que la colocación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de conversaciones privadas requería autorización por el tribunal de garantías a petición del fiscal (arts. 320 y ss. del BCPP). Sin embargo, la captación de imágenes podía realizarse por el fiscal por sí mismo si concurrían determinados presupuestos (art. 322 del BCPP). Para las vigilancias policiales del sospechoso, cuando éstas tuvieran una duración superior a treinta y seis horas ininterrumpidas, o a cinco días no consecutivos, era necesaria la autorización del fiscal, que podía acordarla por sí mismo (art. 329 del BCPP). Por su parte, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización requería autorización del tribunal de garantías, a petición del fiscal (art. 331 del BCPP).

⁷⁷³ El investigado podría prestar declaración en la comparecencia que regula el art. 464 del ALECrím. y posteriormente, el fiscal podría llamarle a declarar si lo considerara necesario, pudiendo solicitar el investigado que se le recibiera declaración cuantas veces quisiera prestarla (art. 249 del ALECrím.). Para que el reconocimiento de hechos realizado en la fase de investigación pudiera surtir efectos en el plenario, se requería que la confesión judicial hubiera tenido lugar de acuerdo con lo establecido en el incidente de aseguramiento de fuentes de prueba, por lo que se establecía que cuando el investigado confesase su participación en los hechos al fiscal, éste podría presentarlo ante la autoridad judicial para que reprodujera su declaración, en presencia de su letrado, dándose lectura en el plenario del testimonio de dicha declaración (art. 253 del ALECrím.).

⁷⁷⁴ LOPEZ ORTEGA y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ exponen que el BCPP no contempla el traslado inicial de los cargos provisionales, sino que se limita a regular la diligencia de declaración del investigado. Se confunde así la formulación de cargos con la diligencia de declaración. De esta forma, se consolida la imagen, tan arraigada en los jueces de instrucción, de que la esencia de la imputación es la declaración formal sobre los hechos. Vid. LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I. "El proceso penal como sistema de garantías (III)..." op. cit., pág. 9.

Se establecía un límite temporal máximo a la fase de investigación, que el art. 481 del ALECrím. fijaba en doce meses, a contar desde la comparecencia del investigado regulada en el art. 464 del mismo texto, o bien, desde que resultaran de las actuaciones indicios contra una persona. No obstante, en caso de que la investigación no pudiera concluir en dicho plazo, el fiscal podría solicitar una prórroga al juez de garantías (art. 482 del ALECrím.).

El BCPP establecía el plazo máximo de seis meses, como regla general. Pero para las investigaciones complejas el plazo sería de dieciocho meses, prorrogable por otro periodo de igual o inferior duración por el tribunal de garantías, a petición del Ministerio Fiscal. Como novedad, el texto concretaba que se entiende por investigación compleja, catalogando como tales aquellas que tienen por objeto grupos criminales, que se refieren a numerosos hechos punibles o en que estén implicadas una gran cantidad de víctimas, que requieran exámenes periciales complicados, que impliquen la práctica de actividades en el extranjero o que se refieran a delitos de terrorismo (art. 127 del BCPP). De esta forma se evita la declaración de complejidad de la causa en investigaciones que no reúnan estos caracteres y por diversas circunstancias se estén dilatando en el tiempo, como está ocurriendo hoy día en la práctica, tras la reforma de la LECrím. operada por la Ley 45/15, de 4 de octubre, que introdujo en el art. 324 de la vigente LECrím. los nuevos plazos máximos de la instrucción.

2.2.4. La revisión judicial de las decisiones del Ministerio Fiscal.

La experiencia de la jurisdicción de menores ha evidenciado la necesidad de articular mecanismos que hicieran posible la impugnación de determinadas resoluciones adoptadas por el Ministerio Fiscal. En el modelo de la LECrím., la previsión de los recursos de reforma y apelación contra las resoluciones del juez instructor, si bien es utilizado en ocasiones como maniobra dilatoria, permite a este reconsiderar su postura y la revisión de la misma por una instancia superior, mientras que en el modelo diseñado por la legislación de menores, las decisiones del fiscal no son susceptibles de impugnación alguna, lo cual, por una parte, dota de la necesaria agilidad al procedimiento y responde a la necesidad de salvaguardar el interés del menor, pero al mismo tiempo origina dudas doctrinales desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, que tratan de contrarrestarse mediante las facultades otorgadas al juez de menores durante la fase intermedia.

En el modelo propuesto para la jurisdicción de adultos, se considera necesario establecer un contrapeso a las facultades del Ministerio Fiscal mediante la posible revisión por el tribunal de garantías de las resoluciones adoptadas por el Ministerio

Fiscal. El BCPP permitía la impugnación de los decretos en que se acordaran o denegaran medidas de investigación o de recogida de instrumentos y efectos del delito y fuentes de prueba y que acordaran o denegaran tener por parte a quiénes lo hubieran solicitado⁷⁷⁵. Sin embargo, se excluía la impugnación de aquellos decretos en que el fiscal acordaba una medida que el juez debiera ratificar o en que se solicitara al juez de garantías alguna actuación o autorización. Tampoco eran impugnables las diligencias, salvo que la decisión debiera haberse adoptado mediante decreto. El tribunal de garantías debía resolver la impugnación, después de dar traslado para alegaciones a las partes y al Ministerio Fiscal (art. 128 del BCPP). También el ALECrím. regulaba un régimen de recursos contra las decisiones del fiscal, permitiendo en determinados supuestos, la impugnación de los decretos del fiscal ante el juez de garantías (arts. 492 y 493 del ALECrím.).

Pero tampoco la decisión del juez de garantías resultaría definitiva en todos los casos, ya que los autos dictados por el juez de garantías también eran recurribles en los supuestos que legalmente se determinaba. Esta cadena de impugnaciones de las decisiones del fiscal y del juez, si bien por una parte permiten dotar de mayores garantías al procedimiento, ralentizarían la investigación⁷⁷⁶. Para contrarrestar este efecto, el BCPP establecía que la impugnación no tendría carácter suspensivo, salvo que se acordara expresamente por el juez de garantías (art. 128.3 del BCPP).

En cambio, el ALECrím. limitaba la posible interposición de recursos contra los autos que el juez de garantías dictara al resolver las impugnaciones contra las decisiones del fiscal (arts. 492 y 493 del ALECrím.). Solo serían recurribles los autos de sobreseimiento y los que acordaran las medidas cautelares solicitadas. La competencia para resolver los recursos de reforma correspondía a una sección colegiada del Tribunal de Instancia denominada sección de reforma, y de los recursos de apelación conocería la Sala de Apelación de los TSJ (art. 12.3 del ALECrím.).

La doctrina ha criticado que las facultades concedidas al juez en la fase de investigación por el BCPP le mantenían prácticamente como director de la misma. Así, mientras el ALECrím. no permitía la impugnación ante el juez de garantías de los decretos del fiscal en que se denegaba la práctica de diligencias, sino que la parte interesada podría reproducir su petición durante la investigación complementaria, el BCPP sí que establecía dicha facultad para las partes. De esta forma, el juez se implicaba hasta tal punto en la investigación que perdía la pretendida imparcialidad a la

⁷⁷⁵ Vid. BURGOS LADRON DE GUEVARA, J. “La reforma...” op. cit., págs. 2 y 3.

⁷⁷⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y LÓPEZ ORTEGA consideran que el procedimiento de investigación no debe concebirse como “un conjunto de trámites sucesivos sujetos a permanente impugnación”, puesto que es necesaria una configuración ágil y flexible que permita al fiscal tomar una decisión fundada sobre el ejercicio de la acción penal en un plazo razonable. El régimen de impugnaciones previsto en el BCPP convierte, a juicio de estos autores, al juez de garantías, en el verdadero director de la investigación, y al fiscal en un “mero ejecutor material”, lo cual nuevamente compromete la imparcialidad judicial. Vid. LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. “El proceso penal como sistema de garantías (II). La dirección de la investigación en el anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal y en el código procesal penal”. *Diario la ley*, nº 8091, sección doctrina, 27 de mayo de 2013, año XXXIV, Ref. D- 198, Editorial la ley. Pág. 16.

hora de adoptar las medidas limitativas de derechos fundamentales⁷⁷⁷. Si la distinción entre ambas funciones dentro de la instrucción era determinante para optar por este modelo, un excesivo control judicial sobre la investigación del fiscal, hace perder a éste su sentido.

JIMÉNEZ CONDE considera que las resoluciones del juez de garantías sobre cuestiones que corresponda a éste decidir deben ser impugnables todas ellas, si bien frente a las decisiones del mismo que a su vez resuelvan impugnaciones contra decretos del fiscal, debe establecerse como regla general la irrecurribilidad, salvo excepciones⁷⁷⁸.

Como hemos visto, se permitía además un control sobre el inicio de la investigación, pues recibido el decreto de iniciación de la investigación, el juez de garantías podría proceder al sobreseimiento del procedimiento por la manifiesta falta de relevancia penal del hecho investigación y también se admitía la impugnación del decreto de archivo. Se establece así un control por el juez de garantías de la instrucción por el fiscal, de modo que puede poner fin a la investigación iniciada por aquél.

2.2.5. La investigación complementaria.

El control judicial de la investigación del fiscal también se manifiesta en el hecho de que una vez terminada la práctica de la actividad investigadora que el fiscal ha considerado pertinente para adoptar una decisión fundada sobre el ejercicio de la acción penal, la defensa y las demás partes acusadoras tienen la posibilidad de obtener una decisión judicial relativa a los actos de investigación que, solicitados previamente, hayan sido rechazados por el fiscal. En este punto son trasladables todas las consideraciones hechas en el capítulo tercero a propósito de si ello supone o no una investigación complementaria por el juez de garantías, con la salvedad de que a diferencia de lo que ocurre en la LORPM, cuya regulación tantas polémicas ha suscitado sobre la violación o no del principio del juez imparcial, en el caso del proceso de adultos, la transcendencia no sería tal, toda vez que las condiciones de juez de garantías y juez sentenciador están atribuidas a jueces distintos.

Junto a la investigación preliminar y a la investigación principal, se regula la que

⁷⁷⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ SOL critica que el BCPP permita que sea el juez quién decida que diligencias de investigación deben practicarse, en un momento en que el fiscal todavía no ha definido todavía su pretensión acusatoria, lo que convierte al juez de garantías en un “superinvestigador”, que debe indicar al fiscal por donde dirigir su investigación. Vid. RODRÍGUEZ SOL, L. “El fiscal investigador...” op. cit., pág. 5

⁷⁷⁸ Vid. JIMÉNEZ CONDE, F. “¿Es necesario un juicio sobre la acusación tras la fase de instrucción? ¿Correspondería al juez de garantías o al tribunal sentenciador” en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., pág. 238.

se denomina investigación complementaria⁷⁷⁹. Ambos textos disponían que las partes podían solicitar al fiscal durante la investigación principal la práctica de las diligencias que estimen pertinentes. Las que fueran denegadas, según el ALECrím, podrían ser nuevamente solicitadas en el trámite de investigación complementaria regulado a tal efecto⁷⁸⁰. Sin embargo, el BCPP vincula la práctica de diligencias complementarias a la revocación del decreto de conclusión del sumario.

El ALECrím. ofrece una regulación más detallada de las diligencias complementarias que la que establecía la legislación de menores, en que se planteaban muchas dudas acerca de si el juez podría ordenar al fiscal la práctica de las mismas. El texto establece claramente que el fiscal debe practicar las diligencias acordadas por el juez de garantías. Una vez realizadas estas, sólo podrían proponerse más diligencias complementarias por las partes en caso de que surgieran nuevos hechos o nuevos datos no conocidos con anterioridad o que del resultado de las mismas pudiera depender la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (art. 497 del ALECrím.). Sin embargo, el BCPP no establece un trámite de instrucción complementaria, sino que la petición de las diligencias denegadas por el fiscal tiene lugar mediante la posible revocación del decreto de conclusión del fiscal, postura que ha sido criticada por la doctrina pues permite sucesivas impugnaciones del decreto de conclusión, que impiden cerrar la investigación en un momento concreto⁷⁸¹.

2.2.6. La conclusión de la investigación.

Los textos prelegislativos ofrecen mayor claridad que la LORPM en la regulación de las actuaciones que tienen lugar una vez terminada la investigación. Conforme al ALECrím., finalizada la práctica de diligencias, incluidas las complementarias, el fiscal, si no concurrían elementos suficientes para formular una acusación fundada, debía decretar la conclusión y el archivo del procedimiento. El archivo procedería cuando los hechos carecieran de relevancia penal, los investigados estuvieran exentos de responsabilidad penal, o no hubieran tenido intervención en los hechos, o cuando no concurrían indicios suficientes de los hechos o no existieran

⁷⁷⁹ LÓPEZ ORTEGA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ exponen que el nuevo modelo contempla la posibilidad que la defensa pueda obtener diligencias de descargo denegadas indebidamente. Sin embargo, la actividad del juez sólo debe referirse a la pertinencia de las mismas, pues si entra el juez a revisar su utilidad para el esclarecimiento de los hechos, tales decisiones anticipadas le convierten en el “verdadero promotor de la acción penal”. Vid. LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. “El proceso penal como sistema de garantías (III)...” op. cit., pág. 4.

⁷⁸⁰ Según el ALECrím., concluida la práctica de las diligencias acordadas por el Ministerio Fiscal, se daba traslado a las partes, que disponían de un plazo para proponer diligencias complementarias, debiendo resolver el Ministerio Fiscal, si bien la decisión era impugnabile ante el juez de garantías, que resolvía mediante auto irrecurable. El fiscal debía practicar aquéllas diligencias que hubieran sido acordadas por el juez de garantías (arts. 494 a 497 del ALECrím.).

⁷⁸¹ Vid. LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. “El proceso penal como sistema de garantías (II)...” op. cit., pág. 13.

elementos suficientes para atribuir la responsabilidad de los hechos a una persona (art. 498 del ALECrím.). En estos casos, no se regula una solicitud de archivo dirigida por el fiscal al juez, sino que será el propio fiscal quién dicte decreto motivado de archivo.

Las partes acusadoras o los ofendidos que se personaran a tal fin podrían impugnar el decreto ante el juez de garantías, a lo que el investigado podría oponerse solicitando el sobreseimiento, debiendo resolver el juez de garantías confirmando o revocando el archivo (art. 499 del ALECrím.). Si el decreto no se impugnara, en función de la causa por la que se hubiera acordado el archivo, se establecía que, o bien el juez de garantías dictaría auto de sobreseimiento, o bien el investigado podía solicitar al juez que lo dictara, resolviendo éste lo que procediera (art. 500 del ALECrím.)⁷⁸².

Sin embargo, si el Ministerio Fiscal, terminada la investigación, estimara que existen elementos suficientes para sostener la acusación, debía acordar mediante decreto la continuación del procedimiento y presentar escrito de acusación. Este decreto no era impugnabile (art. 501 del ALECrím.)⁷⁸³.

En el modelo diseñado por el BCPP se establecía que, una vez que se hubieran practicado las diligencias de investigación indispensables, o concluido el plazo, el Ministerio Fiscal dictaría decreto de conclusión (art. 417 del BCPP). En caso de que procediera el archivo, el fiscal dictaría el oportuno decreto de archivo, que se comunicaría al tribunal de garantías y se notificaría a las partes⁷⁸⁴. Si el decreto no se impugnaba, el tribunal dictaría un auto confirmando el decreto de archivo y acordando el sobreseimiento (art. 419 del BCPP).

El decreto podía ser impugnado por las partes acusadoras, solicitando su revocación y la práctica de nuevas diligencias, o bien la continuación del procedimiento con el juicio de acusación. En tal caso, el tribunal de garantías debía dictar auto en que,

⁷⁸² Si el fiscal decretó el archivo por carecer los hechos de relevancia penal, estar exentos de responsabilidad los investigados o resultar la no participación de estos en los hechos delictivos, si el decreto no se impugnaba, el juez de garantías dictaría auto de sobreseimiento. Si el fiscal decretó el archivo por no existir indicios racionales de la comisión del hecho delictivo o por no concurrir elementos suficientes para atribuir la responsabilidad a una persona, si no se impugnaba, el investigado podía solicitar al juez de garantías que dictara auto de sobreseimiento, debiendo resolver el juez tras oír al fiscal y a las partes, mediante auto apelable (art. 500 del ALECrím.).

⁷⁸³ Si era el juez de garantías el que había acordado la continuación del procedimiento, debía emplazar a las partes acusadoras que impugnaron el decreto de archivo para presentar escrito de acusación, dándolas por desistidas del ejercicio de la acción penal si no lo presentaran. En este caso el juez de garantías, si el fiscal acordó el archivo por carecer los hechos de relevancia penal, aparecer exentos de responsabilidad los investigados o resultar la no participación de estos en los hechos, debía dictar auto de sobreseimiento, y en caso de que se hubiese dictado el decreto de archivo por no existir elementos suficientes para atribuir la responsabilidad a una persona o no concurrir indicios de la comisión de los hechos delictivos, debía confirmar el decreto de archivo del fiscal (art. 502 del ALECrím.). En estos dos últimos casos, el fiscal podía solicitar al juez de garantías la reapertura del procedimiento si aparecieran nuevos elementos que lo justificaran (art. 503 del ALECrím.).

⁷⁸⁴ Procedía la conclusión y el archivo, según el BCPP, cuándo los hechos no fueran constitutivos de delito, cuando aparecieran exentos de responsabilidad criminal los investigados, cuando no resultara debidamente justificada la perpetración de los hechos, cuando no existan motivos suficientes para proceder contra los investigados, cuando el delito no sea perseguible y cuando apareciera extinguida la responsabilidad penal.

o bien se confirmara el decreto de archivo, o bien se acordara la continuación para la práctica de diligencias o la continuación con el juicio de acusación (art. 420 del BCPP).

Si terminada la investigación, el fiscal consideraba que existían elementos suficientes para interesar la apertura del juicio oral, debía dictar decreto de conclusión y formular escrito de acusación, remitiendo las actuaciones al juez de garantías (art. 422 del BCPP). Las partes acusadoras podían formular escrito de acusación o instar la revocación del decreto de conclusión y la práctica de nuevas diligencias. En este caso, si el tribunal de garantías estimara dicha petición, devolvía la causa al fiscal para la práctica de nuevas diligencias. En caso de rechazar dicha petición, debía presentarse escrito de acusación por el solicitante (art. 423 del BCPP).

2.2.7. La fase intermedia.

Las facultades del juez durante la fase intermedia suponen, como hemos visto, un contrapeso y control de cierta trascendencia que se atribuye al órgano judicial sobre la investigación que realiza el fiscal. En relación con esta fase del procedimiento, JIMÉNEZ CONDE entendía imprescindible, en caso de prosperar este modelo de instrucción por el fiscal, que para poder celebrar juicio contra una persona, el juez dictase una resolución en virtud de la cual estableciera la existencia de indicios racionales de criminalidad contra un sujeto en relación con determinados hechos. En opinión del citado autor, el juicio de acusación debería desarrollarse por medio de una comparecencia, y terminar con una resolución en que el juez podría, o bien acordar el sobreseimiento, o bien decidir la apertura del juicio oral, y resolver las impugnaciones contra las decisiones del fiscal instructor⁷⁸⁵.

En el modelo diseñado por el ALECRim., la fase intermedia se iniciaba una vez presentados los escritos de acusación, que se dirigen al juez de la audiencia preliminar, que era un magistrado de la Sección de Enjuiciamiento que no podría formar parte de la misma para conocer del juicio oral (arts. 516 y ss. del ALECRim.). La fase intermedia, de la que tanto la LECrim. como la ley del menor se ocupan de forma un tanto confusa, es objeto en el ALECRim. de una novedosa y profusa regulación, estableciéndose claramente una serie de facultades del juez en orden a la decisión sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral, que suponen una importante limitación y control de las facultades que la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción otorgan a esta institución, y que van más allá que la que le corresponde en el proceso de menores, en que la escasa regulación y la supletoriedad de la LECrim., como vimos, originaba numerosas dudas a la doctrina, dando lugar a diversidad de interpretaciones.

⁷⁸⁵ Vid. JIMÉNEZ CONDE, F. “El juez de garantías, ¿Qué funciones corresponderían a este órgano jurisdiccional? ¿Sería uno de los ya existentes o habría que crear uno nuevo? ¿Con qué demarcación?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.) *La atribución...* op. cit., pág. 218.

Presentados los escritos de acusación, se daba traslado a los acusados para la formulación del escrito de defensa. En el escrito de defensa podía impugnarse la acusación por resultar improcedente la apertura del juicio oral, al concurrir un supuesto de sobreseimiento, o por falta de legitimación de las acusaciones (art. 523 del ALECrím.), acordándose en todo caso la apertura del juicio oral si no se impugnara la acusación (art. 522 del ALECrím.).

En caso de impugnación de la acusación, el juez debía oír a las partes por escrito, o bien convocarlas a una audiencia preliminar en que harían sus alegaciones sobre el fundamento de la acusación, pudiendo entrar a examinar el procedimiento de investigación (arts. 527 y ss. del ALECrím.). Se establecían una serie de causas por las que el juez debía acordar el sobreseimiento, de forma que el juez podía archivar de forma total o parcial mediante auto el asunto, o bien acordar la apertura del juicio oral, desestimando la petición de sobreseimiento⁷⁸⁶.

El BCPP, a diferencia del ALECrím., que preveía la intervención en la misma, como juez de la audiencia preliminar, de un juez distinto al que había ejercido funciones de garantías, mantenía el sistema establecido en la LECrím. para el procedimiento abreviado y atribuye la competencia para conocer de la fase intermedia al mismo tribunal de garantías.

Una vez presentados los escritos de acusación, el tribunal de garantías daba traslado a los encausados para la presentación del escrito de defensa, siendo entonces cuando las defensas podían solicitar la revocación del decreto de conclusión para la práctica de diligencias de investigación que estimen imprescindibles para formularlo (arts. 427 y ss. del BCPP). El juez debía obrar de igual forma a la establecida para el caso de que las partes acusadoras solicitaran nuevas diligencias. De esta forma se suplía el trámite de diligencias complementarias, que el ALECrím. establecía con carácter previo⁷⁸⁷.

Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal, la acusación particular o la acusación popular, el tribunal debía acordarla, salvo que entendiera que los hechos no eran constitutivos de delito o que concurría causa de sobreseimiento.

La determinación del órgano que debe conocer de esta fase del procedimiento ha sido una cuestión debatida por la doctrina. Como hemos visto, el BCPP atribuía la competencia para conocer de la fase intermedia al juez de garantías, siguiendo la línea

⁷⁸⁶ Procede el sobreseimiento cuando no existan indicios racionales de la perpetración de los hechos, cuando los mismos no sean constitutivos de infracción penal, cuando estén prescritos, haya recaído resolución respecto de los mismos con efectos de cosa juzgada, o cuando aparezcan exentos de responsabilidad los investigados. También procedía el sobreseimiento en aquellos casos en que el fundamento de la acusación resultara insuficiente, o cuando se hubiera causado un perjuicio irreparable para la defensa por el retraso injustificado de la primera comparecencia (art. 529 del ALECrím.). Se entendía que el fundamento de la acusación era insuficiente cuando la misma se basara únicamente en la declaración de un coacusado, o en un testimonio de referencia, o en la identificación visual del acusado, sin más elementos que corroboraran dichos extremos (art.530 del ALECrím.).

⁷⁸⁷ En este sentido, vid. LOPEZ ORTEGA, J .J. y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I. “El proceso penal como sistema de garantías (III)...” op. cit., págs.14 y 15.

establecida en la LECrim. para el procedimiento abreviado, mientras que el ALECrím. prefirió optar por un órgano que no interviniera ni en las funciones de garantías, ni en la fase de juicio oral, aunque integrado en la sección de enjuiciamiento. Esta decisión del ALECrím. responde, según explica la Exposición de Motivos del mismo a la necesidad de que el juicio de acusación no esté contaminado por las resoluciones emitidas en cuanto juez de garantías de la fase de investigación⁷⁸⁸.

FUENTES SORIANO considera que la fase intermedia no debe encomendarse al órgano enjuiciador, y que puede estar atribuida al mismo juez de la fase de instrucción, o a un órgano judicial distinto, si bien esta última opción no la comparte por razones de economía procesal⁷⁸⁹. PÉREZ MORALES también sostiene que la atribución de la fase intermedia al órgano instructor no plantea problemas, pues en todo caso, dependerá de otro órgano, el de enjuiciamiento, la decisión sobre si tales indicios que justifican la apertura del juicio se convierten en pruebas que fundamenten una condena⁷⁹⁰. En similar sentido, JIMÉNEZ CONDE entiende que la fase intermedia no debe encomendarse al órgano enjuiciador, y que puede atribuirse al juez de garantías, pues las actuaciones que realiza en esta condición no tienen la entidad suficiente para comprometer su imparcialidad⁷⁹¹.

CRESPO BARQUERO propone que en el nuevo modelo se encomiende el examen del resultado al juez de garantías, puesto que es un tercero imparcial que sólo ha intervenido para resolver conflictos puntuales. Esta función implica juzgar la viabilidad de la acusación, por lo que, en opinión del citado autor, no debe encomendarse al tribunal sentenciador, para evitar que quede contaminado⁷⁹². Sin embargo, VILLEGAS FERNÁNDEZ no comparte esta postura sino que entiende que el juicio de acusación debe encomendarse a un juez distinto del que participa en la fase de instrucción, como

⁷⁸⁸ Vid. Exposición de Motivos del ALECrím. Apartado VI. I. La Exposición de Motivos establecía un paralelismo entre la audiencia preliminar y la audiencia previa al juicio del procedimiento civil ordinario, y se refería a la fase intermedia como una fase de control de las acusaciones y pruebas. El juez que conoce de la fase intermedia, actúa como juez de la audiencia preliminar, fase que toma su denominación de la LOTJ y que tiene por objeto determinar si la acción penal está suficientemente fundada, y si procede el sobreseimiento o la apertura del juicio oral.

⁷⁸⁹ Vid. FUENTES SORIANO, O. “Sobre el fiscal instructor...”, en ASENCIO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. (dirs.). *La reforma...* op. cit., págs. 206 y ss.

⁷⁹⁰ Vid. PÉREZ MORALES, M. G. “Consideraciones...” op. cit., pág. 127.

⁷⁹¹ Vid. JIMÉNEZ CONDE, F. “Bloque III. El juez de garantías. ¿Qué funciones corresponderían a este órgano jurisdiccional? ¿Sería uno de los ya existentes o habrá que crear uno nuevo? ¿Con qué demarcación?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., pág. 218.

⁷⁹² Vid. CRESPO BARQUERO, P. “¿Es necesario un juicio sobre la acusación tras la fase de instrucción? ¿Correspondería al juez de garantías o al tribunal sentenciador?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCON INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., pág. 233. En el mismo sentido, JIMÉNEZ BADOS y ARMENTA DEU consideran que es al juez de garantías al que debe encomendarse esta fase del procedimiento. Vid. JIMÉNEZ BADOS, M. P. y ARMENTA DEU, T. “¿Es necesario un juicio sobre la acusación tras la fase de instrucción? ¿Correspondería al juez de garantías o al tribunal sentenciador?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit. Pág. 230 y ss.

en el actual sumario ordinario⁷⁹³.

En mi opinión, ningún inconveniente presenta que el mismo juez que actuó en funciones de garantías conozca de la fase intermedia. Este conocimiento previo consecuencia de haber actuado como juez de garantías le permitirá adoptar una decisión más fundada en orden al sobreseimiento o apertura del juicio oral, sin que ello implique conflicto alguno, toda vez que no ha dirigido la investigación y además el enjuiciamiento corresponde a un órgano distinto. La opción escogida por el ALECrím. de atribuir las distintas competencias a tres jueces distintos resulta un tanto desproporcionada y antieconómica, además de restar al procedimiento la agilidad que se le pretende otorgar a través del nuevo modelo.

3. Reformas previas para la implantación en el proceso de adultos del modelo de investigación por el fiscal.

El ALECrím. de 2011 diseñaba el modelo de investigación por el fiscal partiendo de la existencia de los denominados Tribunales de Instancia, contemplando un nuevo organigrama judicial. En la misma línea, el BCPP hace referencia a los tribunales de garantías y a los tribunales de enjuiciamiento integrados dentro de los futuros Tribunales de Instancia.

Ambas propuestas van ligadas a un nuevo concepto de partido judicial y a una serie de reformas legislativas englobadas dentro de lo que se denomina la modernización de la justicia, tales como el expediente digital y la nueva oficina judicial, que tuvo lugar mediante la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, desarrollada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial y por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la anterior. No entraremos en esta reforma por entender que excede los límites de este trabajo de investigación. Pero sí que hay dos cuestiones que debo analizar con más profundidad para poder determinar si el modelo procesal de instrucción por el fiscal de la jurisdicción de menores es trasladable al proceso de la LECrím., como son las modificaciones que se pretenden abordar en la planta y demarcación judicial y los problemas que pueden plantearse desde la perspectiva de la

⁷⁹³ VILLEGAS FERNÁNDEZ llega incluso a sostener la eventual desaparición de la fase intermedia. Considera que tras la investigación, las partes deben acudir al juicio sin dilaciones, y que solo en el caso de que el encausado solicite la revisión, se le debe ofrecer la posibilidad de acudir a un estadio intermedio donde poder evitar el juicio. Vid. VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. “¿Es necesario un juicio sobre la acusación tras la fase de instrucción? ¿Correspondería al juez de garantías o al tribunal sentenciador?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., pág. 232. El citado autor advierte que según la distribución clásica de competencias de la LECrím., establecida originariamente para el sumario ordinario, la decisión sobre la apertura del juicio oral correspondía al futuro órgano sentenciador, idea recogida por el ALECrím. Vid. VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. *Fiscal investigador...* op. cit. págs. 208 y ss.

actual configuración del Ministerio Fiscal.

3.1. La modificación de la planta y demarcación judicial.

Para el caso de que se atribuya la instrucción definitivamente al Ministerio Fiscal, se plantea el problema de si la actual organización territorial es compatible con este modelo o si debe abordarse una reforma de la demarcación y planta judicial para adecuar la clásica distribución en partidos judiciales a los tiempos actuales.

FUENTES SORIANO considera que una modificación de la estructuración territorial judicial implica una reforma de tal magnitud que si la atribución al fiscal de la instrucción depende de ella, finalmente tal propuesta no verá la luz, por lo que sugiere llevar adelante esta reforma manteniendo las actuales demarcaciones judiciales, siempre que se articulen mecanismos para que el Ministerio Fiscal pueda actuar en todos los órganos judiciales. Para dotar de mayor presencia al fiscal en los partidos judiciales más alejados de la capital de provincia, propone potenciar la actuación de las fiscalías de carácter inferior a la provincial, y la creación de una estructura fiscal de carácter infraprovincial, a través de las nuevas fiscalías de área y de la posibilidad de creación de secciones territoriales de las fiscalías provinciales⁷⁹⁴.

PRADA FLORES por su parte valora positivamente la existencia de circunscripciones de ámbito inferior a la provincia, pues la investigación se ve favorecida por la proximidad del investigador al lugar de comisión del hecho delictivo, por el conocimiento del territorio y la coordinación con las Fuerzas de Seguridad que actúan en el mismo. Por estas razones, propone la creación de órganos del Ministerio Fiscal que puedan actuar en los partidos judiciales como delegados de la fiscalía provincial correspondiente, introduciendo a un tiempo la flexibilidad necesaria para que las investigaciones más complejas pudieran atribuirse a las fiscalías especializadas. No obstante, admite que los jueces de garantías no necesariamente deben tener su sede en las poblaciones cabeza de partido en los que actúen tales órganos investigadores del Ministerio Fiscal, sino que dependiendo del volumen de trabajo podrían radicarse en

⁷⁹⁴ Vid. FUENTES SORIANO, O. “Bloque I. Cuestiones orgánicas. ¿Qué soluciones razonables permitirían adecuar la plantilla y estructura territorial del Ministerio Fiscal en un plazo corto de tiempo a las necesidades de la instrucción judicial?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs). *La atribución...* op. cit., pág. 125. FUENTES SORIANO, O. en “Bloque I. Cuestiones orgánicas. ¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al Ministerio Fiscal”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit. pág. 142. FUENTES SORIANO sostiene que la creación de las fiscalías de área y las secciones territoriales de las fiscalías provinciales, tras la reforma del EOMF de 2007 favorece la atribución a los fiscales de la instrucción, al permitir que “una plantilla flexible de fiscales, dispuesta territorialmente en función de las necesidades que se generen, con atención prioritaria a un ámbito inferior al provincial, y que permite la plena asunción por éstos de funciones instructoras, sin necesidad de mayores cambios traumáticos en el conjunto de la administración de justicia”.

dichas demarcaciones o bien en la capital de la provincia⁷⁹⁵.

Por su parte, MARTIN PASTOR considera que los juzgados de instrucción no deben desaparecer, sino simplemente transformarse en juzgados de garantías, debiendo crearse en cada partido judicial una oficina fiscal, formada al menos por un miembro del Ministerio Fiscal. Pese a ello, admite la amortización de algunos juzgados de instrucción, cuyos titulares podrían transformarse en fiscales instructores, a través del modelo de pasarelas, al que después se hará referencia, o pasar a ocupar una plaza en órganos de enjuiciamiento⁷⁹⁶.

CRESPO BARQUERO, sin embargo, entiende que la necesaria proximidad física puede solventarse mediante un correcto despliegue policial y el uso de las nuevas tecnologías. No obstante, sostiene que el cambio de la planta judicial viene dado por el hecho de que una vez encomendada al fiscal la instrucción no en todos los actuales partidos judiciales será necesario contar con un juez de garantías, en función de la población y litigiosidad de cada uno de ellos⁷⁹⁷.

JIMENEZ BADOS sostiene, en esta misma línea, que si bien el acceso a la justicia requiere de cierta proximidad, los medios tecnológicos actuales permiten una mayor dispersión territorial⁷⁹⁸.

Sin embargo, BARRIOS MARTÍN considera que la unidad territorial básica de la instrucción debe pasar a ser la provincia, ya que la escasez de medios con los que cuentan las poblaciones de menor entidad obstaculiza notablemente la instrucción de las causas, mientras que las capitales de provincia disponen normalmente de mayores recursos⁷⁹⁹.

Las últimas propuestas legislativas se inclinan por la reforma de la demarcación judicial. La nueva nomenclatura que emplean el ALECrím. y el BCPP a la hora de referirse a los juzgados y tribunales, tiene su razón de ser en el Proyecto de LO de

⁷⁹⁵ Vid. FLORES PRADA, I., “¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al ministerio fiscal? ¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al ministerio fiscal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., pág. 141.

⁷⁹⁶ Vid. MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 396 y ss.

⁷⁹⁷ Vid. CRESPO BARQUERO, P. “¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al ministerio fiscal?”, en PEITEADO MARISCAL, F. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., pág. 140. Propone el citado autor una solución variable, como es la que aporta la última reforma del EOMF, que, a través del despliegue territorial de las fiscalías, permite ofrecer una solución adecuada.

⁷⁹⁸ Vid. JIMÉNEZ BADOS, P. “¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al ministerio fiscal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., pág. 145.

⁷⁹⁹ Vid. BARRIO MARTÍN, R. “¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al ministerio fiscal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., pág. 139.

reforma de la LOPJ para la creación de los Tribunales de Instancia, aprobado en septiembre de 2011, y en la posterior propuesta de nueva LOPJ, fruto de los trabajos de las comisiones creadas en el Ministerio de Justicia el día 2 de marzo de 2012, en los que se modificaba la organización de los órganos judiciales, desterrando el clásico concepto de juzgado, y consagrando los denominados Tribunales de Instancia.

En concreto, el Proyecto de LO aprobado el 2 de agosto de 2011, enmarcado dentro del Plan Estratégico para la Modernización de la Justicia 2009-2012, partía de la necesidad de dotar a la administración de justicia de una estructura organizativa que permitiera una respuesta más ágil y eficaz, superando la demarcación judicial actual, que proviene de un modelo que no responde a la situación de hoy en día, sino a las necesidades de una sociedad decimonónica, esencialmente agraria, dispersa y poco comunicada⁸⁰⁰.

Los nuevos Tribunales de Instancia, que existirían en cada partido judicial, con sede en su capital, asumirían las competencias de los actuales juzgados, y estarían formados por un presidente, un presidente de cada sección y un número variable de jueces y magistrados. La oficina judicial prestaría servicio a todos ellos. Por lo que aquí interesa, estos tribunales contarían con una Sección de Instrucción, y en su caso, con Secciones de Enjuiciamiento penal, de Violencia sobre la Mujer y de Menores. Algunas de estas secciones podrían extender su jurisdicción a uno o varios partidos judiciales de la misma provincia o de varias provincias limítrofes incluidas en el ámbito del mismo TSJ (art. 84 del proyecto)⁸⁰¹.

La propuesta de nueva LOPJ elaborada en 2012 perfecciona este nuevo modelo. La circunscripción del Tribunal de Instancia pasa a ser provincial. Se trata de completar así un proceso de provincialización que comenzó hace ya algún tiempo, de forma que algunos órdenes jurisdiccionales sólo cuentan con órganos radicados en la capital de provincia y en poblaciones o ciudades de cierta importancia, como es el caso de los

⁸⁰⁰ Los partidos judiciales actuales provienen de una estructura organizativa propia de otra época. Originariamente en la base de la pirámide judicial estaban los juzgados de partido, que datan de 1834, y en que la decisión principal correspondía a las AP, mientras que los alcaldes y juzgados de partido decidían los asuntos civiles y penales de menor entidad (Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 y Ley provisional sobre Organización del poder judicial de 1870). Tras la eliminación de algunas figuras gubernativas, surgieron los juzgados de paz, y adquirió carta de naturaleza el juzgado de primera instancia e instrucción, pieza de referencia de la justicia española durante más de un siglo. Actualmente este modelo presenta disfunciones. La racionalización del mismo y la búsqueda de eficacia aconsejan que el primer escalón de la organización judicial opere de forma colegiada. Por estas razones la modernización de la justicia implica una revisión profunda del modelo, que ha llevado a la transformación de la oficina judicial mediante la nueva oficina judicial y otras reformas. Vid. Exposición de Motivos del Proyecto aprobado el 2 de agosto de 2011 para la creación de los Tribunales de Instancia. Apartados I a IV.

⁸⁰¹ Según el proyecto de 2011, los nuevos Tribunales de Instancia asumen las competencias de los actuales Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, Mercantil, Contencioso-Administrativo, Social, Menores, Violencia sobre la Mujer, y Vigilancia Penitenciaria, y se estructuran en diversas secciones. Por tanto, el nuevo organigrama judicial pasa a estar formado por los Juzgados de Paz, los Tribunales de Instancia, las AP, los TSJ, la AN y el TS. Estos Tribunales estarían integrados por una Sección Civil, una Sección de Instrucción, que en determinados supuestos podrían constituir una sección única, y además podrían contar con Secciones de Enjuiciamiento Penal, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.

Juzgados de lo Penal o los Juzgados de Menores, entre otros.

El Tribunal de Instancia contaría con cuatro salas, correspondientes a cada orden jurisdiccional, y dentro de cada una existirían diversas “unidades judiciales” y “secciones”, según corresponda el conocimiento del asunto a un juez unipersonal o a un colegio de jueces. En concreto, la Sala de lo Penal contaría con jueces de instrucción, o en su caso, jueces de garantías, jueces de vigilancia penitenciaria, de enjuiciamiento penal, de violencia sobre la mujer y de menores (art. 112 de la propuesta de nueva LOPJ)⁸⁰².

Tanto el ALECrím. como el BCPP parten de la existencia de los denominados Tribunales de Instancia. Cuando el ALECrím. habla del juez de garantías, según se desprende de los arts. 8 a 10 del texto, está haciendo referencia a la denominada Sección de Investigación de los Tribunales de Instancia, que se constituiría con un solo magistrado, el cual no podría intervenir en las fases posteriores del procedimiento, es decir, ni en la fase intermedia, que pasa a denominarse juicio de acusación, ni en la fase de juicio oral. Para el juicio de acusación sería competente la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, constituida por un solo magistrado, que es el juez de la audiencia preliminar, y que no podría intervenir en el enjuiciamiento. La competencia para el enjuiciamiento por delitos corresponde a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, que se constituiría, conforme a lo dispuesto en el art. 11 del ALECrím. con un solo magistrado para el enjuiciamiento de los delitos leves y de los delitos menos graves, y con tres magistrados, cuando se trate de delitos graves⁸⁰³.

El BCPP se refiere como juez de garantías a los Tribunales de Garantías integrados en los Tribunales de Instancia, y como órgano de enjuiciamiento a los tribunales de juicio unipersonales o colegiados de los Tribunales de Instancia. Se suprime toda referencia a las AP, y en su lugar la Sala de Apelaciones del TSJ como órgano de segunda instancia se constituye mediante tres magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ (arts. 25 y ss. del BCPP).

Estas propuestas han optado no sólo por aglutinar a los jueces en las ciudades con mayor volumen de asuntos y en que radiquen áreas o destacamentos de fiscalía,

⁸⁰² Vid. Exposición de Motivos Propuesta de LOPJ. Apartado III y IV. El Tribunal de Instancia contaría con cuatro salas: de lo penal, de lo civil, de lo contencioso-administrativo y de lo social. Junto a estos nuevos órganos que son los Tribunales de Instancia se mantienen los TSJ, AN y TS, pero desaparecen los Juzgados de paz, y actuales juzgados de primera instancia e instrucción, y las AP. Dentro de la sala penal del Tribunal de Instancia, debe crearse con carácter imperativo, secciones o unidades especializadas en enjuiciamiento penal, menores, delitos económicos, vigilancia penitenciaria y violencia sobre la mujer.

⁸⁰³ Vid. Exposición de motivos ALECrím. Apartado VIII y IX. Siguiendo el informe de la Comisión Institucional sobre la Reforma de la Planta y Demarcación Judicial, se ha optado por introducir la colegiación de la organización judicial en todos los niveles, con la desaparición de los actuales juzgados, y la creación de Tribunales de Instancia como órganos especializados con sede en grandes poblaciones, con capacidad de ejercer sus competencias en forma unipersonal o colegiada en función de las necesidades del caso concreto. Esto supone una vuelta al enjuiciamiento colegiado de todos los delitos. Las funciones judiciales, que quedan divididas en garantías, juicio de acusación y enjuiciamiento, serían así asumidas por un único órgano competente, que es el Tribunal de Instancia, con distribución de las diversas funciones entre sus componentes.

sino por la configuración de un nuevo modelo de órgano judicial. La creación de los Tribunales de Instancia supone un cambio de gran profundidad en el clásico concepto de juzgado, motivada, en gran parte, por la necesidad de optimizar los recursos, y está íntimamente vinculada con la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción, si bien su entrada en vigor no podrá llevarse a efecto sin antes acometer la de la nueva oficina judicial, cuyo plan piloto se ha venido desarrollando en Murcia, y que progresivamente se va implantando en el resto de Comunidades Autónomas.

Con base en estas iniciativas legislativas, hace algunos años se dieron los primeros pasos para la modificación de la actual planta judicial, tratando de unificar los partidos judiciales más próximos entre sí a fin de crear otros de mayor dimensión. Así el CGPJ, en el Acuerdo adoptado en el Pleno celebrado el día 19 de abril de 2012, incluyó un estudio sobre los principios y criterios básicos para una nueva organización territorial, que contenía una propuesta inicial de bases para una nueva demarcación judicial⁸⁰⁴. Dicho estudio se emitió en relación con los trabajos de la comisión de expertos constituida por el Consejo de Ministros, en su reunión de 24 de abril de 2009, con el cometido de determinar los elementos esenciales para la elaboración de una nueva ley de planta y demarcación judicial. En el informe elaborado se recogía la recomendación de la superación del partido judicial como base del nuevo modelo, con fundamento en los objetivos contenidos en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001, que ya preveía la reestructuración y la aprobación de un nuevo mapa judicial⁸⁰⁵.

DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ destaca la importancia de la organización judicial en la buena marcha de los órganos judiciales y en la agilidad de los procesos penales. Sirviéndose de su experiencia, expone algunas de las disfunciones que el actual organigrama de demarcaciones judiciales ocasiona, pues existen partidos judiciales sobresaturados, afectados por una gran movilidad judicial, generalmente juzgados de primera instancia e instrucción, en tanto que en las poblaciones más grandes o capitales de provincial la especialización y la estabilidad es mayor, lo que incide en un mejor funcionamiento⁸⁰⁶.

En la reunión de presidentes de TSJ celebrada en Albacete el día 5 de octubre de 2012 se puso de manifiesto la necesidad de un nuevo modelo de planta judicial que combinara el equilibrio entre el fácil acceso a la justicia de los ciudadanos y la necesidad de evitar una excesiva dispersión de los recursos personales y materiales, con la idea de eliminar partidos judiciales radicados en pequeñas poblaciones⁸⁰⁷. Es ésta la idea que inspiraba inicialmente la proyectada reforma de la LOPJ que acompañaría la aprobación de la nueva legislación procesal penal.

En mi opinión, es adecuada la desaparición de partidos judiciales pequeños con

⁸⁰⁴ Acuerdo del Pleno del CGPJ de 19 de abril de 2012.

⁸⁰⁵ Vid. Pacto de Estado para la reforma de la justicia de 28 de mayo de 2001.

⁸⁰⁶ Vid. DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, C. “La crisis...” op. cit., págs. 9 y ss.

⁸⁰⁷ Vid. Declaración Institucional de los Presidentes de TSJ. Albacete. 5 de octubre de 2012.

menor volumen de trabajo en relación con los soportados por otros órganos judiciales, a fin de que, repartiendo de modo más equilibrado los asuntos, y con una mayor especialización, se pueda dar una mejor respuesta. Por otra parte, y a pesar de que esta propuesta de nueva LOPJ no llegó a aprobarse, entre los operadores jurídicos está extendida la idea de que la asunción por el fiscal de la instrucción de los procedimientos se hará coincidir con la puesta en marcha del nuevo organigrama judicial y con la instauración definitiva de la nueva oficina judicial, lo que, a mi modo de ver, podrá tener lugar cuando se pueda disponer de los recursos necesarios para llevar a cabo la inversión que esto supone.

El nuevo mapa judicial, con la proyectada reorganización de partidos judiciales, no llegó finalmente a llevarse a la práctica. No obstante, a raíz de la última reforma de la LOPJ, por medio de la LO 7/2015, de 21 de julio de 2015, en vigor desde el día 1 de octubre de 2015, se han dado algunos pasos en esta dirección, pues se permite la extensión de la jurisdicción a varios partidos judiciales por real decreto del Gobierno, a propuesta del CGPJ, con informe de las administraciones afectadas, sin necesidad de modificaciones de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, y la especialización de órganos judiciales, que asumirán la competencia de los asuntos correspondientes a varios partidos judiciales⁸⁰⁸.

Sin embargo, de estas disposiciones quedan excluidos, los Juzgados de Instrucción, sin perjuicio de las medidas de refuerzo que pudieran establecerse. Entre ellas, el CGPJ podrá adscribir uno o varios jueces con o sin relevación de funciones para el “desempeño compartido de funciones jurisdiccionales”, para facilitar la instrucción de las causas de especial complejidad.

Un claro ejemplo de la pretensión de modificar la planta judicial es la comarcalización de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que tienen competencias en materia de instrucción, prevista el art. 87 bis 2 de la LOPJ, que tras la reforma, establece que el Gobierno, a propuesta del CGPJ y en su caso, con informe de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia, podrá establecer mediante real decreto que los juzgados de esta clase que se determinen extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia⁸⁰⁹. Estas reformas,

⁸⁰⁸ Se introduce también la posibilidad de que las Salas de Gobierno de los TSJ puedan acordar modificaciones en las normas de reparto de Juzgados de lo Penal, de Vigilancia Penitenciaria o de Menores, por lo que afecta a la jurisdicción penal de ámbito provincial, para equilibrar la distribución de asuntos. De esta forma se permite que el CGPJ pueda especializar órganos judiciales para enjuiciar y resolver aquellas causas que se determinen, de tal modo que puedan ser tramitados de forma específica, facilitando la unificación de criterios. Los juzgados especializados podrán tener ámbito provincial, sin verse afectados por las limitaciones que venían impuestas por los partidos judiciales de ámbito inferior.

⁸⁰⁹ En materia de violencia de género, al tiempo de la reforma de la LOPJ, existían 106 juzgados exclusivos y 335 juzgados mixtos con competencias en esta materia, por lo que a fin de buscar un equilibrio entre el mantenimiento de una proximidad del juzgado respecto de la víctima y la respuesta especializada, se pretende potenciar la posibilidad de extender la jurisdicción de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer a dos o más partidos judiciales”. Vid. Exposición de Motivos LO 7/2015 de 21 de julio. Esta propuesta no está exenta de críticas, en el sentido de que aleja la justicia del ciudadano. Pero la realidad es que va en la línea de la propuesta de modificación de la planta judicial para extender los límites de algunos partidos judiciales. En desarrollo de esta reforma de la LOPJ, podemos mencionar, a

constituyen, a mi parecer, la antesala de los futuros Tribunales de Instancia.

A estas propuestas realizadas en su día para la reagrupación de partidos judiciales se les objetó que implicarían un alejamiento de la justicia del ciudadano. No se ha aceptado de buen grado que las partes, especialmente las víctimas, deban asumir un desplazamiento hasta la ciudad donde radique el órgano judicial, cuando hasta ahora generalmente contaban con este servicio en poblaciones más próximas. La tradicional distribución de partidos judiciales ha creado en la ciudadanía y en los poderes públicos una resistencia al cambio que viene a ser un óbice importante al éxito de algunas de las reformas planteadas, en un ámbito tan sensible como el del derecho penal⁸¹⁰.

En mi opinión, la concentración de los asuntos en partidos judiciales correspondientes a poblaciones más grandes o en capitales de provincia no contraviene los derechos de las partes, y permitiría optimizar los recursos, lo que se traduciría a la postre en una mejor y más rápida respuesta. Difícilmente será viable la implantación de oficinas de atención a las víctimas, como exige el nuevo EVD, en todos los actuales partidos judiciales, máxime cuando la crisis económica determinó en su día la supresión de algunos de los servicios que ya existían, por lo que, de otro modo, seguirán existiendo numerosas poblaciones donde la atención, si bien resultará próxima, no contará con los recursos oportunos. Del mismo modo en que las víctimas han de desplazarse a la ciudad donde radica el juzgado de lo penal cuando tiene lugar el juicio, durante la fase de instrucción, se podrían articular mecanismos para que el inconveniente del desplazamiento de las víctimas no suponga un freno para la mejora del funcionamiento de la justicia.

A mi juicio, en caso de que se atribuya la instrucción definitivamente al

título de ejemplo, la propuesta del TSJCV realizada en el año 2015, que se plasmó en un intento de reagrupación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de los distintos partidos judiciales de las tres provincias. En su sesión de fecha de 1 de abril de 2015, el TSJCV formalizó este proyecto, que fue recogido en la propuesta de informe sobre necesidades en la planta judicial de la Comunidad Autónoma, que emitía la Sala de Gobierno del TSJCV a requerimiento del CGPJ el 8 de junio de 2015. En términos generales, la propuesta contemplaba que la comarcalización debía llevarse a cabo en todos aquellos partidos judiciales colindantes en que se considere conveniente para el mejor funcionamiento de la administración de justicia. La propuesta contemplaba, por lo que respecta a la provincia de Alicante, a título de ejemplo, la asunción de los asuntos de violencia sobre la mujer de los partidos judiciales de Orihuela y Torreveja por el Juzgado exclusivo de Violencia sobre la Mujer de Orihuela. Los asuntos de violencia de género del Juzgado mixto de Villajoyosa serían asumidos por los Juzgados de Benidorm, descargando a aquél de dicha materia y los de poblaciones como San Vicente del Raspeig serían asumidos por los Juzgados de la capital de la provincia. Por lo que se refiere a la propuesta de que los Juzgados de Orihuela asumieran la violencia sobre la mujer de Torreveja, la resolución del CGPJ fue desfavorable, por entender que podría conllevar el colapso de aquellos. <http://valenciaplaza.com>. Última visita: 18 de diciembre de 2015.

⁸¹⁰ “Los partidos judiciales cuentan con valedores firmes e influyentes, a comenzar por los propios municipios. La noción de jueces de primera instancia e instrucción esparcidos a lo largo de todo el territorio nacional está muy arraigada en el imaginario colectivo, por lo que es previsible una notable resistencia al cambio. A este respecto conviene ser muy claros: los partidos judiciales tenían sentido en una época- como era el siglo XIX, cuando se pusieron las bases de la moderna Administración de Justicia- en que los transportes y las comunicaciones eran difíciles y por consiguiente convenía una presencia territorial difusa de la judicatura. Es obvio que este presupuesto dejó de existir hace tiempo”. Exposición de Motivos de la Propuesta de nueva LOPJ de 2012. Apartado III.

Ministerio Fiscal, la misma se debería concentrar en aquellos partidos judiciales que cuentan con destacamentos de fiscalía, en las ciudades o poblaciones de mayor número de habitantes. Será también en ellas donde deberá radicar el Tribunal de Garantías. Este organigrama judicial favorecería la instauración del nuevo modelo. Pero aún en caso de que dicha atribución tenga carácter parcial, o incluso no llegara a producirse, la modernización de la justicia, pasa, en mi opinión, por la concentración del trabajo en poblaciones de mayor entidad, en lugar de la actual dispersión, pues la experiencia evidencia que los actuales juzgados de primera instancia e instrucción con sede en localidades más reducidas no cuentan con los recursos necesarios.

Dicha concentración puede tener lugar, bien mediante la fórmula de los Tribunales de Instancia, o bien manteniendo los actuales juzgados, previa reforma de la demarcación judicial, para que tengan su sede en las poblaciones de mayor importancia. En tal caso, si finalmente se encomendara la investigación a la fiscalía, los juzgados de instrucción darían paso a juzgados de garantías, reconvirtiéndose aquellos que excedan de lo necesario en otro tipo de órganos judiciales.

Existe desde tiempos inmemoriales una visión del juez como ligado a un Juzgado, como titular del mismo, que desaparecería si llegaran a entrar en funcionamiento los Tribunales de Instancia, donde todos los asuntos se repartirían entre los jueces de las distintas secciones conforme a determinados criterios, a diferencia del sistema actual, en que los asuntos que corresponden a un juzgado en cuestión por turno de reparto son los que debe resolver el juez titular del mismo. Algunas voces se alzan advirtiendo que esto va en detrimento del principio del juez ordinario predeterminado por la ley. No obstante, debemos tener presente que hace ya algún tiempo que los límites están difusos. La realidad de la carrera judicial en nuestro país es que en los últimos años se está desdibujando el concepto de “un juez, un juzgado”. La crisis económica llevó a la falta de creación de juzgados nuevos, y ésta a su vez a la inexistencia de vacantes suficientes para dotar de destino a todos los jueces que salían de la Escuela Judicial o que ascendían a la categoría de magistrado. Esta situación determinó la creación de la figura del juez de adscripción territorial, cuyo estatuto ha sido recientemente reglamentado, que ha dado lugar a que en numerosos juzgados se hayan adscrito jueces de refuerzo, que comparten los asuntos con el titular del mismo, e incluso que existan jueces de refuerzo transversal, cuyo cometido es el de conocer de parte de los asuntos de varios juzgados, adscritos por semanas o meses alternos a los distintos órganos judiciales del mismo orden jurisdiccional de un partido judicial en concreto, a fin de descongestionar los mismos⁸¹¹. Por tanto, en cierto modo ya se está produciendo un reparto de los asuntos entre los jueces adscritos a un orden jurisdiccional.

⁸¹¹ La reforma de la LOPJ introduce variaciones en la regulación de esta nueva figura de juez de adscripción territorial a fin de dotar de mayor flexibilidad a la organización judicial. Estos magistrados están a disposición del TSJ para realizar funciones de refuerzo y sustitución. Se trata de jueces y magistrados de carrera, que desempeñan sus funciones bajo idénticos principios de independencia y plenitud de la jurisdicción que los titulares de los órganos judiciales.

La actual distribución de partidos judiciales dificulta la virtualidad práctica del modelo de instrucción por el fiscal, especialmente en aquellas poblaciones que no cuentan con destacamentos de fiscalía. La práctica de dar presencia al Ministerio Fiscal en través de medios técnicos como el fax, el correo electrónico o las videoconferencias, que, a pesar de los tiempos modernos, funcionan muy defectuosamente, sería un obstáculo a tener en cuenta en la implantación del mismo. Conviene tener presente la trascendencia que tiene el principio de inmediación en la actividad investigadora. A ello hay que añadir que el mantenimiento de un juez de garantías en cada uno de los actuales partidos judiciales de menor entidad supondría un dispendio de recursos que la administración no puede permitirse, puesto que se estima que el volumen de trabajo de un juez de garantías debe ser notablemente inferior al que actualmente soportan los juzgados de instrucción.

En este sentido, JIMÉNEZ CONDE considera que los jueces de instrucción pueden pasar a desempeñar la función de juez de garantías, aunque sólo una parte de éstos, puesto que las competencias son más reducidas que las del actual juez instructor, y entiende que la demarcación en que radique el juez de garantías deberá ser la misma que la que se establezca para el fiscal instructor⁸¹².

En mi opinión, la experiencia evidencia que las nuevas tecnologías, a fecha de hoy, no colman las exigencias de presencia del fiscal que requiere la investigación penal en los términos exigidos por el principio de inmediación, por lo que la modificación de la demarcación judicial o la reforma organizativa del Ministerio Fiscal, para extender sus destacamentos a los municipios de menor entidad se convierte en un presupuesto previo para la implantación de este nuevo modelo.

En la jurisdicción de menores la investigación se encomendó al Ministerio Fiscal partiendo de la base de que la unidad territorial era la provincial, pues los juzgados de menores tienen su sede en capital de provincia. La presencia en las mismas sedes del Ministerio Fiscal, equipos técnicos, médicos forenses y unidades especializadas de policía judicial favoreció esta reforma. En la jurisdicción de menores, la centralización de los asuntos en capitales de provincia no ha supuesto graves inconvenientes, ni la reacción contraria de la ciudadanía y los poderes públicos, sino que ha permitido dotar a la administración de justicia de los recursos necesarios. A pesar de la minoría de edad de los expedientados, tanto estos como las víctimas y testigos han de asumir desplazamientos a las sedes de las fiscalías y juzgados de menores, sin que se haya denunciado que esto constituya merma alguna de derechos.

Por este motivo, cuando se plantea si la traslación de este modelo a la justicia de adultos es posible, debe contemplarse la conveniencia de la reforma de la demarcación judicial como presupuesto necesario, salvo que fuera una realidad que los recursos con

⁸¹² Vid. JIMÉNEZ CONDE, F. en “Bloque III. El juez de garantías. ¿Qué funciones corresponderán a este órgano jurisdiccional? ¿Será uno de los ya existentes o habrá que crear uno nuevo? ¿Con qué demarcación?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., pág. 217.

los que cuentan las capitales y poblaciones más grandes pudieran extenderse a los partidos judiciales de menor entidad, y fuera posible la presencia de la fiscalía en aquéllos. Pero, a mi juicio, desde la perspectiva de la experiencia práctica, esta sería una solución utópica, que convertiría el nuevo modelo en una apuesta fallida.

3.2. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Como ya hemos avanzado a lo largo de los capítulos anteriores, una de las mayores objeciones que se plantean frente a la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación de los procedimientos es la misma estructura de esta institución, regida por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado, que vincula al Ministerio Fiscal con el poder ejecutivo, con las consiguientes sospechas de injerencias por parte de este poder que la atribución de la instrucción pueda depositar en la fiscalía, particularmente en caso de admitirse el controvertido principio de oportunidad.

En estas líneas ofreceremos un análisis puramente técnico y jurídico de esta cuestión, sin entrar en divagaciones políticas que son más propias de otros foros. La cuestión que planteamos se ha teñido de tintes ideológicos hasta el punto de que se identifica a los progresistas como partidarios del cambio y a los conservadores como contrarios al mismo. La materia, a mi juicio, no puede reducirse a consideraciones políticas e ideológicas, y merece un análisis desde el punto de vista estrictamente jurídico.

Según el art. 12 del EOMF, los órganos del Ministerio Fiscal son: el Fiscal General del Estado, el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala, la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, la Fiscalía del TS, la Fiscalía ante el TC, la Fiscalía de la AN, las Fiscalías Especiales, la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, la Fiscalía Jurídico Militar, las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, los Fiscales provinciales y los Fiscales de Área.

El régimen de nombramiento del Fiscal General del Estado, y el hecho de que éste pueda impartir órdenes e instrucciones, son unas de las cuestiones que más polémicas ha suscitado en relación a la posible atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción de las causas penales. El Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno, oído el CGPJ, y debe ser elegido entre juristas de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio profesional. Recibido el informe del CGPJ, el Gobierno comunica su propuesta al Congreso de los Diputados, a fin de que pueda disponer la comparecencia del elegido ante la Comisión correspondiente de la Cámara para valorar sus méritos e idoneidad (art. 29 del EOMF). El mandato tendrá una duración de cuatro años, pero podrá ser removido antes de expirar dicho mandato en los supuestos tasados de incompatibilidad o prohibición, enfermedad o incapacidad,

incumplimiento grave de sus funciones o cese del Gobierno que lo hubiera propuesto (art. 30 del EOMF).

El Fiscal General del Estado podrá impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones de sus subordinados, tanto de carácter general como en relación a asuntos específicos. Si tales instrucciones afectan directamente a miembros del Gobierno, debe oír previamente a la Junta de Fiscales de Sala. Los fiscales deben poner en conocimiento del Fiscal General del Estado los hechos que deba conocer. Esta misma función se atribuye a los fiscales superiores de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial (art. 25 del EOMF).

El Fiscal General del Estado podrá llamar directamente a su presencia a cualquier fiscal para recibir directamente sus informes y darle instrucciones, que deberá trasladar, en su caso, a su Fiscal Jefe respectivo, y también podrá designar a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para actuar en un asunto determinado, ante cualquier órgano judicial, previa audiencia del Consejo Fiscal (art. 26 del EOMF).

En cuanto a los márgenes de actuación de los fiscales, el EOMF establece que el fiscal que reciba una orden o instrucción deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes, pero podrá desempeñar libremente sus intervenciones orales según crea conveniente al bien de la justicia (art. 25 del EOMF). El fiscal que reciba una orden o instrucción que estime contraria a la ley o improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, al fiscal jefe respectivo. Si la orden procede de este, si no considera suficientes las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía. Si la orden proviene del Fiscal General del Estado, este resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. Si el superior se ratifica en sus instrucciones, lo hará mediante escrito razonado, con expresa relevación de responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o encomendando a otro fiscal el despacho del asunto (art. 27 del EOMF)⁸¹³.

Los miembros del Ministerio Fiscal no pueden ser recusados, sin perjuicio de su abstención en los casos previstos en el art. 219 de la LOPJ que les puedan ser de aplicación, pero las partes pueden solicitar la no intervención de un fiscal al superior jerárquico. Si se trata del Fiscal General del Estado, resuelve la Junta de Fiscales de Sala presidida por el Teniente Fiscal del TS (art. 28 del EOMF).

La estructura jerarquizada de la fiscalía no es exclusiva de nuestro país. La configuración del Ministerio Fiscal varía de un ordenamiento a otro, aunque en general suelen darse algunas notas comunes. En el caso del derecho francés, al que después nos referiremos por haber configurado un modelo mixto de instrucción, encomendada a distintos órganos según los casos, rige también un principio de jerarquía, pues el Ministro de Justicia es la cima de la estructura del Ministerio Público, y ostenta autoridad sobre los Fiscales Generales ante las Cortes de Apelación, quienes a su vez tienen autoridad sobre los fiscales de la República de su competencia. El Ministro de

⁸¹³ En relación con esta cuestión, vid. ASECIO MELLADO, J. M. *Introducción al Derecho procesal penal*. 5ª edición. Ed. Tirant Lo Blanch. Pág. 139 y ss.

Justicia conduce la política de la acción pública (art. 30 del CPP), puede denunciar al Fiscal General los delitos de los que tenga conocimiento, y ordenar, por medio de instrucciones escritas, que se ponga en marcha la acción pública. El Ministro de Justicia y el Fiscal General no pueden sustituir al fiscal de la República en el ejercicio de la acción pública, en que los fiscales actúan conforme al principio “la pluma está servida pero la palabra es libre” (artículo 33 del CPP), lo que significa que tiene libertad en sus intervenciones orales para desarrollar las instrucciones del superior jerárquico⁸¹⁴.

Volviendo a nuestro ordenamiento, por lo que respecta a la organización territorial de la fiscalía, las fiscalías provinciales tienen su sede donde la tenga la AP y extienden sus funciones a todos los órganos de la provincia, pudiendo despachar asuntos de órganos judiciales unipersonales de ámbito superior al provincial cuando así lo disponga la FGE (art. 20 del EOMF). Tras la reforma del EOMF operada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, se permite la creación de fiscalías de área, dirigidas por un Fiscal Jefe y formadas por los fiscales que se determinen en plantilla, para aquellos casos en el que el volumen de asuntos de la provincia aconseje la creación de sedes de la AP en ciudades distinta de la capital⁸¹⁵. Cuando la dispersión geográfica de los órganos judiciales o la mejor prestación del servicio así lo aconseje, se podrá proponer la creación de secciones territoriales de la fiscalía provincial, que atenderán los órganos de uno o más partidos de la misma provincia, dirigidas por un fiscal decano (art. 18 del EOMF). Como fiscalías especiales, se prevé la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. Al Fiscal Jefe de las fiscalías especiales les

⁸¹⁴ Los miembros de una misma fiscalía son indivisibles, esto es, son intercambiables, por lo que el acto realizado por un miembro compromete a toda la fiscalía. Vid. FOURMENT, F. *Procédure...* op. cit., págs.132 y ss. En cuanto al modelo francés, vid. ZÁRATE CONDE, A. “Las órdenes e instrucciones particulares del Ministerio Fiscal: una propuesta de reforma a la luz del sistema francés.” *Diario La ley*, N° 7942, Sección Tribuna, 11 de octubre de 2012, Ref. D-354, Editorial La ley. Págs. 1 a 7. En relación con otros ordenamientos de nuestro entorno, en el derecho comparado se opta por distintas configuraciones, de modo que mientras existen países como EEUU donde hay una fuerte vinculación, casi una confusión, ya que el cargo de Fiscal General del Estado se ejerce por el propio Ministro de Justicia, en otros, como Italia, el Ministerio Público tiene una posición que se califica de “cuasi jurisdiccional”, ya que forma parte de una “Magistratura independiente, paralela a la judicial, ajena absolutamente a los designios del ejecutivo”. En Alemania, el Ministerio Público depende del poder ejecutivo, ya que el Fiscal General del Estado y los Fiscales Federales son designados por el Presidente Federal, a propuesta del Ministerio de Justicia Federal y con aprobación del *Bundesrat*, y funciona conforme a los principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación. Pero el derecho alemán va más allá, y concede al ejecutivo la inspección y dirección del servicio de la fiscalía. En Portugal también existe una cierta vinculación con el Gobierno, ya que el Procurador General de la República es elegido por el Presidente de la República y puede ser cesado por éste en cualquier momento. Si bien la subordinación no es absoluta, ya que el magistrado del Ministerio Fiscal puede rechazar aquellas órdenes que considere ilegales o contrarias a su conciencia jurídica. Pese a la vinculación con el ejecutivo, en estos países, la investigación penal fue otorgada al Ministerio Fiscal. Vid. FUENTES SORIANO, O. “¿Puede mantenerse la actual vinculación entre ministerio fiscal y poder ejecutivo si el ministerio fiscal asume la instrucción? ¿Hay modelos mejores, en qué consisten y qué posibilidades de adaptación a nuestro ordenamiento tendrían?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., págs. 73 y ss.

⁸¹⁵ El Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal y el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, podrá proponer al Ministerio de Justicia la creación de fiscalías de área. El Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma también podrá proponer a la FGE la constitución de Fiscalías de Área y de Secciones Territoriales en las Fiscalías de su ámbito territorial.

corresponde en el ámbito de su competencia, las mismas facultades que a los fiscales jefes de los demás órganos del Ministerio Fiscal (art. 19 del EOMF)⁸¹⁶.

Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, la vinculación del Ministerio Fiscal con el poder ejecutivo, atendido el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado, y la organización del mismo, frente a la independencia del poder judicial, han generado una doctrina profusa acerca de los inconvenientes de la atribución de la investigación criminal a la fiscalía, ante el riesgo de injerencia de intereses políticos ajenos a los propios del proceso penal, especialmente en la investigación de determinados tipos de delitos. Por este motivo, la doctrina propone algunas reformas necesarias en relación con la estructura jerárquica de la institución antes de abordar la conversión del fiscal en el órgano instructor de los procedimientos penales.

DE LA OLIVA SANTOS considera que, de abordarse la reforma, la investigación quedaría en manos de una institución que debe obrar de acuerdo con el principio de dependencia jerárquica, “a las órdenes de sus superiores”, en lugar de corresponder a los jueces y magistrados, objetivamente independientes, conforme al art. 117 de la CE⁸¹⁷.

En este sentido, DEL MORAL GARCÍA propugna el establecimiento de fórmulas que eludan cualquier injerencia por parte del poder ejecutivo, arbitrando un sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado que garantice su autonomía. El citado autor defiende la integración del Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial y la fijación de un plazo de cinco años al mandato del Fiscal General del Estado, de modo que, al no coincidir este con el de la legislatura, se desdibuje la vinculación con el poder ejecutivo, debiendo al mismo tiempo introducirse la posibilidad de censura parlamentaria por mayoría absoluta. Por otra parte, estima necesario un reforzamiento de la neutralidad de cada fiscal, potenciando las facultades de los órganos colegiados, con la consiguiente reducción de poder de la FGE, objetivando los criterios de atribución de asuntos, requiriendo el respaldo del Consejo Fiscal para los nombramientos *ad hoc*, procurando una mayor transparencia, a través de la comunicación escrita de las órdenes particulares sobre asuntos concretos, y limitando la capacidad del Fiscal General del Estado de dictar órdenes generales⁸¹⁸.

⁸¹⁶ Sin perjuicio de las instrucciones de la FGE, el decreto de nombramiento debe concretar las funciones de los Fiscales Delegados, que deben informar de los asuntos de que conozcan al Fiscal Jefe del órgano correspondiente (art. 19 del EOMF).

⁸¹⁷ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales...* op. cit., pág. 80. El citado autor entiende que “semejantes innovaciones sería dejar el honor, la libertad y el patrimonio de las personas en manos de servidores públicos”, que deben comportarse con arreglo al principio de dependencia jerárquica. Aunque determinadas actuaciones se reserven al juez, el control judicial solo conlleva dos alternativas: que el juez acuerde sistemáticamente lo que le proponga el fiscal, o que entre a examinar la causa a tal fin.

⁸¹⁸ Siguiendo a DEL MORAL GARCÍA, el plazo de cinco años para la duración del mandato del Fiscal General del Estado fue propuesto por algunas asociaciones de fiscales, y aparecía en las enmiendas de algunos grupos parlamentarios en el debate para la reforma del EOMF de 2003, con la finalidad de que su duración no coincidiera con la del Gobierno que le nombra. Por otra parte, el otorgamiento al

Las principales objeciones vienen de la consideración de que el Ministerio Fiscal no es un órgano insertado en el poder judicial, como indica GÓMEZ COLOMER, que lo incardina en el poder ejecutivo, por lo que este autor ha considerado que sólo será posible acometer tal reforma si previamente el Ministerio Fiscal dejara de ser un órgano administrativo y se adscribiera de algún modo al poder judicial, rompiendo los vínculos de dependencia del poder ejecutivo, previa modificación del sistema de designación del Fiscal General del Estado⁸¹⁹. Por esta misma razón, DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ insiste en que para la puesta en práctica de este modelo sería necesaria una reforma del nombramiento del Fiscal General del Estado que debería pasar a ser nombrado por el Parlamento⁸²⁰. En este sentido, es de destacar que, en fechas recientes, el Grupo Parlamentario Ciudadanos ha anunciado que presentaría al Congreso de los Diputados un proyecto de ley en el que propugnan el nombramiento del Fiscal General del Estado mediante una mayoría reforzada del Congreso de los Diputados⁸²¹.

FLORES PRADA, por su parte, sostiene que la designación del Fiscal General del Estado por el Gobierno no implica que este pueda dirigir instrucciones a aquel, pues la CE impone una relación entre el Ministerio Fiscal y el poder ejecutivo que no puede catalogarse como una relación de dependencia, sino que debe basarse en el principio de autonomía funcional⁸²².

FUENTES SORIANO considera que la circunstancia de que el Ministerio Fiscal, en la cúspide, tenga cierta vinculación con el Gobierno, no es óbice para el ejercicio de su función, y por tanto es irrelevante a la hora de plantear la atribución a la

Parlamento de la facultad de censurar al Fiscal General del Estado atenuaría su vinculación con el Gobierno, fortaleciendo su credibilidad social. La reforma del EOMF de 2007 dio algunos pasos hacia el reforzamiento de la autonomía del Ministerio Fiscal, al mantener la necesidad de que el Fiscal General del Estado oiga a la Junta de Fiscales de Sala antes de resolver sobre las actuaciones interesadas por el Gobierno, audiencia que también resultaría necesaria en el caso de que el Fiscal General del Estado vaya a impartir órdenes o instrucciones que afecten a algún miembro del Gobierno. Vid. DEL MORAL GARCÍA, A. en “Bloque I. Cuestiones orgánicas. I. a. Respuestas globales al conjunto del bloque”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., págs. 21 y ss. En relación con las propuestas de integración del Ministerio Fiscal en el poder judicial, FUENTES SORIANO expone que estas posturas se mantienen desde la perspectiva de aquellos que entienden que el Ministerio Fiscal sirve al mismo fin que el órgano judicial, y debe estar dotado de las mismas garantías, siendo su misión la de auxiliar o complementar a aquel en la aplicación del derecho al caso concreto. Se ha sostenido que los detractores de esta propuesta se basan en una confusión entre el poder judicial en sentido estricto y el ámbito del poder judicial, que es mucho más amplio que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales en sentido estricto. El poder judicial ostenta, como poder del Estado, independiente del ejecutivo, funciones jurisdiccionales y funciones gubernamentales, que corresponden al CGPJ como órgano de autogobierno, cuales son funciones inspectoras, disciplinarias y de nombramiento. Vid. FUENTES SORIANO, O. “El Ministerio Fiscal...” op. cit., págs. 17 y ss.

⁸¹⁹ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. “La instrucción...” op. cit., págs. 105 y ss.

⁸²⁰ Vid. DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, C. “La crisis...” op. cit., pág. 4.

⁸²¹ http://www.abc.es/espana/abci-ciudadanos-presentara-ley-para-quitar-gobierno-capacidades-para-designar-fiscal-general-estado-201705311516_noticia.html. Última consulta: 31 de mayo de 2017.

⁸²² Vid. FLORES PRADA, I. “Bloque I. Cuestiones orgánicas. ¿Puede mantenerse la actual vinculación entre ministerio fiscal y poder ejecutivo si el ministerio fiscal asume la instrucción? ¿Hay modelos mejores? ¿En qué consisten y que posibilidades de adaptación a nuestro ordenamiento tendrían?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., págs. 71 y ss. En el mismo sentido, FUENTES SORIANO, entiende que el régimen de nombramiento del Fiscal General del Estado no implica que el Ministerio Fiscal esté “a las órdenes del Gobierno”. Vid. FUENTES SORIANO, O. “El Ministerio Fiscal...” op. cit., pág. 35.

fiscalía de la investigación penal. La relación entre el Ministerio Fiscal y el poder ejecutivo es necesaria para llevar a la práctica una determinada política criminal. Los supuestos que realmente plantean dudas a la doctrina ante el riesgo de posibles injerencias son los delitos de corrupción gubernativa, que son un pequeño porcentaje de los procedimientos que se tramitan a diario, de forma que la solución vendría dada por el establecimiento de cautelas que garanticen la autonomía funcional del Ministerio Fiscal en estos casos.

En esta línea, la reforma del EOMF operada por la Ley 24/2007 dotó de una mayor independencia a la fiscalía respecto del Gobierno, al introducir la comparecencia del candidato ante el Congreso de los Diputados, así como unas causas tasadas de cese del Fiscal General del Estado, cuyo mandato queda limitado a un periodo de cuatro años. Para impartir órdenes en asuntos relacionados con los miembros del Gobierno, será necesario oír previamente a la Junta de Fiscales de Sala, e incluso existe la posibilidad de que las partes puedan solicitar la no intervención del FGE en un proceso concreto y que se atribuya la competencia a la Junta de Fiscales de Sala presidida por el Teniente Fiscal del TS.

Junto a tales medidas, la citada autora propone otras tendentes a garantizar una mayor autonomía en la investigación de posibles delitos de corrupción gubernativa, como pudiera ser la prohibición de instrucciones de no actuación de la FGE, la necesidad de previo informe vinculante del Consejo Fiscal antes de nombrar a un fiscal concreto, o la exención al Fiscal Anticorrupción de la obligación de recabar la autorización previa de la FGE para iniciar una investigación en estos casos⁸²³.

En este sentido, DÍEZ-PICAZO y GIMÉNEZ entiende que las posturas que reclaman la conversión del Ministerio Fiscal en un órgano independiente, a fin de que ocupe el mismo lugar que en la actualidad corresponde al juez instructor, pasan por alto las exigencias de política criminal, pues si tanto el juez como el fiscal fueran independientes no podrían establecerse criterios uniformes para la aplicación de la legalidad penal, ni un control de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal⁸²⁴.

En la misma línea, MARTÍN PASTOR, frente a aquellos sectores doctrinales que ven en la estructura orgánica del Ministerio Fiscal un impedimento para garantizar los principios de legalidad e imparcialidad, entiende que la misma tiene su justificación en

⁸²³ Vid. FUENTES SORIANO, O. “¿Puede mantenerse la actual vinculación entre ministerio fiscal y poder ejecutivo si el ministerio fiscal asume la instrucción? ¿Hay modelos mejores, en qué consisten y qué posibilidades de adaptación a nuestro ordenamiento tendrían?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs). *La atribución...* op. cit., págs. 73 y ss. En relación con la cuestión de la dependencia jerárquica de los miembros del Ministerio Fiscal y la cuestión relativa a los delitos de corrupción gubernativa, vid. FUENTES SORIANO, O. “El Ministerio Fiscal...” op. cit., págs. 13 y ss.

⁸²⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO y GIMÉNEZ, L. M. *El poder de acusar: ministerio fiscal y constitucionalismo*. Ed. Ariel. Barcelona, 2000. Págs. 185 y 186. En un proceso penal que mezcla aspectos inquisitivos y acusatorios, dicha falta de independencia del Ministerio Fiscal es perfectamente coherente, puesto que, incluso, si un juez es independiente para iniciar investigaciones, la celebración del juicio exigirá que el fiscal, que representa el punto de vista del Gobierno, tanto en materia de legalidad como de política criminal, acepte sostener la acción penal.

la necesidad de garantizar algunos fines constitucionales, pues permite que el Ministerio Fiscal se convierta en instrumento del Gobierno para el desarrollo de una determinada política criminal ante los tribunales, otorga legitimidad democrática a la institución y facilita el control democrático y la responsabilidad política de su actuación. La dependencia jerárquica, por su parte, garantiza la efectividad del principio constitucional de unidad de actuación, asegurando la igualdad en la aplicación de la ley. Dicha estructura favorece al mismo tiempo la investigación de ciertas formas de criminalidad de mayor complejidad, como la delincuencia organizada o relacionada con bandas armadas, pues cuenta con la coordinación y especialización necesaria.

El citado autor considera que el riesgo de injerencias del poder ejecutivo solo puede predicarse de los delitos gubernamentales o de corrupción en el ejercicio de funciones públicas, en supuestos en los que estén implicados políticos o determinados funcionarios públicos, que, aun siendo delitos de gran repercusión mediática y social, son los menos frecuentes. En estos casos, existen ciertos instrumentos que permiten garantizar la imparcialidad de los fiscales investigadores, como el reconocimiento de la acusación particular y popular, y la posible revisión de las decisiones del Ministerio Fiscal por el juez de garantías⁸²⁵.

DIEZ-PICAZO y GIMÉNEZ admite que una cierta discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, unido a las vinculaciones entre la fiscalía y el poder ejecutivo, puede suponer un impedimento para una justa persecución de este tipo de delincuencia, si bien considera que lo que empezó como un planteamiento referido en exclusiva a cierto tipo de delitos, ha terminado convirtiéndose en una reivindicación de independencia para el Ministerio Fiscal, para el que se reclama un estatuto que lo desvincule absolutamente del poder ejecutivo. Sin embargo, a juicio de este autor no existe una explicación para que el Ministerio Fiscal deba ser independiente cuando no hay intereses políticos en juego, de forma que basta con restringir los márgenes de discrecionalidad en relación con la criminalidad gubernativa, a través de mecanismos específicos. Así, en EEUU, se ha optado por la creación de un *special prosecutor*, de un

⁸²⁵ Vid. MARTÍN PASTOR, J. “¿Puede mantenerse la actual vinculación entre ministerio fiscal y poder ejecutivo si el ministerio fiscal asume la instrucción? ¿Hay modelos mejores, en qué consisten y qué posibilidades de adaptación a nuestro ordenamiento tendrían?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., págs. 94 y ss. A juicio de MARTÍN PASTOR, una vinculación poco definida y ambigua puede conducir a “un Fiscal General del Estado obediente con un Gobierno que se escuda en su mayor autonomía”, o “un Fiscal General del Estado rebelde que priva al Gobierno de un preciado instrumento de política criminal”. Vid. MARTÍN PASTOR, J. “¿Puede mantenerse la estructura jerárquica interna del ministerio fiscal tal y como actualmente existe si asume la instrucción? ¿Cuáles son los riesgos, cuáles las ventajas, y qué balance resulta de ambos? Si se estima adecuada una estructura jerárquica más flexible, ¿cuáles son las reformas legales necesarias para establecerla?” en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., págs. 120 y ss. En este mismo sentido, vid. MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 352 y ss. Este autor recoge algunas de las propuestas para evitar toda injerencia en el caso de otorgar la instrucción al fiscal en relación con los delitos de corrupción, como son la prohibición de que el Fiscal General del Estado pueda intervenir en este tipo de procedimientos, cuando afecten a miembros del Gobierno, actuando en su lugar el Fiscal Jefe correspondiente, oída la Junta de Fiscales de Sala, o que en caso de discrepancia entre el fiscal encargado de la investigación y el superior jerárquico, intervenga directamente la Junta de Fiscales de Sala, con una decisión vinculante para el Fiscal General del Estado.

fiscal *ad hoc*, al margen de la estructura pública de acusación⁸²⁶.

Pero la estructura del Ministerio Fiscal tiene también una serie de ventajas, en particular para la persecución de la delincuencia organizada. La fiscalía, a través de los principios que le son propios, puede aportar un potencial del que carecen los jueces de instrucción, cual es la flexibilidad, la especialización, la dedicación de medios y recursos, pues, al no estar sujeto al principio de juez ordinario predeterminado por la ley, puede asignar fiscales especialistas, distribuir el trabajo de forma óptima y prestar un servicio de mayor calidad⁸²⁷. La existencia de esta estructura organizada dentro del Ministerio Fiscal facilita la coordinación a nivel nacional de las investigaciones, lo que a su vez permite la uniformidad de las decisiones, la asignación de los recursos necesarios, la cooperación entre distintas investigaciones, incluso a nivel internacional, y una adecuada dirección de la policía judicial⁸²⁸.

Por otra parte, la posibilidad de discutir las órdenes e instrucciones recibidas constituye una garantía de independencia. Pero para una mayor garantía, ZÁRATE CONDE sugiere la reforma del EOMF en este punto, de modo que, manteniendo la actual configuración, se establezca la exigencia de que tales instrucciones consten por escrito y unidas a las actuaciones, y tiendan a la persecución de hechos delictivos. Tales órdenes, según su propuesta, no podrán referirse a no investigar hechos que, a juicio del fiscal al que corresponda el asunto, tengan apariencia delictiva. Esta modificación debería ir acompañada de una revisión de la avocación prevista en el art. 23 EOMF, de forma que el superior jerárquico no pueda asumir el conocimiento de un asunto o designar a un fiscal distinto para el mismo, sin previo cumplimiento de una serie de presupuestos⁸²⁹.

JIMÉNEZ CONDE, por su parte, entiende que bastaría con no dejar exclusivamente en manos de la fiscalía la decisión de qué delitos se investigan, manteniendo la iniciativa de los ciudadanos, y permitir la revisión por el juez de

⁸²⁶ Vid. DIEZ PICAZO, L. M. *El poder de acusar...* op. cit., págs. 25 y 26. Considera este autor que la reivindicación relativa a los delitos de corrupción gubernativa ha sido instrumentalizada para reclamar un estatuto de los fiscales similar al de los miembros de la carrera judicial, para ser integrados junto a la judicatura en un único cuerpo de funcionarios, al modo de ordenamientos como el italiano.

⁸²⁷ Vid. CRESPO BARQUERO, P. “¿Puede mantenerse la estructura jerárquica interna del ministerio fiscal tal y como actualmente existe si asume la instrucción? ¿Cuáles son los riesgos, cuáles las ventajas, y qué balance resulta de ambos? Si se estima adecuada una estructura jerárquica más flexible, ¿cuáles son las reformas legales necesarias para establecerla?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., págs. 112 y ss.

⁸²⁸ Vid. FLORES PRADA, I. “Bloque I. Cuestiones orgánicas. ¿Puede mantenerse la actual vinculación entre ministerio fiscal y poder ejecutivo si el ministerio fiscal asume la instrucción? ¿Hay modelos mejores? ¿En qué consisten y que posibilidades de adaptación a nuestro ordenamiento tendrían?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., págs. 71 y ss., y FLORES PRADA, I. “¿Puede mantenerse la estructura jerárquica interna del ministerio fiscal tal y como actualmente existe si asume la instrucción? ¿Cuáles son los riesgos, cuáles las ventajas y que balance resulta de ambos? Si se estima adecuada una estructura jerárquica, cuáles son las reformas legales necesarias para establecerla?” en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., págs. 114 y ss.

⁸²⁹ Vid. ZÁRATE CONDE, A. “Las órdenes e instrucciones...” op. cit., pág. 6. En este sentido, propone el citado autor que la avocación tenga lugar potenciando la intervención del Consejo Fiscal como órgano de contrapeso del Fiscal General del Estado.

garantías de dicha decisión. No obstante, entiende que debe extenderse el régimen de responsabilidad civil y penal de los miembros del Ministerio Fiscal, particularmente en lo que respecta al delito de prevaricación⁸³⁰.

Explica la Exposición de Motivos del ALECRim. que el Ministerio Fiscal no puede estar sujeto a ningún vínculo de dependencia jerárquica externa, por lo que la modificación del EOMF a través de la ley 24/2007, de 9 de octubre, ya estaba encaminada en dicha dirección, al dotar de inamovilidad al Fiscal General del Estado en el ejercicio de su cargo y reforzar la autonomía funcional de la institución, si bien se considera que sí que debe estar sujeto a un sistema de dependencia jerárquica interna, en garantía del principio de unidad de actuación⁸³¹.

En concreto, el ALECRim., para salvaguardar la objetividad del fiscal instructor frente a estos recelos, regulaba en los arts. 61 y ss. el sistema de asignación de asuntos a los fiscales, como complemento del régimen establecido en el EOMF. La investigación de los delitos correspondería a la fiscalía provincial o de área de la circunscripción del Tribunal de Instancia competente, y en los procedimientos contra una persona aforada, a la fiscalía adscrita al tribunal competente por razón del aforamiento. Por razón del tipo de delitos de que se trate, la investigación podría encomendarse a las Fiscalías Especiales Antidroga y contra la Corrupción y la Delincuencia organizada, o a los Fiscales de Sala que tengan reconocida la facultad de intervenir directamente en los procedimientos, o bien a los fiscales especialistas. No obstante, el mantenimiento de los principios de unidad de actuación y de unidad orgánica implica que cualquier otro fiscal podría asumir la investigación, bien desde su inicio, o bien en un momento posterior, por designación del superior jerárquico⁸³². Se establecía un sistema previo de reparto, conforme a criterios de especialización, para designar al fiscal concreto responsable de una investigación, si bien, por la complejidad del asunto, podrían crearse equipos de investigación de los que formarían parte varios fiscales de la misma o de distintas fiscalías, bajo la coordinación de uno de ellos (art. 64.1 y 2 del ALECRim.).

La intención de optar por el modelo de investigación por el Ministerio Fiscal

⁸³⁰ Vid. JIMÉNEZ CONDE, F. “¿Puede mantenerse la actual vinculación entre ministerio fiscal y poder ejecutivo si el ministerio fiscal asume la instrucción? ¿Hay modelos mejores? ¿En qué consisten y qué posibilidades de adaptación a nuestro ordenamiento tendrían?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución...* op. cit., pág. 82. Vid. JIMÉNEZ CONDE, F. “La atribución de la instrucción al fiscal, ¿tendría que acompañarse de una reforma del régimen de responsabilidades penales, civiles y disciplinarias de los fiscales? ¿En qué términos?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.) *La atribución...* op. cit., pág. 162.

⁸³¹ Vid. Exposición de Motivos del ALECRim. Apartado XVI. El fiscal encargado de un asunto está legitimado para cuestionar las órdenes de los superiores, pudiendo someterlas a la reflexión colectiva de la Junta de Fiscales, y en tal caso corresponde la decisión final al superior común de los que han mantenido la discrepancia.

⁸³² La designación del fiscal encargado de la investigación no podría ser impugnada por las partes, salvo que concurra alguna de las causas de abstención y recusación establecidas en el art. 60 (art. 61 del ALECRim.). En caso de discrepancia entre las fiscalías del mismo nivel jerárquico, sería resuelta por el superior común a los Fiscales Jefes respectivos, prevaleciendo en caso de subordinación jerárquica entre los jefes de las respectivas fiscalías, el criterio del superior. Si la discrepancia tuviera lugar entre una fiscalía territorial y los órganos centrales del Ministerio Fiscal o entre estos últimos, resolvería el Fiscal General del Estado (art. 63.4 del ALECRim.).

queda evidenciada con la redacción de las propuestas legislativas examinadas y por la inclusión de la redacción de un nuevo borrador de nueva ley procesal penal entre los objetivos del Pacto de la Justicia⁸³³. Sin embargo, la profunda revisión de nuestro ordenamiento jurídico que esta apuesta implica requiere no solo del consenso político, sino de una importante inversión económica.

En lo que se refiere a la posible reforma del EOMF, el Ministro de Justicia, Rafael Catalá, rechaza la supresión del principio de dependencia jerárquica, por ser una de las características propias del Ministerio Fiscal, y no se muestra partidario de una posible designación del Fiscal General del Estado por el Parlamento, si bien admite la adopción de medidas que doten de una mayor autonomía a la institución, a través de la reforma del régimen disciplinario⁸³⁴. En concreto, el fortalecimiento de la autonomía del Ministerio Fiscal está incluido en el primer bloque de objetivos del Pacto de la Justicia⁸³⁵. Pero lo que no debe perderse de vista cuando se plantea la reforma del principio de jerarquía y de las vinculaciones de la fiscalía con el poder ejecutivo, es que si lo que se quiere son fiscales independientes del poder ejecutivo, insumisos antes órdenes e instrucciones, y ajenos a los principios propios de la institución ya existe una figura semejante, que son los actuales jueces instructores⁸³⁶.

Por esta razón, VILLEGAS FERNÁNDEZ proponía otro sistema, que parte de distinguir dentro de la fase de instrucción entre los actos de investigación y los de garantías jurisdiccionales, y que consistiría en encomendar los primeros a jueces de

⁸³³ Vid. <https://m.europapress.es/nacional/noticia-pacto-justicia-arrancara-semana-santa-congreso-asociaciones-jueces-2017032317213.html>. Última consulta: 24 de marzo de 2017.

⁸³⁴ Vid. <https://confilegal.com/20170221-catala-rechaza-suprimir-principio-jerarquia-la-fiscalia>. Última consulta: 21 de febrero de 2017. FUENTES SORIANO considera que el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Parlamento no es solución al problema, puesto que si el nombramiento debe obtenerse por mayoría cualificada, en cualquier caso es necesario un consenso de las distintas fuerzas políticas. Que el Fiscal General del Estado pase a depender de las Cortes Generales no implica que deje de ser un órgano político. Por otra parte, todas las actuaciones encaminadas a la defensa del interés general dependen del poder ejecutivo. De hecho, en 1997 se pretendió una reforma del nombramiento del Fiscal General del Estado que introducía como requisito una comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados para valorar la idoneidad y los méritos. Esta reforma se consideró inconstitucional por vulnerar el art. 124 de la CE. Vid. FUENTES SORIANO, O. “El Ministerio Fiscal...” op. cit., págs.16 y 17.

⁸³⁵ Vid. <https://m.europapress.es/nacional/noticia-pacto-justicia-arrancara-semana-santa-congreso-asociaciones-jueces-2017032317213.html>. Última consulta: 24 de marzo de 2017.

⁸³⁶ GARBERÍ LLOBREGAT llega a calificar de “absurda” una reforma orgánica y procesal que instaurara un Ministerio Fiscal instructor independiente, “por inútil, porque vendría a dejar las cosas prácticamente como están: un fiscal independiente en lugar de un juez independiente, ¿qué se gana con el cambio? Pues absolutamente nada, porque si el fiscal pasa a ser tan independiente como es el juez (toda vez que como de todos es sabido, la independencia es la nota que justifica que sean los jueces y no otros funcionarios quienes ostenten la potestad jurisdiccional) ¿por qué no entonces conferir al fiscal toda la instrucción, tal y como hoy la conocemos? Y por qué no, entonces, permitir que el fiscal pueda generar durante su investigación actuaciones con valor probatorio anticipado (...)”. A juicio del citado autor, dotar al Ministerio Fiscal de independencia dejaría prácticamente vacía de contenido la reforma que se pretende. Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J. “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente”. *Diario La Ley*, nº 6799, Sección Doctrina, 15 de octubre de 2007, año XXVIII, Ref. D-217, Editorial La Ley. Pág. 4.

instrucción, en lugar de a la fiscalía, y los segundos a jueces de garantías⁸³⁷.

Además de las posibles reformas del Ministerio Fiscal en lo referente a su estructura jerárquica, para dotarle de una mayor autonomía frente a las injerencias del poder ejecutivo, la doctrina no es ajena a las modificaciones estructurales que serían necesarias para abastecer las nuevas necesidades, toda vez que la fiscalía debería aumentar considerablemente su plantilla e incluso se vería obligada a modificar su organización territorial.

En este sentido, MARTÍN PASTOR no considera que la escasez de recursos constituya razón suficiente para negar la validez del modelo propuesto, si bien estima necesaria la ampliación de la plantilla de la fiscalía y la reestructuración del diseño de la planta judicial y fiscal, rompiendo su actual centralización en las capitales de provincia y desconcentrando a sus miembros, de forma que en todos los partidos judiciales existiera una oficina fiscal, al menos con un fiscal y un juzgado de garantías⁸³⁸. A cada oficina fiscal deben adscribirse funcionarios de policía judicial, en régimen de dependencia, médicos forenses, asistentes sociales, peritos, etc.⁸³⁹.

Por lo que respecta a la necesaria ampliación de la plantilla del Ministerio Fiscal, se ha planteado el establecimiento entre las carreras judicial y fiscal de un modelo de “pasarelas”, posibilidad contemplada por el Ministerio de Justicia⁸⁴⁰. Esta opción es viable partiendo de que los jueces y fiscales tienen una formación similar, ya que las pruebas de acceso son las mismas para ambos. Estas pruebas consisten en la superación de una oposición y la posterior realización de un curso teórico práctico y de un periodo de prácticas. La oposición, común a la carrera judicial y fiscal, constituye el grueso de la preparación, y es una vez superada la misma cuando los aspirantes optan por una u otra carrera en función de su puntuación. Es entonces cuando se separa la andadura de jueces y fiscales, pues el curso teórico práctico sí que se lleva a cabo de forma diferenciada⁸⁴¹.

⁸³⁷ Como alternativa, el citado autor considera, inspirándose en la figura del “juez de libertades” francés, que si se quiere separar las funciones de investigación propiamente dichas y de garantías jurisdiccionales, no es preciso recurrir necesariamente al Ministerio Fiscal, sino que se podría crear dos figuras, la del juez investigador y el juez de garantías, de modo que dos jueces interviniesen en la instrucción de cada procedimiento. Vid. VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M. *Fiscal investigador...* op. cit., pág. 204.

⁸³⁸ Vid. MARTÍN PASTOR, J. “¿Qué soluciones razonables permitirían adecuar la plantilla y la estructura territorial del ministerio fiscal en un plazo corto de tiempo a las necesidades de la instrucción penal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.) *La atribución...* op. cit., pág. 129. En el mismo sentido, vid. MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 394 y ss.

⁸³⁹ Vid. MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 395 y ss. Este autor plantea un transvase de recursos humanos no jurisdiccionales y materiales que hasta entonces hubieran estado al servicio de la oficina judicial.

⁸⁴⁰ Vid. http://www.abc.es/espana/abci-justicia-no_descarta-reconvertir-jueces-fiscales-nuevo-proceso-penal-201612190155_noticia.html. Última consulta: 19 de diciembre de 2016. FUENTES SORIANO se muestra partidaria de esta posibilidad, seguida en otros países. Vid. FUENTES SORIANO, O. en “¿Qué soluciones razonables permitirían adecuar la plantilla y la estructura territorial del ministerio fiscal en un plazo corto de tiempo a las necesidades de la instrucción penal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.) *La atribución...* op. cit., págs. 125 y 126.

⁸⁴¹ Los jueces en prácticas deben superar un curso teórico práctico en la Escuela Judicial, con sede en Barcelona, de duración equivalente a un curso académico, y una fase de prácticas tuteladas en

ARMENTA DEU considera, sin embargo, que este modelo de “pasarelas” presenta el riesgo de que, como ocurre en Italia, se acabe por otorgar un carácter jurisdiccional al Ministerio Fiscal⁸⁴². ZÁRATE CONDE, por su parte, entiende que la incorporación de antiguos jueces de instrucción como miembros del Ministerio Fiscal no es garantía suficiente de independencia, citando a título de ejemplo el modelo francés, en el que los fiscales no dejan de estar bajo la dirección y control de sus jefes jerárquicos y bajo la autoridad del Ministerio de Justicia⁸⁴³.

El trasvase de jueces a la carrera judicial es, a mi juicio, viable, pero antes de llevarlo a cabo debe regularse cuidadosamente el nuevo régimen, concretando hasta qué punto se trata de una unificación de ambas carreras, y advirtiendo cuáles son sus consecuencias. Los nuevos fiscales instructores procedentes de la carrera judicial provienen de una formación en independencia, ajenos a la existencia de un superior jerárquico, y por tanto de una estructura que respalda la actuación de los miembros del Ministerio Fiscal, en la que pasan a integrarse.

FUENTES SORIANO propone un modelo en el que a pesar de la “pasarela”, se mantenga la carrera judicial y fiscal como carreras absolutamente independientes, estableciendo unos requisitos para optar al cambio. Este modelo permitiría dotar al Ministerio Fiscal de funcionarios preparados para poder acometer en sus inicios esta reforma, sin necesidad de esperar a nuevas convocatorias masivas de oposiciones para la carrera fiscal y a un tiempo permite amortizar las plazas de jueces de instrucción que queden vacantes una vez que sus funciones queden reducidas a las de garantías jurisdiccionales⁸⁴⁴.

El número de jueces de garantías necesario, en caso de acometerse esta reforma, será sin duda inferior al de los actuales jueces de instrucción. Pero lo cierto es que las

órganos judiciales. Los fiscales, por su parte, realizan el curso teórico práctico en el Centro de Estudios Jurídicos, con sede en Madrid, de menor duración, y deben superar un periodo de prácticas tuteladas. Durante algunos años, sin embargo, las carreras judicial y fiscal tenían pruebas de acceso separadas, aunque el temario de la oposición era básicamente el mismo.

⁸⁴² Vid. ARMENTA DEU, T. “¿Qué soluciones razonables permitirían adecuar la plantilla la estructura territorial del ministerio fiscal en un plazo corto de tiempo a las necesidades de la instrucción penal?” en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.) *La atribución...* op. cit., pág. 131. En opinión de ARMENTA DEU, en tal caso contaríamos con fiscales investigadores y acusadores con la formación típica de alguien perteneciente a la magistratura. El problema surgió en Italia por los lazos entre jueces y fiscales y por la cultura o “sensibilidad *contra reum*” en los jueces que han sido fiscales durante años. Hasta tal punto es así que se ha planteado la creación de un Consejo Superior de la Magistratura distinto para jueces y fiscales, como vía de acceso diversificada, pero sin rechazar una formación común.

⁸⁴³ VID. ZÁRATE CONDE, A. “Las órdenes e instrucciones...” op. cit., pág. 3.

⁸⁴⁴ Vid. FUENTES SORIANO, O. “¿Habría que reconvertir el actual modelo de carreras judicial y fiscal con separación absoluta a un modelo de “pasarela” entre ambas, como existe en otros ordenamientos europeo? Ventajas, desventajas, condiciones y requisitos.”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.) *La atribución...* op. cit., págs. 133 y 134. FUENTES SORIANO no se muestra partidaria de copiar el modelo italiano, toda vez que en Italia existe un Ministerio Público absolutamente independiente del poder ejecutivo e integrado en la Magistratura, en el que se distinguen dos tipos de magistrados: los que integran la judicatura, y los que integran el Ministerio Público. Mientras que los primeros ostentan funciones decisorias, los segundos tienen funciones promotoras, postulantes o requirentes. Los magistrados de uno y otro cuerpo pueden cambiar de función previo acuerdo del Consejo Superior de la Magistratura, que es el órgano común de gobierno.

carencias de la justicia no se detienen en la fase de instrucción, sino que los órganos de enjuiciamiento penal y los demás órdenes jurisdiccionales acusan importantes deficiencias, de forma que no se descarta que se aproveche la coyuntura para atender a otras necesidades de la justicia, de forma que no puede descartarse que estos jueces de instrucción “sobrantes” fueran destinados en otros órganos judiciales⁸⁴⁵. Por otra parte, hay que tener presente que los jueces de instrucción no constituyen una categoría independiente, sino que son miembros de la carrera judicial que en ese momento ocupan destino en un Juzgado de Instrucción, igual que los fiscales investigadores son miembros del Ministerio Fiscal asignados a dicho servicio, por lo que debería determinarse cuáles son los presupuestos para el cambio y si de alguna manera nace una nueva categoría de “instructor” dentro de tales carreras. El cambio deberá ser en todo caso voluntario, pues otra importante limitación viene de la inamovilidad de jueces y magistrados (art. 378 de la LOPJ), y debe concretarse si una vez que se opta al cambio, es posible o no el reingreso en la carrera judicial⁸⁴⁶.

Por otra parte, debe tenerse presente las reivindicaciones que en tal caso puedan surgir dentro de la carrera fiscal, a fin de que también a los fiscales se les permita el cambio a la carrera judicial. Si así fuera, la solución de “pasarelas” nada solucionaría, pues un buen número de fiscales podrían solicitar el ingreso en la carrera judicial. Esto a su vez podría acercar nuestro modelo al derecho italiano, en el que, como vimos, existe un único cuerpo, y obligaría nuevamente a plantearse si debe modificarse o unificarse el sistema de acceso a las carreras judicial y fiscal⁸⁴⁷.

La reforma del Ministerio Fiscal, en cuanto permita dotar a los miembros del mismo de una mayor autonomía, resulta, a mi juicio, necesaria, pero privar a la institución de los principios y características que le son propias, para acometer una reforma de dudosa virtualidad, es una cuestión que plantea serias dudas.

Si tenemos presente que los problemas que plantea el principio de jerarquía se refieren particularmente a determinados tipos delictivos, en particular, los delitos de corrupción política, otra solución pasaría por excluir del nuevo modelo tales infracciones. En el mismo sentido, VIVES ANTÓN se muestra partidario de reservar al órgano judicial la instrucción de este tipo de delitos, a fin de evitar los problemas que

⁸⁴⁵ Vid. [http:// www.abc.es/espana/abci-justicia-no_descarta-reconvertir-jueces-fiscales-nuevo-proceso-penal-201612190155_noticia.html](http://www.abc.es/espana/abci-justicia-no_descarta-reconvertir-jueces-fiscales-nuevo-proceso-penal-201612190155_noticia.html). Última consulta: 19 de diciembre de 2016. Un mismo juez de garantías podría hacerse cargo de varios juzgados, pero para llevar a cabo este transvase debe realizarse previamente un estudio en profundidad, y alcanzarse un consenso con las asociaciones judiciales, pues muchos de estos jueces podrían pasar a reforzar otras jurisdicciones que están atascadas.

⁸⁴⁶ En relación con la independencia e inamovilidad judicial, vid. ASENSIO MELLADO, J. M. *Introducción...* op. cit., págs. 81 y ss.

⁸⁴⁷ En este sentido, vid. MARCHENA GÓMEZ, M. “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes.” *Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-331, tomo 6, Editorial La Ley*. Pág. 6. En Italia, la inclusión del Fiscal General del Tribunal Supremo en el Consejo Superior de la Magistratura, así como el principio de que los magistrados se distinguen por la diversidad de sus funciones, han imprimido un “sello descentralizador” al ejercicio de las funciones de los magistrados del Ministerio Público.

plantea la vinculación de la fiscalía con el poder ejecutivo⁸⁴⁸.

Dentro de las secciones de los futuros Tribunales de Instancia podría crearse, junto a las Secciones de Garantías, las Secciones de Instrucción Judicial, de las que formarían parte magistrados a los que podrá corresponder la instrucción de las causas por delitos cuya investigación no quede encomendada al Ministerio Fiscal. En el caso de que no se llegaran a crear los Tribunales de Instancia sino que se mantuvieran los actuales juzgados, aglutinados en las poblaciones de mayor entidad, podrían convivir Juzgados de Instrucción con Juzgados de Garantías, o bien los propios Juzgados de Instrucción podrían realizar funciones de instrucción propiamente dicha o de garantías jurisdiccionales, según los casos.

Esta propuesta de un modelo mixto, en el que unos delitos sean instruidos por el juez y otros por el fiscal, según la entidad o el carácter de los mismos, ya había sido contemplada hace bastantes años por la FGE, que en la memoria del año 1986 planteaba la posible atribución parcial de la investigación oficial al Ministerio Fiscal, quedando la misma restringida a los delitos menores o de bagatela, reservando a los jueces de instrucción los delitos más graves, de forma que para los delitos de menor entidad se proponía que la investigación correspondiera al fiscal y el fallo al juez, y en relación con los más graves se mantenía un modelo de instrucción sumarial y la competencia de la AP para la celebración del juicio⁸⁴⁹. NOREÑA SALTO, en esta misma línea, propone el otorgamiento de la investigación al Ministerio Fiscal en los supuestos de delitos de instrucción sencilla y delitos flagrantes, pero también en los de delincuencia organizada, pues ésta requiere de la coordinación propia de la fiscalía⁸⁵⁰.

GIMENO SENDRA, consciente de que este modelo exige una notable inversión en el incremento de la plantilla de los fiscales y en el aumento de sus recursos materiales, considera que el modelo clásico del juez instructor podría seguir cumpliendo objetivos de eficiencia en el caso de delitos de sangre o contra la propiedad. Sin embargo, a su juicio, la fiscalía cuenta con una mejor coordinación a la hora de instruir con agilidad delitos de delincuencia organizada o económicos, de cierta complejidad, ya que se rige por el principio de unidad y dependencia⁸⁵¹.

Sin embargo, MARTÍN PASTOR es reticente a una reforma que otorgue la instrucción al fiscal solo para determinados delitos, pues considera que si se opta por este modelo debe ser con todas las consecuencias, ya que las objeciones que se hacen al mismo desde la perspectiva de las garantías procesales son predicables también de los

⁸⁴⁸ Vid. VIVES ANTÓN, T. S. *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal II. La reforma del proceso penal*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1992. Págs. 120 y ss.

⁸⁴⁹ Vid. Memoria de la FGE de 1986. Pág. 15.

⁸⁵⁰ Vid. NOREÑA SALTO, J. R. "Instrucción por el fiscal: razones en contra". AAVV, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, IV. La investigación del fiscal*. Madrid, Ministerio de Justicia, 1998. Págs. 180 y ss.

⁸⁵¹ GIMENO SENDRA considera que la unidad y jerarquía del Ministerio Fiscal favorece la instrucción eficaz de estos delitos, al evitar el "troceo de las causas". Vid. GIMENO SENDRA, J. V. "Las partes..." op. cit., en MORENO CATENA V., CORTÉS DOMINGUEZ, V., ALMAGRO NOSETE, J. y GIMENO SENDRA, J. V. *El nuevo...* op. cit., págs. 93 a 101.

delitos de menor gravedad. Por otra parte, el principio de igualdad aconseja no establecer distinciones en función del tipo o gravedad del delito⁸⁵².

No obstante, en el derecho comparado se puede encontrar un modelo en el que la investigación está encomendada a diversos órganos según los distintos supuestos. Es el caso del derecho francés, en el cual, el CPP contempla dos procedimientos de instrucción claramente diferenciados:

1) Un procedimiento de investigación: este procedimiento es desarrollado bajo el impulso y control del fiscal de la República, por funcionarios de la policía judicial (art. 15 del CPP), y está previsto para la investigación de las infracciones cometidas *in fraganti* (arts. 53 y 67 del CPP), para la investigación preliminar (arts. 75 a 78 del CPP) y para otras investigaciones, tales como la investigación de la muerte de una persona en circunstancias sospechosas (arts. 60, 74 y 77 del CPP), la investigación encaminada a la búsqueda de una persona desaparecida (arts. 63, 74 y 77 del CPP) o de una persona fugada (art. 74.2 del CPP). Este procedimiento se caracteriza por su desarrollo extrajudicial y por su desconexión con el ejercicio de acciones públicas o civiles.

2) Un procedimiento de instrucción: este procedimiento está conectado con el ejercicio de una acción pública, como manifestación del ejercicio del *ius puniendi* (art. 1 del CPP), y tiene por objeto reunir pruebas sobre los hechos constitutivos de infracción penal y su autoría, bien a instancia del fiscal de la República en el marco de la investigación llevada a cabo por la policía judicial o a través de los controles y verificaciones de identidad (art. 40 del CPP), bien a instancia de la parte lesionada (art. 1 del CPP), bajo ciertas condiciones. Por tanto, el procedimiento de instrucción se inicia mediante la puesta en marcha de la acción por el fiscal de la República, con carácter general, y en menor medida por la víctima. La decisión de incoar un procedimiento de instrucción no es del juez de instrucción, sino del fiscal de la República. El desarrollo de la instrucción tiene lugar ante el juez instructor, reservando al fiscal de la República, y en menor medida a las partes, la facultad de solicitar al juez instructor la práctica de actos de instrucción, así como participar en el desarrollo de estos actos. Finalmente, la conclusión de la instrucción también es una facultad reservada al fiscal de la República, ya que este, a la postre, es quien puede dar o no por concluida la instrucción, mediante la petición de remisión de la causa al juzgado enjuiciador o de sobreseimiento de la causa⁸⁵³.

⁸⁵² Vid. MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 380. El citado autor considera que ello supondría una duplicidad de órganos de instrucción que la administración de justicia no se puede permitir desde un punto de vista económico.

⁸⁵³ Vid. FOURMENT, F. *Procédure...* op. cit., págs. 71 y ss. Por lo que respecta a la estructura de la institución en Francia, el Ministerio Público está representado de distinta forma según el órgano judicial ante el que deba actuar. Así, ante el Tribunal de Policía y el Juzgado Local, para las multas de quinta clase, el Ministerio Público está representado por el fiscal de la República ante el Tribunal de Gran Instancia. Para las multas de primera a cuarta clase, la representación corresponde a un oficial del Ministerio Público (art. 44 del CPP), esto es un comisario de policía con residencia en la competencia del Tribunal de Gran Instancia (arts. 45 y 47 del CPP), con las siguientes excepciones: 1) en caso de impedimento o ausencia del comisario de policía del lugar donde tiene la sede el Juzgado Local, se designará uno por el Fiscal General ante la Corte de Apelación entre los comisarios, comandantes o

capitanes de policía con residencia en el ámbito competencial del Tribunal de Gran Instancia; 2) en caso de necesidad para la celebración de una audiencia, el juez instructor del Tribunal de Gran Instancia puede apelar al alcalde o su adjunto; y 3) el fiscal de la República puede instar la autorización del juez instructor para sustituir al oficial del Ministerio Público. Ante la Sala de Apelación Correccional y la Sala de Instrucción de la Corte de Apelación, la representación del Ministerio Público le corresponde al Fiscal General (art. 34 del CPP). Ante la Sala Penal actuando en primera instancia, la representación del Ministerio Público corresponde a un miembro de la Fiscalía General. Ante el juez de menores y el tribunal de menores, la representación del Ministerio Público corresponde a un miembro de la fiscalía del Tribunal de Gran Instancia. Ante la Corte de Casación, la representación del Ministerio Público corresponde a quien elija la Sala de entre los componentes de la fiscalía ante la Corte de Casación: Fiscal General; Primer Abogado General; y Abogados Generales.

CAPÍTULO V: LA TRANSPOSICIÓN DEL MODELO DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO DE MENORES AL PROCESO PENAL DE ADULTOS (II).

En el capítulo anterior hemos estudiado en profundidad las propuestas legislativas y doctrinales de atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción en el proceso de adulto, así como las objeciones a este modelo y las reformas estructurales y orgánicas que este cambio de sistema procesal conllevarían. Analizados estos puntos, resta por estudiar si el modelo de instrucción propio del sistema procesal de menores es o no trasladable al proceso de adultos.

1. Propuestas *de lege ferenda*: especialidades en función del tipo penal.

El ámbito donde más reparos se ponen al modelo de instrucción por el fiscal es en relación a las infracciones de cierta envergadura económica o con implicaciones políticas, un campo donde de poco sirve la experiencia del proceso de menores, pues un menor de edad difícilmente podrá cometer este tipo de infracciones.

La cuestión relativa a las vinculaciones de la fiscalía con el poder ejecutivo adquiere una especial relevancia en los tiempos actuales, en los que la investigación de numerosos cargos políticos por delitos de corrupción inunda los medios de comunicación. Pero la opinión pública no debe ser el parámetro que debe tenerse en consideración a la hora de optar por un sistema u otro, pues desde esta óptica también el juez instructor es contemplado con recelo. El problema viene, como hemos visto, por la estructura jerarquizada del Ministerio Fiscal, que ha generado ríos de tinta en la doctrina en cuanto a las posibles influencias políticas hacia esta institución⁸⁵⁴.

Si de lo que se trata en este trabajo de investigación es de emplear la experiencia obtenida en la jurisdicción de menores para determinar si es posible la instauración de este modelo en la jurisdicción de adultos, conviene recordar que las estadísticas reflejan que los delitos más frecuentes durante la etapa adolescente son, entre otros, los delitos de robos, lesiones, hurtos, malos tratos en el ámbito familiar, amenazas, coacciones, tráfico de drogas a menor escala, etc., a los que se añaden los cometidos a través de las

⁸⁵⁴ A título de ejemplo, en el reciente juicio contra el ex presidente de la Generalitat de Cataluña, Artur Mas, con motivo del referéndum del 9N, celebrado entre los días 6 y 10 de febrero de 2017 y retransmitido por todos los medios de comunicación, la defensa solicitó como cuestión previa los documentos internos de la fiscalía, a fin de comprobar la influencia de la estructura jerarquizada de este órgano en el ejercicio de la acción penal y la posibilidad de que se hubiese recibido órdenes directas del Gobierno, a través del Fiscal General del Estado, prueba que fue inadmitida por el tribunal, precisamente en atención a que el Ministerio Fiscal se configura legalmente conforme al principio de jerarquía.

nuevas tecnologías, las redes sociales y los de acoso escolar, más propios de la justicia de menores⁸⁵⁵.

Como hemos visto, fueron las particulares características de la delincuencia juvenil las que propiciaron que en el proceso de menores se introdujera un modelo de instrucción por el fiscal, en un momento en el que esa misma opción no se barajaba con firmeza para el proceso de adultos. Ya se han mencionado los rasgos generales de la delincuencia de los niños y jóvenes, que, en general, y a pesar de que esporádicamente cometan delitos brutales que hacen saltar todas las alarmas en la opinión pública, suelen realizar hechos de menor envergadura. No obstante, la historia reciente de España demuestra la participación de menores en algunos delitos de enorme gravedad. Por ejemplo, el caso “Marta del Castillo” o sucesos relacionados con el terrorismo, del que es un claro ejemplo el caso “11 M”, en el que fue condenado un menor de edad. Pero dejando a un lado el tema del terrorismo, que origina una serie de planteamientos que exceden los límites de este trabajo, la realidad es que los menores no suelen cometer determinados tipos de delitos, que son los que más importan a la opinión pública, como pueden ser aquellos que revisten connotaciones políticas o sean de especial entidad económica. Los menores no pueden ostentar cargos que les permitan ser sujetos activos de cierta tipología delictiva, ni suelen tener tras de sí la infraestructura que requiere la comisión de algunas infracciones penales de especial relevancia social, por lo que rara vez podremos encontrar menores encausados por delitos de envergadura política o económica (piénsese, a título de ejemplo, en delitos como la financiación ilegal de partidos políticos, contra los derechos de los trabajadores, de prevaricación administrativa, malversación, cohecho, administración desleal, etc.).

A pesar de que en la jurisdicción de menores se investigan puntualmente delitos muy graves, lo cierto es que los homicidios o agresiones sexuales, si bien generan alarma social, son infracciones donde en general no suelen haber sospechas por parte de la opinión pública acerca de la posible parcialidad del instructor y existe una confianza en que su actuación viene presidida por la necesidad de averiguar la verdad material.

Como hemos visto, el proceso de menores no era contemplado por parte de algunos sectores doctrinales como un auténtico proceso penal, por lo que la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal planteaba menores objeciones, ya que era el órgano que tradicionalmente había tenido encomendada la protección de la infancia. Sin embargo, el proceso de menores, como auténtico proceso penal, tiene, a mi juicio, bastantes más semejanzas con el proceso de adultos de las que pueda parecer.

Hemos partido de la distinción entre las características de la delincuencia de menores y de la que tiene lugar en la edad adulta, porque precisamente en ella se encuentran algunas de las razones por las que la atribución de la instrucción al fiscal en el proceso de menores presenta menores inconvenientes que en el caso de los mayores de edad, o los motivos por las que nuestro legislador todavía no ha dado el paso de encomendar al fiscal la investigación en la LECrim., a pesar de llevar instruyendo más

⁸⁵⁵ Vid. Anuario estadístico del Ministerio de Interior.

de veinte años los delitos cometidos por menores. Estas diferencias justificaron que en este “proceso para niños”, el legislador se aventurara con esta fórmula, ya que la jurisdicción de menores tenía tan arraigado el contenido educativo, que era un campo donde se estimaba que la instrucción por el fiscal “no podría hacer mucho daño”, en el sentido de que no podría resultar tan “devastadora”, como en el proceso de adultos, donde se enjuician delitos de mayor calado para la sociedad.

Conviene recordar que el procedimiento regulado en la LORPM viene a ser una variante simplificada del procedimiento abreviado, por lo que se puede plantear la traslación de este modelo para la jurisdicción de adultos en aquellos delitos cuya investigación transcurre por los trámites de las diligencias previas y de las diligencias urgentes, por ser los que mayores semejanzas presentan.

En el proceso de menores, este modelo viene funcionando desde hace años y goza en general del beneplácito de la doctrina y de los profesionales, con algunas deficiencias, como es lógico, pero sin que el hecho de que la instrucción esté atribuida al Ministerio Fiscal haya supuesto graves problemas ni se haya puesto de manifiesto la entrada de intereses de naturaleza política.

Centrándonos en los delitos que son objeto del procedimiento abreviado o juicios rápidos, en la jurisdicción de adultos, la realidad demuestra que la mayor parte de las infracciones que se instruyen diariamente en los juzgados españoles, que carecen normalmente de interés mediático, son delitos de menor repercusión como, entre otros, hurtos, robos con fuerza o con violencia, lesiones, delitos de violencia doméstica, daños, etc. Como hemos visto, son los mismos que se investigan en las Fiscalías de Menores, y son en general delitos donde la estructura jerarquizada del Ministerio Fiscal no tiene por qué ser un problema. Los delitos de corrupción gubernativa no son, pues, el grueso de los delitos objeto de los procedimientos penales, si bien su relevancia y sus particulares características los convierten en el foco de atención, y son los que más dudas plantean a la doctrina.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal puede tener consecuencias en otro tipo de delitos, en los que a simple vista no parecieran revestir tales implicaciones. Existen otras infracciones penales, como pudieran ser, por ejemplo, las usurpaciones de bienes inmuebles, ciertas desobediencias, los cometidos por los movimientos antisistema, desórdenes públicos, daños en el mobiliario público o delitos contra la libertad religiosa, que en los últimos tiempos han adquirido connotaciones políticas. A ellos se añaden los delitos cometidos por funcionarios públicos, prevaricación, cohecho, estafas y apropiaciones indebidas de cierta magnitud, que también suscitan algunas dudas.

Por tanto, si se plantea un modelo mixto, en el que algunos delitos deban ser investigados por el juez y otros por el Ministerio Fiscal, debe cuidarse de excluir todos aquellos en que exista riesgo de injerencias políticas. Esto, no obstante, podría reducir el ámbito reservado al fiscal a los delitos de menor entidad, lo cual puede resultar paradójico, cuando hemos visto que precisamente en la delincuencia de cierta magnitud,

como la referida a grupos organizados, o que se dispersa a lo largo y ancho del territorio, la estructura del Ministerio Fiscal favorece una más eficaz labor investigadora. En cualquier caso, de atribuirse al fiscal la investigación de la delincuencia organizada, pueden excluirse también aquellos delitos que puedan adquirir implicaciones políticas, quedando limitada al resto de tipos delictivos. En los demás delitos, que carecen de dicha repercusión económica o política, la configuración del Ministerio Fiscal no es un inconveniente, sino, al contrario, tiene la ventaja de dotar a la investigación de mayores recursos y una mejor coordinación.

De entre estos delitos cuya instrucción podría ser encomendada a la fiscalía, dejando aparte la delincuencia organizada, muchos son infracciones de menor entidad, en los que la aplicación del principio de oportunidad podría ser viable, y en los que puede ofrecerse una solución resocializadora al autor que ha cometido el delito como consecuencia de una cierta situación de marginalidad, o a determinadas adicciones, y asegurarse una adecuada reparación a la víctima, mediante un modelo de instrucción que dote al procedimiento de una mayor agilidad.

La necesidad de celeridad en la instrucción y la situación de colapso de los órganos judiciales es un grave problema de la justicia en España. Salvo en el caso de los juicios rápidos, es frecuente que los delitos se enjuicien varios años después de haber sucedido los hechos, lo que determina que los fines del proceso penal rara vez se cumplen, pues ni los objetivos resocializadores ni la reparación de las víctimas tienen ya sentido.

Del mismo modo que en la justicia de menores se atribuyó la investigación a la fiscalía sin abordar la reforma de su estructura jerarquizada, en este tipo de delitos, los de menor entidad, y otros que carecen de implicaciones políticas, el otorgamiento al fiscal de la fase de investigación dotaría de mayor celeridad al procedimiento y puede acometerse sin una revisión de tal magnitud que convirtiera a la institución en algo diferente de lo que es, pues la reforma del Ministerio Fiscal que se plantea requiere tal consenso político y tal inversión que dificultaría enormemente que la reforma propuesta pudiera ser una realidad. No obstante, hay que tener presente que la pretendida celeridad no será tal como la que a día de hoy existe en el proceso de menores, toda vez que el sistema de impugnación ante el juez de garantías de las decisiones adoptadas por el Ministerio Fiscal y la necesidad de una investigación complementaria restaría agilidad al mismo.

Por estos motivos, entiendo que el modelo de investigación por el fiscal propio de la justicia de menores es trasladable a la jurisdicción de adultos, pero solo en este tipo de delitos, que, por carecer de toda implicación política, permite el mantenimiento de la estructura y principios propios de actuación del Ministerio Fiscal.

Con una nueva concepción de la instrucción como fase preparatoria del juicio en sentido estricto, o como actividad previa que permita constatar la procedencia del archivo, sería posible resolver los males de la justicia, implantando un modelo que está dando buenos resultados en el caso de los delincuentes más jóvenes. La atribución al

fiscal de la dirección de la investigación en estos delitos favorece, como veremos, la posible aplicación del sobreseimiento por razones de oportunidad, y las soluciones negociadas, al ser el órgano encargado de la acusación al que corresponde apreciar si concurren los presupuestos para ello.

En concreto, en relación con los delitos que siguen los trámites del procedimiento abreviado, ya fue en su día muy discutida la posible atribución al fiscal de la investigación, reforzándose su intervención. En el caso de los juicios rápidos, hemos visto las críticas doctrinales que suscitó el hecho de que se incrementaran notablemente las facultades de investigación e incluso de calificación de los hechos de la policía judicial, y sin embargo el legislador no diera el paso definitivo de atribución de la investigación al Ministerio Fiscal, sino que mantuvo el modelo de instrucción judicial.

El juicio rápido se ha convertido en un procedimiento en el que, a pesar de las facultades otorgadas al juez durante la fase intermedia, la experiencia demuestra que la instrucción del órgano judicial está encaminada a reunir los elementos que el fiscal pueda necesitar para formular su escrito de acusación, ante la “amenaza” de que, de no ser así, el asunto se verá abocado a sufrir una transformación al trámite de las diligencias previas. La previsión de transformación al procedimiento de diligencias previas cuando no se hubieran podido practicar todas las diligencias necesarias, determina que un asunto que pudo ser sentenciado en unas dos semanas, acabe enjuiciándose varios años después, con las consecuencias ya expuestas. Por esta razón, en ocasiones, es utilizada esta vía por las defensas como maniobra dilatoria. Si bien en algunos casos tales actuaciones podrán ser practicadas en el acto de juicio oral en forma de prueba, otras, si son determinantes para adoptar la decisión adecuada sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral, provocarán esta transformación, a pesar de que la petición de las partes no resulte vinculante para el juez.

La instrucción adquiere, pues, en el juicio rápido unas connotaciones semejantes a las propias del modelo de instrucción por el fiscal, la de reunir los elementos imprescindibles para determinar si procede la continuación del procedimiento o el archivo de la causa. La única diferencia es que se mantiene la figura del juez instructor.

En el caso de las diligencias urgentes, el juez se ocupa de practicar todas las actuaciones de investigación que pudieran servir al fiscal y a las partes para formular sus respectivos escritos, con la consecuencia de que en ocasiones se podría haber prescindido de algunas de las practicadas, o se ha omitido alguna de las que el fiscal considera indispensables. Esta situación resulta un tanto paradójica. Tendría más lógica que fuera el propio fiscal quien se ocupara de determinar cuáles son las diligencias que considera necesarias a tal fin, si bien arbitrando mecanismos para evitar la indefensión del inculpado, y permitiendo a las partes reproducir, en la fase intermedia ante el juez, la petición de las diligencias que les hubieran sido denegadas por el fiscal.

Conviene recordar que en este procedimiento, la fase intermedia se concentra en un solo acto, que se realiza oralmente, de forma que, en el hipotético caso de que se

convirtiese al fiscal en el órgano instructor, sería necesaria una modificación de dicha regulación que permitiera interrumpir la comparecencia prevista en el art. 798 de la LECrim. y establecer un breve plazo para la práctica de las diligencias que, denegadas por el fiscal, fueran nuevamente solicitadas por las partes y acordadas por el juez de garantías.

El modelo de investigación por el fiscal del proceso de menores, tal cual se regula en la LOPRM, es, a mi juicio, trasladable a los juicios rápidos. Podría regularse un sistema en el que el juez titular del correspondiente Juzgado de Instrucción, en relación con los procedimientos que deban seguir los trámites de las diligencias urgentes, iniciados a través del oportuno atestado, adopte la condición de juez de garantías, atribuyéndose la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal.

En tales casos, el fiscal al que corresponda la investigación debería tener presencia física en el partido judicial en cuestión durante el servicio de guardia, sin que esto requiera de reforma alguna en la actual configuración de la fiscalía. Si el fiscal debe practicar los actos de investigación con la debida inmediación, no es suficiente la solución sugerida por la Circular de la FGE 1/2003, que pretende dotar de presencia al mismo a través de las nuevas tecnologías, al menos mientras los recursos con los que cuenta la administración de justicia no hayan experimentado el adecuado proceso de modernización.

Por tanto, lo que sí sería necesario es una nueva organización que permitiera que los fiscales asignados a la guardia, especialmente en los partidos judiciales más pequeños, no estuvieran empleados al mismo tiempo en otros servicios. Para esto quizá fuera necesaria la ampliación de la plantilla del Ministerio Fiscal, mediante la convocatoria de nuevas plazas, pues establecer un sistema de “pasarelas” entre ambas carreras resulta, a mi juicio, desproporcionado en el caso de que el fiscal solo asumiera la instrucción en este tipo de procedimientos.

El propio juez de garantías, liberado de su papel de juez de instrucción, y, por tanto, no contaminado por aquella, podría adoptar, llegado el caso, como ocurre con el juez de menores, la condición de juez de enjuiciamiento, con la consiguiente descarga de los Juzgados de lo Penal, que actualmente se encuentran en su mayoría especialmente saturados.

En este tipo de procedimientos resulta inusual la práctica de diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales, por lo que las actuaciones que con más frecuencia podrían contaminar al juez de garantías son la adopción de medidas cautelares. En estos casos, y en aquellos en los que el juez de garantías acuerde nuevas diligencias en la fase intermedia, los problemas que se plantearan desde la perspectiva del principio del juez imparcial, son los mismos que surgieron en la jurisdicción de menores, cuestión que ya fue abordada por el TC. Por lo tanto, la solución podría ser la misma, y en su caso podría acudir a las causas de abstención y recusación. No obstante, el recurso a las mismas en cada caso concreto podría resultar ineficaz a efectos organizativos, pues esto conlleva una serie de trámites que implicarían sobrepasar el

plazo del servicio de guardia. Por este motivo, y para extremar las garantías, podría atribuirse la celebración del juicio, en estos casos en los que se hubieran adoptado medidas limitativas de derechos o acordado diligencias en la fase intermedia, a otro de los jueces del partido judicial, a través de las normas de reparto. Pero a fin de establecer una solución que ofrezca mayor seguridad jurídica podrían encomendarse las funciones de enjuiciamiento de todos los juicios rápidos a otro de los Juzgados de Instrucción del partido judicial que en las fechas correspondientes no haya operado como juez de garantías, estableciendo un turno rotatorio a tal efecto.

Para encomendar la investigación al fiscal en las diligencias urgentes no sería necesaria reforma alguna de la demarcación judicial, ni siquiera de la estructura organizativa y territorial de la fiscalía, de forma que los actuales Juzgados de Instrucción, solo a efectos de este procedimiento, podrían actuar como Juzgados de Garantías y de Enjuiciamiento.

En el caso de los delitos que siguen los trámites del procedimiento abreviado, entiendo que puede otorgarse al Ministerio Fiscal la investigación de los delitos que no revistan implicaciones políticas. En concreto, y sin ánimo de exhaustividad, los delitos de lesiones; los delitos contra la libertad, salvo delitos de coacciones cometidos por movimientos antisistema o grupos de presión; los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio; los delitos contra el honor; los delitos contra las relaciones familiares; los delitos de hurto, robo, hurto y robo de uso de vehículos de motor; los delitos de daños; los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial; los delitos contra la salud pública; los delitos contra la seguridad vial; los delitos de realización arbitraria del propio derecho; los delitos de acusación y denuncia falsas; los delitos de falso testimonio; los delitos de quebrantamiento de condena; o los delitos de atentados y resistencia. En definitiva, deben excluirse los delitos cometidos por personas que ostenten o hayan ostentado cargos públicos y por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Si la reforma queda limitada a estos tipos delictivos, no se hace necesaria una reforma sustancial de los principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación del Ministerio Fiscal, sin perjuicio del reforzamiento de su autonomía funcional. Pero lo cierto es que para implantar un nuevo modelo de instrucción por el fiscal en delitos que excedan del ámbito del juicio rápido, la actual demarcación judicial y la organización de la fiscalía es un obstáculo para el adecuado funcionamiento de la reforma propuesta, que debe esperar a la puesta en marcha de los denominados Tribunales de Instancia, en los términos antes expuestos, para centralizar la instrucción de las causas, como ocurre en la jurisdicción de menores, en las capitales o poblaciones de mayor índice de delincuencia. En el caso de la jurisdicción de menores, la instauración de este sistema procesal se abordó sin plantear una reforma de la estructura orgánica ni de los principios propios de la fiscalía, pero partiendo de que la demarcación judicial era la capital de provincia y, excepcionalmente, poblaciones de gran volumen de asuntos.

Exceptuando los juicios rápidos, es una reforma que, además de que implica una profunda revisión de nuestro sistema procesal, requiere una gran inversión económica, y una modificación estructural de enorme envergadura, que la administración de justicia actualmente no parece que se encuentre en condiciones de afrontar. Por lo que lo más razonable, en tanto que eso sea posible, es tratar de mejorar el sistema actual de instrucción judicial, y dejar esta reforma para el día en que nuestro país esté preparado para asumirla.

2. La incorporación al derecho procesal penal de adultos del principio de oportunidad.

Las propuestas legislativas y doctrinales de atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación penal suelen propugnar también la consagración del principio de oportunidad, como íntimamente ligada a aquella reforma.

En los capítulos anteriores se han analizado el concepto e implicaciones del principio de oportunidad, y la consagración de la oportunidad reglada en el proceso de menores. Los borradores elaborados para la redacción de una nueva ley procesal penal contemplan la posibilidad de introducir expresamente este principio, que se presenta como consustancial al modelo de instrucción por el fiscal, y que también ha sido considerado como una vía para aligerar la carga de trabajo de los órganos judiciales aún dentro de un modelo que mantuviera la figura del juez instructor⁸⁵⁶.

GUERRERO PALOMARES concreta algunos de los beneficios que se alcanzarían con la instauración en nuestro sistema del principio de oportunidad: 1) la defensa del interés social o de la utilidad pública, habida cuenta de la escasa lesión social causada por algunos delitos, que determina la falta de interés público en su persecución; 2) la pronta reparación de la víctima; 3) la evitación de los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad y el favorecimiento de la rehabilitación del delincuente; 4) la consecución de la justicia material, por encima de la formal, a través de la mediación o transacción penal y de la posibilidad de no continuar el proceso o no aplicar la pena según las características del delito o de su autor; 5) el favorecimiento de un proceso sin dilaciones indebidas y la agilización de la justicia; 6) la consecución de la individualización de la justicia, al permitir un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguibles y aquellos en que la pena carece de utilidad⁸⁵⁷.

⁸⁵⁶ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F. “Características...” op. cit., pág. 22. Aunque la vigencia de este principio suele presentarse como ligada a un fuerte protagonismo del Ministerio Fiscal en la fase preliminar, en algunos países ha convivido pacíficamente el principio de oportunidad con un modelo de instrucción judicial, como es el caso de Francia o Bélgica.

⁸⁵⁷ Vid. GUERRERO PALOMARES, S. *El principio...* op. cit, págs. 31 y ss.

Si bien es cierto que no se puede negar al principio de oportunidad la virtud de contribuir a aliviar uno de los grandes males de nuestra justicia, su lentitud y colapso, pues permitiría invertir los recursos en la persecución de aquellas infracciones penales que realmente merecen la dedicación de los operadores jurídicos, lo cierto es que, so pretexto de celeridad, se está renunciando progresivamente a los principios esenciales de nuestro sistema procesal. En este sentido, GÓMEZ COLOMER consideraba que el proceso español no debía aspirar a tener como modelo el proceso norteamericano, no solo por razones históricas y culturales, sino también porque suscitan ciertas dudas los extensos poderes concedidos en los EEUU a la policía⁸⁵⁸. Los fundamentos jurídicos, políticos y culturales de los países de donde se está tratando de tomar ejemplo no son siempre trasladables a nuestro derecho. El modelo de la *Common Law* norteamericano responde a ciertas características propias de los EEUU, en que el gobierno adopta la forma presidencial basada en una estricta separación de poderes, de modo que una definición estricta por el legislador del modo en el que deba ejercitarse la acción penal no resultaría coherente con el equilibrio de poderes. De otra parte, la autonomía de cada Estado, el carácter electivo del Ministerio Fiscal y la naturaleza local de la acción penal determinan que el principio de oportunidad resulte necesario para adaptar los criterios del Ministerio Fiscal a la concreta población a la que representa⁸⁵⁹. Por estas razones, en el sistema norteamericano, el principio de oportunidad tiene por objeto alcanzar fines tales como la protección de la seguridad nacional, la intangibilidad de terceras personas o el orden público, de tal forma que la consagración del mismo responde a realidades muy distintas de las propias de nuestro ordenamiento⁸⁶⁰.

Pero lo cierto es que se ha buscado en el derecho comparado una referencia a la hora de plantear la incorporación a nuestro derecho de este principio. En concreto, en el derecho francés, el fiscal de la República puede proponer, tras un previo análisis de la *notitia criminis*, no continuar con el procedimiento de instrucción, bien mediante el archivo del expediente sin consecuencias (art. 40.1 del CPP), bien mediante el sometimiento a alguna de las medidas alternativas, tales como la mediación penal (art.

⁸⁵⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L. “El fiscal instructor”. *Revista Justicia*. Núm. 2 de 1996. Pág. 281. El sostenimiento de la acusación depende únicamente del poder ejecutivo, a través del Ministerio Fiscal, que es absolutamente independiente de los demás poderes del Estado.

⁸⁵⁹ Vid. Díez-Picazo y Giménez, L. M. “La configuración jurídico-política...” op. cit., pág. 294 y ss.

⁸⁶⁰ Vid. Guerrero Palomares, S. *El principio...* op. cit., págs. 113 y ss. Según explica este autor, en los modelos en los que impera el principio de legalidad, la función primordial del proceso es la aplicación de la legalidad existente, y en aquellos en los que impera el principio de oportunidad es la pacificación y el interés social. En nuestro ordenamiento, las finalidades que persigue el principio de oportunidad en los EEUU, como la protección de la seguridad nacional o la intangibilidad de determinadas personas, sin ser despreciados, tienen menos peso que la aplicación de la estricta legalidad. Y es que nuestro modelo difiere mucho de los países anglosajones, que tienen una forma de ver la sociedad y el derecho difícilmente comprensible desde nuestra perspectiva. En el modelo anglosajón, sin ir más lejos, gran parte del sistema judicial descansa en jueces legos, no solo en la institución del jurado, sino que también son legos los jueces que deciden sobre la conveniencia o no de abrir juicio oral (*Grand Jury* norteamericano, y los *magistrate court* de las pequeñas poblaciones en Inglaterra y Gales), y en el caso de Inglaterra, los jueces que controlan la investigación y autorizan a la policía actuaciones restrictivas de derechos fundamentales (*justice of peace*).

41.1 del CPP) o la transacción judicial (art. 41.2 del CPP), o continuar con el ejercicio de la acción pública (art. 40.2 del CPP). De esta forma, la decisión de incoar la instrucción no corresponde al juez, sino al fiscal de la República, que dispone de mecanismos de huida del procedimiento, a través de medidas alternativas como la mediación o la transacción judicial, o acudiendo a los procesos rápidos de consenso o acuerdo, como son los procedimientos simplificados de ordenanza penal (art. 495.1 a 7 del CPP) o los de comparecencia sobre reconocimiento previo de culpabilidad (art. 495.7 a 16 del CPP)⁸⁶¹.

MINGO BASAIL entiende que la atribución al Ministerio Fiscal de la facultad de no incoar un proceso penal o de poner fin al mismo, entraña necesariamente una actividad de enjuiciamiento, de subsunción de supuestos de hecho en una norma jurídica que no le corresponde al fiscal en virtud del principio de reserva de jurisdicción⁸⁶².

GIMENO SENDRA se muestra partidario de un modelo que introduzca mecanismos de resolución de conflictos en los que actúe el Ministerio Fiscal como una especie de “mediador penal”, como ocurre en el ámbito de la LORPM. Por otra parte, la conformidad premiada que existe en nuestro derecho, como expresión del principio de oportunidad, viene a ser un modo de mediación o transacción penal que pretende solucionar el conflicto social y el conflicto intersubjetivo entre las partes.

El modelo que propone GIMENO SENDRA permitiría al Ministerio Fiscal, en determinados supuestos, proponer al juez de instrucción el sobreseimiento por razones de oportunidad condicionado al cumplimiento por el encausado de prestaciones sociales o al sometimiento a programas de desintoxicación, previa reparación a los perjudicados, a fin de dar cumplimiento al fin de prevención especial y rehabilitador de la pena. En todos estos supuestos, sería necesario el cumplimiento de los requisitos que ya estableció la Recomendación del Consejo de Europa de 1987 sobre procedimiento simplificado, como el consentimiento de todas las partes, incluida la víctima⁸⁶³.

En consecuencia, considera GIMENO SENDRA que el Ministerio Fiscal, en uso de su potestad de negociación, debería poder aplicar el principio de oportunidad, siempre que con ello se persiga el fin constitucionalmente legítimo de obtener la mejor aplicación del *ius puniendi* del Estado⁸⁶⁴.

La Memoria de la FGE de 1987 ya exponía como una de las finalidades propias del principio de oportunidad la necesidad de evitar los riesgos de penas de prisión de

⁸⁶¹ Vid. FOURMENT, F. *Procédure...* op. cit., págs. 141 y ss.

⁸⁶² Vid. MINGO BASAIL, M. L. “La experiencia...” op. cit., págs. 69 y ss.

⁸⁶³ GIMENO SENDRA, J. V. “La reforma de la LECrim...” op. cit., pág. 9 y ss.

⁸⁶⁴ GIMENO SENDRA, J. V. “El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley*, nº8746. Sección Doctrina. 21 de abril de 2016. Ref D-168. Ed. La ley. Pág. 3. “La potestad de negociación del Ministerio Fiscal ha de permitir, como está sucediendo en los casos NOOS o GÜRTEL, en donde la confesión del empresario ORTIZ, prestada el día 1 de abril de 2016, le ha permitido una sustancial rebaja de la pena en la conformidad, la colaboración de los coautores con el Ministerio Fiscal y la aplicación, en la práctica, del principio de oportunidad, siempre y cuando persiga el interés constitucionalmente legítimo de obtención de una mejor y mayor aplicación del *ius puniendi* del Estado”.

corta duración⁸⁶⁵. DE LA OLIVA SANTOS critica que, por una parte, se considere necesario el mantenimiento de las mismas en el CP, y por otra, que la FGE proponga eliminar sus riesgos a través de este principio, de forma que se trata de “institucionalizar la práctica de no enviar a los establecimientos penitenciarios a quienes en ellos debían estar con arreglo a las leyes”⁸⁶⁶.

De entre las virtudes que se atribuyen al principio de oportunidad conviene referirse de modo especial a la necesidad de dotar de celeridad al proceso penal, que, como hemos visto, está en la base de numerosas reformas procesales. GIMENO SENDRA considera el principio de oportunidad como una apuesta necesaria para la agilización de la justicia⁸⁶⁷. La introducción del principio de oportunidad y de mecanismos de justicia negociada contribuyen a lograr una mayor agilidad. En este sentido, puede recordarse que la Recomendación del Consejo de Ministros de Europa de 17 de septiembre de 1987 aconsejaba, como forma de superar la crisis de la justicia, que los Estados incorporasen a sus ordenamientos procedimientos de naturaleza transaccional. Como consecuencia de ello, la Circular de la FGE 1/1989, sobre el procedimiento abreviado introducido por la LO 7/1988, potenciaba la negociación penal y determinados cambios de criterio en la actuación de los fiscales que favoreciera la simplificación de los procedimientos⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ Vid. Memoria elevada por la FGE al Gobierno en 1987. Pág. 17.

⁸⁶⁶ En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS considera que lo que procede es realizar un esfuerzo por evitar que las cárceles se conviertan en “altas escuelas de delincuencia”. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales...* op. cit., pág. 83.

⁸⁶⁷ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. *Fundamentos de derecho procesal*. Ed. Civitas Ediciones. 1981. Pág. 194. En el mismo sentido, vid. GIMENO SENDRA, J. V. “El principio de oportunidad...” op. cit., pág. 3. GIMENO SENDRA llama la atención sobre la duración de los procedimientos, y reclama la introducción de este principio también en los delitos de corrupción política, a la vista de la desproporcionada duración de los mismos. “Este motivo de oportunidad debiera también reclamarse en la lucha contra la corrupción política. Piénsese, a título de ejemplo paradigmático, el caso de la llamada “operación Malaya”, que, iniciado en noviembre de 2005, su juicio oral empezó, con noventa y cinco acusados, el 27 de septiembre de 2010 y acabó el 30 de julio de 2012; se dictó la sentencia un año después, el 4 de octubre de 2013 y la sentencia de casación fue publicada el 27 de julio de 2015 lo que arroja una duración del proceso penal superior a los diez años”.

⁸⁶⁸ Vid. Circular de la FGE 1/1989. Apartado III.C. “*En cuanto al reforzamiento del consenso, la reforma se hace eco de las más recientes corrientes procesales del entorno europeo, según las que en el proceso penal, frente a las zonas de conflicto, propias de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso, que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y de la función resocializadora de la pena*”. Mientras las primeras deben reservarse para la persecución de la criminalidad grave, “*la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva integrada por hechos que son incidentales en la vida de su autor, debe conducir a soluciones consensuadas que contribuyan a la no estigmatización de quién por la ocasionalidad de su delito y la propia aceptación de su responsabilidad, está revelando ya una actitud resocializadora*”. La búsqueda del consenso “*es un imperativo ético-jurídico, que entre nosotros vendría apoyado en dos parámetros constitucionales: que la obtención del consentimiento del acusado de someterse a una sanción constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad, proclamada en la Constitución (art. 10.1); que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción, implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, reclamada como fin de la pena en el artículo 25.2 de la Constitución Española y que en lo posible no debe ser perturbada ni por la continuación del proceso, ni por la sumisión a la estigmatización del juicio oral*”. Todo esto implica un notable cambio en los modos de actuación del Ministerio Público, que, en virtud del art. 781 de la LECrim., deben procurar la simplificación del procedimiento, promover soluciones facilitadoras de la

2.1. Compatibilidad entre el principio de oportunidad y el principio de legalidad.

Como vimos en capítulos anteriores, la proclamación del principio de legalidad por nuestro ordenamiento jurídico se había contemplado como un obstáculo para el reconocimiento del principio de oportunidad. Como expone CUADRADO SALINAS, la doctrina se refería a los principios de legalidad y oportunidad como dos alternativas en la configuración de las facultades del órgano encargado de sostener la acusación, de forma que el principio de legalidad implicaba la obligación del Ministerio Fiscal de ejercitar la acción penal en todos los casos en los que existieran indicios de la comisión de un hecho delictivo, mientras que el principio de oportunidad permitía evitar el procedimiento en determinados casos, a pesar de concurrir tales indicios⁸⁶⁹.

No obstante, a pesar de dicha proclamación, existen en nuestro proceso penal diversas manifestaciones del principio de oportunidad, aunque sin darle expresamente esta denominación. Finalmente, el archivo por razones de oportunidad fue consagrado para los delitos leves en la reforma del año 2015. Todo ello permite afirmar que la oportunidad, si está reconocida legalmente, resulta compatible con el principio de legalidad.

La oportunidad, según entiende LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, tiene cabida dentro de una concepción actual de la pena, pues el art. 25 de la CE establece que las penas privativas de libertad y medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social. Sostiene el citado autor que la alternativa entre legalidad y la oportunidad es equivocada, ya que la cuestión debe plantearse desde la perspectiva de los fines del proceso penal y los fundamentos de la pena, de forma que el principio de legalidad entendido como persecución obligatoria de todo hecho delictivo no da respuesta a un proceso entendido como medio de resolución de conflictos sociales.

La ley procesal alemana configura el principio de oportunidad al establecer el de legalidad, pues dispone que la fiscalía estará obligada, siempre que las leyes no dispongan otra cosa, a intervenir con motivo de todos los hechos punibles. Entiende,

sentencia, sin apartarse de la legalidad, pero “utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa, especialmente en el ámbito de los delitos menos graves y de menor trascendencia social, esto es, en el de las infracciones penales conocidas como bagatelas. La mayor presencia del Fiscal en el proceso y en especial durante la guardia de los juzgados, que permitirá un contacto más inmediato con el acusado y su Letrado es terreno propicio para promover en los casos en que el Fiscal inicie una investigación pre-procesal, que bien puede derivar hacia una conformidad futura del imputado”.

⁸⁶⁹ En este sentido, CUADRADO SALINAS, C. en “El principio de oportunidad. El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada”, en ASENCIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. (dirs.). *La reforma...* op. cit., pág. 366.

pues, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que no se trata de consagrar el principio de legalidad como la regla y admitir como excepción el principio de oportunidad, pues hoy día no existe sistema alguno que no acepte como presupuesto el principio de oportunidad, ya que sin él no puede definirse el principio de legalidad. Al estar previsto legalmente la oportunidad, la misma se convierte en expresión del principio de legalidad⁸⁷⁰.

VIVES ANTÓN defiende que la concesión de un margen a la oportunidad no es constitucionalmente ilegítima, siempre que la ley establezca unos límites y se respeten las debidas garantías⁸⁷¹. RUIZ VADILLO, en el mismo sentido, entiende que una oportunidad, limitada, establecida por la ley y sujeta a determinadas reglas es una oportunidad reglada que “se hace legalidad”⁸⁷².

Siguiendo a LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, si la oportunidad se opone a la legalidad, la vigencia de este principio conlleva necesariamente la inadmisibilidad de aquel. Por el contrario, si oportunidad y legalidad no se oponen, sino que se considera la oportunidad, prevista legalmente, como manifestación de la legalidad, tanto la oportunidad tasada como la discrecional son legalidad.

Este autor ha estudiado las distintas objeciones de la doctrina al principio de oportunidad. Entre ellas hay que destacar, en primer lugar, las que se refieren al derecho del acusado a no declararse culpable y a la negación del acceso a la justicia, como vimos en la jurisdicción de menores. En relación a la primera de ellas, que también plantea problemas en el instituto de la conformidad, concluye este autor que al acusado no se le obliga a declararse culpable. El TEDH ya ha declarado que no se produce violación del CEDH porque existan transacciones, siempre que estas cumplan determinados requisitos. En cuanto a la denegación de acceso a la justicia, sostiene que,

⁸⁷⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “El principio...” op. cit., pág. 52 a 54. “La alternativa entre legalidad y oportunidad es equivocada, por cuanto que no cabe plantear la cuestión en los términos que lo hacen los defensores del principio de legalidad, entendido éste como persecución absoluta de los hechos penales, ya lo que está en juego es la concepción sobre el fin y fundamento de la penal, así como cuales son los fines que deben conseguirse con el proceso penal. Con aquella concepción es evidente que no puede pensarse en un proceso penal como medio para dar solución a los conflictos sociales (...). Si oportunidad y legalidad no se oponen y cabe admitir la oportunidad como manifestación de la legalidad, entonces tanto la oportunidad tasada como la discrecional son legalidad, cualquiera que sea su amplitud, con tal de que el principio se encuentre legalmente previsto. Lo único que ocurre es que en este caso la oportunidad discrecional habría de conjugarse con el principio de proporcionalidad”. En este mismo sentido, CUADRADO SALINAS sostiene que el poder discrecional que se otorga al Ministerio Fiscal para utilizar alternativas al ejercicio de la acción penal, cuando se den determinadas circunstancias, basadas en el interés público, no implica una ausencia de regulación, ni obligan al legislador a optar por uno u otro principio. Vid. CUADRADO SALINAS, C. “El principio de oportunidad...” op. cit., en ASENCIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. (dirs.). *La reforma...* op. cit., pág. 367.

⁸⁷¹ VIVES ANTÓN, T. S. “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”. *Jornadas sobre justicia penal en España, CGPJ, Madrid, 1987*. Pág. 108. Según el citado autor, este principio es un aspecto del principio constitucional de proporcionalidad o prohibición de exceso.

⁸⁷² RUIZ VADILLO, C. “La actuación del Ministerio Fiscal”. *Jornadas sobre la justicia penal en España, CGPJ, Madrid, 1987*. Pág. 69. Considera el citado autor que en España rige incondicionalmente el principio de legalidad y actúa excepcionalmente el principio de oportunidad en las injurias y calumnias dirigidas contra los jefes de Estado de naciones amigas o aliadas, y también, en cierta forma, en los casos en los que ha de cumplirse una condición de procedibilidad, y en los delitos privados y semipúblico.

existiendo la posibilidad de ejercitar la acción particular o popular, no puede hablarse en estos casos de denegación de justicia.

En segundo lugar, la doctrina también encuentra un obstáculo al principio de oportunidad en el art. 124 de la CE, pues conforme al mismo “el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad”. Ahora bien, entiende este autor que si el principio de oportunidad se encuentra normado, entonces la actuación del Ministerio Fiscal de acuerdo al mismo es conforme a la legalidad⁸⁷³.

En este sentido, GIMENO SENDRA considera que la obligación del Ministerio Fiscal de velar por la defensa de los derechos de los ciudadanos y el interés público establecida en el art. 124.1 de la CE, debe interpretarse en el sentido de que puede ser aconsejable que no llegue a producirse la apertura del juicio oral si quedan satisfechos de otro modo los derechos de las víctimas y los fines de prevención general y especial de la pena. El propio precepto constitucional podría fundamentar el otorgamiento al Ministerio Fiscal de un poder de instar el archivo en virtud del principio de oportunidad en determinados supuestos⁸⁷⁴.

Está muy extendida la idea de que como nuestro sistema se encuentra regido por el principio de legalidad, solo cabría un principio de oportunidad reglada, pues, al aplicarlo a los supuestos predeterminados por la ley, se está actuando dentro de la legalidad. Pero LÓPEZ BARJA DE QUIROGA entiende que este argumento es también predicable de la oportunidad discrecional, puesto que si la ley permite que cuando concurren determinados requisitos no se ejercite la acción penal, en el caso de que el Ministerio Fiscal no acuse estará actuando dentro de la legalidad. El problema, según este autor, radica en que la doctrina cree erróneamente que el art. 124 de la CE establece un sistema de enjuiciamiento regido por el principio de legalidad, pero en realidad el precepto no establece en ningún momento la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, sino que cuando dispone que el Ministerio Fiscal ejercerá sus funciones con sujeción al principio de legalidad, únicamente pretende limitar su actuación a la existencia de una ley anterior que ampare el ejercicio de la acción penal. Por tanto, concluye que la referencia a la legalidad contenida en el art. 124 de la CE no supone una afirmación del principio de legalidad por oposición al de oportunidad, sino que este último tiene cabida dentro del marco constitucional⁸⁷⁵.

La admisión del principio de oportunidad la ha venido planteando nuestra doctrina partiendo de que a la misma no ha de ser consustancial el monopolio por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal, de modo que el no ejercicio de la misma por el Ministerio Fiscal no cerrará las puertas del proceso cuando exista un

⁸⁷³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “El principio...” op. cit., págs. 50 y ss.

⁸⁷⁴ GIMENO SENDRA, J. V. “La reforma de la LECrim...” op. cit., págs. 9 y ss.

⁸⁷⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “El principio...” op. cit., págs. 50 y ss. La oportunidad discrecional habría de conjugarse con el principio de proporcionalidad y con el principio de igualdad, y ello supone una mayor dificultad de control y una mayor maduración jurídica en su ejercicio. Advierte este autor que el principio de oportunidad supone una libertad de acción del Ministerio Fiscal dentro de unos límites marcados por los principios de imparcialidad, de igualdad y de no arbitrariedad, que no debe confundirse con la oportunidad política.

perjudicado dispuesto a sostener la acusación. En general, se suele defender la incorporación de este principio, no para todos los delitos, sino en relación a determinadas infracciones de escasa entidad o bien delitos graves en los que se hallen comprometidos los intereses del Estado⁸⁷⁶.

En concreto, CUADRADO SALINAS realiza una propuesta *de lege ferenda* claramente inspirada en la ley del menor, y sugiere la admisión del sobreseimiento por razones de oportunidad, para encausados que carezcan de antecedentes penales, con el fin de lograr la rehabilitación del autor y la pronta reparación de la víctima, para los delitos cometidos sin violencia ni intimidación o castigados con pena inferior a tres años de privación de libertad o inferior a cinco años, en caso de comisión del hecho delictivo como consecuencia de la adicción a determinadas sustancias. Para estos supuestos propone la citada autora que se otorgue al Ministerio Fiscal la facultad de ofrecer al encausado un sobreseimiento condicionado al cumplimiento de determinadas prestaciones en favor de la víctima, o de la comunidad, de igual duración a la sanción que hubiera podido recaer y condicionada también, en su caso, a la participación en programas de desintoxicación, con posibilidad de reabrir el procedimiento en caso de que tales condiciones no se cumplan⁸⁷⁷.

Por último, debemos apuntar que la legislación procesal ha considerado compatible o ha forzado de algún modo la compatibilidad entre el principio de oportunidad y el de legalidad, pues, además de las diversas manifestaciones del mismo que ya contemplaba, manteniendo la proclamación del principio de legalidad en el art. 105 de la LECrim., ha optado recientemente por la introducción del sobreseimiento por razones de oportunidad en los ahora denominados delitos leves.

⁸⁷⁶ En este sentido, GIMENO SENDRA, ya en los años ochenta, es decir, antes de la promulgación de la ley del menor de 1992, sostenía la conveniencia de introducir un principio de oportunidad reglada, que permitiera el sobreseimiento de determinados delitos en supuestos de escasa lesión social, reparación a la víctima o reinserción del imputado, confiando la resolución a la autoridad judicial, y con el reconocimiento a la víctima del derecho a oponerse a dicha decisión. Vid. GIMENO SENDRA, J. V. "Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial". *Justicia. Revista de derecho procesal*. N° 4, 1988. Pág. 834.

⁸⁷⁷ CUADRADO SALINAS propone que el archivo por razones de oportunidad se articule a través de la celebración de una comparecencia, a la que deberá asistir el imputado con su abogado, y en la que debe reconocer su participación en los hechos y admitir las condiciones propuestas, manifestando su compromiso de no volver a delinquir, de satisfacer las responsabilidades civiles que procedan y de reparar o indemnizar a la víctima. Para asegurar la reparación a las víctimas, sugiere que la ley contemple fórmulas de mediación, bien actuando el Ministerio Fiscal como mediador, o bien encomendando esta labor a un mediador profesional. En caso de que tales condiciones no se cumplieran, el fiscal reabriría el procedimiento. El momento oportuno para celebrar esta comparecencia debe ser una vez finalizada la investigación, al inicio de la apertura de la fase intermedia. En este momento procesal, el fiscal debe instar del juez la celebración de dicha audiencia, tras la cual, oídas todas las partes, podrá dictarse sentencia de conformidad. El juez deberá otorgar prevalencia al interés público por encima de los intereses particulares de las víctimas, salvo en aquellos casos de mediación en los que se hubiera otorgado a éstas un papel más relevante. Por este motivo entiende que no es necesario permitir la oposición de la víctima al sobreseimiento, sino que basta con otorgarle la posibilidad de acudir en su caso a la vía civil. Al mismo tiempo, destaca la citada autora que en caso de fracaso del archivo, es necesario que las incidencias producidas o el reconocimiento de hechos en su día realizado por el encausado, no sean tenidos en cuenta por el órgano decisor que conociera de un eventual juicio sobre los mismos hechos. Vid. CUADRADO SALINAS, C. "El principio de oportunidad..." op. cit., en ASENCIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. (dirs.). *La reforma...* op. cit., págs.396 y ss.

Aunque el principio de oportunidad parece ligado a modelos en los que el fiscal es el director de la investigación, es posible su introducción en sistemas de instrucción judicial, como el nuestro, tal y como ha puesto de manifiesto GASCÓN INCHAUSTI⁸⁷⁸. Esta es la línea seguida en nuestro ordenamiento, en el que conviven diversas manifestaciones de este principio en un modelo de instrucción judicial, y, particularmente, por la reforma procesal que finalmente introduce el principio de oportunidad en los delitos leves, llamándole por su nombre por primera vez en nuestra legislación de adultos.

2.2. Principales manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal de adultos.

Hasta el año 2015, la legislación procesal penal de adultos no admitía expresamente el principio de oportunidad, aunque la realidad es que progresivamente se habían ido incorporando instituciones diversas que no dejaban de ser manifestación de dicho principio, y que normalizaban dentro de nuestro modelo procesal la aplicación del mismo y el recurso a soluciones transaccionales y de justicia negociada. Tras la reforma del CP y de la LECrim. operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y por la Ley 45/2015, de 30 de octubre, este se consagra expresamente en los nuevos delitos leves, aunque solo en determinados supuestos, y por primera vez figura en la LECrim. bajo la denominación de principio de oportunidad. Hasta entonces, no obstante, y a pesar de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, se regulaban otras expresiones de este principio. Son manifestación del principio de oportunidad todos aquellos supuestos en los que, dándose elementos para afirmar la existencia de un hecho delictivo, este no se persigue por una u otra razón, o se persigue de forma distinta, como ocurre, entre otros, en los casos que se analizan a continuación.

2.2.1. La conformidad.

La LO 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de la LOPJ y LECrim., limitó los poderes de actuación del juez, confiriendo a las partes cierta disposición sobre el objeto del proceso penal, a través al instituto de la conformidad, que nuestro ordenamiento jurídico toma del

⁸⁷⁸ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F. “Características...” op. cit., pág. 22. No existe pues vinculación necesaria entre el modelo de instrucción y la admisión del principio de oportunidad. Así, en algunos países en los que la instrucción se encomienda al juez, rige el principio de oportunidad, como es el caso de Bélgica.

derecho de menores alemán⁸⁷⁹, y contemplado también, como vimos, en la LORPM, que puede englobarse dentro de las manifestaciones del principio de oportunidad⁸⁸⁰.

Con anterioridad a la aprobación de la citada ley, en los arts. 655 y 688.II de la LECrim., en relación con el procedimiento ordinario, se configuraba la conformidad como un acto unilateral del acusado, que aceptaba la más grave de las acusaciones formuladas. En la LO 7/1988 se dio un paso más, especialmente tras la entrada en vigor de las modificaciones introducidas por la LO 38/2002, de 24 de octubre, que regulaba el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos, y de la LO 8/2002, de 24 de octubre, que complementa aquella.

La conformidad del acusado determina que, sin más trámites, se dicte sentencia de acuerdo con la calificación mutuamente aceptada, con el límite superior de la pena solicitada (SSTS de 5 de diciembre de 1984 y 8 de marzo de 1988). Se establecen algunas restricciones, pues deben ser respetados esencialmente los hechos contenidos en el escrito de acusación. Aun manteniendo la calificación jurídica de los mismos, el tribunal se puede mover dentro de la pena solicitada, separándose de ella solo en beneficio del reo y pudiendo llegar a la absolución cuando el hecho no tenga caracteres de delito. Para el caso de omisión de petición de pena por el Ministerio Fiscal, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS adoptado en su reunión del día 27 de noviembre de 2007, establece que el tribunal no puede imponer una pena que exceda de la más grave de las solicitadas, siempre que se corresponda con la legalmente señalada, de forma que cuando no se solicita pena o es inferior a la prevista por la ley, debe imponerse la pena mínima señalada para el delito de que se trate⁸⁸¹. En síntesis, la conformidad puede prestarse, bien ante el juez de instrucción en servicio de guardia en los juicios rápidos (arts. 779.1.5 y 801 de la LECrim.), bien en la fase intermedia, a través del escrito de defensa o mediante escrito de calificación conjunto (art. 784.3 LECrim.), o bien al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 787 de la LECrim.)⁸⁸².

La STS nº 370/2000, de 6 de marzo, considera la conformidad como una forma de terminación anormal del proceso, en el que se reconoce una cierta disposición del objeto del mismo⁸⁸³. Entiende CABEZUDO RODRÍGUEZ que con la regulación de

⁸⁷⁹ Vid. RÖSNER, D. “El derecho penal de menores en Alemania...” op. cit., págs. 307 y ss.

⁸⁸⁰ Según estudia FERNÁNDEZ ESTRALGO, los procesalistas siguen discutiendo sobre su naturaleza. Para unos, será una modalidad de transacción; para otros, de confesión. Goza de gran predicamento la configuración de la conformidad como allanamiento, que parece aceptar la STS Sala 2ª de 21 de noviembre de 1988. La conformidad es contemplada como un acto de disposición, ya meramente procesal, ya material, con una perspectiva de ejercicio formal del derecho de defensa. Vid. FERNÁNDEZ ESTRALGO, J. “Justicia a cien por hora. El principio del consenso en el procedimiento abreviado”. *Diario La ley*, 1991, pág. 1048, tomo 3, Ed. La ley. Págs. 6 y 7.

⁸⁸¹ “El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”.

⁸⁸² En relación con el instituto de la conformidad y su regulación en los distintos procedimientos, vid. GIMENO SENDRA, J. V. *Manual...* op. cit., págs. 393 y ss.

⁸⁸³ “Se ha señalado que el tribunal no puede hacer una valoración sobre la prueba de los hechos conformados que vinculan al tribunal, precisamente porque no se ha celebrado juicio oral; el tribunal

esta institución “no solo se abre la puerta de las negociaciones, sino que además se fomentan”⁸⁸⁴.

Así, la LECrim. admite la negociación en el ámbito del procedimiento abreviado, al permitir en los arts. 784.II y 787 de la LECrim., la presentación de escritos conjuntos por la acusación y la defensa. Como estudia GUERRERO PALOMARES, en la conformidad que se presta de acuerdo con estos preceptos, la negociación afecta a los escritos de acusación por medio de la distinta calificación jurídica, o bien reduciendo la pena, de modo que se modifica la acusación en aras de alcanzar un acuerdo.

Tal posibilidad supone la admisión en nuestro ordenamiento jurídico del principio de oportunidad, toda vez que desde la perspectiva estricta del principio de legalidad, una vez presentados los escritos de acusación, no deberían poder modificarse, sino en todo caso interesar una calificación menos grave de los hechos o solicitar una pena inferior. El control de la conformidad que se permite al juez se limita a la calificación jurídica y a la pena, de modo que debe partir de la descripción de los hechos admitida por las partes, conforme dispone el art. 787.2 de la LECrim. Así, es práctica habitual que como cuestión previa el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras modifiquen sus escritos de acusación, tras haber alcanzado un acuerdo con la defensa, que manifiesta su conformidad con los mismos⁸⁸⁵. La negociación se suele desarrollar en práctica comprometiéndose el Ministerio Fiscal a modificar sus conclusiones rebajando en la medida de lo posible la pena solicitada respecto de la que inicialmente fue interesada en el escrito de acusación, que, sin embargo, se mantendría para el caso de que la negociación no fructificara, lo cual supone un modo de fomentar que el acusado preste su conformidad.

En el marco de las diligencias urgentes, el art. 801 de la LECrim. permite al acusado, siempre que se den determinados requisitos y dentro de los límites penológicos marcados por la ley, prestar su conformidad ante el juzgado de guardia, dictando esta sentencia de conformidad, en la que automáticamente reducirá la pena solicitada en el escrito de acusación por el Ministerio Fiscal en un tercio. Es lo que se ha llamado

puede moverse en el ámbito de la pena abstracta conformada, sin imponer una pena superior a la instada por las partes, aunque sí inferior en aplicación del principio *favor rei*, lo que es más discutible en la estricta conformidad; y el tribunal puede llegar a la absolución cuando el hecho conformado no reúna los caracteres de delito, siempre que se observen las limitaciones que de la conformidad se deriven y aparecen previstas en la Ley. El Juez o Tribunal puede, como queda dicho, no obstante la conformidad sobre los hechos, calificación jurídica y pena, realizar una distinta subsunción, pues el principio *iura novit curia* no queda desvirtuado por la conformidad de las partes sobre la calificación jurídica si bien es preciso abrir un trámite de audiencia para que las partes que se conformaron puedan informar sobre la nueva calificación. Tal subsunción puede ser objeto de impugnación casacional a través de la vía impugnativa del error de derecho por infracción de ley. De esta manera, el instituto de la conformidad de las partes impide que el tribunal pueda realizar una valoración probatoria distinta a la conformada, pues no se ha celebrado el juicio oral, y aunque pueda realizar una distinta subsunción ésta se sujeta a la previa audiencia a las partes”. Vid. STS nº 370/2000, de 6 de marzo. FJ único.

⁸⁸⁴ Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. “Justicia negociada y nueva reforma procesal penal”. I y II. *Diario La Ley*. Núm. 5815, 2 de julio de 2003, y núm. 5816, 3 de julio de 2003. Págs. 1788 y ss.

⁸⁸⁵ Vid. GUERRERO PALOMARES, S. *El principio...* op. cit. págs. 176 y ss.

“conformidad premiada”⁸⁸⁶.

El instituto de la conformidad planteó algunas dudas referentes al principio acusatorio y a la vinculación del órgano de enjuiciamiento con la petición formulada por el Ministerio Fiscal tras el acuerdo alcanzado por las partes. La SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª) nº 37/2016, de 18 de enero, establece que existe un control de legalidad de la conformidad alcanzada por el órgano judicial, pero que se limita únicamente a que la calificación jurídica y la pena pactada se correspondan con la descripción de los hechos aceptada, pero al juez no le está permitido entrar a valorar los criterios utilizados por las partes ni la imposición de una pena distinta dentro del marco legal⁸⁸⁷.

Como hemos visto, los juicios rápidos responden a la necesidad de dotar de celeridad al procedimiento. El mismo juez de guardia conoce de la fase de instrucción, de la fase intermedia, y dicta la sentencia en caso de conformidad, prescindiendo del juicio como tal. De no existir conformidad, el asunto será remitido al Juzgado de lo Penal que corresponda para la celebración del juicio oral. Al limitarse la sentencia de conformidad a recoger el acuerdo alcanzado por las partes, no se infringe el principio de que el instructor no puede juzgar.

La introducción del art. 801 de la LECrim. por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que regula la posibilidad de que el juez de guardia dicte sentencia de conformidad, dio lugar a debates doctrinales acerca de si suponía una vulneración del principio del juez imparcial, ya que la sentencia de conformidad se dicta por el mismo órgano jurisdiccional que ha instruido el procedimiento. Esta cuestión fue planteada en el Informe del CGPJ de 5 de junio de 2002 y durante los debates parlamentarios. En términos generales, puede sostenerse que no se vulnera el principio de la imparcialidad del juzgador, ya que se trata de una mera homologación de un acuerdo entre acusación y defensa, y la actividad de enjuiciamiento no implica una auténtica valoración de la prueba sino que queda reducida a una cuestión estrictamente jurídica, al limitarse el control judicial a la calificación jurídica y la pena, pues el juez debe partir de los hechos admitidos por las partes⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ Vid. FUENTES DEVESA, R. “Las sentencias de conformidad dictadas por el juez de guardia”. *Diario La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Núm. 5794, 3-6-2003. Págs. 1544 y ss. En relación con la conformidad en los juicios rápidos, puede consultarse DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., MUERZA ESPARZA, J., TOMÉ GARCÍA, J.A. *Derecho procesal...* op. cit. págs. 744 y ss.

⁸⁸⁷ SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª) nº 37/2016, de 18 de enero. FJ 2º. “El instituto de la conformidad es, pues, una plasmación del principio de oportunidad que opera con más plenitud en otros sistemas jurídicos si bien, en el sistema español existe un control de la legalidad de la conformidad alcanzada por las partes a realizar por el órgano jurisdiccional. Este control se concreta exclusivamente en que la calificación jurídica de los hechos y la pena pactada se correspondan a la descripción fáctica aceptada por todas las partes. Esto supone únicamente que debe comprobarse que la pena pactada sea legalmente posible según los preceptos del Código Penal aplicables, pero no permite entrar en la pena que podría ser impuesta aplicando esos mismos preceptos con criterios jurisprudenciales distintos a los utilizados por las partes”.

⁸⁸⁸ Vid. GUERRERO PALOMARES, S. *El principio...* op. cit., págs. 176 y ss. El citado autor considera que en la sentencia de conformidad el juez se limita a analizar si las consecuencias penológicas

Desde la entrada en vigor de la citada reforma, ha existido una tendencia a potenciar las conformidades, de modo que en los Juzgados de Instrucción en servicio de guardia es práctica habitual la negociación entre el representante del Ministerio Fiscal y el letrado de la defensa⁸⁸⁹. La experiencia evidencia que es frecuente que exista una conformidad del acusado en la comparecencia prevista en el art. 798 de la LECrim., incluso a pesar haber negado inicialmente los hechos en su declaración y haber presentado testigos en su descargo a lo largo de la instrucción. En la práctica se da en ocasiones la situación paradójica de que el mismo juez de guardia que ha denegado, por ejemplo, la adopción de una medida cautelar solicitada, por apreciar la insuficiencia de indicios racionales de criminalidad, tras presentarse los escritos de acusación, y prestada conformidad por el acusado, dicte sentencia condenatoria a causa de la aceptación de los hechos por el acusado, fruto del poder de negociación de las partes, esto es, del poder de disposición del objeto del proceso, a fin de obtener el llamado en nuestra práctica judicial “beneficio de la reducción del tercio”.

ARMENTA DEU considera que estas negociaciones suponen una renuncia a las garantías procesales que alcanzan su expresión en un juicio justo. No obstante, nuestro derecho ha optado por su incorporación, por la repetida necesidad de dotar de celeridad a la justicia, y por razones prácticas. Considera esta autora que las ventajas de esta institución son el fomento de la reparación de la víctima y el favorecimiento de la

admitidas por las partes se corresponden con los hechos, emitiendo un juicio que se encuentra más próximo a la homologación de la sentencia, que a una actividad enjuiciadora propiamente dicha. Incluso en el caso de que el juez o tribunal entienda que la calificación o la pena es incorrecta, cabe que la acusación más grave se rectifique, salvando la cuestión. Esto no quiere decir que no pueda darse en algún caso supuestos de pérdida de parcialidad, por lo que la cuestión habría quedado resuelta atribuyendo esta competencia al juez de lo penal. Pero no se puede afirmar con carácter general que se produzca una pérdida de imparcialidad con relevancia constitucional. Por su parte, FUENTES SORIANO considera que el juez de guardia, a pesar de que el acusado preste su conformidad, si entiende que la calificación jurídica es incorrecta, si el acusador no la corrige, deberá ordenar la continuación del procedimiento, y también en los casos en que tenga dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad. Las dudas de constitucionalidad surgen por cuanto la sentencia de conformidad comporta un control jurídico, que no se considera puramente formal. Este problema puede quedar salvado de dos formas. En primer lugar, fomentando mecanismos que permitan situar al Ministerio Fiscal en una posición preeminente dentro de la instrucción, a través de la “participación activa” que le concede el art. 797.1 de la LECrim., y mediante la aplicación del art. 773.2 de la LECrim., que le permite solicitar al juez la práctica de las diligencias pertinentes que puedan realizarse durante el servicio de guardia. En segundo lugar, mediante la práctica de la declaración del imputado, que es la diligencia que en mayor medida puede contaminar al juez, como una mera “citación para ser oído”. En tercer lugar, mediante la vinculación del juez a dictar sentencia conforme a los términos acordados por las partes, de modo que su función solo le permite sugerir la corrección de la calificación, y si esta no tiene lugar, y persiste la discrepancia, puede ordenar la continuación del procedimiento, remitiendo las actuaciones al Juzgado de lo Penal. Al ser competente el juez de lo penal en caso de que proceda el enjuiciamiento sobre el fondo, queda salvaguardada la garantía de imparcialidad del juzgador. Vid. FUENTES SORIANO, O. *La investigación...* op. cit., págs. 209 y ss.

⁸⁸⁹ Según la Memoria de la FGE de 2010, la cifra de conformidades en los juicios rápidos ascendía al 70 por ciento de las calificaciones. Vid. http://www.Fiscal.es/ficheros/memorias/484/1022/MEMFIS10_completo_con_botones.pdf. Última consulta 25 de abril de 2011.

rehabilitación del delincuente que se somete voluntariamente a la pena⁸⁹⁰.

En los países de nuestro entorno existe también una tendencia a potenciar las soluciones negociadas. Así, en Francia, el fiscal de la República, en el caso de las faltas y delitos castigados con pena de hasta cinco años, puede acudir al procedimiento de transacción judicial, en relación con delincuentes mayores de edad, y puede el Ministerio Público negociar la calificación del delito y la pena. Si el autor del delito llega a un acuerdo, se recoge en un acta, que ha de validarse por el presidente del Tribunal de Gran Instancia, en caso de delito, o por un juez de este Tribunal, en caso de falta. La transacción judicial se admite también en la justicia de menores, si bien el Juzgado de Menores ha de validar la propuesta del Ministerio Público.

El fiscal de la República puede proponer determinadas penas o medidas de contenido resocializador, como pueden ser la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, el sometimiento a programas de rehabilitación, la asistencia terapéutica o la sensibilización o programas formativos, o las prohibiciones relacionadas con el delito de que se trate⁸⁹¹.

La conformidad debe entenderse como una expresión del principio de oportunidad, puesto que, aun no dejándose de ejercitar en estos casos la acción penal, se admite la negociación en el ámbito del proceso penal, evitando el resto del procedimiento hasta la sentencia en caso de alcanzarse un acuerdo entre las partes acerca de los hechos punibles, la calificación jurídica y las penas. Se trata, por tanto, de una cierta disposición del objeto del proceso, en un ámbito donde el mismo es por definición indisponible. El juez, como mero observador pasivo, se limita a formalizar el acuerdo alcanzado, sin practicar prueba y restringiendo su función a la búsqueda de una verdad puramente formal⁸⁹².

⁸⁹⁰ ARMENTA DEU, T. “Colaborando a superar la crisis. Una apuesta decidida por la modernización”. *Cuadernos Digitales de Formación*, 5-3023. Págs. 1 y ss.

⁸⁹¹ Vid. FOURMENT, F. *Procédure...* op. cit., págs.144 y ss. Las medidas o penas que puede imponer el Ministerio Público son las siguientes: 1) pagar una sanción; 2) deshacerse de algún objeto o producto del delito; 3) entregar en la Secretaría del Tribunal de Gran Instancia el permiso de conducir o de cazar por un tiempo máximo de 6 meses; 4) seguir un programa de rehabilitación y de sensibilización, que incluye la instalación de un alcoholímetro inmovilizador sobre un vehículo por un periodo mínimo de 6 meses y máximo de 3 años; 5) trabajos en beneficio de la comunidad durante una duración máxima de 60 horas; 6) inmovilización de un vehículo por un periodo máximo de 6 meses; 7) comprometerse a no emitir cheques y no utilizar cartas de pago por una duración máxima de 6 meses; 8) prohibición de aproximación al lugar del delito durante un plazo máximo de 6 meses; 9) prohibición de aproximación a la víctima durante un plazo máximo de 6 meses; 10) prohibición de residencia; 11) prohibición de salida del territorio nacional por un plazo máximo de 6 meses; 12) cumplir cursos de formación ciudadana; 13) cumplir cursos de sensibilización en el consumo de sustancias estupefacientes; 14) realizar cursos de inserción profesional; y 15) someterse a una medida de asistencia terapéutica por una duración máxima de 24 meses. Las medidas 1), 2), 5) y 7) se pueden aplicar en caso de falta.

⁸⁹² CUADRADO SALINAS considera que el silencio de la legislación procesal sobre la negociación parece implícitamente reconocerla, aunque no se regule expresamente, a lo que se añade la potenciación de las soluciones negociadas en la práctica forense. Este sistema origina disfunciones, pues permite que la conformidad se alcance al inicio del juicio oral, después del trabajo realizado por la oficina judicial. Por otra parte, para la modificación de la acusación no se exige presupuesto alguno, de forma que queda la duda de si la intención del fiscal era inducir a la negociación con su primera calificación, y en ocasiones se ofrece una imagen de que la voluntad de no celebrar el juicio justifica la reducción de la

La realidad de los juzgados resulta muy rica, de forma que, en el caso de los juicios rápidos, en ocasiones ocurre que a la vista de las pruebas que van a practicarse en el juicio oral, el acusado prefiera aceptar una condena con la pena reducida en un tercio, en vez de correr el riesgo de que el órgano de enjuiciamiento considere probados los hechos y le imponga una pena superior⁸⁹³. La experiencia revela que es la amenaza de un juicio lo que en ocasiones determina la prestación de la conformidad, sin que ello conlleve necesariamente una auténtica asunción de responsabilidad, lo que reduce la posibilidad de alcanzar por esta vía una auténtica finalidad resocializadora. Pese a ello, debe atribuirse a esta reforma la virtud de haber contribuido a la necesaria agilización de la justicia en delitos en los que su enjuiciamiento tardío carece de sentido. Conviene tener en cuenta que el mayor volumen de delitos que son objeto de enjuiciamiento rápido son los relacionados con la seguridad vial, la violencia doméstica o de género o los delitos contra el patrimonio, en los que es necesaria una respuesta rápida.

Las dos propuestas legislativas que se formularon para la redacción de una nueva legislación procesal potenciaban el instituto de la conformidad. En concreto, el ALECrím. de 2011, en su Exposición de Motivos, reconoce que la conformidad es una manifestación del principio de oportunidad, pues admite un margen de reducción de la pena que el Ministerio Fiscal puede utilizar en el marco de una solución negociada. El texto suprime las limitaciones a la conformidad en función de la gravedad de la pena, para poner fin a las conformidades encubiertas⁸⁹⁴. En la práctica, es frecuente que en

pena. Las conversaciones entre acusación y defensa se suelen producir, además, en la sala de vistas, con el consiguiente riesgo para la imparcialidad judicial. Por estos motivos, se ha puesto de manifiesto la necesidad de un texto que regule con detalle el procedimiento a seguir. De momento, los criterios se reflejaron en el Protocolo de Actuación para Juicios de Conformidad celebrado entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía en 2009, y a través de la Instrucción de la FGE 2/2009 se ha tratado de coordinar un sistema de comunicación entre las fiscalías y los Colegios de Abogados para tramitar conformidades. Vid. CUADRADO SALINAS, C. en “El principio de oportunidad...” op. cit., en ASENSIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. (dirs.). *La reforma...* op. cit., págs. 408 y ss.

⁸⁹³ En concreto, por lo que respecta a la negociación, vid. FERNÁNDEZ ESTRALGO, J. “Justicia a cien por hora...” op. cit., págs. 6 y 7. La ley no prevé cauce institucional alguno de negociación entre las partes. La dirección judicial de la instrucción de la causa constituye un obstáculo serio para su articulación. Y ello “conduce a contactos meramente informales, ocultos (lo que en EEUU llaman *tratos under the table*), siempre difíciles de controlar y de probar. Al amparo de este margen de maniobra, no fue inusual que se negociaran conformidades, muchas veces con activa intervención del juez o tribunal, bajo la presuposición de que la pena a imponer sería la mínima posible. El recurso a soluciones transaccionales varió sensiblemente de unos órganos jurisdiccionales a otros. La actitud del Ministerio Fiscal y la iniciativa de los juzgadores fueron factores relevantes explicativos de estas oscilaciones”. La Circular de la FGE 1/1989 reconoce que esta modalidad “obliga a facilitar los contactos con la defensa en la fase de calificación, para poder llegar a un acuerdo de conformidad”. A juicio de este autor, en la mente del legislador estaba la atribución al fiscal de la dirección de la investigación en este procedimiento, que es la única vía para que adquiera sentido la negociación.

⁸⁹⁴ Vid. Exposición de Motivos del ALECrím. Apartado XXV. En relación con los límites penológicos para la aplicación de la conformidad en los distintos procedimientos, vid. ASENSIO MELLADO, J. M. *Derecho procesal...* op. cit., págs. 260 y ss. Los límites de aplicación de la conformidad que establecen los arts. 655 y 688 de la LECrím. para el procedimiento ordinario, se referían a delitos castigados con pena correccional, que inicialmente se identificó con la prisión de hasta seis años, si bien, tras la reforma del CP, y en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 11ª, debía entenderse referida esta expresión a penas de hasta tres años de prisión. El art. 787.1 de la LECrím. permite la conformidad en el procedimiento abreviado hasta el límite de seis años de prisión. Debido a una técnica defectuosa, no se modificó la LECrím., por lo que deben interpretarse ambos preceptos de forma conjunta para llegar a una interpretación razonable. No tiene sentido que en el procedimiento

aquellos supuestos que exceden de los límites permitidos en la ley, se produzca una negociación a las puertas del juicio, en la que el Ministerio Fiscal ofrece una pena menor a la solicitada en caso de reconocimiento de los hechos. En tal caso se escenifica un juicio en el que el acusado asume su responsabilidad, y se practica una mínima prueba, renunciando generalmente las partes acusadoras a parte de la prueba solicitada, e imponiéndose finalmente la pena rebajada que previamente se había pactado, previa modificación por el fiscal de sus conclusiones⁸⁹⁵.

Por esta razón, el texto prelegislativo extiende la conformidad a todo tipo de delitos, con independencia de la pena que tengan fijada. Pero para los delitos castigados con pena superior a cinco años de prisión, se establecía un control judicial más estricto de la conformidad que obligaría a comprobar la efectiva existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales a la mera confesión, y se exigía que el letrado proporcionara por escrito a su cliente la información relativa al acuerdo alcanzado (arts. 137 y ss. del ALECrIm.). La conformidad debía plasmarse en un escrito firmado por el Ministerio Fiscal y todas las partes, en el que se solicitaría al juez que dictara sentencia de conformidad (art. 143.1 y 2 del ALECrIm.). La competencia se atribuía a un magistrado de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, al que se denomina “juez de conformidad” (art. 142 del ALECrIm.).

Por su parte, el BCPP también extendía la conformidad a cualquier delito. Otra de las novedades es que se admitía la conformidad de aquellos coacusados que desearan prestarla, aunque no todos ellos se conformaran, sin que ello resultara vinculante en el juicio que después se celebrara respecto de los no conformes. De esta forma la no conformidad de un coacusado no impediría que los demás pudieran prestarla. Así se da cobertura legal a estos supuestos, evitando algunas ficciones que se están dando actualmente, en la práctica, en determinados casos⁸⁹⁶.

ordinario, en que se conoce de delitos de mayor gravedad, el límite de la conformidad esté fijado en tres años de prisión y en el procedimiento abreviado sea posible hasta penas de seis años de prisión. Por este motivo, para no incurrir en contradicciones, dado que la conformidad no debe ser objeto de interpretación restrictiva, la solución pasa por afirmar que la conformidad procede hasta los seis años de prisión, tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado. En relación con los juicios rápidos, el art. 801 de la LECrim. limita el denominado beneficio de la reducción del tercio a que la pena solicitada o la suma de las solicitadas, no exceda una vez reducido el tercio, los dos años de prisión.

⁸⁹⁵ Según expone FERNÁNDEZ EXTRALGO, la FGE y buen número de especialistas, estiman que cabe conformarse con cualquier pena que caiga dentro del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, aun cuando rebase el límite de seis años de duración. Hasta este límite, se interpreta, conforme a la Circular de la FGE 1/89, que “la sentencia de conformidad habrá de ser de estricta conformidad con la pena aceptada por las partes. No cabe al Tribunal modificar la pena pedida en tales supuestos, por imperativo del principio acusatorio. En cambio, si la conformidad se manifiesta en relación con penas que excedan de seis años, parece que el Tribunal sí podrá imponer la pena en cuantía inferior a la pedida, como se deduce a contrario sensu del último inciso del párrafo citado», aunque, para ello, ha de oír previamente a las partes sobre lo que necesariamente ha de constituir una mera cuestión de Derecho, ya que los hechos habrán quedado fijados por conformidad de aquellas. Para el profesor FAIREN esta posibilidad cabría en cualquier caso (incluso cuando la pena no rebase los seis años de duración), y constituiría una manifestación del principio de iniciativa judicial (inquisitivo), en beneficio del acusado”. Vid. FERNÁNDEZ EXTRALGO, J. “Justicia...” op. cit., pág. 7.

⁸⁹⁶ A título de ejemplo, la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Alicante. Tras la negociación entre las partes, el Ministerio Fiscal modifica sus

El borrador admitía la reducción de la pena en un tercio siempre que la conformidad se hubiera manifestado antes de que terminara el plazo para presentar escrito de defensa, aunque ello implicase imponer una pena inferior al mínimo legal (art. 104 del BCPP). La competencia para la sentencia de conformidad correspondería al juez de garantías en el caso de la obtención de la conformidad en fase de investigación y al órgano de enjuiciamiento si se alcanzase en fase de juicio oral (art. 106 del BCPP). El texto permitía someter al órgano judicial una propuesta de conformidad en cualquier momento del procedimiento, incluso una vez iniciado el juicio oral, e introducía la denominada conformidad inmediata, que tenía lugar durante la fase de investigación, en la que el Ministerio Fiscal podía llegar a un acuerdo con el encausado, que se plasmaba en un escrito de acusación para la conformidad inmediata, dictándose sentencia por el Tribunal de Garantías (arts. 270 y ss del BCPP).

En mi opinión, la propuesta que realiza el BCPP en cuanto a la anticipación de la prestación de la conformidad a la fase de investigación, puede ser un instrumento útil para la agilización de la justicia. Esta posibilidad de que se dicte sentencia de conformidad por el juez instructor, a día de hoy es posible únicamente en los juicios rápidos, cuando la pena solicitada no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión (art. 801 de la LECrim.). Dicha previsión podría extenderse a otras infracciones, aunque el límite penológico fuera superior y aunque no entraran dentro del ámbito de aplicación del juicio rápido, atribuyendo la competencia a los nuevos jueces de garantías. Esta atribución no presentaría problemas desde la perspectiva del derecho al juez imparcial, si tenemos en cuenta la nueva distribución de competencias entre el fiscal director de la investigación y el juez de garantías. Por este motivo, a mi juicio, sería posible esta alternativa en un modelo de instrucción por el fiscal, o en su caso, en relación con aquellos delitos en los que la investigación esté atribuida al Ministerio Fiscal, pues es a este al que corresponde la labor de negociación. La reducción del tercio de la condena, propuesta por el borrador, facilitaría el recurso a estas soluciones negociadas.

Como expone CUADRADO SALINAS, el hecho de que la conformidad tenga lugar al inicio del juicio oral genera algunas disfunciones, pues habrá obligado a realizar un trabajo inútil a la oficina judicial⁸⁹⁷. La instrucción de la causa y la tramitación de la misma hasta el señalamiento del juicio implican la inversión de una serie de recursos que, de producirse la conformidad en un momento anterior a la celebración de aquel, bien podrían haberse destinado a otros asuntos. Pero lo cierto es que en la práctica es poco frecuente el reconocimiento de los hechos en un momento inicial del procedimiento, y lo más habitual es que este tenga lugar cuando la causa se halla más avanzada, pues es entonces cuando el encausado puede tomar una decisión sobre la

conclusiones, reduciendo la petición de pena para dos de los acusados al mínimo legal y renuncia a la práctica de la mayor parte de la prueba. Ambos acusados reconocen los hechos. El tercer acusado no reconoce los hechos. Se condena a los dos acusados a la pena solicitada por la Fiscalía y se absuelve al tercero. La sentencia no fue recurrida.

⁸⁹⁷ Vid. CUADRADO SALINAS, C. “El principio de oportunidad...” op. cit. en ASENCIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. (dirs.). *La reforma...* op. cit., pág. 412.

conformidad, valorando las probabilidades de ser condenado en función de los indicios que fundamenten su culpabilidad y los elementos de prueba con que vaya a contar el órgano enjuiciador.

En cualquier caso, si se extendiera la conformidad a delitos castigados con pena superior a los límites vigentes en la actualidad, deberían extremarse las precauciones para la observancia de todas las garantías del encausado, imponiendo al órgano judicial competente, más allá del actual control de la pena y de la calificación jurídica, la existencia de elementos suficientes contra el encausado, así como de asegurar que la misma no es fruto de una negociación apresurada, sino del consentimiento libremente prestado por el encausado, con conocimiento de todas las consecuencias.

2.2.2. El proceso de aceptación por decreto.

GIMENO SENDRA proponía la instauración del denominado proceso penal monitorio, como un procedimiento especial para el enjuiciamiento de determinadas infracciones, que se caracterizaba por originar de forma inmediata un título penal de ejecución, frente al cual se le confiere al imputado el derecho de aquietarse o de ejercitar su oposición mediante un procedimiento contradictorio⁸⁹⁸. En esta misma línea de potenciación de la justicia negociada, el citado autor propone la instauración de un procedimiento simplificado para los delitos contra la seguridad vial, en los que la policía judicial podría imponer directamente una sanción, y si el interesado no está conforme, dispondría de un plazo para recurrirla ante el juez de instrucción, que celebraría un juicio conforme al procedimiento del antiguo juicio de faltas, tras el cual podrá absolverle, mantener la sanción o imponer una pena superior. En caso de conformidad del interesado con la sanción, no llegaría a instruirse atestado y vendría a convertirse en una sanción administrativa. Es lo que este autor ha denominado “proceso penal monitorio”⁸⁹⁹.

⁸⁹⁸ Este proceso estaría limitado a las antiguas faltas perseguibles de oficio o a delitos castigados con penas privativas de derecho o con penas de prisión no superiores a un año sustituibles por multa conforme al régimen anterior a la reforma del CP. GIMENO SENDRA reclamaba este procedimiento especial para todos los delitos flagrantes y para aquellos en los que, a través de la declaración del imputado o de otras fuentes de prueba, quedara en los autos suficientemente justificada la preexistencia del hecho punible y su atribución a una persona determinada, quedando excluidos los encausados reincidentes. El imputado tiene la posibilidad de eludir el juicio y con él el riesgo de una pena más grave a la adoptada en el auto provisional de ejecución. El contenido de dicho auto es una propuesta de sanción, que, si no es atacada, se convierte en firme con todos los efectos de la cosa juzgada. El encausado puede elegir entre la pena que le es impuesta en dicho auto o formular su oposición, en cuyo caso se abrirá el juicio, asumiendo el riesgo de imposición de una pena más grave, pues no existe vinculación alguna con el contenido de dicho auto. Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)”. *Revista del poder judicial. Número especial II. Justicia penal*. Págs. 7 y ss.

⁸⁹⁹ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “La reforma de la LECrim...” op. cit., pág. 3.

En el derecho comparado se puede encontrar algún ejemplo de procedimientos simplificados. En concreto, en el derecho francés, el fiscal de la República podía acudir a dos tipos de procedimientos, que implicaban no abrir una instrucción como tal:

1) El procedimiento simplificado de la ordenanza penal: era un procedimiento previsto para los delitos previstos en el Código de Circulación, y sus faltas conexas; los delitos acogidos en los reglamentos de transportes terrestres; los delitos previstos en el Título IV del Libro IV del Código de Comercio, no castigados con pena de prisión; el delito de usurpación de bienes inmuebles; y el consumo de estupefacientes. Los hechos y la pena a imponer son comunicados por el Ministerio Público al presidente del Tribunal Correccional, quien, sin debate contradictorio, dictaba ordenanza penal de absolución o condena a una multa. Si el presidente lo estimaba necesario, tendría lugar el debate contradictorio, o bien cuando el delito estuviera castigado con pena de prisión, en cuyo caso tendría lugar en el plazo de quince días si el acusado se oponía a la calificación del fiscal.

2) El procedimiento de comparecencia sobre reconocimiento previo de culpabilidad: este procedimiento se aplica a todos los delitos castigados con pena de multa o/y prisión de duración igual o inferior a cinco años, con exclusión de los delitos cometidos por menores de dieciocho años, del delito de homicidio imprudente, de los delitos políticos, y de los delitos que requieren de un procedimiento de imputación previo, como los delitos fiscales. Corresponde al fiscal de la República decidir acudir a este procedimiento, de oficio o a instancia del interesado. El fiscal de la República propone una pena al interesado, que, en el caso de prisión, no puede ser superior a un año, y si este acepta, el acuerdo será sometido a la homologación del presidente del Tribunal de Gran Instancia, que produce los efectos de una sentencia y es inmediatamente ejecutiva. Si el interesado rehúsa la proposición del fiscal, este envía a aquel al Tribunal Correccional.

En relación con estos procedimientos se discutió si existía vulneración del principio de igualdad de armas respecto de la persona lesionada. Pese a las mayores facultades del fiscal, la sentencia de la Sala de lo Criminal de la Corte de Casación de 6 de mayo de 1997 y la decisión del Consejo Constitucional de 2 de febrero de 1995 consideraron que no se vulneraba este principio⁹⁰⁰.

Recientemente se ha incorporado a nuestro ordenamiento, como una nueva expresión del principio de oportunidad y de justicia negociada, inspirado en el BCPP, el proceso de aceptación por decreto, regulado en los arts. 803 bis y ss. de la LECrim., introducidos por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim. para la agilización de la justicia penal y fortalecimiento de las garantías procesales.

El Preámbulo de la citada ley cataloga el procedimiento de aceptación por decreto como un proceso monitorio penal⁹⁰¹. El nuevo procedimiento permite convertir

⁹⁰⁰ Vid. FOURMENT, F. *Procedure...* op. cit., págs. 150 y ss.

⁹⁰¹ Vid. Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre. Apartado II.

la propuesta sancionadora del Ministerio Fiscal en sentencia firme si el encausado presta su conformidad, siempre que se den determinados presupuestos. Se ha importado un modelo de derecho comparado con la finalidad de descongestionar los órganos judiciales y dar una rápida respuesta punitiva ante delitos de escasa gravedad cuya sanción pueda consistir en multa o en trabajos en beneficio de la comunidad. La fase de investigación termina con una elevación al juez de instrucción de una propuesta de sentencia y de pena.

Se trata de supuestos en los que no se puede acudir a la vía del juicio rápido por no darse alguno de los presupuestos del art. 795 de la LECrim., o bien porque finalmente se ha producido una transformación en procedimiento abreviado por insuficiencia de las diligencias practicadas. El nuevo proceso también es de aplicación a aquellos supuestos que fueron objeto de diligencias preliminares de investigación del Ministerio Fiscal, conforme a lo establecido en los arts. 773.2 de la LECrim. y 5 EOMF y que de este modo pueden ser remitidos al Juzgado de Instrucción, no a modo de denuncia de los hechos, sino directamente con una solicitud de sentencia. En estos supuestos, el proceso se inicia mediante el decreto de incoación de diligencias del fiscal. Se practicarán en la fiscalía las diligencias de investigación pertinentes, conforme a la Circular de la FGE 4/2013, sobre diligencias de investigación, y se podrán remitir las actuaciones al Juzgado de Instrucción por la vía del proceso por aceptación por decreto.

El nuevo proceso puede seguirse en cualquier momento a partir de la iniciación de las diligencias de investigación practicadas por la fiscalía o de las diligencias previas llevadas en el Juzgado de Instrucción, incluso aunque el investigado no haya sido llamado a declarar, siempre que se den determinados requisitos, en concreto:

1) Que se trate de delitos castigados con pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, o incluso pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de acuerdo con el art. 80 del CP, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores.

2) Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena a aplicar es la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad o privación del derecho a conducir.

3) Que no esté personada acusación particular o popular.

En el decreto, el Ministerio Fiscal podrá proponer una pena reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista, aunque ello suponga imponer una pena por debajo del límite legal. Se fomenta así la aceptación de la pena mediante un régimen de beneficios para el investigado semejante al del juicio rápido. El decreto de propuesta es remitido al Juzgado de Instrucción, que, una vez recibido, dictará auto de autorización si se dan los requisitos, notificándolo al investigado, que es citado a una comparecencia.

Se refuerza de esta forma, en opinión de MAGRO SERVET, el papel investigador del Ministerio Fiscal. Este autor se plantea la duda de si con este procedimiento se prejuzga la culpabilidad del investigado, si bien concluye que no

existe este peligro, ya que el juez de instrucción no entra a examinar la culpabilidad, sino la concurrencia de los requisitos establecidos⁹⁰².

En dicha comparecencia, el investigado, asistido de letrado, puede aceptar o rechazar la propuesta del fiscal. Si se acepta por el encausado, se dictará una resolución semejante a las sentencias de conformidad firmes. Si se rechaza la propuesta, quedará sin efecto y las diligencias seguirán su curso. En los casos de ineficacia del decreto y continuación del procedimiento, el Ministerio Fiscal no queda vinculado por su propuesta. Se dan, pues, muchas similitudes con la conformidad de los juicios rápidos.

Se configura así un proceso en el que la fase de instrucción ha quedado reducida de tal modo que ni siquiera es imprescindible haber recibido declaración al investigado, diligencia que había venido siendo exigida hasta ahora por las AP como elemento indispensable de la fase de instrucción. Como ocurre en los juicios rápidos, se potencia la aceptación de la pena propuesta por el fiscal, ofreciendo al encausado el beneficio de la reducción de un tercio de la pena, ante el incierto resultado que podría obtenerse en caso de no aceptar el decreto y continuar las diligencias.

Pero este nuevo proceso va mucho más allá, pues supone otorgar a las diligencias preliminares de la fiscalía un valor semejante al de la fase de instrucción, en lugar del valor de denuncia que hasta ahora se les venía atribuyendo, lo que obligaba al juez instructor a practicar toda una serie de diligencias de investigación, una vez recibidas aquellas.

En mi opinión, este procedimiento, en aquellos casos en los que se inicia mediante diligencias del Ministerio Fiscal, supone, en cierto modo, una atribución a este de la dirección de la investigación. Si en los juicios rápidos se reducía la fase de instrucción, en este nuevo proceso queda prácticamente limitada a las diligencias de fiscalía. Solo en caso de no aceptación de la propuesta de sanción, se realizaría una verdadera instrucción judicial.

El nuevo proceso de aceptación por decreto tiene un limitado ámbito de aplicación, y presenta muchas deficiencias que, a juicio de ORTEGA CALDERÓN, podrían superarse en parte en un sistema procesal penal en el que la instrucción estuviera encomendada al Ministerio Fiscal. El citado autor propone, a fin de convertir este nuevo procedimiento en instrumento de agilización de la justicia, la ampliación de su ámbito de aplicación a los mismos supuestos previstos para el procedimiento de enjuiciamiento rápido, así como eliminar determinados trámites procesales, concentrando todas las actuaciones en el acto comparecencia⁹⁰³.

⁹⁰² MAGRO SERVET, J. V. “El nuevo proceso de aceptación por decreto en la reforma de la LECRIM”. *Diario la Ley*, nº 8584, Sección Tribuna. 16 de julio de 2015. Ref D-287. Ed. la Ley. Págs. 2 y ss.

⁹⁰³ ORTEGA CALDERÓN critica que se haya atribuido la iniciativa al Ministerio Fiscal en un sistema en que normalmente le es ajena, y se haya impuesto al órgano judicial una serie de trámites procesales que no contribuirán a agilizar la justicia. Por estas razones, propone articular una vinculación entre el enjuiciamiento rápido y el decreto de propuesta de imposición de pena del Ministerio Fiscal de

2.2.3. El principio de oportunidad en los delitos leves.

Una de las principales novedades de las últimas reformas del CP y de la LECrim. es la introducción del principio de oportunidad en el ámbito de los ahora denominados delitos leves. La consagración de este principio se conjuga con el mantenimiento en el art. 105 de la LECrim. de la proclamación del principio de legalidad, al disponer que el Ministerio Fiscal tendrá la obligación de ejercitar todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular, salvo aquellas que el CP reserva exclusivamente a la querrela privada.

La reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que suprime las faltas y consagra el principio de oportunidad en los nuevos delitos leves, responde a la necesidad de agilización y modernización de la justicia penal. Uno de los problemas de la administración de justicia en nuestro país, en opinión de DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, es la ampliación del campo del derecho penal en detrimento del derecho administrativo sancionador, incluyendo en el CP conductas que por su escasa importancia no debían ser objeto de reproche penal, provocando así la sobrecarga de los órganos jurisdiccionales. Algunos tipos penales como la conducción sin permiso (art. 384 del CP) o la conducción a velocidad excesiva (art. 379.1 del CP) podrían haber quedado dentro del ámbito del derecho administrativo sancionador⁹⁰⁴.

En los últimos tiempos se ha venido siguiendo la postura contraria a la que predominaba años atrás, cuando, como resume GIMENO SENDRA, la Ley 3/1989 despenalizó una serie de delitos y faltas culposos con resultado de daños, convirtiéndolos en infracciones administrativas, y relegándolos al ámbito de la Ley 339/1990, de Seguridad Vial. Su finalidad era la de descongestionar los Juzgados de Instrucción. Con el mismo objetivo se introdujo el requisito de procedibilidad de la denuncia previa del ofendido en determinadas infracciones penales⁹⁰⁵.

Son dos las razones que llevan al legislador a suprimir las faltas y a introducir el

forma análoga a lo previsto en el art. 779.1.5 de la LECrim. para los supuestos de reconocimiento de los hechos asistido de letrado, lo que obliga a la celebración de una comparecencia que puede concluir en la transformación en juicio rápido. De forma similar al actual art. 801 de la LECrim., propone que planteado por el Ministerio Fiscal el decreto de propuesta de imposición de pena, admisible en los mismos supuestos previstos para las diligencias urgentes, se cite a las partes a una comparecencia, no ya a fin de que manifiesten, como establece el art. 779.1 de la LECrim. si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado, sino si aceptan el decreto propuesto por el Ministerio Fiscal. Incluso se podría ir más allá y ampliar los supuestos de conformidad beneficiada a todos los delitos competencia del Juzgado de lo Penal, o al menos la posibilidad de dictar sentencia, aunque fuera sin la reducción del tercio. Vid. ORTEGA CALDERÓN, J. L. “El pretendido proceso monitorio penal: una oportunidad perdida”. *Diario la ley*, Nº 8684, Sección doctrina, 19 de enero de 2016. Ref-26. Editorial Wolters Kluwer. Págs. 13 y 14.

⁹⁰⁴ Vid. DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, C. “La crisis...” op. cit., págs.. 4 y ss.

⁹⁰⁵ Vid. GIMENO SENDRA, J. V. “La reforma de la LECrim...” op. cit., págs... 5 y ss.

principio de oportunidad en los nuevos delitos leves. En primer lugar, la necesidad de reducir la elevada litigiosidad que existe en nuestros tribunales; y en segundo lugar, las exigencias derivadas del principio de intervención mínima del derecho penal. Buena parte de los operadores jurídicos venía reclamando la destipificación de las faltas, por la desproporción que existía entre los bienes jurídicos protegidos y la inversión en tiempo y medios que requería su enjuiciamiento y por la dudosa necesidad de que conductas carentes de suficiente entidad debieran ser objeto de un reproche penal⁹⁰⁶. En este sentido, se había venido pronunciando la FGE y el CGPJ, considerando que las conductas de menor gravedad debían quedar fuera del derecho penal, y recibir respuesta en el ámbito del derecho civil o del derecho administrativo⁹⁰⁷. De hecho, en la práctica, las partes utilizaban con frecuencia el instrumento del juicio de faltas para obtener finalidades distintas a las propias del proceso penal. Así era el caso de las faltas de lesiones por imprudencia leve en la conducción de vehículos a motor (antiguo art. 621 del CP), donde el castigo del culpable era indiferente a los denunciantes, que acudían a esta vía más ágil y económica que el proceso civil para el logro de la reparación civil.

En el año 2011, existían unas 800.000 faltas anuales en trámite⁹⁰⁸. Esto obligaba a dedicar un buen número de recursos de la administración de justicia en el enjuiciamiento de conductas de escasa relevancia penal. Mientras los jueces de instrucción estaban dedicados a los juicios de faltas, sencillos pero numerosos, no podían emplearse en el resto de los asuntos de mayor relevancia que penden en el órgano judicial⁹⁰⁹. Por este motivo, la Declaración Institucional de los Presidentes de los TSJ, tras la reunión celebrada en Albacete el 5 de octubre de 2012, se mostraba favorable a la despenalización de las faltas o pequeñas infracciones, en la línea de la entonces proyectada reforma del CP, y a una mayor presencia del principio de intervención mínima⁹¹⁰.

⁹⁰⁶ Vid. Preámbulo de LO 1/2015 de 30 de marzo. Apartado I. “Se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce– viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”.

⁹⁰⁷ MUERZA ESPARZA, J. “Aspectos procesales de los nuevos delitos leves.” *Diario la ley*, n° 8263, sección doctrina, 4 de marzo de 2014, año XXXV, editorial La Ley. *Diario la ley*, n° 8557, Sección Documento-on line, 24 de febrero de 2014, Ref D-59, Editorial La Ley. Págs. 2 y ss.

⁹⁰⁸ Vid. Observatorio de la actividad de la justicia. Informe de 2012. Ed. Wolster Kluwer.

⁹⁰⁹ Vid. DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, C. “La crisis...” op. cit., págs. 6 y ss. Pone el citado autor un ejemplo gráfico cuando explica que un juez profesional puede pasar un día a la semana celebrando juicios de faltas por estafas o hurtos de cuantías irrisorias, o por daños o insultos sin mayor trascendencia, y otros tantos dictando las correspondientes sentencias. Juicios que, en el caso de las faltas contra el patrimonio, en ocasiones suponen incluso un perjuicio para los propios denunciantes, generalmente establecimientos comerciales cuyos encargados deben pasar varias horas semanales en los juzgados cada vez que son víctimas de un hurto de estas características, pues, siendo una infracción perseguible de oficio, han de comparecer en calidad de testigos, pese a haber renunciado en algunos casos a la indemnización que les pudiera corresponder. Los perjudicados no tienen interés en la imposición de una pena al infractor, sino en que dicha conducta no vuelva a repetirse o en lograr una reparación económica que en la mayoría de los casos no llega a producirse.

⁹¹⁰ Vid. Declaración Institucional de Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia. 5 de octubre de 2012. En este mismo sentido, el estudio sobre reducción de litigiosidad del Pleno del CGPJ de

La principal novedad de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha sido la supresión del Libro III del CP que, bajo la rúbrica de “faltas y sus penas”, trataba de las faltas contra las personas, el patrimonio, los intereses generales y el orden público. No se trata de una supresión sin más de las faltas, puesto que una parte de las conductas antes tipificadas como faltas ha quedado despenalizada y relegada al ámbito sancionador administrativo o civil, en tanto que otras han pasado a integrar los ahora denominados delitos leves. El CP abandona la clásica distinción entre delitos graves, delitos menos graves y faltas, y establece en el art. 13 del CP una clasificación de las infracciones penales en delitos graves, menos graves y leves.

El Libro IV de la LECrim., tras la citada reforma, regula el procedimiento de los delitos leves en términos muy semejantes a los de las antiguas faltas. Pero con el fin de descongestionar los órganos judiciales de estas infracciones de menor entidad, se admite en determinados supuestos el principio de oportunidad. Con idéntica finalidad, se introduce, como expresión de este principio, como veremos, el requisito de perseguibilidad de la denuncia previa en los nuevos delitos leves de lesiones y maltrato de obra (art. 147.4 del CP)⁹¹¹.

Para una mejor comprensión de las razones de la incorporación de este limitado principio de oportunidad en los delitos leves, conviene hacer referencia a lo que venía siendo práctica habitual de los Juzgados de Instrucción en los juicios de faltas hasta ese momento. El Ministerio Fiscal venía obligado al mantenimiento de la acusación si de lo actuado en el juicio se derivaba prueba para ello. Para salvar este escollo, en aquellos supuestos en los que, pese a tratarse de faltas de persecución pública, las partes se habían reconciliado o no tenían interés en la imposición de una pena al denunciado, considerando que el mero hecho de haber interpuesto la denuncia ya era suficiente reproche para aquel, se venía poniendo en práctica una ficción consistente en que la parte denunciante no acudía al acto de juicio, de modo que al no contar con la prueba de su declaración, difícilmente existía prueba suficiente para fundar una sentencia condenatoria, solicitando el Ministerio Fiscal la absolución por falta de prueba, y dictando el juez sentencia absolutoria en virtud del principio acusatorio. Otras veces, ante la manifestación del denunciante o del perjudicado de que se había reconciliado con el denunciado, le otorgaba su perdón o simplemente no tenía interés en que fuera condenado, el Ministerio Fiscal no continuaba con el interrogatorio, provocando igualmente una sentencia absolutoria por falta de prueba. Los propios auxilios judiciales se ocupaban en ocasiones de explicar estos extremos a las partes, en caso de reconciliación o acuerdo en la puerta de la sala de vistas, para poder crear la ficción de

28 de junio de 2002 propone la despenalización de algunas conductas tipificadas en ese momento como faltas, y de una nueva configuración de los Juzgados de Paz, que pasarían a ser servidos por jueces más cualificados que pudieran atender un mayor volumen de juicios de faltas que los que hasta ahora tenían encomendados.

⁹¹¹ En el caso de las antiguas faltas de lesiones dolosas o maltrato de obra de los arts. 617.1,1 y 2 del CP, la conducta pasa a ser constitutiva de delito leve, en los últimos apartados del precepto que regula esta figura delictiva, a modo de tipo atenuado, castigado con una pena ligeramente más grave que la que en su día correspondía a las faltas equivalentes (arts. 147. 3 y 4 del CP) y quedando sometida la persecución al requisito de procedibilidad de la denuncia previa del ofendido (art. 147.4 del CP).

que no había comparecido⁹¹². Por estos motivos, desde hace algún tiempo, los operadores jurídicos venían reclamando algún instrumento que permitiese el archivo en estos casos sin necesidad de recurrir a estos mecanismos.

La finalidad de la introducción del principio procesal de oportunidad reglada en el ámbito de los delitos leves es evitar el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes. Esta reforma, unida a la despenalización de algunas faltas, respondía a la necesidad de descargar de trabajo a los Juzgados a fin de que pudieran emplear sus recursos en la tramitación de asuntos de mayor importancia, y en este aspecto considero que merece una valoración positiva. La SAP Barcelona (Sección 6ª) nº 811/2015, de 25 de noviembre, sin embargo, es crítica con la reforma, pues considera que la degradación a delitos leves de algunos delitos menos graves, da lugar a un aumento del número de conductas objeto de enjuiciamiento por estos cauces⁹¹³.

Se mantienen las tres formas de enjuiciamiento de estos delitos: en el servicio de guardia, por convocatoria policial, cuando se trate de delitos leves de lesiones, maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones e injurias (arts. 962 y 963 de la LECrim.); en el servicio de guardia, por convocatoria judicial, para el resto de delitos leves (art. 964 de la LECrim.); y fuera del servicio de guardia (art. 964 de la LECrim.)⁹¹⁴. El art. 963 de la LECrim., introducido por el apartado 10 de la Disposición Final Segunda de la LO 1/2015, consagra el principio de oportunidad en el ámbito de los delitos leves, que se admite tanto en el enjuiciamiento rápido o inmediato como en el enjuiciamiento ordinario fuera del servicio de guardia.

El art. 962 de la LECrim. dispone que cuando la policía judicial tenga noticia de un hecho que presenta los caracteres de delito leve de lesiones, maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones o injurias, procederá de forma inmediata a citar a testigos, denunciante, denunciado, ofendidos y perjudicados ante el Juzgado de Guardia para la celebración del juicio, pero el art. 963 de la LECrim. permite el archivo por razones de oportunidad en determinados supuestos a instancia del Ministerio Fiscal. Por tanto, recibido el atestado, el juez puede, o bien disponer la celebración del juicio,

⁹¹² A título de ejemplo, sentencias de fechas 30 de diciembre de 2015, 13 de noviembre de 2015, 13 de noviembre de 2015 y 9 de noviembre de 2015 dictadas respectivamente en los juicios de faltas nº 99/2015, 102/2015, 109/2015 y 110/2015, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Elda (Alicante).

⁹¹³ SAP Barcelona (Sección 6ª) nº 811/15, de 25 de noviembre de 2015. FJ 2º. La sentencia expone que la reforma, que ha supuesto un endurecimiento de la respuesta punitiva frente a algunas conductas, no ha ido acompañada de una adecuada regulación procedimental que asegure una mejor protección de las garantías del encausado, sino de una mera remisión al procedimiento del juicio de faltas con algunas particularidades. En este sentido, se cita la STEDH dictada en el caso *Marcan c. Croacia*, de 10 de julio de 2014, que establece que, con independencia de la caracterización de las infracciones en cada ordenamiento, una cierta gravedad de las consecuencias penales exige un procedimiento que salvaguarde los derechos y las garantías procesales reconocidos en el artículo 6 del CEDH. Concluye sosteniendo que, a falta de una regulación específica, compete a juzgadores y acusadores un especial cuidado en observar las normas y garantías procesales, debiendo interpretar la LECrim. a la luz del texto constitucional.

⁹¹⁴ ORDUÑA NAVARRO, B. "Los delitos leves tras la reforma introducida en el Código Penal por la LO 1/15". *Diario la Ley nº 8631, sección tribunal, 23 de octubre de 2015. Ref D-391, editorial la Ley*. Págs. 3 y 4.

cuando hayan comparecido las personas citadas, o no fuera necesaria su presencia, o bien acordar el sobreseimiento a petición del Ministerio Fiscal. El archivo por razones de oportunidad procederá cuando se den los siguientes presupuestos: 1) que el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor; y 2) que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado. El sobreseimiento debe comunicarse a los ofendidos por el delito (art. 963.1.1º de la LECrim.).

El art. 964 de la LECrim. dispone que en el resto de los delitos leves la policía judicial deberá remitir el atestado al Juzgado de Guardia, recogiendo las diligencias practicadas y el ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado. En estos casos, una vez recibido el atestado y en los casos en los que el procedimiento se haya iniciado por denuncia del ofendido ante el órgano judicial, el juez podrá, o bien disponer la celebración del juicio de forma inmediata, cuando proceda, o bien acordar el sobreseimiento, si se dan los presupuestos antes referidos, a petición del Ministerio Fiscal.

Por último, el art. 965 de la LECrim., referido a los delitos leves cuyo enjuiciamiento deba realizarse fuera del servicio de guardia, también permite el archivo por razones de oportunidad, pues dispone que el señalamiento del juicio tendrá lugar cuando no proceda el sobreseimiento en los términos del art. 963.1.1º de la LECrim.

La Circular de la FGE 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por Ley 1/2015, critica la técnica legislativa utilizada, pues la nueva regulación establece que, recibido el atestado en el Juzgado de Guardia, el juez debe resolver sobre la incoación del juicio y a continuación dispone que acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las circunstancias antes mencionadas. Si el fiscal no insta el archivo por oportunidad, el juez deberá acordar la celebración del juicio. Por esta razón, la Circular de la FGE 1/2015 interpreta que el *iter* a seguir sería el siguiente: en primer lugar, elaboración del atestado por la policía, practicando el ofrecimiento de acciones a los perjudicados; en segundo lugar, incoación del procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves, previa comprobación de su relevancia penal; y en tercer lugar, traslado al Ministerio Fiscal para que se pronuncie sobre el archivo por motivos de oportunidad o la celebración del juicio⁹¹⁵. Sin este traslado, el fiscal no tendría ocasión de solicitar el archivo por razones de oportunidad.

Por tanto, la decisión relativa al sobreseimiento de la causa o a la celebración de juicio oral que adopta el juez de instrucción requiere previo informe del Ministerio Fiscal, sin que el juez pueda acordarlo de oficio, por lo que será necesario dar un previo

⁹¹⁵ Vid. Circular de la FGE 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por Ley 1/2015. Apartado 4.1.

traslado al fiscal para que se pronuncie sobre si hace uso o no de dicha facultad. En caso de que se solicite, el juez dictará auto de sobreseimiento. El archivo no podrá condicionarse al cumplimiento por el denunciado de determinadas reglas de conducta, sino que será inmediato. En los supuestos de convocatoria policial, la decisión judicial, en vista de lo solicitado por el fiscal, se limitará a confirmar el señalamiento o a dejarlo sin efecto, comunicándolo en este caso a las partes con anterioridad al señalamiento⁹¹⁶.

Pueden ser objeto de sobreseimiento por oportunidad los delitos leves, públicos, semipúblicos y privados, cuando concurren determinados presupuestos. Pero el problema se plantea porque el Fiscal General del Estado puede impartir instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrían dejar de asistir al juicio y emitir los informes a que se refieren los arts. 963.1 y 964.2 de la LECrim., cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado (art. 969.2 de la LECrim.). El precepto reproduce la habilitación que la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, confirió en su día al Fiscal General del Estado de concretar por medio de instrucciones los supuestos en los que los fiscales pueden dejar de asistir al juicio de faltas en aquellas infracciones cuya persecución exija denuncia del perjudicado.

Por tanto, en aquellos casos de delitos leves semipúblicos en los que el Ministerio Fiscal esté dispensado de asistir al juicio, no emitirá informe en este sentido y no será, por tanto, posible el archivo por oportunidad, pues no se prevé que el juez pueda acordarlo de oficio. Por tanto, en estos supuestos, deberá señalarse el juicio y si el perjudicado manifestase su deseo de retirar la denuncia, procederá sentencia absolutoria, lo cual en realidad es una consecuencia del principio acusatorio que inspira nuestro ordenamiento jurídico.

Esta habilitación fue desarrollada en primer lugar mediante la Instrucción de la FGE 6/1992, de 22 de septiembre, y posteriormente complementada por la Circular de la FGE 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Es significativa la valoración que la FGE hizo de esta posibilidad en la Instrucción de la FGE 6/1992, como una manifestación del principio de oportunidad “en cuanto constituye una excepción a la actuación conforme al principio de legalidad que exigen el artículo 105 de la LECrim. y los correspondientes preceptos del Estatuto Orgánico”⁹¹⁷.

En consecuencia, los fiscales no asistirán a juicio por delitos leves de amenazas y coacciones fuera del ámbito doméstico (arts. 171.7.1 y 172.3.1 del CP) o de injurias leves en el ámbito doméstico (art. 173.4 del CP).

La Circular de la FGE 1/2015 ha interpretado los presupuestos de la solicitud de

⁹¹⁶ Para un estudio de esta cuestión, vid. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. “Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales”. *Diario la Ley*, nº 8524, sección doctrina, 22 de abril de 2015. Ref D-155. *Editorial la Ley*. Pág.14.

⁹¹⁷ Vid. Instrucción de la FGE 6/92.

archivo por razones de oportunidad:

1) La escasa gravedad del delito. El archivo por razones de oportunidad se circunscribe a los denominados “delitos bagatela”, en los que no existe un interés público en su persecución, atendido el coste en recursos materiales y personales que esta conlleva. No obstante, la solicitud de sobreseimiento, como explica la Circular de la FGE 1/2015, exige ponderar la antijuridicidad material de la conducta, atendiendo a la acción y el resultado, lo que debe valorarse caso por caso según las circunstancias del autor y de los hechos.

Critica la Circular de la FGE 1/2015 que, aun tratándose de delitos leves, se exige al Ministerio Fiscal un ejercicio de selección de aquellos que tienen menos trascendencia penal. Para ello deberá atender al valor relativo del bien jurídico protegido y a la intensidad del daño o riesgo producidos. El fiscal debe tener especial cuidado a la hora de solicitar el archivo cuando el delito leve afecte a bienes de naturaleza personal, como la integridad física o moral, la libertad o la dignidad, y debe tener en cuenta que la infracción haya producido efectivamente un perjuicio o daño indemnizable. El reconocimiento del principio de oportunidad se realiza, pues, en términos muy restrictivos.

También se valorarán las circunstancias personales del autor, como la de tener el mismo entre dieciocho y veintiún años de edad, su carencia de antecedentes penales por hechos de la misma naturaleza, su arrepentimiento y disposición a reparar el daño causado, entre otros factores⁹¹⁸.

Conviene destacar que la Circular de la FGE 1/2015 realiza una interpretación favorable al principio de oportunidad atendiendo a la edad juvenil de los infractores, en la franja de edad que inicialmente se había incluido en determinadas condiciones en el ámbito de aplicación de la LORPM, como vimos en el capítulo segundo. Tratándose de delitos leves, si las disposiciones de la legislación de menores en relación con los jóvenes infractores de edades comprendidas entre dieciocho y veintiún años, a las que ya se hizo referencia, hubiesen llegado a entrar en vigor, serían objeto de aplicación los mecanismos de oportunidad en similares condiciones que los menores de edad⁹¹⁹. Años después, la Circular de la FGE 1/2015 contempla la joven edad del infractor como elemento favorable para aplicar el archivo por oportunidad en los delitos leves en la jurisdicción de adultos.

⁹¹⁸ Vid. Circular de la FGE 1/15. Apartado 6.1.

⁹¹⁹ En este sentido, debemos recordar que el art. 69 de la LORPM establecía la aplicación de las disposiciones de la ley del menor en determinadas condiciones a los jóvenes de edades comprendidas entre dieciocho y veintiún años. Estas condiciones consistían, según el art. 4 de la LORPM, en que el infractor hubiese cometido una falta o delito menos grave sin violencia ni intimidación en las personas, y que sus condiciones de madurez o circunstancias personales aconsejaran la aplicación de esta ley. La Disposición Transitoria suspendió por dos años la entrada en vigor de esta previsión, que finalmente ha quedado sin efecto, tras la derogación del art. 4 por la reforma de la LOPRM operada por LO 8/2006 de 4 de diciembre, que venía justificada por un ánimo de endurecimiento de las sanciones y una mayor proporcionalidad de estas con la gravedad de los hechos, según se desprende de su Exposición de Motivos.

La Circular de la FGE 1/2015 recomienda consultar el Registro Central de Penados, el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes y el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica para ponderar la solicitud de archivo por razones de oportunidad⁹²⁰. En este sentido, conviene recordar que en relación a la jurisdicción de menores, la Circular de la FGE 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, establecía el carácter excepcional de la posibilidad de aplicar el desistimiento a quien tenga antecedentes penales⁹²¹.

La Circular de la FGE 1/2015 incluye la posibilidad de los fiscales de solicitar a los Juzgados Decanos una hoja de anotaciones de procedimientos seguidos contra el mismo autor antes de decidir sobre la petición de archivo⁹²². Esto puede ser criticable en cuanto podría contravenir el principio a la presunción de inocencia de aquellos individuos que, teniendo procedimientos en curso, no han sido todavía condenados. No obstante, concluye la Circular de la FGE 1/2015 que no quebrantaría dicho principio si se utiliza únicamente como un elemento más para valorar la oportunidad del sobreseimiento.

2) Ausencia de interés público en la persecución del hecho. Deben tenerse en cuenta algunos factores externos al hecho cometido a fin de valorar la necesidad de la pena, como la finalidad de afirmar el ordenamiento jurídico vulnerado, por ejemplo, en los hurtos flagrantes en espacios públicos, o la necesidad de protección de la víctima, particularmente desde la aprobación del EVD, que ha reconocido a aquella un amplio catálogo de derechos que la aplicación del principio de oportunidad a instancia del Ministerio Fiscal podría frustrar. Por esta razón se deberá valorar la opinión de la víctima reflejada en el atestado antes de solicitar el sobreseimiento⁹²³. El principal problema que este trámite plantea es que en el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves no existe fase de instrucción como tal, lo que dificulta oír a la víctima antes de adoptar la decisión⁹²⁴.

Conforme al art. 963.1. 1º de la LECrim., no existirá interés público en la persecución de los delitos leves patrimoniales si se ha procedido a la indemnización del daño y no existe denuncia del perjudicado. De esta forma, se vincula el interés público

⁹²⁰ El RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia, contempla en su art. 2.3, entre otros, el Registro Central de Penados, el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes y el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

⁹²¹ Vid. Circular de la FGE 9/11 sobre criterios de actualización especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores. Apartado IV. 5.1 y IV.5.2.

⁹²² Vid. Circular de la FGE 1/15. Apartado 7.1.

⁹²³ Vid. Circular de la FGE 1/15. Apartado 6.1.

⁹²⁴ En este sentido, ESCRIBANO MORA sostiene que es cierto que en la mayoría de los casos no existe instrucción propiamente dicha en los juicios de delito leve, pero que el mismo problema se da, por ejemplo, con las imprudencias menos graves con resultado de lesiones de los artículos 149 y 150 del CP si las consideramos como delito leve, y en este caso, el asunto necesitará una verdadera instrucción. Vid. ESCRIBANO MORA, A. C. "Desaparición de la infracción penal constitutiva de falta. Los delitos leves". *Reforma del Código Penal. Cuadernos Digitales de Formación*, nº volumen 46, año 2015. Pág. 13.

en el castigo del culpable a la reparación a la víctima, pues el archivo del procedimiento no debe suponer un menoscabo de las expectativas de tutela de los perjudicados. En el ámbito de los delitos leves, la denuncia es suficiente para constituir en parte acusadora a los perjudicados. Sin embargo, mayores dificultades se plantean en aquellos casos en los que se hace constar únicamente que la víctima “queda enterada”, locución frecuente en la práctica en las transcripciones de los ofrecimientos de acciones a las víctimas, pues es habitual que estas no comprendan el significado o no tengan una postura clara al respecto. La Circular de la FGE 1/2015 zanja el problema al no considerar que ello constituya al perjudicado en parte acusadora.

Pero en cualquier caso, la valoración del interés público en la persecución no puede realizarse al margen de la voluntad de la víctima de perseguir el delito, salvo que dicha voluntad resulte infundada o excesiva. En esos casos, podría acudir a la prohibición del abuso de derecho para hacer caso omiso de dicha voluntad⁹²⁵. Esta puntualización de la Circular de la FGE 1/2015 trata de evitar que posturas irracionales puedan frustrar los fines propios del principio de oportunidad.

RODRÍGUEZ LAINZ critica la posición, algo confusa, que se concede a los perjudicados. El precepto se refiere únicamente a la necesidad de notificarles la resolución que se adopte, sin que se les otorgue la facultad de dar lugar a que el juicio se celebre, y tampoco se regula la solución para los supuestos de discrepancia con la petición del Ministerio Fiscal. Entiende este autor que debería reconocerse al ofendido por el delito la posibilidad de, recurriendo la decisión de sobreseimiento, cuestionar la decisión del Ministerio Fiscal de aplicar al caso concreto el principio de oportunidad⁹²⁶.

La doctrina se plantea, además, otras dos cuestiones: en primer lugar, si el juez queda vinculado por la petición del Ministerio Fiscal o puede continuar las actuaciones en caso de existir una acusación; y en segundo lugar, si el auto que dicte acordando el sobreseimiento por razones de oportunidad es recurrible⁹²⁷.

En relación con la primera cuestión, FERRER PUJOL entiende que el informe del fiscal resulta vinculante, ante el tenor literal del precepto, que usa el término “acordará”, de forma que el juez no puede acordar la continuación del procedimiento en el caso de que el fiscal haya hecho uso de esta facultad⁹²⁸.

En cuanto a la segunda cuestión, entiendo que debe admitirse la impugnación del auto de archivo por razones de oportunidad, en sintonía con el estatuto de las víctimas reconocido en el EVD, que en el art. 12 permite a las víctimas recurrir las resoluciones de sobreseimiento sin necesidad de haberse personado con anterioridad en el procedimiento. La petición del Ministerio Fiscal contemplará los intereses de la víctima

⁹²⁵ Vid. Circular de la FGE 1/15. Apartado 6.1.

⁹²⁶ Vid. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. “Los nuevos delitos leves...” op. cit., pág. 13.

⁹²⁷ Vid. ESCRIBANO MORA, A. C. “Desaparición...” op. cit., págs. 9 y ss.

⁹²⁸ Vid. FERRER PUJOL F. B. “Las faltas en la reforma del CP de 2015”. *Encuentro entre magistrados de secciones penales de las Audiencias Provinciales con jueces y magistrados del orden penal. Cuadernos Digitales de Formación, n° volumen 47, año 2015*. Págs. 8 y ss.

en la continuación del proceso, salvo que estos resulten abusivos, conforme a las directrices plasmadas en la Circular de la FGE 1/2015. El auto de archivo podrá ser recurrible, en su caso, por el perjudicado, conforme al régimen general de recursos. Pero, en mi opinión, una revocación sistemática de los autos de archivo dictados al margen de la voluntad de los perjudicados reduciría el principio de oportunidad a un mínimo de supuestos, convirtiendo al juez instructor en un mero observador pasivo de la voluntad de las partes, llevando así el principio acusatorio a sus últimas consecuencias. La postura que atiende a un interés realmente público en la persecución de estas infracciones resulta, a mi juicio, más acorde con el espíritu de la ley, que reconoce el principio de oportunidad, sin perjuicio de las previsiones del EVD.

Si la existencia de denuncia del perjudicado impide en todo caso la petición del sobreseimiento, postura mantenida por la AP Valencia (Sección 3ª), ello equivaldría a dejar reducido el principio de oportunidad a la concurrencia de un mero requisito de procedibilidad. Sin embargo, la AP Valencia (Sección 4ª) mantiene el criterio contrario, de modo que la denuncia del perjudicado por sí misma no impediría la aplicación del principio de oportunidad, cuando, pese a ello, la conducta sea de escasa entidad, no exista un interés público en su persecución y no concurren otras circunstancias, tales como la habitualidad, que justificaran la prosecución del juicio. Siguiendo esta postura, se han confirmado autos de archivo por oportunidad en delitos leves de estafa o hurto de muy escasa cuantía, por ejemplo, viajar en metro o tranvía sin billete, a pesar del parecer contrario de la entidad denunciante⁹²⁹.

MAGRO SERVET propone que antes de acordar el sobreseimiento se acuda a la vía de la mediación penal para conseguir la indemnización a las que las víctimas tienen derecho, a fin de que la aplicación del principio de oportunidad no suponga que sus intereses no resulten satisfechos, y sugiere como cauce adecuado a tal fin el dictado de una sentencia de conformidad o el recurso al proceso de aceptación por decreto⁹³⁰.

Las AP han comenzado a fijar algunos criterios al respecto. Conviene destacar, en relación a la posibilidad de sobreseimiento por razones de oportunidad en contra del interés de la víctima, el AAP Navarra (Sección 2ª) nº 141/2016, de 5 de mayo, que desestima un recurso contra un auto de archivo dictado a petición del Ministerio Fiscal en contra del parecer del perjudicado. El Ministerio Público solicitó el sobreseimiento ante la escasa gravedad de los hechos y la ausencia de un interés público relevante en la persecución, al haber sido reparado el daño y no reclamarse indemnización⁹³¹.

⁹²⁹ HERNÁNDEZ RUEDA, M. D. Ponencia “El límite temporal en la instrucción. El procedimiento por delitos leves. Cambios en materia de recursos”, impartida en el curso de formación continua de jueces y magistrados organizado por el CGPJ “Aspectos prácticos de la reforma procesal del proceso penal”, celebrado en Valencia el 23 de septiembre de 2016.

⁹³⁰ MAGRO SERVET, V. “El nuevo proceso...” op. cit., págs. 1 y 2.

⁹³¹ AAP Navarra (Sección 2ª) nº 141/2016, de 5 de mayo, desestima el recurso contra el auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de Pamplona/Iruña que acordaba, a petición del Ministerio Fiscal, el archivo por oportunidad de un delito leve de hurto, por la escasa entidad de los hechos y falta de interés público en su persecución, pese a que la entidad denunciante, la entidad mercantil Mercadona, S.A., había mostrado su interés en la celebración del juicio, recurriendo la misma la decisión de archivo. La

La SAP Islas Baleares (Sección 1ª) nº 72/2016, de 11 de mayo, contempla un supuesto en el que se pretendió por vía de recurso que se revisara judicialmente la no petición de sobreseimiento por el Ministerio Fiscal, en relación a un delito leve de lesiones, en el que el ofendido solicitaba la oportuna indemnización, concluyendo la misma que dicha facultad está reservada al fiscal y por tanto le está vedada al juez de instrucción⁹³².

La SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2ª) nº 139/2016, de 3 de mayo, en relación con la alegación de que debió instarse por el Ministerio Fiscal el archivo por oportunidad, con respecto a un delito leve de lesiones, constando denuncia de los perjudicados, sostiene que la conducta no puede considerarse de escasa gravedad, y que por este motivo la no petición de archivo por el Ministerio Fiscal no genera indefensión⁹³³. La sentencia valora los motivos por los cuales el Ministerio Fiscal no ha instado el sobreseimiento, cuando en realidad son motivos estrictamente procesales los que deben fundar la resolución, toda vez que la facultad de disposición de la acción penal no ha sido otorgada al juez de instrucción, actuando en este caso como órgano de

resolución expone que el Ministerio Público solicitó el sobreseimiento “dado que el delito leve objeto de las presentes diligencias se puede considerar de escasa gravedad a la vista de la naturaleza y circunstancias del hecho, así como en atención a las circunstancias de su autor y que no existe igualmente un interés público relevante en la persecución del hecho. (...) Todo ello en atención a que: No consta que el imputado haya cometido hechos similares con anterioridad. No se ha culminado el iter criminis. Ha sido reparado por el presunto autor el perjuicio ocasionado. No se reclama por el perjudicado indemnización de ningún tipo”. El auto sigue argumentando en el siguiente sentido: “En definitiva, la primera decisión que adopta el/la Juez/a de Instrucción es la de incoar el procedimiento para enjuiciamiento del delito leve, decisión que implica un juicio positivo de relevancia penal de los hechos objeto de atestado o denuncia y de su propia competencia para enjuiciarlos. La siguiente disposición es relativa al sobreseimiento de la causa o, en su caso, a la celebración o señalamiento del juicio oral, es una decisión que presupone la previa evacuación de informe por el Ministerio Fiscal (...) Nada tenemos que objetar a la decisión de sobreseimiento y archivo, en base a una razonada consideración en las circunstancias del caso del expresado principio de principio de oportunidad tasada o reglada. En efecto, la infracción denunciada - hurto- es de las de menor entidad, desde la consideración criminológica, en el catálogo de delitos leves el bien jurídico protegido merced de la tipificación de estas conductas - patrimonio-, no puede parangonarse a otros bienes jurídicos, de mayor entidad y necesidad de salvaguarda. El hurto denunciado no superó el umbral de la tentativa, sino que, además, como se hace constar expresamente en el atestado policial, " los productos no han sido deteriorados, por lo que están aptos para su venta al público " de modo que ningún perjuicio tangible ha sufrido la sociedad de capital denunciante. La alegación de que Don. Luis Alberto había cometido otro hurto en la misma jornada, no puede ser valorada tal y como hace la apelante, pues no sólo no hay Sentencia ninguna que dé por probado tal hecho, sino que ni siquiera existe una denuncia sobre el mismo”. FJ 1º.

⁹³² SAP Islas Baleares (Sección 1ª) nº 72/16, de 11 de mayo. Considera el recurrente que debería haberse aplicado el principio de oportunidad reglada del art. 963 de la LECrim., al no existir tampoco un interés público relevante en la persecución del hecho. La sentencia establece: “En el presente caso, el Ministerio Fiscal no solicitó el sobreseimiento de las actuaciones, por lo que difícilmente pudo la Juez a quo haber adoptado otra resolución que la de citar a las partes a la celebración del juicio. esa actividad discrecional reglada le corresponde al Ministerio Fiscal y, en el presente caso, el representante del Ministerio Público consideró que los hechos denunciado en su día debía ser objeto de enjuiciamiento, y optó por ejercer la acusación contra el denunciado, el cual en ningún momento anterior interpuso recurso contra la resolución que acordaba la celebración del juicio. Tampoco formuló alegación alguna al respecto en el acto de juicio” (FJ 2º).

⁹³³ SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2ª) nº 130/16, de 3 de mayo. “En el presente caso la conducta de dos personas que agreden a otra que está haciendo su trabajo como vigilante de seguridad, en modo alguno se puede considerar de escasa gravedad y por tanto ninguna indefensión se causa porque no se haya interesado por el Ministerio Fiscal el archivo de las diligencias” (FJ 2º).

enjuiciamiento, y tampoco al órgano de apelación, sino que corresponde únicamente al Ministerio Fiscal, y de no solicitarse por este, no le es lícito al juzgador dejar de señalar la vista del juicio oral.

HERNÁNDEZ RUEDA considera que si el legislador entendía que tales conductas eran de tan escasa trascendencia y que no existe un interés público en su persecución, lo que debió hacer es no tipificarlas, en vez de dejar al Ministerio Fiscal la decisión sobre la aplicación del principio de oportunidad. La introducción del trámite de traslado al Ministerio Fiscal para que se pronuncie sobre si ejercita o no la facultad de petición de archivo por oportunidad, con posibilidad además de recurrir el auto en el que se acuerda la continuación del juicio o el sobreseimiento, ha restado agilidad a la administración de justicia en infracciones de muy escasa trascendencia⁹³⁴.

Esta reforma parece más coherente con un modelo en el que la incoación del procedimiento se configurara como una competencia del fiscal instructor, en la línea seguida por el ALECrím. y el BCPP, donde solo en el caso de que el Ministerio Fiscal optara por el no ejercicio del principio de oportunidad, se remitiría el procedimiento al Juzgado para el correspondiente señalamiento, sin perjuicio de la posible impugnación de tal decisión.

MUERZA ESPARZA considera que las circunstancias que fundamentan la aplicación del principio de oportunidad conllevan juicios de valor basados en conceptos jurídicos indeterminados. El archivo podrá solicitarse cuando, dentro de los delitos leves, que ya de por sí tipifican las conductas de menor gravedad, el Ministerio Fiscal considere que los hechos son de muy escasa entidad, siempre que no exista “interés público relevante” en la persecución del hecho. Critica este autor que se pueda emitir un juicio sobre la existencia de interés relevante en la persecución, dentro de conductas castigadas en el CP, pues considera que dicho interés va implícito en el hecho de la tipificación penal, salvo aquellos supuestos en los que el perjudicado pueda tener un poder de disposición. Por otra parte, advierte que el legislador trata de introducir mecanismos que agilicen la administración de justicia, aunque con ello dejen de respetarse principios básicos de nuestro derecho, justificándolo eso sí, con razones ajenas al mismo proceso⁹³⁵.

En mi opinión, la reforma del CP, en lo que a los delitos leves se refiere, se ha realizado con una técnica muy defectuosa. Antes de la reforma, el Libro III del CP regulaba las faltas de forma sistemática y establecía una serie de disposiciones aplicables a las mismas. Tras la entrada en vigor de la misma, se prescinde de la clásica distinción entre delitos y faltas, y los delitos leves se dispersan a lo largo de todo el

⁹³⁴ HERNÁNDEZ RUEDA, M. D. Ponencia “El límite temporal en la instrucción. El procedimiento por delitos leves. Cambios en materia de recursos”, impartida en el curso de formación continua de jueces y magistrados organizado por el CGPJ “Aspectos prácticos de la reforma procesal del proceso penal”, celebrado en Valencia el 23 de septiembre de 2016. Según expone la ponente, otro de los problemas que se plantean es qué tipo de sobreseimiento debe dictar el juzgador, si libre o provisional, pues este archivo por oportunidad no encaja en los motivos de los arts. 637 y 641 de la LECrím.

⁹³⁵ ESPARZA MUERZA, J. “Aspectos procesales...” op. cit., pág. 8.

texto, generalmente en los apartados últimos de los preceptos a modo de tipo atenuado.

Dispone el apartado 3 del art. 13 del CP que “son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve” y el apartado 4, en su segundo inciso, que “cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”. Por tanto, a diferencia de la anterior regulación, en la que había que atender a la pena máxima señalada al delito por la ley, tras la reforma, lo que determina la levedad de la infracción es la total duración de la pena, razón por la cual algunas figuras delictivas que antes de la reforma eran constitutivas de delitos menos graves han quedado degradadas a delito leve. Por tanto, será necesario analizar los tipos penales para descubrir cuáles tienen la consideración de delitos leves, lo que ha generado dudas acerca de si determinadas infracciones deben catalogarse como tales. Algunas de ellas son claras, pues su formulación es la misma que la de las antiguas faltas que vienen a reemplazar, pero en otros casos, como aquellos delitos menos graves que han quedado degradados a delitos leves, no es tan sencillo.

Otro defecto de la reforma se debe a que esta degradación de delitos menos graves afecta a figuras delictivas con especialidades procesales, como es el caso de la omisión del deber de socorro (art. 195.1 y 2 del CP), que pasa a configurarse como delito leve, y pese a ello sigue siendo competencia del Tribunal del Jurado (art. 1.2.c) de la LOTJ), no siendo admisible la aplicación del principio de oportunidad⁹³⁶. El proceso del Tribunal del Jurado es un tipo de procedimiento que en la práctica resulta altamente costoso a la administración de justicia, tanto desde el punto de vista económico, como organizativo y práctico, hasta el punto de que en la práctica trata de evitarse⁹³⁷. La reforma debió haber excluido de este procedimiento una infracción que, por la pena asignada, no merece el desgaste que supone el proceso del jurado, máxime si el alivio de carga de trabajo de los juzgados y tribunales es uno de los objetivos de la citada reforma.

El fin de la descongestión de los órganos judiciales, en concreto de los Juzgados de Instrucción, se ha logrado en parte. La despenalización de algunas conductas ha acabado con las largas sesiones de juicios de faltas, al haber quedado fuera del ámbito penal infracciones como las injurias entre particulares (antiguo art. 620.2 del CP) o los incumplimientos de obligaciones familiares (art. 618 del CP), obligando al ciudadano a acudir para la resolución de estos conflictos a la vía civil o administrativa, lo cual ha generado un gran malestar en los perjudicados por estos actos, que hasta ahora veían en el juicio de faltas la vía para la solución de estas situaciones. El derecho penal había dejado de ser la *ultima ratio* y a través del mismo se buscaba respuesta para conflictos diversos. No obstante, la reforma pudo haberse aprovechado para perfeccionar el procedimiento para el enjuiciamiento de estas infracciones leves, a la vista de las deficiencias que había venido evidenciando la regulación del juicio de faltas, como puso

⁹³⁶ Vid. Circular de la FGE 1/2015. Apartado 3.2.

⁹³⁷ Es frecuente en la práctica que algunos delitos de allanamiento de morada sean calificados como robos con fuerza en tentativa a fin de sortear este procedimiento, de cierta complejidad, para infracciones de escasa entidad.

de manifiesto la STC n° 84/1985, de 8 de julio⁹³⁸.

A través de la introducción del archivo por oportunidad, se permite el sobreseimiento de determinados asuntos en un momento inicial sin necesidad de señalar el juicio y acudir a la ficción de falta de prueba a la que antes hemos aludido. La aplicación de la reforma igualmente ha redundado en la descarga de los órganos judiciales, al reducirse el número de juicios que se deben celebrar por estas conductas de menor entidad. A esto se une que la degradación a delito leve de conductas que antes eran constitutivas de delitos menos graves también supone un alivio para los órganos judiciales, pues los delitos leves carecen de fase de instrucción.

Se consigue así una descarga de los Juzgados de Instrucción que, siendo positiva, resulta insuficiente para solucionar los problemas de la justicia. En mi opinión, podría haberse optado por la despenalización de algunas faltas y la conversión en falta de algunos delitos, sin introducir una nueva categoría y sin necesidad de restar claridad y sistematicidad a nuestro CP, ni de renunciar a conceptos clásicos de nuestro derecho como es la distinción entre los delitos y las faltas.

La reforma introduce por primera vez y de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de no ejercitar la acción penal por el órgano encargado de la acusación en supuestos tipificados como infracción penal y cuyo autor es conocido. El archivo por razones de oportunidad se introduce con serias restricciones, por lo que será un pequeño porcentaje de infracciones el que se beneficie de la aplicación de este principio. No obstante, es una clara muestra de la apuesta de nuestro legislador por la introducción del mismo. Posiblemente, esta experiencia en los delitos leves permita en el futuro aplicar esta posibilidad en delitos menos graves, bajo determinadas condiciones.

2.2.4. Otras expresiones del principio de oportunidad.

Junto al instituto de la conformidad, se pueden hallar otras manifestaciones del principio de oportunidad en aquellos casos en los que de alguna forma se condiciona el ejercicio de la acción penal a la concurrencia de determinados presupuestos, de modo que no siempre que se den indicios de la comisión de un hecho delictivo, se va a exigir responsabilidad penal al autor del mismo.

LÓPEZ BORJA DE QUIROGA explica que existe un proceso de selección en virtud del cual hay determinadas infracciones penales que no llegan a investigarse, bien

⁹³⁸ STC n° 84/1985, de 8 de julio. FJ 3°. “Es verdad que la regulación legal en el Derecho español vigente del juicio de faltas, en primera y en segunda instancia, es sumamente defectuosa desde muchos puntos de vista y está indudablemente necesitada de una seria reforma, como ya han puesto de relieve algunas anteriores sentencias de este Tribunal”.

porque no se ponen en conocimiento de las autoridades, o bien porque no se dan los requisitos necesarios para su persecución. Así, la legislación procesal exige previa denuncia en los delitos semipúblicos, querrela en los delitos privados, admite el perdón del ofendido en determinadas infracciones, y requiere la licencia del juez o tribunal en las injurias o calumnias vertidas en juicio⁹³⁹. En este sentido, GIMENO SENDRA considera que el principio de oportunidad también se hace presente en nuestro ordenamiento, a través de la facultad de la policía judicial de no remitir al Juzgado de Instrucción los atestados en los que no conste autor conocido de los hechos, cuando estos no constituyan delito público contra la vida, la integridad física, libertad sexual o delitos relacionados con la corrupción (art. 284.2 de la LECrim., introducido por la reforma de la LECrim. por Ley 41/2015, de 5 de octubre)⁹⁴⁰.

2.2.4.1. La denuncia previa.

El CP exige previa denuncia para la persecución de los homicidios por imprudencia menos grave (art. 142.2 del CP), delitos de agresiones, acoso o abuso sexual (art. 191 del CP), reproducción asistida sin su consentimiento (art. 161.2 del CP), descubrimiento y revelación de secretos (art. 201 del CP), abandono de familia (art. 228 del CP), daños por imprudencia grave (art. 267 del CP), delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores y de corrupción en los negocios (art. 287 del CP), delitos leves de coacciones y amenazas entre particulares (art. 172.3 y 171.7 del CP), injurias leves en el ámbito doméstico (art. 173.4 del CP) y de lesiones y maltrato de obra (art. 147.4 del CP). En el caso de delitos de calumnias e injurias, el art. 215 del CP exige querrela del ofendido, por tratarse de un delito privado.

Tras la reforma del CP operada por LO 1/2015, se introduce el requisito de perseguibilidad de la denuncia previa en los nuevos delitos leves de lesiones y maltrato

⁹³⁹ LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J. “El principio...” op. cit., pág. 50. En este sentido, MORENO CATENA considera que un principio de legalidad estricto exigiría que, una vez que una conducta ha entrado en el CP, el sistema represivo quede “definitivamente atrapado, sin escapatoria posible, pues para funcionar legítimamente no queda otra solución que perseguir todas las conductas delictivas, y si se pretenden hacer excepciones, es que entonces el reproche penal no llega a alcanzar esa conducta y la única solución sería la descriminalización”. Según esta postura, todo delito debería ser efectivamente perseguido, pues ha puesto en peligro un bien jurídicamente protegido. Pero la aplicación tan estricta del principio de legalidad resulta imposible, puesto que “siempre existirá una cifra negra de criminalidad, puesto que algunos delitos nunca se llegarán a conocer, bien porque directamente su comisión jamás es sabida, bien porque a pesar de conocerse no se denuncian, y por mucho que se pretenda contar con la colaboración ciudadana, e incluso se amenace con una multa en verdad ridícula (art. 259 LECrim.), es obvio que no se puede convertir a cada persona en gendarme”. Por otra parte, las estadísticas reflejan que sólo un 15% de los procesos judiciales iniciados llegan a juicio, “lo que deja fuera del pronunciamiento judicial, sea con conformidad o sin ella, o se dicte sentencia condenatoria o absolutoria, a cerca de 3,8 millones de conductas presuntamente delictivas”. Vid. MORENO CATENA, V. “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”. *Sistemas penales europeos. Cuadernos de derecho judicial. N° 4, año 2002*. Págs. 44 y ss.

⁹⁴⁰ Vid. GIMENO SENDRA, V. “El principio de oportunidad...” op. cit., págs. 1 y 2.

de obra (art. 147.4 del CP), conductas hasta entonces perseguibles de oficio⁹⁴¹. La razón de ser de la introducción de dicho supuesto es evitar que un simple parte médico de lesiones de escasa entidad remitido al Juzgado obligue al juez de instrucción a iniciar un procedimiento judicial y citar al lesionado para hacerle el correspondiente ofrecimiento de acciones como perjudicado, con los inconvenientes que ello le ocasiona, cuando su voluntad no fuere la de denunciar ni reclamar indemnización alguna⁹⁴². Esta disposición, de la que quedan exceptuados los supuestos de violencia doméstica, reduce considerablemente el volumen que aquellos asuntos representaban, y contribuye a la descongestión de los órganos judiciales, que ya no se verán obligados a iniciar un procedimiento de oficio en estos supuestos.

Sin embargo, esta exigencia, expresión del principio de oportunidad, fue valorada negativamente por el informe del CGPJ, que lo interpreta como “una muestra de la inhibición del Estado ante ataques a bienes jurídicos fundamentales como es el protegido por el delito de lesiones, estimando imprescindible la supresión de esa exigencia de la denuncia previa para la persecución de los delitos de lesiones leves”⁹⁴³.

FERRER PUJOL critica que la reforma solo haya introducido el requisito de procedibilidad consistente en la denuncia del perjudicado en el delito leve de lesiones o malos tratos dolosos, y no se haya aprovechado para incorporar el régimen de denuncia previa con carácter general en todos los delitos leves, pues en la práctica la ausencia de interés del perjudicado suele provocar el dictado de sentencias absolutorias en virtud del principio acusatorio, incluso en infracciones perseguibles de oficio, a través de las prácticas antes expuestas. Así lo había venido considerando el Grupo de Trabajo de la FGE y el Grupo Penal del CGPJ⁹⁴⁴.

La introducción del requisito de procedibilidad consistente en la exigencia de denuncia previa para la persecución de los delitos leves de lesiones y maltrato de obra (art. 147.4 del CP) también ha reducido considerablemente el número de asuntos, lo que redundará en la descongestión de los órganos judiciales en asuntos de escasa entidad en el que el perjudicado no tiene interés.

2.2.4.2. Otras condiciones de procedibilidad.

En otras ocasiones, el legislador condiciona la persecución de determinadas

⁹⁴¹ En el caso de las antiguas faltas de lesiones dolosas o maltrato de obra de los arts. 617.1,1 y 2 del CP, la conducta pasa a ser constitutiva de delito leve, en los últimos apartados del precepto que regula esta figura delictiva, a modo de tipo atenuado, castigado con una pena ligeramente más grave que la que en su día correspondía a las faltas equivalentes (arts. 147. 3 y 4 del CP) y quedando sometida la persecución al requisito de procedibilidad de la denuncia previa del ofendido (art. 147.4 del CP).

⁹⁴² Vid. SAP Barcelona (Sección 9ª) nº 488/16, de 17 de junio. FJ 2º.

⁹⁴³ Informe del Pleno del CGPJ de 16 de enero de 2013 al Anteproyecto de reforma del CP.

⁹⁴⁴ Vid. FERRER PUJOL, F. B. “Las faltas...” op. cit., págs. 8 y ss.

infracciones a que se cumplan ciertos presupuestos. Así, en el caso de las calumnias o injurias vertidas en juicio, se requiere la previa licencia del juez o tribunal que hubiera conocido del mismo (art. 215.2 del CP). Para la persecución por delito de acusación o denuncia falsa, es necesario que exista sentencia firme o auto firme de sobreseimiento (art. 456 del CP).

A estos supuestos, pueden añadirse otros, como pudieran ser la necesidad de autorización de la cámara respectiva en las causas contra diputados o senadores (art. 71.2 de la CE), los requisitos establecidos para la persecución de los delitos cometidos por el presidente y demás miembros del Gobierno (art. 102 de la CE), vinculados con el régimen de inmunidades e inviolabilidades⁹⁴⁵.

2.2.4.3. El perdón del ofendido.

Por su parte, el art. 130.1.5º del CP establece que la responsabilidad criminal se extingue por el perdón del ofendido en los delitos perseguibles previa denuncia del mismo. La denuncia previa como condición de procedibilidad y el perdón del ofendido son instituciones que privatizan el ejercicio de la acción penal y asocian la oportunidad de su ejercicio a la voluntad del ofendido.

El perdón del ofendido constituye un supuesto de renuncia a la pretensión penal, que conlleva la terminación anticipada del procedimiento, que solo tiene virtualidad en los procesos por delito privado⁹⁴⁶.

2.2.4.4. Consecuencias jurídicas del arrepentimiento.

Existen algunos preceptos que exceptúan el ejercicio de la acción penal, o disponen una reducción de la pena a solicitar, en determinados supuestos, que tienen por común denominador que el autor haya tratado de poner freno a las actividades delictivas o haya colaborado con la justicia. Estos supuestos pueden entenderse también como expresiones del principio de oportunidad, ya que el mismo no solo viene referido a la no iniciación del procedimiento, sino también a su no continuación o su terminación anticipada.

Así, el CP establece diversos supuestos de exención de pena: al que habiendo

⁹⁴⁵ Vid. LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de derecho penal. Parte general...* op. cit., págs.151 y ss.

⁹⁴⁶ Vid. GIMENO SENDRA, V. *Manual...* op. cit., págs. 392 y 393.

prestado falso testimonio se retracte a tiempo de que pueda surtir efecto en el procedimiento de que se trate (art. 462 del CP); en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social, al que proceda a la regularización de la situación tributaria o en relación con la defraudación de que se trate (arts. 305 y ss. del CP); en el delito de cohecho, al particular que hubiera accedido a la solicitud de presente y denunciara el hecho antes del transcurso de diez días (art. 426 del CP); o en el delito de rebelión, al implicado que lo denunciara a tiempo de evitar las consecuencias (art. 480.1 del CP)⁹⁴⁷.

El art. 171.3 del CP, de inspiración alemana, con el fin de facilitar la persecución del delito de amenaza de revelar o denunciar la comisión de alguna infracción penal, faculta al Ministerio Fiscal para abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que este estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años, supuesto en el que se faculta al juez para rebajar la sanción en uno o dos grados. En este caso, es decisión discrecional del Ministerio Fiscal si acusa o no por el delito amenazado.

El art. 376 del CP, en relación con el delito de tráfico de drogas, y el art. 579 bis del CP, en relación con los delitos de terrorismo, permiten la imposición de una pena inferior en uno o dos grados al encausado que hubiera abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, o hubiera colaborado con las autoridades, preceptos que encuentran su razón de ser en motivos de política criminal orientados a facilitar la persecución de ciertos delitos de especial gravedad.

Estas disposiciones implican una posibilidad de disponer del ejercicio de la acción penal, en el que la reducción de la pena se concibe a modo de “premio” para el delincuente arrepentido, fruto de la negociación entre el delincuente y las autoridades encargadas de la persecución penal. Todas ellas son manifestaciones del principio de oportunidad, ya que implican un ejercicio distinto o más favorable para el encausado de la acción penal⁹⁴⁸.

2.3. El principio de oportunidad en las propuestas legislativas.

⁹⁴⁷ Vid. LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General...* op. cit., págs.143 y ss.

⁹⁴⁸ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y CONTRERAS ALFONSO, L. H. “Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal. Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal.” *Diario La Ley*, nº 6255, Sección Doctrina, 18 de mayo de 2005, Ref. D-117. Ed. La Ley. Págs. 1 y 2. “Esta posibilidad de disposición parcial de la pretensión punitiva obedece a criterios de conveniencia político-criminal, y la rebaja de la medida del castigo resultará de una transacción entre el delincuente y las autoridades de persecución penal del Estado en orden a la eficacia de los datos y antecedentes aportados por el delincuente arrepentido. No se trata, por tanto, de una rebaja preceptiva, sino eventual, condicionada a la colaboración activa del acusado. Cabe destacar además que ésta, por excepción, es una facultad de oportunidad cuya titularidad de ejercicio viene encomendada al órgano jurisdiccional que a la hora de fallar no va a ejercer una mera labor de subsunción declarando la existencia del delito y aplicando una pena, sino que va a participar activamente en la estrategia para combatir fenómenos de delincuencia considerados especialmente graves”.

Las propuestas legislativas que se han realizado para elaborar una nueva legislación procesal penal que configure un modelo de instrucción por el fiscal, han contemplado la introducción de este principio, optando por una oportunidad reglada que permita el no ejercicio de la acción penal en determinados casos, tomando como referencia el derecho comparado⁹⁴⁹.

A título de ejemplo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA cita el sistema alemán, en el que se reconoce un principio de oportunidad tasada⁹⁵⁰. En el sistema alemán de oportunidad tasada, los parágrafos 153 a 154 e) de la StPO regulan determinados supuestos en los que el fiscal puede archivar directamente, o bien con la aprobación del tribunal:

1) En asuntos de bagatela: cuando el proceso tuviera como objeto un delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, si la culpabilidad del autor fuera considerada insignificante, y no existe interés público en la persecución, la fiscalía, puede, con aprobación del tribunal, abstenerse de la persecución del hecho, o incluso sin necesidad de aprobación, cuando los daños sean de poca consideración.

2) En los delitos castigados con pena privativa de libertad inferior a un año: la fiscalía puede abstenerse del ejercicio de la acción penal, con imposición al acusado el cumplimiento de prestaciones sustitutorias.

3) Cuando se dieran los presupuestos bajo los cuales el tribunal podría prescindir de la pena, la fiscalía puede abstenerse de ejercitar la acción pública.

4) Cuando se trate de hechos cometidos en el extranjero, la fiscalía puede abstenerse de acusar en determinados supuestos.

5) Por motivos políticos, en determinados delitos, cuando la tramitación del proceso provocara el peligro de un grave perjuicio para Alemania, o cuando se opusieran a la persecución otros intereses públicos superiores.

6) En el caso de arrepentimiento activo: en determinados delitos, cuando el autor, después del hecho y antes de que sea descubierto, hubiera contribuido a evitar el peligro para la integridad o seguridad de Alemania o para el orden constitucional.

7) En el caso de hechos punibles accesorios no esenciales: la fiscalía podrá abstenerse de la persecución de un hecho siempre que se den determinadas condiciones.

8) Cuando no tuvieran importancia determinadas partes separables de un hecho o algunas infracciones de la ley de entre las diversas que se hubieran cometido mediante

⁹⁴⁹ En relación con el principio de oportunidad en el derecho comparado, vid. BORJA LÓPEZ DE QUIROGA, J. "El principio..." op. cit., págs. 56 y ss.

⁹⁵⁰ Vid. BORJA LÓPEZ DE QUIROGA, J. "El principio..." op. cit., págs. 56 y ss. En este sentido, vid. EIRANOVA ENCINA, E. (coord.) *Código Penal Alemán StGB Código Procesal Penal Alemán StPO*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2000. Págs. 290 y ss.

un mismo hecho.

9) En los casos de extradición y destierro: la fiscalía puede abstenerse del ejercicio de la acción pública cuando el inculpado fuera entregado, a causa del mismo hecho, a un gobierno extranjero, o cuando el inculpado fuera expulsado de Alemania.

10) En el caso de chantaje: si hubiera sido cometida una coacción o un chantaje con la amenaza de revelar un hecho punible, puede abstenerse la fiscalía de la persecución del hecho cuya revelación fuese objeto de la amenaza, cuando a causa de la gravedad del hecho no fuera imprescindible la expiación.

11) En caso de cuestión prejudicial civil o administrativa.

12) En caso de denuncia calumniosa o de injurias.

13) En los delitos de acción privada (allanamiento de morada, injuria, violación del secreto de la correspondencia, amenaza, daño): la acción pública solamente será ejercida por la fiscalía, si existiera interés público.

Por su parte, la ley de estupefacientes permite al tribunal prescindir de la pena o atenuarla cuando fuera una pena privativa de libertad inferior a un año y el autor hubiera contribuido de forma esencial con sus revelaciones al descubrimiento del hecho.

Junto a las manifestaciones del principio de oportunidad que hemos analizado y su reconocimiento en los delitos leves, las propuestas legislativas españolas apuestan por la consagración expresa de este principio, extendiéndolo a una diversidad de supuestos.

Hemos creído conveniente analizar las líneas generales del ALECrím. y del BCPP por constituir una declaración de intenciones de nuestro legislador de optar por un modelo de instrucción por el fiscal que introduce el principio de oportunidad. Tales textos vienen a ser un punto de inflexión a partir del cual los sucesivos intentos de reforma podrán contemplar dicho principio como algo natural, sin que genere duda alguna la posible colisión con el principio de legalidad y sin que se pueda plantear un regreso a la concepción originaria de nuestro sistema procesal en cuanto a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

El ALECrím. optó por consagrar una oportunidad reglada, que, según explica su Exposición de Motivos, permite introducir mecanismos alternativos al ejercicio incondicionado de la acción penal, con fundamento en criterios de política criminal vinculados a la falta de necesidad de pena o la conveniencia de reducción de la misma⁹⁵¹. El texto configura la oportunidad dentro de un marco reglado, como un

⁹⁵¹ Vid. Exposición de Motivos del ALECrím. Apartado XXIV. “Un nuevo modelo procesal adaptado a las necesidades de la actual sociedad requiere la introducción limitada del principio de oportunidad. Éste, con márgenes legales claramente definidos y acotados, no ha de ser entendido como mera discrecionalidad técnica en la interpretación del ámbito de aplicación de la norma penal, sino como verdadera plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad”.

espacio de valoración discrecional que corresponde realizar al Ministerio Fiscal, sin que el investigado pueda invocar un derecho a la aplicación de la misma. El fiscal instructor debe actuar de acuerdo con las instrucciones generales de política criminal establecidas desde la FGE, que deben asegurar que el ejercicio de esta potestad se ajuste al principio de unidad de actuación a fin de que quede preservada la igualdad en la aplicación de la ley penal⁹⁵².

El procedimiento penal podría concluir por razones de oportunidad cuando la imposición de la pena resultara innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento, en los supuestos que se determinaban. Si bien correspondía al Ministerio Fiscal la apreciación discrecional de las causas que permitían poner fin al procedimiento, se atribuía a la autoridad judicial el control del cumplimiento de los elementos reglados que permitían la aplicación del principio de oportunidad (art. 148 del ALECRim.).

El art. 149 del ALECRim. facultaba al fiscal para decretar el archivo total o parcial de la investigación en todo tipo de delitos leves, y en los delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión, o con privación de derechos que no exceda de diez años, cuando se dieran determinadas condiciones:

1) Que la incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resultara mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que esta se hubiera producido.

2) Que pudiera reputarse mínima la culpabilidad del autor, de forma que la imposición de la pena no reportara ninguna utilidad pública.

3) Que la comisión de la infracción hubiera causado a su autor un perjuicio grave que hiciera innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena.

En el caso de que antes de la expiración del plazo de prescripción de la infracción el investigado cometiera un nuevo delito, el fiscal reabría el procedimiento archivado por razones de oportunidad, continuando su tramitación con plena sujeción al principio de legalidad (art. 149.5 del ALECRim.).

Si recordamos la regulación de la oportunidad en la LORPM, es innegable que existe un cierto paralelismo con las disposiciones de aquella, pues la regulación del archivo por razones de oportunidad, en cuanto se basa en la falta de utilidad de la pena, el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción, el compromiso de reparación del perjuicio causado a la víctima o la obligatoriedad de observar determinadas pautas de conducta como condición para que no se ejercite la acción penal, son un claro reflejo en la jurisdicción de adultos de la experiencia de la LORPM, con algunas variaciones.

⁹⁵² Vid. Exposición de Motivos de ALECRim. Apartado XXIV.

El texto también parece haberse inspirado en la legislación de menores cuando regula los supuestos de exclusión de la aplicación del archivo por razones de oportunidad, pues conforme al apartado 2, no procedería su aplicación en los siguientes casos:

- 1) Cuando en la comisión del hecho hubiera mediado violencia o intimidación.
- 2) Cuando el investigado hubiera sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta.
- 3) Cuando el investigado se hubiera beneficiado anteriormente de la aplicación por razón del delito de uno de los supuestos de oportunidad establecidos o la víctima sea menor de catorce años.

Quedaban también excluidos los delitos de violencia de género y los relacionados con la corrupción, de forma que para determinados delitos, ante las implicaciones sociales de los mismos, se sustraía al fiscal esta facultad.

El art. 150 del ALECrím. contenía el régimen legal de lo que denomina suspensión del procedimiento por razones de oportunidad. En los delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años u otras penas de distinta naturaleza, siempre que concurrieran los requisitos del art. 149 del ALECrím., el fiscal podría acordar la suspensión del procedimiento de investigación, condicionándola al cumplimiento por el investigado de una o varias obligaciones o reglas de conducta⁹⁵³. Se regulaba de esta forma un archivo con condición, para lo cual es necesario el consentimiento de la víctima y que el encausado reconociera su culpa y asumiera el compromiso expreso de cumplir determinadas obligaciones orientadas fundamentalmente a la reparación de los perjuicios causados.

La suspensión se condicionaba a que el sujeto no delinquirá en un plazo de dos años. Una vez cumplidas las obligaciones impuestas y transcurridos dos años sin que el investigado hubiera cometido ningún delito, el fiscal remitiría el procedimiento al juez de garantías, que acordaría su sobreseimiento, previa audiencia de la víctima. En caso contrario, el fiscal solicitaría del juez de garantías la reapertura del procedimiento.

El ALECrím. también admitía la aplicación de la oportunidad en la fase

⁹⁵³ Estas reglas de conducta podían consistir en: 1) indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada; 2) dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que éste considere adecuada y suficiente; 3) entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias; 4) no acudir a determinados lugares; 5) no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el decreto del fiscal, o de comunicarse con ellos; 6) no ausentarse del lugar donde resida; 7) comparecer personalmente en la fiscalía, o en el servicio de la administración que se señale al efecto, para informar de sus actividades y justificarlas; 8) participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares; 9) someterse a tratamiento de deshabitación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin abandonar el mismo hasta su finalización; 10) cumplir los demás deberes que el fiscal estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona (art. 150 del ALECrím.).

intermedia. El juez de la audiencia preliminar, a instancia de todas las partes, podría disponer el sobreseimiento de la causa por las razones de oportunidad señaladas en los artículos anteriores, constatando a tal efecto la concurrencia de los elementos reglados necesarios para su aplicación. La eficacia del sobreseimiento se condicionaba a que el sujeto no delinquiera y cumpliera las reglas de conducta establecidas, de modo que en caso contrario, el juez acordaría la reanudación del procedimiento por los trámites de la fase intermedia, sin posibilidad de una nueva aplicación del principio de oportunidad (art. 151 del ALECrim.).

El texto prelegislativo regulaba un supuesto de oportunidad relacionado con la persecución de organizaciones criminales, cuya razón de ser es evitar que el desarrollo de una investigación relativa a una infracción de menor importancia ponga en grave peligro el curso de un procedimiento más complejo relacionado con una red de criminalidad organizada. La facultad de hacer uso de este principio quedaba asociada a la figura del “arrepentido”, con sujeción a límites reglados y siempre que las víctimas del delito hubieran sido debidamente resarcidas. El art. 152 establecía que el fiscal podrá acordar el archivo del procedimiento cuando su incoación o continuación pueda poner en grave riesgo la tramitación de otra causa declarada secreta y relativa a las actividades de una organización criminal. Este archivo sería de carácter reservado, es decir, no sería objeto de comunicación que pudiera frustrar la finalidad perseguida. El decreto se remitiría al juez de garantías con los documentos que fueran necesarios para acreditar el riesgo que lo motiva. El archivo produciría efectos mientras no fuera revocado, pudiendo el juez de garantías podrá recabar del fiscal informes periódicos sobre la necesidad de mantener la situación de archivo, de modo que podría revocarla en cualquier momento. De esta forma, se establecía un control judicial de esta facultad concedida al Ministerio Fiscal. Una vez desaparecido el riesgo generado para la investigación principal y una vez que el secreto de la misma se hubiera alzado, el fiscal solicitaría del juez la reapertura del procedimiento.

Junto a este supuesto, preveía el art. 153 del ALECrim. un archivo por razones de oportunidad por colaboración contra una organización criminal, disponiendo que en los supuestos de delitos castigados con penas de hasta seis años de prisión o con penas de otra naturaleza, cometidos en el seno de una organización criminal, el fiscal podría disponer el archivo del procedimiento cuando el investigado hubiera abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se hubiera presentado a las autoridades confesando los hechos en los que hubiera participado, y hubiera colaborado activamente con estas para impedir la producción del delito; o cuando contribuyera eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones criminales a las que hubiera pertenecido o con las que hubiera colaborado.

El archivo se condicionaba a que el investigado no reanudara sus actividades delictivas ni frustrara la efectividad de la colaboración, de modo que transcurridos cinco años sin que esto ocurriera, se podría interesar de la autoridad judicial el sobreseimiento del procedimiento archivado con pleno efecto de cosa juzgada.

En los supuestos previstos en los arts. 149, 150 y 153 del ALECRim., se concedía a los ofendidos por el delito la facultad de impugnar ante el juez de garantías los decretos del fiscal cuando entendieran que no se habían respetado los elementos reglados que facultaban al fiscal para aplicar el principio de oportunidad. De esta forma, aun siendo la aplicación del principio de oportunidad una facultad otorgada al fiscal, se establecía un control judicial del cumplimiento de los requisitos para su apreciación.

La razón de ser de los dos últimos supuestos, contemplados en los arts. 152 y 153 del ALECRim., radica en el hecho de que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado requiere el descubrimiento de la verdad material, motivo por el cual entiende GIMENO SENDRA, que en determinados delitos de gran gravedad como son los de terrorismo, criminalidad organizada o corrupción política, es acertado que los autores de hechos de menor entidad puedan beneficiarse de una reducción de la pena si colaboran eficazmente con el Ministerio Fiscal para el desmantelamiento de la organización criminal de la que formaron parte o el descubrimiento de los autores principales de los delitos con los que cooperaron. Hasta este momento, a diferencia del derecho alemán, que permitía el sobreseimiento por razones de oportunidad en caso de confesión y delación de los demás miembros de una banda terrorista, el art. 579 bis, apartado 3 del CP, siguiendo el modelo italiano, prevé únicamente la reducción de la pena en uno o dos grados en estos casos. Este autor critica el actual modelo por exigir el desarrollo de todo el proceso penal hasta la sentencia firme, lo que conlleva el riesgo de que el inicialmente arrepentido pueda verse expuesto a coacciones por parte de los demás elementos de la banda para modificar su declaración en el juicio oral. GIMENO SENDRA se muestra partidario de esta modalidad del principio de oportunidad, y reclama el mismo como un medio para la lucha contra la corrupción, como forma de simplificación de los procedimientos⁹⁵⁴.

La introducción del principio de oportunidad en materia de bandas armadas que propone el ALECRim. obedece a razones de política criminal. En su momento, existía en nuestro país, como es sabido, un problema político que afloraba detrás de estas actividades criminales que principalmente en España eran cometidas por los miembros de la banda terrorista ETA. La realidad es cambiante y a fecha de hoy existe una nueva situación: los gravísimos atentados perpetrados o programados por las células yihadistas, dirigidos de forma indiscriminada contra multitudes de personas, en las que la aplicación del principio de oportunidad suscita serias dudas. La finalidad de la introducción de este principio en el ámbito de los delitos de terrorismo no es tanto la rehabilitación del encausado como la contribución al esclarecimiento de los hechos y a la averiguación de los principales responsables de los mismos. Pero se trata de actos frente a los cuales la sociedad reclama la protección del Estado mediante la privación de

⁹⁵⁴ GIMENO SENDRA, V. “El principio de oportunidad...” op. cit., págs. 2 y ss. Propone este autor un nuevo motivo de sobreseimiento para aquellos “empresarios o ciudadanos que, para poder obtener su licencia administrativa, se vieron obligados a satisfacer dádivas a los funcionarios corruptos, de tal suerte que, si mediante la delación al Ministerio Fiscal colaboraran en el esclarecimiento de los hechos y en determinar la responsabilidad penal de los principales autores, podrían beneficiarse de una sustancial rebaja de la pena o de la sustitución de la pena privativa de libertad por otras limitativas de derechos”.

libertad de los responsables.

En la jurisdicción de menores no se prevé el archivo por razones de oportunidad en relación con actos de terrorismo, ya que en dicho proceso la introducción de este principio responde a otros parámetros, la reeducación del infractor. Los supuestos contemplados en la LORMP se refieren a delitos de menor entidad. Por esta razón, de haberse aprobado el ALECrím., se habrían planteado problemas cuando dentro de un grupo criminal unos miembros fueran mayores de edad y otros menores, ante la diferente regulación del principio de oportunidad en uno y otro proceso, lo que, a la postre, frustraría el fin al que obedece la introducción de este principio en el ámbito del terrorismo en la jurisdicción de adultos.

Por último, se ha apostado por la más polémica manifestación del principio de oportunidad, basada en el grave peligro que, en casos puntuales, una investigación criminal pudiera entrañar para la seguridad nacional. En este caso, se reserva el ejercicio de esta potestad al Fiscal General del Estado y el control jurisdiccional de su ejercicio se atribuye a la Sala Segunda del TS. Así, el art. 155 del ALECrím. contempla los supuestos especiales de aplicación del principio de oportunidad por el Fiscal General del Estado, estableciendo que este podría decretar el archivo total o parcial de cualquier procedimiento de investigación cuando la continuación del mismo pudiera suponer un grave riesgo para la seguridad nacional o bien cuando la persona investigada, antes de conocer que el procedimiento se dirige contra ella, hubiera contribuido de forma efectiva a impedir un grave daño para la seguridad nacional o para el orden constitucional. De igual modo, podría decretar el archivo del procedimiento de investigación cuando su inicio o su continuación pudieran suponer un grave daño para las relaciones de España con otro Estado soberano.

Pero la disposición sin duda más controvertida, por cuanto supone un desconocimiento de una de las mayores objeciones que nuestra doctrina realiza al modelo de instrucción por el Ministerio Fiscal, cual es la dependencia jerárquica del mismo, y el riesgo de intromisión del poder ejecutivo en una materia hasta ahora encomendada a un poder judicial independiente, es la contenida en el apartado 4 del citado precepto, que permitía que en tales supuestos el Gobierno de la nación, previo acuerdo del Consejo de Ministros, pudiera interesar al Fiscal General del Estado la aplicación del principio de oportunidad. El precepto limitaba en estos casos el control o revisión judicial, quedando, en cuanto a las razones que justificaban su aplicación, sujeta al examen posterior del Congreso de los Diputados. Así, conforme al art. 156 del ALECrím., en tales supuestos, el decreto dictado por el Fiscal General del Estado podría ser impugnado ante la Sala de lo Penal del TS por los ofendidos, estuvieran o no personados en las actuaciones, con base en la inexistencia manifiesta del riesgo invocado para la seguridad del Estado, de la colaboración prestada por el investigado o del grave daño para las relaciones internacionales.

El reconocimiento del principio de oportunidad, que en el inicio de su regulación en el ALECrím. recordaba al contenido del mismo en la jurisdicción de menores,

presenta, en estos últimos preceptos, serios inconvenientes, pues las consecuencias de la introducción de tal principio no son las mismas en una y otra jurisdicción, en atención, principalmente, al tipo de delitos que, precisamente por la condición de menor de edad de su autor, suelen darse en la práctica en el ámbito de la jurisdicción de menores. Se ha aprovechado la necesidad de la reforma de la legislación procesal para facilitar la intromisión del poder ejecutivo en la administración de justicia, tratando de sustraer funciones jurisdiccionales que deben corresponder a un poder judicial independiente, como se desprende de nuestro texto constitucional.

Pero conviene plantearse si la finalidad de la agilización de la justicia penal por sí sola justifica una reforma tan trascendental de nuestro sistema procesal o si quizá podría alcanzarse dicho fin a través de otras medidas.

Ante las objeciones derivadas de los vínculos entre el Ministerio Fiscal y el poder ejecutivo, a las que se ha hecho referencia con anterioridad, el ALECRim. expresaba la necesidad de una reforma del EOMF (Disposición Final Segunda, apartado 2) y reconoce la conveniencia de que el Ministerio Fiscal sea “ajeno a cualquier injerencia partidista”, pese a mantenerse la jerarquía interna como garantía de la unidad de actuación⁹⁵⁵.

El BCPP también incorporaba el principio de oportunidad, si bien, en palabras de la Exposición de Motivos, respondía a “un radical cambio de modelo que blinda la independencia de la investigación penal frente al poder ejecutivo”⁹⁵⁶.

Se introducían algunos supuestos de sobreseimiento por razones de oportunidad. La Exposición de Motivos justifica este principio en la consideración de que el mismo reporta “más ventajas para el interés público que el mantenimiento de un ciego automatismo en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, derivado una comprensión simplemente retributiva del principio de legalidad”⁹⁵⁷. Pero se mantenía el sometimiento de la aplicación de este principio al control judicial, ya que la acusación particular y popular podrían impugnar, en su caso, las decisiones de archivo por razones de oportunidad dictadas por el Ministerio Fiscal.

El art. 90 del BCPP, bajo el epígrafe “legalidad y oportunidad”, venía a consagrar la armonía entre ambos principios a la que ya se ha hecho referencia en epígrafes anteriores, y establecía la obligación del Ministerio Fiscal de ejercer la acción penal cuando existieran indicios para atribuir el hecho punible al encausado salvo que concurrieran motivos para la suspensión o el sobreseimiento de la causa por razones de oportunidad. Siguiendo la línea del ALECRim., se admitía el mismo en aquellos delitos de escasa gravedad en los que, a la vista de las circunstancias, no existiera un interés público relevante en su persecución. Procedería el archivo por aplicación de este principio en los siguientes supuestos:

⁹⁵⁵ Vid. Exposición de Motivos ALECRim. Apartado XVI.

⁹⁵⁶ Vid. Exposición de Motivos del BCPP. Apartado III.

⁹⁵⁷ Vid. Exposición de Motivos del BCPP. Apartado III.

1) En los casos de suspensión de la causa por haberse otorgado un plazo para la satisfacción por el encausado de las condiciones aceptadas, cuando estas se hubieran cumplido.

2) Cuando la sanción que se pudiese imponer fuera irrelevante a la vista de la que le hubiera sido impuesta o le pueda ser impuesta en otro proceso.

3) Cuando el autor perteneciera a una organización criminal y fuera el primero de los responsables en confesar el delito, si hubiera prestado plena colaboración con la administración de justicia y la misma hubiera sido de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado.

4) Cuando el autor en un delito leve o menos grave denunciara un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo y el sobreseimiento facilitara su persecución.

5) Cuando un particular denunciara un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o partícipe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público (art. 91 del BCPP).

Este sobreseimiento sería acordado por el Tribunal de Garantías a petición del Ministerio Fiscal, y podría ser denegado cuando la acusación particular o popular manifestara su voluntad de mantener la acusación, ofreciendo un motivo fundado para llevar a efecto el enjuiciamiento en interés de la justicia. Se establecía así un control judicial, si bien no en todos los casos en que la acusación particular deseara mantener la acción penal procedería el enjuiciamiento. En este punto, habría sido la jurisprudencia, en caso de llegar a entrar en vigor el texto, la que habría fijado los criterios interpretativos de esta disposición.

El BCPP también admitía la suspensión para el cumplimiento de prestaciones (art. 92 del BCPP), en términos semejantes a los establecidos en el art. 150 del ALECrím. Este supuesto recuerda de alguna manera al desistimiento de la continuación del expediente de reforma contemplado en el art. 19 LORPM. Se otorgaba a la acusación particular la facultad de impugnar el decreto de suspensión ante el Tribunal de Garantías, pero solo prosperaría su recurso si existiera motivo fundado para la continuación del procedimiento penal en interés de la justicia.

El texto proponía dos procedimientos que respondían a la finalidad de dotar celeridad a la justicia: el juicio directo y el proceso de aceptación por decreto. Este último, como hemos visto, fue incorporado finalmente, con ligeras variaciones, por la reforma de la LECrím. operada por LO 1/2015, en los arts. 803 bis y ss de la LECrím.

El nuevo “juicio directo”, que el BCPP contemplaba en los arts. 478 y ss., que vendría a sustituir al actual juicio rápido, aunque con un mayor ámbito de aplicación, se preveía para delitos que solo requirieran una instrucción sencilla y pudieran remitirse directamente a juicio. Por tanto, desaparece prácticamente la fase de investigación. El

juicio directo sería de aplicación en aquellos casos en los que no fuera prácticamente necesaria instrucción alguna, de modo que se celebraría el juicio directamente ante un tribunal que decidiría sobre la base de lo que las partes, fundándose en el atestado o en diligencias sencillas de investigación, le presentaran mediante sus escritos de acusación y defensa en el acto del juicio oral, donde por vez primera y única se desarrollan las pruebas sin que estas se hubieran practicado antes como diligencias de instrucción⁹⁵⁸. Cualquier delito podía ser objeto de este procedimiento, siempre que concurrieran cumulativamente los siguientes requisitos:

1) Que el hecho punible fuera flagrante o de investigación sencilla.

2) Que el encausado se encontrara a disposición del Ministerio Fiscal por estar detenido o que, aun sin haber sido detenido, se hallara citado para comparecer ante el Ministerio Fiscal.

3) Que no estuvieran declaradas secretas las actuaciones.

4) Que no existieran acusaciones personadas.

Tanto el juicio directo como el proceso por aceptación de decreto son procesos en los que se prescinde prácticamente de la fase de instrucción judicial, tal y como la entendemos hoy día y se consagra un poder de negociación entre las partes⁹⁵⁹. Su razón de ser obedece a la necesidad de dotar de celeridad a la justicia. De esta forma, se observa una tendencia a reducir al máximo la fase de instrucción en los delitos de investigación más sencilla, encomendando ésta a la fiscalía, y a potenciar las soluciones negociadas, ante los buenos resultados que han venido dando los juicios rápidos.

El BCPP mantenía la aplicación del principio de oportunidad a los miembros de organizaciones criminales que colaboraran con la administración de justicia de forma eficaz (art. 91.4 del BCPP) pero suprimía toda referencia a los supuestos más polémicos, previstos en el art. 155 del ALECRim.

El modelo de investigación por el fiscal sujeto a plazo y el principio de oportunidad puede contribuir eficazmente a las necesidades actuales de modernización y agilización de la justicia penal, siempre que vaya acompañado de las reformas de la demarcación y planta judicial y de la nueva oficina judicial.

A pesar de que estos textos no llegaron a ver la luz, a fecha de hoy se trabaja nuevamente en la elaboración de una propuesta para la consagración de este modelo procesal⁹⁶⁰. Si algún día finalmente se aprueba un nuevo cuerpo de legislación procesal penal, las directrices a seguir en cuanto a la investigación por el Ministerio Fiscal, la adopción del principio de oportunidad y la negociación en el ámbito penal, serán

⁹⁵⁸ Vid. Exposición de Motivos del BCPP. Apartado VII.

⁹⁵⁹ Para un estudio más detallado de esta cuestión, vid. MUERZA ESPARZA, J. "Aspectos procesales..." op.cit., págs.12.

⁹⁶⁰ Este nuevo texto vendrá a ser una fusión del ALECRim. de 2011 y del BCPP. Vid. <http://confi legal.com/20170114-la-apm-esceptica-ante-la-figura-del-fiscal-instructor>. Última consulta: 28 de mayo de 2017.

probablemente muy semejantes a tales propuestas. En lugar de aprobar dichos textos, pese al gran esfuerzo que supuso su redacción, se ha optado por continuar con la técnica de las reformas parciales de la LECrim., a través de una “hiperactividad legislativa”, aprobándose una serie de reformas parciales antes del fin de la anterior legislatura⁹⁶¹.

Teniendo en cuenta cuál es la situación actual de nuestro ordenamiento, aunque no se ha consagrado expresamente el principio de oportunidad, salvo en relación con los delitos leves, lo cierto es que existe un cierto poder de disposición penal por parte del Ministerio Fiscal, por ejemplo, a través de la conformidad premiada ante el juez de instrucción en los juicios rápidos, o de la solicitud vinculante de sobreseimiento en fase de instrucción conforme al art. 782 de la LECrim., cuando no exista acusación particular⁹⁶². En la fase de juicio oral, las facultades del Ministerio Fiscal van mucho más lejos, pues en virtud del denominado principio acusatorio, que ha sido frecuentemente identificado con el principio dispositivo del proceso civil, el juez no puede imponer una pena superior a la solicitada por el fiscal ni dejar de aplicar una atenuante solicitada por aquel⁹⁶³. A través del instituto de la conformidad, se permite cierto margen de negociación al Ministerio Fiscal con las partes, pudiendo modificar sus conclusiones provisionales en función del acuerdo alcanzado, vinculando así al tribunal con su petición. Todo ello, según entiende GIMENO SENDRA, implica que el Ministerio Fiscal “a través del *ne eat iudex ultra petita partium*, se convierte en dueño del objeto procesal”⁹⁶⁴.

2.4. Propuestas *de lege ferenda*.

⁹⁶¹ Así:

- LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, en vigor desde el 1 de julio de 2015.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que entró en vigor el 18 de agosto de 2015.
- LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECrim. y la LOPJ para la transposición de la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, que entró en vigor el 28 de octubre de 2015.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del EVD, por la que se modifica la LECrim. para la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. La entrada en vigor de la reforma tuvo lugar el 28 de octubre de 2015.
- LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim. para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que entró en vigor el 6 de diciembre de 2015 salvo la modificación de determinados preceptos que lo hizo el 1 de noviembre de 2015, concretamente los arts. 118, 509, 520, 520 ter y 527.
- Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim. para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que entró en vigor el 6 de diciembre de 2015.

⁹⁶² GIMENO SENDRA, J. V. “El principio de oportunidad...” op. cit., pág. 3

⁹⁶³ STS nº 795/2015, de 10 de diciembre.

⁹⁶⁴ GIMENO SENDRA, J. V. “El principio de oportunidad...” op. cit., pág. 3.

Como hemos visto, en nuestro sistema procesal hay numerosas instituciones que vienen a ser manifestación del denominado principio de oportunidad, que se han ido introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico con las sucesivas reformas de la LECrim., de modo que junto a los clásicos principios de nuestro sistema procesal, se han ido incorporando otros que responden a la necesidad de agilizar la administración de justicia.

Las propuestas legislativas analizadas propugnan una mayor presencia de este principio mediante el reconocimiento expreso del archivo por razones de oportunidad en diversos supuestos, y la concesión de una mayor capacidad de negociación al Ministerio Fiscal, al extender la posibilidad de conformidad a todo tipo de infracciones, incluso durante la fase de investigación.

En la práctica, se están dictando sentencias absolutorias que venían a reconocer en cierto modo un mayor poder de disposición de las partes al que contempla la LECrim. Citemos, a título de ejemplo, un supuesto en el que se formula acusación contra un individuo por dos delitos de lesiones. El día del juicio, unos seis años después de la fecha de los hechos, las víctimas sostienen haberse reconciliado y aseguran no recordar nada. En puridad, se debía instar a los testigos a hacer memoria y recordar a estos las penas previstas para el delito de falso testimonio, con independencia de su interés o no en la prosecución del proceso, ya que se trata de un delito público. Sin embargo, el Ministerio Fiscal no sigue con el interrogatorio y solicita una sentencia absolutoria por falta de prueba. De la instrucción resultaron en su día indicios de la comisión de los delitos por los que se formuló acusación. No obstante, transcurrido el tiempo, las partes se han reconciliado o simplemente no tienen interés en una condena, y el Ministerio Fiscal se acoge a la ficción de la falta de prueba suficiente para provocar el dictado de una sentencia absolutoria⁹⁶⁵.

Teniendo en cuenta la situación actual, tiene sentido un reconocimiento expreso y reglado del principio de oportunidad, aunque el mismo debe limitarse, a mi juicio, a determinados supuestos. La experiencia de la aplicación de este principio en la jurisdicción de menores ha sido positiva. Pero a la hora de trasladar esta experiencia a la jurisdicción de adultos, no se puede perder de vista que en aquel el superior interés del menor y el carácter educativo es precisamente lo que justificó la introducción de este principio. En el proceso de adultos se hacen primar otras finalidades, y la introducción del archivo por oportunidad se contempla como un instrumento conveniente para dotar de celeridad al procedimiento y mejorar la situación de la justicia, favoreciendo el recurso a soluciones negociadas. Pero entraña ciertos riesgos de que puedan entrar en juego otros intereses, cuando se extiende a delitos de ciertas características.

Si se tiene en cuenta que la finalidad resocializadora también ha de inspirar el proceso de adultos, se puede llegar a la conclusión de que ambos procesos no son tan distintos, y de que la experiencia obtenida en la jurisdicción de menores, también en este campo, puede ser de mucha utilidad a la hora de valorar en qué términos debe

⁹⁶⁵ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Alicante de 12 de septiembre de 2016.

quedar incorporado este principio a la LECrim. En este sentido, conviene recordar que el castigo del culpable no es el único fin que persigue el proceso, y que la rehabilitación del infractor, la reparación del quebranto ocasionado por la comisión de la infracción y la reparación de los derechos de las víctimas, pueden alcanzarse de forma satisfactoria a través de mecanismos alternativos.

El proceso de menores ha demostrado que el archivo del procedimiento en caso de que exista una auténtica asunción de culpa, un ánimo de rehabilitación, un compromiso de reparación del daño ocasionado al ofendido por el delito, o de realizar determinadas prestaciones en favor de la comunidad, o de observar unas reglas de conducta, o en su caso, de superar las posibles adicciones u otras situaciones que le llevaron a delinquir, produce efectos más satisfactorios para todas las partes que la celebración del juicio y la imposición de una condena, y permite alcanzar los fines del proceso penal.

Los tipos delictivos que más objeciones plantean a la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del principio de oportunidad, por las connotaciones políticas o las consecuencias económicas que les acompañan, no se suelen dar en la práctica en el proceso de menores, precisamente por la singularidad de su autor, como pudiera ser ciertos delitos económicos, contra los intereses generales del Estado, delitos de prevaricación o relacionados con la corrupción política. Este es un campo donde, al margen de las aportaciones del derecho comparado, no existe experiencia de aplicación de este principio en nuestro país. Si además se tienen en cuenta las características consustanciales al Ministerio Fiscal, estas materias deberían quedar fuera de la aplicación de este principio.

La solución podría venir dada por una oportunidad reglada que permita aplicar este principio únicamente a los delitos de menor entidad, con expresa exclusión del mismo en determinados tipos delictivos en los que se pudieran dar entrada a intereses políticos u otros ajenos a los estrictamente jurídicos.

La apuesta por la aplicación del principio de oportunidad en los delitos leves, si bien supone una renuncia a algunos de los principios esenciales de nuestro derecho procesal penal, teniendo en cuenta el colapso de nuestros órganos judiciales, debe valorarse positivamente, por lo que puede resultar conveniente extenderla a otros delitos menos graves, bajo determinados presupuestos.

A diferencia de la LORPM, que permite el archivo en caso de delitos leves o delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas, la LECrim. avanza tímidamente en esta materia y se refiere únicamente a los delitos leves y en condiciones muy restrictivas. Si en el ámbito de la jurisdicción de menores la comisión de ciertos hechos delictivos obedece a factores psicológicos, sociales, propios de jóvenes que provienen en múltiples ocasiones de ambientes marginales, algo semejante ocurre en algunos casos en la jurisdicción de adultos. Puede ponerse como ejemplo algunos delitos que se producen en el ámbito doméstico fruto de la adicción a determinadas sustancias, de ciertos trastornos psicológicos o simplemente de una

situación de precariedad económica y socio-cultural. Generalmente, la denuncia obedece a la necesidad de los familiares de buscar una solución al problema que no encuentran por otra vía, sin ningún interés en que al infractor se le imponga sanción penal alguna. La única solución viene de la mano de la aplicación, a veces un tanto forzada, de eximentes completas o de eximentes incompletas que permiten la imposición de una medida de seguridad, en la mayor parte de los casos un tratamiento ambulatorio o un internamiento para la deshabitación o para tratamiento psiquiátrico, que a la postre se fija en interés del propio acusado, pero esta opción otras veces no es posible. También algunos delitos patrimoniales cometidos sin violencia y otras infracciones de menor entidad se producen como consecuencia de estas situaciones.

En estos supuestos, y tratándose de delitos de menor gravedad, sería conveniente la introducción del principio de oportunidad, en términos similares a los del art. 19 de la LORPM, permitiendo el archivo de las actuaciones condicionado al cumplimiento de determinadas medidas, como la realización de determinadas prestaciones, la reparación moral a las víctimas, la participación en programas formativos o reeducacionales, la obligación de observar ciertas reglas de conducta, o el sometimiento a tratamientos médicos, psiquiátricos o de desintoxicación, bajo condición de que su no cumplimiento determinará la continuación del procedimiento. Un reconocimiento que podría compatibilizarse, en tanto no pueda tener lugar la anunciada reforma, con un modelo de instrucción judicial, como a fecha de hoy ocurre en los delitos leves.

Una vez que la LECrim. apuesta por este modelo, y admite el principio de oportunidad en los delitos leves, podría haberse aprovechado la reforma para la instauración del mismo con todas sus consecuencias en el ámbito de algunos delitos menos graves, condicionando el archivo de determinadas infracciones a la indemnización a la víctima, a la realización de determinadas prestaciones, a la realización de cursos formativos o al sometimiento a los tratamientos de las adicciones o trastornos que motivaron que el sujeto haya caído en el mundo de la delincuencia, a fin de lograr el fin de la reparación a la víctima y la rehabilitación del infractor, que entiendo que es una finalidad común a ambas jurisdicciones, menores y adultos.

Esto implica la necesidad de una inversión económica importante, pues la realidad actual es que las administraciones públicas están desbordadas, de modo que con frecuencia no existen centros disponibles donde sujetos no condenados puedan recibir tales tratamientos en un plazo razonable. Esto dificultaría, lógicamente, el cumplimiento de estas prestaciones en el caso de que el archivo quedase condicionado a las mismas⁹⁶⁶.

⁹⁶⁶ Vid. VIADA BARDAJI, S. “El juzgador ante el delincuente toxicómano.” *La imputabilidad en general en el Derecho Penal. Cuadernos de derecho judicial, nº, volumen 17, año 1992*. Págs. 12 y ss. La insuficiencia de la oferta de un servicio público de desintoxicación obliga a la administración a realizar conciertos con centros o servicios de titularidad privada, o a conceder autorizaciones a numerosos centros que reúnen los requisitos exigidos por el Plan Nacional de Drogas o por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma. Ello provoca una gran variedad tanto de sistemas empleados para el tratamiento de las personas sometidas a desintoxicación, lo que supone dificultades añadidas tanto para

En mi opinión, la facultad de instar el sobreseimiento por motivos de oportunidad debe corresponder al Ministerio Fiscal, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos, siempre que se cumplan determinadas condiciones, como pudieran ser que se trate de hechos cometidos sin violencia o intimidación, o sin riesgo grave para la vida e integridad física de las mismas, y que el encausado no sea reincidente.

La decisión del Ministerio Fiscal debe ponderar los derechos de las víctimas, junto al interés público en la persecución del delito, la utilidad y necesidad de la pena, y el cumplimiento del fin resocializador. Si bien, debe evitarse que posturas infundadas de aquellas o reclamaciones desproporcionadas puedan determinar la continuación del procedimiento. De modo similar a la que se establece en la jurisdicción de menores, la forma de articular el archivo en estos casos debería ser, a mi juicio, la petición de sobreseimiento por el fiscal, dirigida al juez, y el dictado por este del auto correspondiente, previa audiencia de todas las partes, y tras la oportuna comprobación del cumplimiento de los requisitos formales. En los supuestos en los que no exista acusación particular, el juez dictaría auto de sobreseimiento. En los casos de oposición por parte de esta, debería valorar los intereses de la misma en la prosecución del procedimiento, sin admitir posturas infundadas. La decisión del juez podría ser revisada por el superior jerárquico, en virtud del oportuno recurso de apelación, a petición de cualquiera de las partes.

2.5. La progresiva implantación de mecanismos de justicia restaurativa.

Como hemos visto, el proceso penal de adultos, progresivamente, ha ido admitiendo diversas manifestaciones del principio de oportunidad, entre las cuales, la conformidad, como instituto de justicia negociada, permite una cierta disposición del objeto del proceso. Poco a poco comenzaron a buscarse otras vías de solución del conflicto penal, cauces de justicia restaurativa que trataban de encajarse en el escaso margen que ofrece la LECrim., buscando así algún subterfugio para conseguir que estas fórmulas casaran con el estricto cumplimiento del principio de legalidad.

Pese a que, exceptuado el caso de los delitos leves, no es posible el no ejercicio de la acción penal en los supuestos en que concurren indicios de un delito de

un conocimiento de las particularidades de cada uno de los tratamientos, como, un control eficaz del Juez sentenciador, que es evidentemente. También en relación con esta cuestión, MAZA MARTÍN expone la dificultad que representa para la práctica judicial cotidiana, la escasez de plazas en este tipo de centros, agravada tras “la supresión de la obligación para las autoridades provinciales de la instalación de establecimientos psiquiátricos”, no suplida satisfactoriamente por las Comunidades Autónomas, o “la tendencia de reducción, integración y asimilación de Centros psiquiátricos dentro de la estructura de macro-establecimientos penitenciarios”. Vid. MAZA MARTÍN, J. M. “Las medidas de seguridad y otras opciones penales aplicables a los supuestos de inimputabilidad plena y semiplena”. *La imputabilidad en general en el Derecho Penal. Cuadernos de derecho judicial. Nº 17, año 1992.* Págs. 20 y ss.

persecución pública, existe un escenario en que paulatinamente se han ido incorporado supuestos de ejercicio “distinto” de la acción penal, un ejercicio de la misma que dentro del marco legal, suaviza las consecuencias del delito, en determinados casos. Entre ellos figuran aquellos casos en que por vía de la mediación intrajudicial, impulsada desde el CGPJ con gran interés en los últimos años, se han alcanzado acuerdos de reparación o conciliación con la víctima, que normalmente encuentran su vía de entrada a través de la atenuante de reparación del daño del art. 20.5 del CP.

El Consejo de Europa define la mediación como un medio de resolución de conflictos pactado entre las partes y en el que interviene un tercero neutral. Mediante la intervención de este tercero imparcial, se ayuda a dos personas a conocer el origen de sus diferencias, a comprender las causas y consecuencias de lo ocurrido, a confrontar sus visiones y a encontrar soluciones para resolver aquéllas. Este concepto de mediación reconocido por la legislación internacional se ha trasladado al ámbito interno en las propuestas de nueva legislación procesal penal⁹⁶⁷.

2.5.1. Fundamentos.

Existen dos tipos de mediación, la que se configura como una alternativa al proceso penal y tiene por finalidad una solución extrajudicial, y aquella que llamamos mediación intraprocesal o intrajudicial, que es la que se incardina en el contexto del mismo proceso penal. Es esta última modalidad de mediación la que ocupa nuestra atención en el ámbito penal. La mediación no es algo nuevo, pero el auge de la misma se ha producido en los últimos tiempos, en aras de acabar con la lentitud de un proceso penal cuyos resultados no satisfacen a las partes, pues ni se logra en multitud de ocasiones la reparación del daño, ni mucho menos la rehabilitación del autor. Por estos motivos, y a pesar de no estar contemplada por la LECrim., el CGPJ está realizando un importante esfuerzo para su impulso e implantación, a través de una serie de protocolos de actuación, acuerdos con los demás cuerpos y colegios profesionales y con asociaciones de mediadores, mediante la puesta en marcha de planes piloto, potenciando la formación en esta materia de los jueces y magistrados.

La mediación, como instrumento de la justicia restaurativa, reconoce, más allá del quebranto al orden jurídico ocasionado por el delito, la existencia de un problema entre la víctima y el infractor que debe procurar resolverse de la forma que más beneficie a ambos. La finalidad de la mediación en el proceso de adultos presenta por tanto grandes similitudes con las propias del proceso de menores. En este, el carácter educativo del procedimiento justificaba su articulación, pues a través de estos mecanismos se obtenía la resocialización del joven infractor, evitando las consecuencias

⁹⁶⁷ Vid. JIMÉNEZ SALINAS i COLOMER, E. “La mediació penal”. AAVV. *Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1999*. Pág. 18.

dramáticas que para el mismo suponía soportar un juicio, “sentarse en un banquillo”, logrando a un tiempo, en la mayoría de los casos, una respuesta satisfactoria para la víctima. También en el proceso de adultos, la finalidad rehabilitadora del autor permite justificar la inclusión de instrumentos de justicia restaurativa. La principal diferencia es la relevancia que en el caso de los delincuentes mayores de edad se ofrece al resarcimiento a la víctima, mientras que en el proceso de menores, la primacía del interés del menor puede justificar que otros intereses pasen a un segundo plano.

El proceso penal supone una experiencia dolorosa para los afectados, en particular para las víctimas. Para los que operan en la práctica habitual de los órganos judiciales es de sobra conocida la insatisfacción de los ofendidos por los delitos, que en muchos casos difícilmente comprenden lo que está sucediendo a su alrededor. Las víctimas son llamadas a declarar en las diligencias policiales, en la fase de instrucción y en el acto de juicio oral, reciben citaciones para el juicio en las que se les apercibe de que podrán ser multadas, conducidas por la fuerza pública o procesadas por un delito de obstrucción a la justicia en caso de no comparecer, y una vez en el acto de juicio se les advierte de que incurrirán en delito de falso testimonio si faltan a la verdad. Es frecuente que no se les permita explicarse y que se les pida que se limiten a exponer sucintamente aquellos hechos que resultan necesarios para formular acusación, calificar los hechos o fundamentar un pronunciamiento de condena. En ocasiones, se les somete a duros interrogatorios que tienden al descubrimiento de la verdad y que son necesarios para el ejercicio del derecho de defensa, pero no se les permite expresar sus sentimientos, sus miedos, sus deseos, y no aciertan a comprender que una vez presentada la denuncia no son dueñas del desarrollo del proceso, que queda en manos del aparato estatal. Se les pregunta si solicitan una reparación económica, y quedan bajo sospechas de “ánimo espurio” cuando sus aspiraciones van más allá de los fines del proceso o exigen una reparación de tipo moral⁹⁶⁸.

En aquellos casos en los que existe un vínculo entre el infractor y la víctima y el acto delictivo se produce en el ámbito de las relaciones conyugales, familiares, laborales o de vecindad, las víctimas tampoco suelen comprender los motivos por los que no pueden expresar todos los términos del conflicto que rodea el delito en sí. Es frecuente que sientan que nadie las ha escuchado, que no se ha dado solución al problema que les llevó a presentar la denuncia, que han recibido un trato indigno o que la respuesta ha resultado desproporcionada.

A título de ejemplo, en el ámbito de los delitos relacionados con la violencia doméstica, en supuestos en que los infractores sufren trastornos mentales o adicciones que les llevan a adoptar un comportamiento violento en el núcleo familiar, es habitual

⁹⁶⁸ Vid. RÍOS MARTÍN, J, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., GALLEGO DÍAZ, M. CABRERA P., JIMÉNEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)”. *Estudios jurídicos. N° 2008, 2008*. Págs. 24 y ss. Nuestra justicia penal es sobre todo un sistema que hace fracasar los intereses de la víctima, por lo que se propone empezar por una solución del conflicto social que deriva del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad.

que los parientes próximos presenten denuncia ante la idea errónea de que de este modo conseguirán que el infractor ingrese en un centro psiquiátrico o de desintoxicación, y se encuentran con una condena, entre otras, a una pena de alejamiento, que impide a las víctimas atender o acoger en el domicilio al familiar en cuestión. En estos casos, las víctimas en ocasiones insisten en que no desean que se castigue al infractor, siendo desoídas por los órganos judiciales, que no tienen base legal para archivar o absolver en estos supuestos. En muchos casos, los denunciantes sienten que han acudido a la justicia penal para solucionar un problema y sin embargo el mismo no solo no se ha resuelto, sino que la situación ha empeorado.

Pero es que el proceso penal como tal no tiene cauces para escuchar el problema de las víctimas, pues su finalidad es otra, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, para lo que la víctima desempeña un importante papel como testigo de los hechos, por lo que es preciso contar con su declaración en las diferentes fases del procedimiento, lo que da lugar a la denominada victimización secundaria. Los fines del proceso tienen en ocasiones poco que ver con las motivaciones que llevan a una persona a presentar una denuncia. Todo ello, unido al deterioro del principio de autoridad en nuestra sociedad, da lugar a que con frecuencia los ofendidos muestren recelos a colaborar con la administración de justicia o incluso manifiesten abiertamente su insatisfacción con el sistema penal. Pero es que estos espacios de diálogo y superación del conflicto no se pueden encontrar en el proceso penal como tal.

En el contexto de la mediación, sin embargo, las víctimas que voluntariamente quieran someterse a este procedimiento, podrán encontrar estos espacios de diálogo y de resolución de conflictos y sentirse escuchadas acerca de las emociones que la infracción penal ha despertado en ellas, sobre las consecuencias de todo tipo que se han derivado del delito, y hallar una explicación a los hechos, una disculpa, una reparación incluso de tipo simbólico o moral⁹⁶⁹.

Las penas privativas de libertad, de las que abusa nuestra legislación penal, resultan, en opinión de RIOS MARTÍN, “deshumanizadoras”. Aun cuando un cuando un internamiento para deshabitación o tratamiento adoptado como resultado de una mediación intrajudicial también prive de libertad, los efectos son muy distintos, pues en el primer caso el sujeto no se siente responsable de los hechos y cumple una pena o

⁹⁶⁹A través de la justicia restaurativa se reconoce el protagonismo de las víctimas, conforme a los postulados de los movimientos que tratan de proteger los intereses de las mismas, y que en España comenzaron a desarrollarse de manera tardía cuando surgió una sensibilidad por algunas categorías de víctimas, como son las de los actos de terrorismo y de violencia de género. Vid. RIOS MARTÍN, J., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., GALLEGRO DÍAZ, M., CABRERA P., JIMÉNEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 24 y ss. En el mismo sentido, considera RIOS MARTÍN, que la “pieza angular” del sistema penal es el castigo del culpable y es por este motivo por el que se deja a un lado los intereses de las víctimas. El citado autor recoge el concepto de “neutralización de la víctima”, acuñado por HASSEMER para poner de manifiesto como las víctimas han sido las grandes olvidadas de nuestro proceso, pues, salvo que comparezcan como acusación particular, están representadas por el Ministerio Fiscal, que en la práctica no se habrá entrevistado previamente con ella y difícilmente puede conocer sus intereses. Vid. RIOS MARTÍN, J. “Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia.” *Mediación: avance y propuestas. Cuadernos digitales de formación*. N°3, año 2008. Págs. 14 a 16.

medida impuesta por el aparato estatal, en tanto que en el segundo caso asume una responsabilidad moral y acepta la consecuencia impuesta en su propio bien.

Uno de los postulados que están en la base de la apuesta por la mediación es el principio de “perfectibilidad humana”, es decir, la “capacidad humana innata de perfeccionarse a sí mismo”, y el principio de responsabilidad, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona, pues el ser humano es capaz de reconducir su vida. La doctrina considera que la justicia restaurativa, a través de la asunción de su responsabilidad por el infractor y del compromiso de reparación del daño causado, posibilita que el mismo se reincorpore a la sociedad, mediante la atención de los déficits personales o sociales que le han llevado a delinquir. Desde esta óptica el derecho penal no se configura únicamente como una respuesta punitiva a un hecho concreto, sino que se orienta hacia el futuro⁹⁷⁰.

Por tanto, igual que el carácter educativo de la justicia de menores fundamentaba el recurso a la mediación, en la base de la introducción de la misma en nuestro sistema penal de adultos se encuentra la necesidad de mantener la reinserción como fin de las penas y medidas de seguridad, tal y como proclama el art. 25 CE. Si los programas de mediación desarrollados en el ámbito de la jurisdicción de menores tenían por finalidad la reeducación del menor infractor, los que se desarrollan en el ámbito de la jurisdicción de adultos persiguen también, junto a la reparación de las víctimas, la reinserción y rehabilitación de los encausados. Las finalidades de unos y otros son muy similares, pues tanto en el proceso de menores como en el de adultos, la imposición de la pena responde a un fin de resocialización del infractor.

Sostiene HEREDIA PUENTE que la mediación es un nuevo modelo, que puede convivir con los cauces clásicos de la justicia penal; no es una alternativa al proceso sino que se integra en el mismo, y es por ello que tiene validez aunque no se alcance un acuerdo. Considera esta autora que la mediación es un instrumento más de respuesta frente a la delincuencia, que puede entrar en juego como una alternativa al proceso, dando lugar a que este no llegue a iniciarse o termine anticipadamente, en caso de acuerdo conciliatorio, lo que implica cierto poder de disposición del objeto del proceso⁹⁷¹.

⁹⁷⁰ Vid. RÍOS MARTÍN, J. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 29 a 31.

⁹⁷¹ Vid. HEREDIA PUENTE, M. “Perspectivas de futuro...” op. cit., págs. 1 y 2. Para esta autora, el nuevo derecho penal no sólo se nutre de penas y medidas de seguridad, sino que atiende a lo que la citada autora conceptúa como una nueva consecuencia jurídica del delito, la reparación. La mediación es un nuevo modelo, una nueva vía de justicia penal que puede convivir con la clásica o con todos aquellos mecanismos que sirvan para solucionar el problema social que supone el delito. HEREDIA PUENTE sostiene que “a mediación-conciliación ha de ser uno más de los instrumentos de reacción al crimen”, que puede entrar en juego “actuando como alternativa eventual al proceso, dando lugar bajo ciertas condiciones a que, si el acuerdo conciliatorio es reconocido por el sistema judicial, el proceso penal no llegue a iniciarse, o si se ha iniciado termine, de modo definitivo o provisional, con disposición, por lo tanto, del proceso mismo sin que llegue a producirse un pronunciamiento de condena. Puede operar también como alternativa eventual a la pena, de modo que la autoridad judicial pueda sustituir la pena misma por el cumplimiento del acuerdo conciliatorio o suspender la ejecución de la pena, con arreglo a las normas de la sustitución o suspensión de penas contenidas en el Código penal”.

Una de las principales ventajas de la mediación es que para las partes la justicia gana en utilidad y credibilidad, pues permite participar a los ciudadanos en el sistema de justicia penal, favorece la disminución de la victimización y las posibilidades de reinserción del encausado. Se trata pues, siguiendo a ROLDÁN BARBERO, de una justicia restaurativa, en vez de una justicia retributiva, que se basa en el perdón, la reparación del daño y la prestación de un trabajo o servicio en favor de la comunidad o de la propia víctima⁹⁷²

Frente a la introducción de la mediación en el proceso penal, pueden aducirse dos objeciones. En primer lugar, puede pensarse que idénticas finalidades se podrían alcanzar a través del instituto de la conformidad. Esta crítica puede ser rebatida, pues la conformidad no es más que una vía para la introducción en el proceso de los acuerdos alcanzados, pero los fines obtenidos a través de la mediación van más allá de los que se pueden conseguir a través del instituto de la conformidad, ya que aquella implica un encuentro conciliador. La conformidad supone una transacción entre acusación y defensa, que en la práctica no conlleva una mayor participación de la víctima, pues la negociación tiene lugar entre los abogados, y el acuerdo alcanzado se refiere a la pena y la responsabilidad civil. Al perjudicado únicamente se le pregunta si solicita indemnización, en caso de corresponderle, pero en la práctica es frecuente mantenerle al margen de las negociaciones para evitar que pueda frustrar la consecución de un acuerdo⁹⁷³. De hecho, la conformidad suele potenciarse por jueces, fiscales y abogados ante la sobrecarga de los órganos judiciales, mientras que sobre la mediación existen posturas dispares por parte de los operadores jurídicos.

La segunda crítica que se puede hacer a la mediación es que puede suponer una privatización de la justicia penal, aproximando la misma al modelo de proceso civil, al pretender dar cabida al principio dispositivo. Frente a dicho argumento, RÍOS MARTÍN sostiene que la mediación no pretende sustituir al proceso, sino complementarlo, y se encauza a través de las instituciones públicas, por medio de los propios órganos judiciales. El Estado es quién define el marco de la mediación y la misma se desarrolla con todas las garantías procesales⁹⁷⁴.

La mediación no puede desarrollarse al margen del proceso y de los principios informadores del mismo y no supone por sí misma un poder de disposición del objeto del proceso, de modo que sólo a través de un principio de oportunidad reglado podría prescindirse del ejercicio de la acusación o no ejercitarse la misma en toda su extensión⁹⁷⁵.

En nuestro ordenamiento, la LECrim. no contempla la mediación, lo cual es lógica consecuencia de que no se regula expresamente el archivo por razones de

⁹⁷² Vid. ROLDÁN BARBERO, H. "La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar". Revista penal La Ley. Doctrina nº 11, 2003, págs. 118 y ss.

⁹⁷³ Vid. RÍOS MARTÍN, J. "Justicia restaurativa..." op. cit., págs. 7 a 9.

⁹⁷⁴ Vid. RÍOS MARTÍN, J. "Justicia restaurativa..." op. cit., págs. 9 a 14.

⁹⁷⁵ Vid. HEREDIA PUENTE, M. "Perspectivas de futuro..." op. cit., págs. 3 a 5.

oportunidad, al menos hasta su introducción en los delitos leves. A falta de una regulación interna, la mediación se ha ido introduciendo en nuestro sistema procesal con base en la normativa supranacional sobre justicia restaurativa a base de protocolos y convenios, a los que después haremos referencia⁹⁷⁶.

En concreto, el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 mencionaba la mediación como un mecanismo informal de resolución de conflictos, que debería ser utilizado allí donde resultare apropiado para facilitar la conciliación y reparación de las víctimas. En esta misma línea, el día 17 de septiembre de 1987 el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la Recomendación nº 18, aprobó una serie de medidas destinadas a fomentar la transacción en asuntos penales, en particular en las infracciones menores, con el fin de aliviar la creciente sobrecarga de los órganos judiciales y de evitar las consecuencias negativas de las penas privativas de libertad. También la Recomendación nº 25 del Consejo de Europa, aprobada en 1985, aconsejaba examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación y revisar la legislación para tener en cuenta la reparación del daño sufrido y todo esfuerzo hecho seriamente por el autor en esa dirección⁹⁷⁷.

⁹⁷⁶ CEDH; Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966; Recomendación R (83) 7, de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de los delitos y del Abuso de Poder de 1985; Recomendación R (85) 11, de 28 de junio de 1985 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal; Recomendación R (87)21, de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; Recomendación (87) 18 de 21 de septiembre de 1987 sobre simplificación de la justicia penal; Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal; Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).

⁹⁷⁷ La Recomendación (83)7, de 23 de junio de 1983 recomienda facilitar la indemnización a la víctima previendo tal obligación como medida de sustitución de las penas privativas de libertad. La Recomendación 25 del Consejo de Europa, aprobada en 1985, declaró que “la sanción que se imponga al autor se debe orientar hacia las necesidades de la víctima. En primera línea se debe situar la reparación del daño ocasionado por el hecho punible. No solo se le debe proporcionar a la víctima un medio ejecutable contra el autor, dispuesto a la reparación del daño, es preciso proporcionarle la posibilidad real de elaborar los medios que necesita para el cumplimiento de la obligación de indemnizar a la víctima. De esta manera, el autor tendrá la posibilidad de resocializarse el mismo. La pena privativa se debe imponer como último recurso y solo si cualquiera otra decisión pareciera insostenible. Si se suspende condicionalmente la ejecución de una pena privativa de libertad, esta suspensión dependerá á, en primer lugar, de que el condenado haya cumplido con las reparaciones. Además, deberá tener prioridad la indemnización de la víctima ante cualquier otra obligación económica que se imponga al acusado”. La R (87)18, de 21 de septiembre de 1987, sobre simplificación de la justicia penal, insta a recurrir a acuerdos de compensación entre autor y víctima para evitar la acción penal, siempre que el autor cumpla las condiciones acordadas. La Recomendación (83)7, de 23 de junio de 1983 recomienda facilitar la indemnización a la víctima previendo tal obligación como medida de sustitución de las penas privativas de libertad. La Recomendación R (99)19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal invita a los Estados miembros a recurrir a la mediación para la solución del conflicto mediante la implicación de las partes, como complemento o, incluso, alternativa al proceso penal. Incide en la necesidad de posibilitar una participación personal activa en el proceso de la víctima y del delincuente, reconoce el interés legítimo de las víctimas para expresarse, para comunicarse con el delincuente y obtener disculpas y una reparación, destaca la importancia de reforzar el sentido de la responsabilidad en los delincuentes y ofrecerles ocasiones concretas de enmendarse, lo que facilitaría su reinserción y rehabilitación, reconoce que la mediación permite tomar conciencia de la importancia del individuo y la

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, establece que los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales, en aquellas infracciones que se presten a ello, y deberán velar por el cumplimiento de los acuerdos entre víctima e infractor. Deberán poner en vigor las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo más tardar el día 22 de mayo de 2006 (arts. 10 y 17).

El Estado español, sin embargo, no ha hecho frente a dichos compromisos estableciendo una regulación de la mediación penal, a la que tímidamente se hace una breve referencia en el régimen de suspensión de las penas privativas de libertad introducido tras la reforma operada por LO 1/2015, en el art. 84.1 del CP y en el nuevo EVD⁹⁷⁸. Según la respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004, es una cuestión que se abordaría dentro de la reforma de la LECrim., en la que estaba previsto el examen de la conveniencia de su incorporación y la determinación de los tipos penales donde podría ser aplicable. Por lo que respecta, sin embargo, a la justicia juvenil, el Gobierno parece considerar que ha cumplido con sus compromisos.

2.5.2. Situación actual.

Hasta llegar a la situación actual, los operadores jurídicos detectaron la posibilidad de impetrar de los tribunales experiencias de mediación. Los primeros intentos lo encontramos, como ya dijimos en el capítulo segundo, en el ámbito de la justicia de menores, si bien el éxito de tales experiencias llevó, como veremos, a que se formara la idea en el CGPJ de su posible traslación al proceso de mayores.

2.5.2.1. Primeras experiencias de mediación.

La experiencia de la mediación, obtenida en la jurisdicción de menores, a la que se ha hecho referencia en el capítulo segundo, llevada a efecto en el Programa de Mediación y Reparación impulsado por la Generalitat de Cataluña, se trató de trasladar a la jurisdicción de adultos, bajo la idea de que si los resultados habían sido positivos en

comunidad en el origen y en el tratamiento de los delitos y la solución de los conflictos a ellos asociados, así como para lograr que la justicia penal alcance resultados más constructivos y menos represivos. La Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, en su art. 10 propone a los Estados miembros impulsar la mediación en las causas penales para determinadas infracciones.

⁹⁷⁸ El art. 84.1 del CP prevé que el juez puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena a los acuerdos alcanzados en virtud de mediación. El art. 15 de la ley 41/2015, de 27 de octubre, por la que se aprueba el EVD, establece el derecho de las víctimas a participar en programas de justicia restaurativa, siempre que se den determinadas condiciones.

el proceso de menores también lo serían en el caso de los delincuentes adultos. En relación a los jóvenes infractores, la legislación ofrece un marco normativo a la mediación, como instrumento para alcanzar los acuerdos y compromisos a los que se refiere el art. 19 de la LORPM. En la jurisdicción de adultos el problema se plantea por la ausencia de regulación expresa, pero a pesar de ello, el programa se inició en el ámbito de los delitos cometidos por mayores de edad en el año 2000.

En este programa iniciado en Cataluña, las condiciones de acceso a la mediación eran las siguientes: por parte del autor, el reconocimiento de los hechos, la voluntariedad de reparar el daño causado y de cumplir el compromiso asumido; y por parte de la víctima, tener interés en el proceso de mediación y capacidad para participar en el mismo. El mediador se entrevistaba con el infractor y la víctima y proponía los planteamientos que podían conducir a una solución, teniendo en cuenta la entidad del conflicto y que la mediación no podía resultar contraproducente para las partes. El programa se desarrollaba mediante sesiones unilaterales en las que el mediador se entrevistaba con la víctima y el infractor por separado, y una vez superada esta primera fase, se iniciaba una segunda etapa de sesiones conjuntas con ambos. Si se alcanzaba un acuerdo, se plasmaba en un escrito que se remitía al órgano judicial.

El proceso de mediación en la jurisdicción de adultos no se planteaba como alternativa al proceso penal, sino que podía iniciarse antes o después del juicio oral o incluso después de recaída sentencia. En el primer caso, los acuerdos alcanzados daban lugar a que el infractor fuese condenado por falta o delitos menos grave, a la apreciación de una atenuante de reparación o de un subtipo atenuado, o incluso a autos de sobreseimiento. Los acuerdos alcanzados después del juicio o de la sentencia en ocasiones permitieron la sustitución o suspensión de la pena privativa de libertad.

La mediación podía tener lugar en las diversas fases del procedimiento. Los datos reflejan que existieron solicitudes de mediación por Juzgados de Instrucción y de lo Penal, y también por el Ministerio Fiscal antes de formular el escrito de calificación. Según las estadísticas que recoge el informe del Programa de Mediación y Reparación en Justicia Penal impulsado por la Generalitat de Cataluña, el balance era positivo, pues menos de un 32,6% de las mediaciones realizadas acabaron sin acuerdo. Por lo que respecta a la mediación que tenía lugar en la fase de ejecución, el informe consideraba que la mediación posterior a la sentencia, a través de una interpretación flexible del CP, facilitaba la obtención de determinados beneficios como la progresión en el grado de cumplimiento de la pena privativa de libertad, la libertad condicional o incluso el indulto⁹⁷⁹.

⁹⁷⁹ Vid. Formació i investigació social i criminològica: documents de treball, investigació. El programa de Mediació a la Jurisdicció penal Ordinària: un estudi sobre tres anys i mig d'experiència, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics, Any 2003, Coordinadors: Anna Vall i Rius, Núria Villanueva i Rey. La mediació Penal, en Botlletí de Difusió de Recerques, Generalitat de Catalunya, nº 25, maig de 2003. Programa de mediació i reparació en la jurisdicció penal, servei de mesures penals alternatives, 1ª ed. Octubre 1998, darrera actualització, juny 2003. Según el informe, del Programa de Mediación y Reparación impulsado por la Generalitat de Cataluña, menos de un 32,6% de las

VERGER GRAU sostiene que la mediación no supone una alternativa al ejercicio de la acción penal, puesto que la acción se ejercita y produce resultados, sino que viene a ser una modalidad diferente de acción, con un ejercicio y resultado distintos, que tiene como finalidad rehabilitar al infractor y reparar a la víctima, con la gran ventaja de permitir “la rehabilitación del autor sin necesidad de una condena penal”⁹⁸⁰. A través de la mediación se persiguen, pues, las finalidades propias del proceso penal.

2.5.2.2. Protocolos de mediación.

La mediación fue acogida por las propuestas legislativas de reforma de la legislación procesal penal. Así, la Exposición de Motivos del ALECRim. se refiere a la mediación como manifestación del principio de oportunidad, como un instrumento al servicio de la decisión del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y puedan resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima, sin que esto implique una renuncia del Estado a la titularidad del *ius puniendi* ni el otorgamiento del poder de disposición a las partes.

Así, en algunos casos, el resultado de la mediación podría ser la no continuación del procedimiento penal, mientras que en otros podría conducir a la finalización de las actuaciones con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado o con una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada⁹⁸¹.

La mediación quedaba sometida a los principios de voluntariedad, gratuidad, confidencialidad y oficialidad. Se otorgaba al Ministerio Fiscal la facultad, de oficio o a instancia de parte, de someter el asunto a mediación, en función de las circunstancias del hecho y del autor. Pero el inicio de la mediación no eximía de la práctica de las diligencias para la comprobación del delito. Una vez finalizada la mediación con resultado positivo, el fiscal podía decretar el archivo por razones de oportunidad conforme a los arts. 149 y 150 del ALECRim., imponiendo al encausado los acuerdos alcanzados como reglas de conducta, o bien podía aplicar el instituto de la conformidad (arts. 157 y ss del ALECRim.).

El BCPP recoge la mediación en los arts. 143 y ss. El Ministerio Fiscal comunicaría a la víctima a través de la Oficina de Atención a las Víctimas la voluntad de someter el asunto a mediación, debiendo el mediador notificar al Ministerio Fiscal el

mediaciones realizadas acabaron sin acuerdo; se obtuvo reparación en 151 casos de 233, 5 de ellos de contenido económico, 98 de contenido personal y moral, 15 con actividad laboral, 19 con reparación económica, personal y moral.

⁹⁸⁰ Para un estudio sobre esta cuestión, vid. VERGER GRAU, J. “Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal”. *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Revista del Poder Judicial, especial XIX, 2006*. Págs. 2 y ss.

⁹⁸¹ Vid. Exposición de Motivos de ALECRim. de 2011. Apartado XXVI.

inicio y el fin del procedimiento y su resultado. Cuando existiera un procedimiento de mediación, si se estimaba oportuno, se podría suspender por el Ministerio Fiscal las diligencias de investigación. No se deberían ofrecer ventajas al encausado por el hecho de someterse a mediación, sin perjuicio de los efectos procesales del posible acuerdo con la víctima que pudiera alcanzarse. En el caso de la mediación realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación sería de aplicación la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁹⁸².

Los textos vinculaban, por tanto, la mediación intrajudicial a la incorporación del principio de oportunidad, lo que nos recuerda al proceso de menores, en el que la mediación venía a ser un instrumento para alcanzar los acuerdos de reparación o conciliación a los que el art. 19 de la LORPM supeditaba la terminación anticipada del procedimiento.

La LECrim. vigente no menciona la mediación. Es precisamente en la falta de regulación donde radican los problemas para la introducción de la misma dentro de nuestro proceso penal sin que ello suponga vulneración del principio de legalidad. La doctrina y jurisprudencia ha encontrado la vía para la aplicación de la mediación en las referencias que hace el CP y la LECrim. a la reparación del daño⁹⁸³. Generalmente, se tratan de incorporar los acuerdos de mediación, bien a través de la atenuante del art. 21.5 del CP o bien en fase de ejecución de sentencia. La única referencia expresa fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que permite condicionar la suspensión de la pena de prisión al cumplimiento de los acuerdos alcanzados en virtud de mediación.

Junto a tales referencias, la participación en programas de justicia restaurativa ha sido reconocida como un derecho de las víctimas en el EVD (art. 3.1)⁹⁸⁴. La ley 4/2015, de 27 de abril, que aprueba el EVD tiene por objeto la trasposición al derecho interno de

⁹⁸² La Exposición de Motivos del BCPP, en el apartado IV, concibe la mediación como un mecanismo de resolución de conflictos, de carácter voluntario, que además satisface los intereses de la víctima, que logra una explicación del hecho, la pronta reparación y la petición de disculpas. La reparación se configura como algo mucho más rico que la indemnización económica, sin renunciar a esta. Las consecuencias de la mediación pueden ir desde el archivo por oportunidad, hasta la suspensión de la condena, la apreciación de una atenuante o incluso no tener repercusión sustantiva.

⁹⁸³ En concreto, una vez dictada sentencia, y dentro de la fase de ejecución, el art. 90.2 del CP parece referirse a la mediación al contemplar la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de la libertad condicional de noventa días por año efectivamente cumplido. Por su parte, también hay que tener en cuenta el art. 80. 1 y 3 del CP, cuando contempla los esfuerzos por la reparación del daño causado como requisito a tener en cuenta para la suspensión ordinaria y extraordinaria de la ejecución de las penas privativas de libertad. Tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha incorporado una referencia expresa a la mediación en fase de ejecución de sentencia, en el art. 84 del CP, cuando establece que el juez podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento, entre otras medidas o prestaciones, de los acuerdos alcanzados en virtud de mediación.

⁹⁸⁴ El art. 3 del EVD establece el derecho de toda víctima “a la protección, información, asistencia y atención, a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso”.

la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que establece normas mínimas de apoyo y protección de las víctimas. Mientras que hasta ese momento la regulación de los derechos de las víctimas se centraba en determinados tipos de delitos concretos, el nuevo EVD aspiraba a ser el catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas. Entre estos figura el de participar en este tipo de programas de justicia restaurativa⁹⁸⁵. De esta forma, se produce un reconocimiento legal expreso de la mediación, pero contemplado desde la perspectiva de la víctima.

El art. 15 del EVD establece que las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, siempre que se cumplan una serie de requisitos: 1) que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; 2) que la víctima y el infractor hayan prestado su consentimiento, previa información exhaustiva e imparcial; 3) que el procedimiento de mediación no conlleve un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; 4) que no esté prohibida por la ley para el delito cometido. Esta última previsión se refiere a la prohibición expresa de mediación contenida en la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El precepto añade que los debates que tengan lugar en el proceso de mediación serán confidenciales y que los mediadores tendrán la obligación de guardar secreto profesional. Establece también que la víctima y el infractor podrán revocar en cualquier momento del proceso el consentimiento que prestaron para participar en el mismo.

El Reglamento aprobado por el RD 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del EVD, regula las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, y en concreto prevé que estas deben facilitar a las víctimas información sobre los servicios de justicia restaurativa a los que tienen derecho, “en el caso de que sea legalmente posible” (art. 27 k del Reglamento). El art. 29 del Reglamento, entre las intervenciones jurídicas, psicológicas y sociales que realizan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, se refiere a la asistencia terapéutica, psicológica y el tratamiento psicológico de las víctimas en el ámbito del proceso penal, y a la información sobre la posibilidad de acceder a la justicia restaurativa y sobre las medidas

⁹⁸⁵ Hasta ese momento, la regulación de los derechos de las víctimas se centraba en el tipo de delitos concretos. Así, cabe mencionar la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor de edad; la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; y la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de Terrorismo. A través de la ley 4/2015, de 27 de abril, que aprueba el EVD, se pretende la adaptación de nuestro derecho interno a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001, al que se ha hecho referencia más arriba, que proclama una serie de derechos a las víctimas en el seno del proceso penal, entre ellos el derecho de protección e indemnización, y que tiene por objeto el reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea.

de esta naturaleza que puedan adoptarse⁹⁸⁶.

El EVD se refiere, pues, a los procesos de mediación y los programas de justicia restaurativa como un derecho de las víctimas, que facilita su recuperación psicológica y le permite la plena participación en el proceso penal. Pero la virtualidad práctica de esta “declaración de buenas intenciones” carecerá de plenitud en tanto no exista una regulación expresa de la mediación en la LECrim.

Pese a no estar regulada en la LECrim., como se ha explicado, la mediación se ha empezado a aplicar en la práctica en algunos órganos judiciales, impulsada por el CGPJ, a través de diversos convenios y protocolos.

La mediación que se está desarrollando en la práctica puede tener lugar en cualquiera de las fases de proceso penal, es decir, en la fase de instrucción, de enjuiciamiento o de ejecución. Cuando tiene lugar en fase de instrucción, o en fase de enjuiciamiento, pero antes de la celebración del juicio, tiene su cauce de entrada en el proceso penal por la vía de la apreciación de la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del CP, como atenuante simple o muy cualificada.

A título de ejemplo podemos citar la SAP Madrid (Sección 17ª) nº 621/2015, de 26 de septiembre, por un delito de estafa, que introduce los acuerdos alcanzados en mediación en materia de responsabilidad civil, apreciando la atenuante de reparación del daño. La sentencia se dicta por conformidad de las partes, al amparo de lo dispuesto en el art. 787.1 de la LECrim. El Ministerio Fiscal modifica sus conclusiones provisionales solicitando la aplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.6 del CP, pues, como se hace constar en los hechos probados, los acusados habían abonado parte de la suma solicitada en concepto de responsabilidad civil, y se alcanza un acuerdo en cuanto al abono de la suma restante. Se condiciona la suspensión de las penas de prisión a que sea satisfecha la responsabilidad civil en la forma prevista. Se recogen así en la sentencia los acuerdos de reparación económica alcanzados en un previo proceso de mediación⁹⁸⁷.

Otro ejemplo lo encontramos en la SAP Valladolid (Sección 2ª) nº 149/2012, de 30 de abril, en que se hace referencia expresamente al proceso de mediación. La sentencia, que condena al acusado por un delito de estafa y falsedad documental, previo reconocimiento de los hechos, aprecia la atenuante de reparación del daño como muy cualificada, a petición del Ministerio Fiscal, previa modificación por el mismo del

⁹⁸⁶ En cuanto a la asistencia psicológica, en una segunda fase de la misma, se analizan las expectativas generadas por el delito, se corrigen las distorsiones y se realizan intervenciones y tratamientos de larga evolución para el tratamiento de síntomas postraumáticos.

⁹⁸⁷ En este caso en concreto, los acusados habían abonado la suma de 50.000 euros en concepto de responsabilidad civil. En relación a la responsabilidad civil, de acuerdo con la petición del Ministerio Fiscal, la sentencia condena a los acusados a indemnizar al perjudicado en la suma de 135.000 euros, de los que debe deducirse la cantidad de 50.000 ya abonada, y satisfacerse el resto en cuotas a abonar durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2015.

escrito de conclusiones provisionales⁹⁸⁸.

El CGPJ ha ido dando una serie de pasos para la implantación de la mediación en todos los ámbitos, convirtiendo la misma en un pilar de la denominada modernización de la justicia. Por este motivo se han suscrito convenios marco de colaboración con el Ministerio de Justicia y con las Comunidades Autónomas con transferencia competencial en esta materia de justicia. El modelo que se propone supone la integración de las unidades de mediación intrajudicial en la nueva oficina judicial, llevada por funcionarios especializados y ubicada en las sedes judiciales⁹⁸⁹.

La mediación intrajudicial se concibe por el CGPJ como un servicio público englobado en la administración de justicia, y por tanto gratuito, que permite la participación de los ciudadanos en el sistema de justicia penal, motivo por el cual los resultados son más satisfactorios. Se trata de dar a cada conflicto la mejor solución, ante el convencimiento de que hay problemas a los que a través de la jurisdicción no se puede dar una respuesta adecuada.

El CGPJ está incidiendo en la realización de acuerdos con la fiscalía, Colegios de Abogados, Colegios de Procuradores, asociaciones de mediadores, y en la formación de los diversos colectivos, pues para que prospere la mediación es necesaria la implicación de todos los que operan en el ámbito de la administración de justicia. Esta implicación, según CARRASCOSA MIGUEL, no existe en la actualidad, ya que genera algunos recelos entre los profesionales. En los funcionarios de justicia, porque les supone una mayor carga de trabajo; en los jueces, porque no tienen un cauce legal para su incorporación al proceso; en los abogados y procuradores, ante el temor de que se vieran perjudicados sus intereses o los de sus clientes. La citada ponente considera que es obligación del abogado, como parte de su responsabilidad de colaborar con la administración de justicia, informar sobre el proceso de mediación como una vía de

⁹⁸⁸ “El sometimiento a la mediación penal y el resultado positivo de la misma consta a los folios 27 a 39, figurando el acta de reparación suscrita por el acusado Gaspar y su letrado, así como por el Secretario interventor del Ayuntamiento de Cigales, en representación de dicha Corporación, con el letrado que le asiste, junto con las mediadoras judiciales. Y al folio 75 se ha incorporado el acta de recepción de las obras de acondicionamiento de la calle Fábricas en la localidad de Cigales realizadas por el acusado a favor del Ayuntamiento de Cigales, en virtud del compromiso adquirido en ese acta de reparación. Todo ello fue ratificado en el juicio por el acusado”. Se aprecia, en los siguientes términos, la atenuante de reparación del daño como muy cualificada, a petición del Ministerio Fiscal, previa modificación por el mismo del escrito de conclusiones provisionales: “Concurre la circunstancia atenuante de reparación del daño, prevista en el artículo 21.5ª del Código Penal, que apreciamos como muy cualificada, conforme admiten todas las partes, y consideramos procedente que produzca como efecto la reducción de la pena básica en dos grados (artículo 66.1.2ª del Código Penal), teniendo en cuenta que el acusado ya reconoció los hechos desde la primera declaración ante el Juzgado y que este procedimiento ha sido incluido en la experiencia de mediación penal intrajudicial llegando al acta de reparación (folio 28) en la que el acusado además de reiterar ese reconocimiento de los hechos, lamentó las consecuencias de su comportamiento y pidió disculpas mostrando su voluntad de reparar el daño moral causado al Ayuntamiento a cuyo fin se ofreció a realizar trabajos de acondicionamiento de una calle de esa localidad de forma voluntaria y gratuita, lo cual efectivamente llevó a cabo según lo acordado tal como se acredita con el acta de recepción de dichas obras (folio 75)”. (FJ 1º, 2º y 4º).

⁹⁸⁹ Así lo expuso DE LA OLIVA MARRADES, M. P. en la presentación del curso de formación continua organizado por CGPJ. “La mediación intrajudicial y su problemática”. Castellón, 5 de octubre de 2016.

resolución del conflicto. En el caso de los mediadores la situación es grave, puesto que hasta la fecha han trabajado de forma prácticamente gratuita. Otro problema es la inexistencia de unidad de criterios, de modo que cada juzgado aplica la mediación conforme a sus propias interpretaciones. Como propuesta *de lege ferenda* plantea que se debería exigir como obligatorio en determinados supuestos el previo intento de acuerdo, no como un mero trámite, sino imponiendo la obligatoriedad de acudir al menos a una primera sesión informativa⁹⁹⁰.

Conviene analizar los pasos que se han ido dando en relación a la mediación desde hace algunos años hasta la actualidad, siguiendo los estudios realizados por SÁEZ VALCÁRCEL como integrante del Grupo de Investigación sobre Mediación Penal del CGPJ. En el año 2009, los datos del Servicio de Planificación del CGPJ reflejaban que ciento setenta órganos judiciales habían intervenido en programas de mediación penal. Este interés, que expresa el malestar de los operadores jurídicos con los resultados del proceso penal, no venía acompañado de una regulación de dicha institución, pero ponía de manifiesto la opción en la práctica por estos instrumentos. Por esta razón, el grupo de investigación decidió definir el perfil de la mediación penal según se venía aplicando en la realidad procesal.

Los estudios del grupo de investigación partieron del análisis de las experiencias piloto que se estaban desarrollando en los servicios de mediación de las administraciones autonómicas de Cataluña y País Vasco, pioneras en la materia. El CGPJ consideró necesario el establecimiento de mecanismos de homologación de las prácticas en mediación penal que se estaban llevando a cabo, fomentando una cultura de autorregulación. En este contexto se presenta un protocolo de mediación, herramienta que permite realizar un seguimiento de las experiencias y programas de mediación, y que llama la atención a los servicios de inspección del CGPJ y de la fiscalía sobre la presencia de la misma.

Desde el año 1998, como hemos visto, el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, inspirándose en las experiencias de Bélgica, EEUU o Reino Unido, venía desarrollando el Programa de Mediación y Reparación Penal en la jurisdicción ordinaria, como un proyecto basado en las recomendaciones del Consejo de Europa de 1983, en las que se pretendía incentivar que los Estados miembros tomaran en consideración las ventajas de la mediación⁹⁹¹. En el País Vasco, por su parte, la

⁹⁹⁰ Así lo sostiene CARRASCOSA MIGUEL, A. en la Ponencia “La labor del CGPJ en el impulso de la mediación”. Curso de formación continua organizado por CGPJ “La mediación intrajudicial y su problemática”. 5 de octubre de 2016, Castellón.

⁹⁹¹ Vid. SAEZ VALCÁRCEL, R. (dir.), SAEZ RODRÍGUEZ, M. C., RÍOS MARTÍN, J. C., OLAVARRÍA IGLESIA, T., FÁBREGA RUIZ, C., GALLEGO ALONSO, C., PANTOJA GARCÍA, F. “La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico. Análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva”. Grupo de Investigación sobre Mediación Penal del CGPJ, noviembre de 2010. Págs. 2 y ss. Para la realización del estudio, conscientes de la necesidad de conocer la práctica de diversos Juzgados y Tribunales, se dirigió una encuesta a jueces, fiscales y mediadores que vino a completar las fuentes de conocimiento y elaboró informes sobre los planes piloto que se estaban desarrollando. El análisis partía de los estudios realizados, entre otros, los de

creación de un sistema de mediación intrajudicial para el proceso de adultos responde a las orientaciones de política criminal marcadas por el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, con fundamento en la aplicación de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI), relativa al EVD. La circunstancia de que la legislación interna no hubiese afrontado la incorporación de la mediación en la legislación procesal penal de adultos no impidió a la administración de justicia del País Vasco introducir un modelo de justicia restaurativa, basándose en las experiencias desarrolladas en Cataluña⁹⁹².

En concreto, el Programa de Mediación y Reparación de Cataluña, al que ya nos referimos a propósito de la jurisdicción de menores, desarrollaba la mediación en relación a los delincuentes adultos en tres momentos procesales: o bien al inicio del proceso, antes del juicio; o bien una vez dictada sentencia, pero antes de iniciada su ejecución; o bien durante la ejecución de la sentencia, con consecuencias distintas en cada momento procesal.

El proceso de mediación se iniciaba a petición del propio órgano judicial o a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes, e incluso a petición del centro penitenciario o de otros servicios como el de atención a las víctimas o de ejecución de medidas penales, si bien en el año 2008, el 78% de las peticiones procedían de los órganos jurisdiccionales. Una vez recibida la solicitud, el equipo de mediación debía valorar su viabilidad. Los acuerdos de mediación no contemplaban únicamente reparaciones de tipo económico, sino que se centraban en una reparación moral o psicológica, con petición de disculpas y asunción de compromisos. Los encuentros de mediación no siempre se producían de forma directa con las víctimas, sino que existía una tendencia a que tuvieran lugar de forma indirecta. Las ventajas obtenidas de este proceso eran múltiples ya que permitían a las víctimas sentirse escuchadas y lograr una explicación de lo sucedido y una reparación, lo que contribuye a su proceso de duelo, y favorecía que el infractor adquiriera conciencia de las consecuencias de sus actos, permitiéndole reflexionar⁹⁹³.

Partiendo de las experiencias desarrolladas en Cataluña, y también por la Asociación Apoyo de Madrid, en el ámbito de la mediación comunitaria con drogodependientes, bajo la dirección del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ, desde el mes de noviembre del año 2005 comenzó la puesta en funcionamiento de una experiencia piloto de mediación penal en la

la Dirección de Ejecución Penal del Gobierno vasco, los informes de los servicios dependientes de la Generalitat de Cataluña y los del Servicio de Planificación del CGPJ. Estos programas de mediación tienen a su vez su antecedente en los proyectos desarrollados por las oficinas de atención a las víctimas de Bilbao y las Palmas de Gran Canaria, por el Instituto de Criminología de Málaga, o por la oficina de asistencia a las víctimas de Valencia desde 1985.

⁹⁹² Así lo sostiene ECHEBARRÍA, X. K. "Proyecto de Mediación Penal en la Comunidad Autónoma de País Vasco. Noviembre de 2008". Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social. Viceconsejería de Justicia. Dirección de Ejecución Penal. Págs. 2 y ss.

⁹⁹³ SAEZ VALCÁRCEL, R. (dir.), SAEZ RODRÍGUEZ, M. C., RÍOS MARTÍN, J. C., OLAVARRÍA IGLESIA, T., FÁBREGA RUIZ, C., GALLEGO ALONSO, C., PANTOJA GARCÍA, F. "La mediación penal..." op. cit., pág.12.

jurisdicción de adultos en el Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid, que se desarrolló hasta el mes de enero del año 2007 y que en el segundo semestre del año 2009 se había extendido a unos ciento setenta órganos judiciales⁹⁹⁴.

Con base en estos programas, en el mes de noviembre del año 2005, bajo el amparo del Servicio de Planificación y Análisis de Actividad Judicial del CGPJ, se iniciaron las reuniones de trabajo con la finalidad de elaborar un protocolo de intervención procesal para la puesta en marcha de programas de mediación y su ampliación a otros órganos jurisdiccionales, con una doble finalidad: la elaboración de un protocolo que permitiera la integración de la mediación dentro del proceso penal en sus diferentes fases; y la extensión de dichas experiencias a los órganos judiciales de todas las Comunidades Autónomas, con sensibilización de todos los operadores jurídicos y de la sociedad.

Como fruto de estas reuniones de trabajo se elaboró el primer protocolo de trabajo para la fase de enjuiciamiento, que fue desarrollado en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid a través de la experiencia piloto que tuvo lugar entre los meses de noviembre del año 2005 y enero del año 2007. A este se fueron sumando a lo largo del año 2007, otros órganos judiciales, como los Juzgados de lo Penal nº 3 de Jaén, nº 2 de San Sebastián, nº 6 de Madrid, y los de Baracaldo y Vitoria, y los Juzgados de Instrucción nº 1 de Bilbao, nº 3 de Vitoria y nº 4 de Córdoba. En el año 2008, la experiencia se extendió a Juzgados de Instrucción y de lo Penal de Valladolid, a la AP y al Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva.

La mediación, de esta forma, se fue implantando, no solo en la fase de enjuiciamiento, sino también en la fase de instrucción y en los antiguos juicios de faltas. Así, la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Navarra inició un proyecto de mediación que se desarrolló en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona, previa redacción de un protocolo de intervención. Paralelamente, en Madrid también se inició una experiencia piloto en los Juzgados de Instrucción nº 32 y 47 de la capital, y en el mes de noviembre del año 2006, el Juzgado de Instrucción nº 2 de Calatayud y el Juzgado de Instrucción nº 4 de Zaragoza se sumaron a esta experiencia con los mediadores de la Asociación “¿Hablamos?”. En el mes de enero del año 2007 también se inició una experiencia de mediación en el Juzgado de Instrucción nº 13 de Sevilla con

⁹⁹⁴ Vid. SAEZ VALCÁRCEL, R. (dir.), SAEZ RODRÍGUEZ, M. C., RÍOS MARTÍN, J. C., OLAVARRÍA IGLESIA, T., FÁBREGA RUIZ, C., GALLEGO ALONSO, C., PANTOJA GARCÍA, F. “La mediación penal...” op. cit., págs. 5 y ss. Estos programas sirvieron de base a los que posteriormente se desarrollaron en Baracaldo en julio de 2007, bajo la supervisión la Dirección de Ejecución Penal del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad del Gobierno Vasco, que a su vez dio origen al Servicio de Mediación Penal del País Vasco. Poco después se puso en marcha el Servicio de Mediación Penal en Vitoria-Gasteiz. Simultáneamente, se desarrollaba otra experiencia en la AP de Guipúzcoa y en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao. En octubre de 2008, comenzaron su andadura dos nuevos Servicios de Mediación Penal en Bilbao y en San Sebastián. Se critica que este proceso de implantación de la mediación no haya sido acogido todavía por el legislador, pues considera que a través del mismo se “humaniza” la justicia, se devuelve la dignidad a los implicados en el conflicto y se trata de colmar de efectividad al principio de tutela judicial efectiva, permitiendo la individualización de la respuesta judicial.

la colaboración de miembros de la Asociación de Mediación de Sevilla⁹⁹⁵.

De este modo se fueron poniendo en marcha diversas experiencias de mediación coordinadas por el Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ, mediante la firma de una serie de Convenios entre el CGPJ y las asociaciones colaboradoras en las distintas Comunidades Autónomas para poder dar efectividad, a falta de regulación legal, a la mediación intrajudicial⁹⁹⁶. En concreto, el día 27 de abril

⁹⁹⁵ Vid. RÍOS MARTÍN, J.C., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., GALLEGRO DÍAZ, M., CABRERA, P., JIMÉNEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 1 a 12. El Juzgado de lo Penal nº 2 de San Sebastián llevaba a cabo este programa con los mediadores de la Asociación Arrats; el Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao con los mediadores de la Pastoral Penitenciaria de la Diócesis; y los Juzgados de lo Penal de Baracaldo y Vitoria, con los equipos de mediación del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco. El Juzgado de Instrucción nº 4 de Córdoba, con los mediadores de la Asociación Proderechos Humanos de Andalucía. El Juzgado de lo Penal de Huelva, con la Asociación ENLACE.

⁹⁹⁶ Estos convenios son los siguientes:

1) En Andalucía, el CGPJ firmó el 27 de marzo de 2015 un convenio con la Asociación ENLACE, para el desarrollo de los programas de mediación en las provincias de Sevilla, Huelva y Cádiz. En dicho convenio el CGPJ se compromete a promover la mediación intrajudicial entre jueces y magistrados, dotándoles de las herramientas necesarias para su implementación en el proceso en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, y a la evaluación de los resultados. La Asociación ENLACE se compromete a prestar el servicio de mediación gratuitamente y a dotar los equipos de mediación de profesionales inscritos en el Registro del Ministerio de Justicia regulado por el RD 980/2013, de 13 de diciembre que desarrolla algunos aspectos de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Configura como principios informadores la voluntariedad, confidencialidad, neutralidad, igualdad entre las partes e imparcialidad del mediador. Establece como vías de incorporación de los resultados al proceso la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 del CP y la consideración de la participación en estos programas como condición para la suspensión de la ejecución de las penas, atribuyéndole la consideración de “esfuerzo para reparar el daño causado” a tales efectos. El mismo día se firmó un convenio entre el CGPJ y la Asociación AMFIMA para el desarrollo de los programas de mediación en la provincia de Málaga, en términos muy similares, y un convenio ente el CGPJ y la Asociación Malagueña de Mediación para la solución de conflictos SOLUCION@ para el desarrollo de la mediación en la Comunidad Autónoma de Andalucía. El día 8 de enero de 2015 se firmó un convenio con la Asociación AMEDI para la implantación de la mediación penal en la provincia de Sevilla. El 29 de julio de 2015 se firmó un Convenio entre el CGPJ y la Consejería de Interior y Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para la promoción de la mediación en la Administración de Justicia.

2) En Aragón, el 27 de abril de 2015 se firmó un convenio de colaboración entre el CGPJ y la Comunidad Autónoma de Aragón para la promoción de la mediación como fórmula complementaria y alternativa de resolución de conflictos. Se firmó un convenio para la implantación de un servicio de mediación familiar y penal en los Juzgados de Barbastro y Monzón (Huesca), y el 19 de diciembre de 2012 otro convenio entre el CGPJ, el Ministerio Fiscal, el Gobierno de Aragón y la Asociación “¿Hablamos?” para la implantación de la mediación penal en Zaragoza.

3) En Asturias, el 3 de octubre de 2016 se firmó un convenio entre el CGPJ, la Universidad de Oviedo, y el Colegio de Abogados de Oviedo, para la implantación de un servicio de mediación penal intrajudicial en Asturias, y el 27 de abril de 2015, un convenio entre el CGPJ y el Principado de Asturias para la promoción de un modelo de administración de justicia que contemple la mediación.

4) En Canarias, el 27 de abril de 2015 se firmó un Convenio entre el CGPJ y la Comunidad Autónoma de Canarias para la implantación de la mediación.

5) El 27 de abril de 2015 se firmó un convenio entre el CGPJ y el Gobierno de Cantabria para el fomento de la mediación en la Comunidad Autónoma.

6) En Castilla La Mancha, el 8 de mayo de 2013 se firmó un Convenio entre el CGPJ y la Asociación de Pacificación y Mediación de Conflictos “Mediación” para la creación de un servicio de mediación en la provincia de Toledo, referido a las materias civil y penal.

7) En Castilla León, el 18 de junio de 2015 se firmó un convenio entre el CGPJ y la Asociación Concierta de Salamanca, para la implantación de la mediación penal en los juzgados de Salamanca capital, en términos semejantes a los anteriores. El 5 de octubre de 2016 se firmó un convenio entre el

de 2015 se firmó un acuerdo entre el CGPJ y el Ministerio de Justicia para la promoción de un modelo de administración de justicia que fomente la mediación intrajudicial⁹⁹⁷.

Los resultados satisfactorios de la mediación se reflejan en las estadísticas analizadas por SÁEZ RODRÍGUEZ. Según la memoria anual de Cataluña de los años 2008 y 2009, el número de procesos de mediación que terminaron con acuerdo fue del 80%, y su contenido era de diversa índole, es decir, no siempre referido a una prestación

CGPJ y la Asociación Media2 para la Mediación y Resolución de Conflictos para el desarrollo de un programa de mediación en los Juzgados de Ponferrada.

8) En Cataluña, el 27 de abril de 2015 se firmó un Convenio entre el CGPJ y la Generalitat de Cataluña para la promoción de la mediación.

9) En la Comunidad Valenciana, se firmaron varios instrumentos para favorecer la implantación de la mediación penal. El 26 de abril de 2016, el Convenio de colaboración entre el CGPJ, Consejería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de la Generalitat, la Fundación FAVIDE, la Universidad de Valencia, la Fiscalía Provincial de Valencia, el Colegio de Abogados de Valencia, el Colegio Oficial de Psicólogos de la Comunidad Valenciana, el Colegio de Criminólogos de la Comunidad Valenciana, Colegio Oficial de Educadores y Educadores sociales de la Comunidad Valenciana, y el Colegio de Procuradores de Valencia, para la continuidad del desarrollo del proyecto del plan piloto de mediación intrajudicial en la ciudad de Valencia; el 27 de abril de 2017, el Convenio de colaboración entre el CGPJ y la Generalitat Valenciana; y el 12 de febrero de 2015, el Convenio entre el CGPJ y el Colegio de Abogados de Valencia; el 14 de octubre de 2015, el Convenio de colaboración entre el CGPJ y el Colegio de Abogados de Alicante.

10) En Galicia, destacaremos los siguientes instrumentos: El convenio de colaboración entre el CGPJ, la Vicepresidencia y Consejería de Presidencia, Administraciones públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, el Ministerio Fiscal, el Colegio de Abogados de Santiago y la Universidad de Santiago de Compostela, a través del Centro Integral de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad de Santiago de Compostela (CIARCUS) para la puesta en marcha de un programa experimental de mediación en el ámbito penal en los Juzgados de Santiago de Compostela el 21 de septiembre de 2016; el Convenio entre el CGPJ y Mediación Pontevedra S.L.P de 18 de junio de 2015; el Convenio marco de colaboración entre el CGPJ y la Xunta de Galicia para la promoción de la mediación de 27 de abril de 2015.

11) En La Rioja, el CGPJ firmó un convenio de colaboración con la Comunidad autónoma de La Rioja el 27 de abril de 2015.

12) En Navarra, el CGPJ firmó los siguientes instrumentos para la implantación de la mediación penal: el convenio entre el CGPJ y el Colegio de Abogados de Pamplona de 3 de mayo de 2016; el convenio con la Asociación ANAME de 2 de diciembre de 2015, para la aplicación de la mediación en los Juzgados de la Comunidad Foral de Navarra y el convenio de colaboración con el Gobierno Navarro de 27 de abril de 2015.

13) En País Vasco, el 27 de abril de 2015 se firmó un convenio entre el CGPJ y el Gobierno Vasco-Eusko Jurlaritz de 27 de abril de 2015.

14) En Madrid, el 13 de febrero de 2013 se firmó un convenio de colaboración entre el CGPJ y el Colegio de Abogados de Madrid para la implantación de la mediación intrajudicial para los juicios de faltas en los Juzgados de Instrucción de Madrid capital. El 13 de febrero de 2015 se firmó una adenda a este convenio para extenderlo a la mediación en ámbito penal en el territorio al que se extiende la actuación del Colegio de Abogados de Madrid. El 27 de abril de 2015, se firmó un convenio marco de colaboración entre el CGPJ y la Comunidad Autónoma de Madrid. El 11 de diciembre de 2015 se firmó un convenio con la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Madrid. El 10 de julio de 2013 se firmó un convenio entre el CGPJ y la Fundación Notarial SIGNUM para la mediación en el ámbito civil, que mediante la adenda firmada el 7 de abril de 2015 se ha extendido al ámbito penal.

⁹⁹⁷ En virtud de dicho acuerdo, el Ministerio de Justicia se compromete a incorporar Unidades de Mediación Intrajudicial dentro del Servicio Común Procesal de Ordenación del Procedimiento en las oficinas judiciales del territorio del Ministerio, que funcionarán conforme a los protocolos que aprueben los Secretarios Coordinadores Provinciales, previa aprobación del Secretario General de la Administración de Justicia, dando a conocer la mediación entre los secretarios judiciales y funcionarios al servicio de la administración de justicia, mediante la creación de una “cultura del acuerdo”. El CGPJ, por su parte, se compromete a la difusión de la mediación entre los jueces y magistrados, y al control de las derivaciones a mediación y buenas prácticas de los órganos judiciales.

económica a la víctima, sino que en ocasiones imponía la obligación de tratamiento terapéutico o de realizar servicios comunitarios al encausado. La mayor parte de los hechos objeto de mediación fueron delitos y antiguas faltas contra el patrimonio, la libertad, las relaciones familiares y lesiones⁹⁹⁸.

Los acuerdos de reparación que se alcanzan a través de la mediación pueden contener una reparación de tipo material o económico, pero también moral o incluso simbólica, en los casos de insolvencia o en los que la reparación económica no tiene sentido para la víctima. Los primeros pueden consistir en la entrega de una cantidad de dinero o la devolución de un objeto, mientras que los acuerdos de reparación simbólica pueden consistir en prestaciones en favor de la víctima o la comunidad, el sometimiento a tratamiento de desintoxicación, la petición de disculpas, la entrega de una cantidad simbólica, entre otras⁹⁹⁹. El contenido es, por tanto, semejante a las medidas impuestas a

⁹⁹⁸ Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, M. C. “Mediación penal. Informe de evaluación y situación”. *Justicia Restaurativa y mediación penal. Cuadernos digitales de formación*; 51;2010. Págs. 3 y ss. Según la memoria anual de Cataluña, referida a los años 2008 y 2009, el número de procesos de mediación que terminaron con acuerdo fue del 80% y en el País Vasco fue del 83%. Los motivos que impidieron la terminación con acuerdo en el caso de País Vasco, según reflejaba la memoria del año 2009, fueron el desacuerdo en la prestación económica, el desacuerdo en la versión de los hechos o la cronificación del conflicto y la falta de flexibilidad de las partes en cuanto a sus posiciones iniciales. Los acuerdos alcanzados eran de índole variada, como reparaciones de tipo económico, tratamiento terapéutico, servicios comunitarios o compromiso de respeto mutuo y de que los hechos no se repitan.

⁹⁹⁹ Vid. RÍOS MARTÍN, J, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., GALLEGO DÍAZ, M. CABRERA P., JIMÉNEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 80 y ss. Los acuerdos de reparación de contenido material consisten en la entrega de una cantidad de dinero o la devolución de una cosa. En estos casos, la cuantificación de la indemnización económica es la determinada por el Ministerio Fiscal en el escrito de acusación, o bien en el caso de que la mediación tenga lugar en fase de instrucción, la que determine la valoración pericial. Cuando el infractor no disponga de recursos puede pactarse un pago a plazos, siendo aconsejable establecer que se satisfaga en la medida de lo posible antes del juicio. En los casos en los que la reparación económica no tiene interés para la víctima o bien es previsible que no se vaya a cumplir por razón de la insolvencia del infractor, procede la reparación simbólica, que viene a ser una reparación de tipo emocional a través de acuerdos que pretenden compensar los daños psicológicos causados a las víctimas a través de obligaciones de hacer o de no hacer consistentes en prestaciones en favor de la víctima o la comunidad, o incluso la entrega de una cantidad simbólica inferior a la que correspondería como indemnización en sentido estricto. La casuística es muy amplia, y en la práctica tales prestaciones u obligaciones pueden suponer la obligatoriedad de someterse a un tratamiento de desintoxicación, la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, la redacción de una carta, la petición de disculpas, el compromiso de respeto mutuo en las relaciones de vecindad o de no interferir en la vida del otro o de que los hechos no vuelvan a ocurrir, realizar un trabajo para otra persona, o retractarse de sus declaraciones, entre otras muchas.

Entre los acuerdos de mediación que se han alcanzado en las experiencias desarrolladas en la práctica, destacan los siguientes:

1º.- Compromiso de respeto mutuo en las relaciones de vecindad, compromiso de no interferir en sus vidas en caso de ex cónyuges o de permitir ambos al otro relacionarse con el menor.

2º.- Petición de perdón y aceptación del mismo, disculpas por escrito, compromiso de que los hechos no vuelvan a repetirse, de saludarse y olvidar el pasado.

3º.- Compromiso de la víctima de renunciar a la indemnización, compromiso de no volver a denunciarse, de retirar la denuncia cuando se obtenga la reparación.

4º.- Abono de cantidad de dinero, trabajos en beneficio de la comunidad o prestaciones concretas en favor de la víctima, compromiso de reparar el vehículo dañado o de devolver lo sustraído.

5º.- Compromiso de iniciar un proceso de resocialización, de no volver a insultarse, de no volver a pedir dinero a su padre hasta que consiga un trabajo, o compromiso de participar en las tareas del hogar.

6º.- Sometimiento o no abandono de tratamiento psiquiátrico o psicológico, o en centro de rehabilitación o desintoxicación, o de tratamiento ambulatorio, realización de cursos según necesidades

los menores en el ámbito de la jurisdicción de menores en los casos de mediación.

La restauración que se alcanza con la mediación excede de la que puede obtenerse a través del proceso penal en sentido estricto, pues no se limita a la satisfacción de la responsabilidad civil sino que va más allá, dadas las consecuencias positivas para la víctima en el plano emocional. Por lo tanto, el acuerdo de mediación debe beneficiar a las personas que han intervenido en la mediación, pues de lo contrario no existirá interés en llevar a cabo la misma; debe ser susceptible de ejecución; debe respetar siempre la dignidad del infractor; debe ser proporcional y carecer de contenido punitivo. La víctima no puede buscar el castigo del infractor en sí mismo, pues ello haría perder su sentido a la mediación¹⁰⁰⁰.

SAEZ VALCÁRCEL resume como “indicadores de éxito” de la mediación: “la reducción de la delincuencia y de la población reclusa”; la disminución de los índices de victimización; la “positiva valoración coste-eficacia”; la satisfacción de las partes; el mayor respeto a los derechos humanos de los implicados; y la aceptación pública. No obstante, también existen “indicadores de riesgos” potenciales, que requieren de la adopción de medidas para prevenirlos, como son la imposición de una carga más a los ofendidos; la eventual presión que aquellos puedan ejercer para aceptar su intervención; las dificultades en algunos casos para salvaguardar la seguridad de las víctimas; el incumplimiento de los acuerdos adoptados; por lo que respecta a los infractores, la posibilidad de que el reproche expresado no sea reintegrativo, como en el caso de víctimas con deseos de venganza o “excesivamente indulgentes”; la posibilidad de que el infractor contemple la mediación como una escapatoria de la justicia penal; la vulneración de garantías; o la estigmatización social¹⁰⁰¹.

Una cuestión muy discutida por la doctrina es la determinación de los tipos penales susceptibles de mediación. En el caso de la jurisdicción de menores, la regulación legal del principio de oportunidad ofrece la solución. Sin embargo, en el

educativas y sociales y citas posteriores para seguimiento, compromiso de tomar mediación. Comprensión por parte de la víctima de la realización de los hechos a causa de una adicción.

7º.- Modificación del calendario de visitas o de vacaciones, de la pensión de alimentos.

8º.- Retractarse de las declaraciones previas.

9º.- Asunción de responsabilidad por ambas partes de las molestias que pudieran sufrir en las viviendas, mantener cuidado para no molestar, o evitar ruidos.

10º.- Dar explicaciones a la víctima, que esta acepta.

11º.- Asunción de coste de tratamiento psicológico que la víctima necesita.

¹⁰⁰⁰ Vid. RÍOS MARTÍN, J, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., GALLEGO DÍAZ, M. CABRERA P., JIMÉNEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 40 a 43 y 80 y ss. La justicia restaurativa no debe verse como un sucedáneo de la pena, no la sustituye, pues la pena se impondrá igualmente, aunque sea atenuada. No sólo la pena tiene efectos intimidatorios; también el temor a ser descubierto, que el hecho sea conocido en el entorno social y el temor a verse inmerso en un proceso penal con los perjuicios reales y la carga simbólica que conlleva. Por último, hay que recordar que no es sólo el aspecto intimidatorio o preventivo general el que busca el legislador a la hora de establecer la respuesta penal. Las consideraciones preventivo-especiales ocupan un importante papel.

¹⁰⁰¹ Vid SÁEZ VALCÁRCEL, R. (dir.), SAEZ RODRÍGUEZ, M. C., RÍOS MARTÍN, J. C., OLAVARRÍA IGLESIA, T., FÁBREGA RUIZ, C. F., GALLEGO ALONSO, C. y PANTOJA GARCÍA, F. “La Mediación penal...” op. cit., págs. 7 a 11.

campo de la jurisdicción de adultos, al tratarse de una práctica que se ha ido implantando sin un régimen jurídico establecido en la ley procesal, en base a experiencias piloto y protocolos, la extensión de la misma a diversos tipos delictivos se ha venido admitiendo en función de las circunstancias del caso concreto¹⁰⁰².

La determinación de los tipos penales que admiten mediación tampoco viene dada por la normativa internacional, que únicamente establecía pautas mínimas de prudencia. A título de ejemplo, los delitos de atentado, que inicialmente no parecían susceptibles de mediación por la desigualdad entre las partes, fueron incorporados con éxito en algunos programas. Los delitos relacionados con la salud pública, sin embargo, se excluyeron totalmente de los programas de mediación.

En cuanto a los delitos de violencia de género, fueron excluidos debido a que la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, prohíbe la mediación. Existieron intentos de incluir aquellos delitos que, pese a incardinarse dentro del ámbito de la violencia sobre la mujer, se hubieran perpetrado sin manifestación de discriminación machista, pero fue inviable debido a las dificultades prácticas derivadas de la existencia de medidas o penas de alejamiento¹⁰⁰³.

Los profesionales que han intervenido en programas de mediación critican la prohibición de la mediación en materia de violencia de género, pues precisamente en este ámbito la mediación puede contribuir a solucionar el conflicto que subyace detrás del acto delictivo denunciado¹⁰⁰⁴. Podrían articularse mecanismos para desarrollar los programas de mediación en este tipo de delitos que garanticen la protección de las víctimas, guardándose las debidas garantías para evitar la confrontación o contacto entre las partes, o entendiéndose dispensadas las órdenes de alejamiento a tal efecto, de forma similar a lo que ocurre cuando ambos coinciden en las instalaciones judiciales para asistir a la vista. También podría valorarse la existencia o no de una medida o pena de alejamiento, la entidad de los hechos objeto del procedimiento y el grado de riesgo o de impacto emocional, pues no todas las situaciones son iguales.

Si lo que se pretende es la creación de vías alternativas de resolución del conflicto entre las partes, lo cierto es que en este tipo de delitos es frecuente que la controversia vaya más allá del hecho delictivo, y, por tanto, no quede resuelto por la vía de la mera imposición al infractor de una pena, o en su caso, de la obligación de indemnizar a la víctima. Tales indemnizaciones generalmente se reducen a las

¹⁰⁰² Vid. RÍOS MARTÍN, J, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., GALLEGU DÍAZ, M. CABRERA P., JIMÉNEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 50 y ss.

¹⁰⁰³ Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, M. C. “Mediación penal. Informe de evaluación y situación”. *Justicia restaurativa y mediación penal. Cuadernos digitales de formación, nº volumen 51, año 2010*. Págs. 18 y ss. El intento de inclusión de algunos delitos relacionados con la violencia de género se basaba en una corriente jurisprudencial que consideraba que aquellos delitos de violencia de género en los que no se diera el elemento de la dominación machista no debían considerarse como tales.

¹⁰⁰⁴ Vid. RÍOS MARTÍN, J, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., GALLEGU DÍAZ, M. CABRERA P., JIMÉNEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 50 y ss.

correspondientes a la curación de las lesiones sufridas, lo cual no es suficiente para que estas se sientan reparadas a nivel moral. El conflicto derivado de la ruptura del vínculo afectivo y avivado por las repercusiones emocionales que ello conlleva, que encuentra como manifestación un hecho delictivo de menor entidad, podría tratar de encauzarse por la vía de la mediación, previo consentimiento de la víctima, debidamente informada y asesorada por letrado, siempre que se observaran estrictamente todas las garantías. No obstante, existiendo en esta materia una prohibición legal, aunque no venga referida expresamente al ámbito penal, esta debe prevalecer.

RÍOS MARTÍN, sin embargo, realiza una interpretación distinta de la prohibición de mediación en el ámbito de la violencia de género establecida por la LO 1/2004, pues al no existir una previsión expresa de la mediación penal, entiende que este precepto se refería a la mediación en materia de derecho de familia en los procesos de separación, divorcio o medidas paterno-filiales entre partes que estén o hayan estado involucradas en procesos penales por violencia de género. Sin embargo, en las experiencias que se han desarrollado ha prevalecido un criterio de prudencia, a la vista de la prohibición expresa de la mediación con carácter general en este tipo de asuntos y por las dificultades prácticas antes mencionadas.

La mediación, fuera de estos casos, se ha venido aplicando a tipos delictivos de lo más variado, pero particularmente en los delitos de lesiones y contra el patrimonio. En aquellas otras infracciones en las que no existe una víctima como tal, es posible llevar a cabo un proceso de mediación mediante reparaciones simbólicas a la comunidad, a través de prestaciones sociales como son los trabajos en beneficio de la comunidad, como es el caso de los delitos contra el medioambiente o contra la seguridad del tráfico. La mediación se ha extendido incluso a delitos cometidos por funcionarios públicos, inicialmente excluidos, actuando en el papel de víctima el responsable del servicio de la administración correspondiente¹⁰⁰⁵.

Según CARRASCOSA MIGUEL, las estadísticas revelan que los tipos delictivos donde más éxitos se obtienen son en los delitos contra el patrimonio, como hurtos, estafas, daños, apropiaciones indebidas, pues se trata de infracciones que, o bien se cometen en el seno de una relación de tipo laboral o empresarial previa, o bien las partes ni siquiera se conocen. No obstante, se aplica la mediación preferentemente a aquellas infracciones en las que la víctima es una persona física. Sin embargo, en los delitos de injurias, amenazas o coacciones, los resultados son menos satisfactorios, pues es frecuente que exista un conflicto que rodea los hechos delictivos que resulta más difícil de resolver. A pesar de ello, entiende la ponente que los denominados delitos de bagatela deben ser derivados a mediación, pues normalmente se trata de personas entre las que existen relaciones personales, familiares, de amistad, de vecindad, etc. en las que la resolución del conflicto genera importantes beneficios y evita futuras denuncias entre

¹⁰⁰⁵ Vid. RÍOS MARTÍN, J, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., GALLEGO DÍAZ, M., CABRERA P., JÍMENEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 50 y ss.

las mismas personas. No obstante, la gravedad del delito no siempre es un obstáculo, a juicio de CARRASCOSA MIGUEL, para la aplicación de la mediación, pues la misma se puede aplicar sin perjuicio de la gravedad de los hechos, y pone a título de ejemplo los encuentros restaurativos que se desarrollaron con víctimas del terrorismo de ETA, que son delitos de máxima gravedad¹⁰⁰⁶.

Por lo que respecta al panorama actual, en la práctica, fuera de las experiencias piloto impulsadas por el CGPJ, los órganos judiciales aplican defectuosamente los protocolos de mediación. Existen juzgados que no derivan ningún asunto, o que se limitan a recomendar verbalmente a las partes la posibilidad de acudir a esta vía; otros que remiten todos los asuntos indiscriminadamente; y algunos que seleccionan los casos concretos que deben ser objeto de mediación. La ventaja de derivar a mediación todos los asuntos es que esto permite normalizar y dar a conocer la mediación, y contribuye a que se vaya extendiendo la información sobre la misma y, por tanto, contribuye a la creación en la sociedad de una cultura de la mediación. Pero el problema es la saturación de la oficina judicial y de los servicios de mediación con numerosos supuestos que difícilmente pasarán de la sesión informativa. Los órganos judiciales que seleccionan los asuntos que derivan a mediación permiten que los que lleguen a los servicios de mediación sean los más propicios para alcanzar acuerdos, aunque queden fuera algunos supuestos también mediables.

Sostiene CALVO SOLER que existen conflictos que difícilmente encontrarán solución a través de la jurisdicción, sin una conciliación entre las partes, de modo que los casos que deben derivarse son aquellos en los que se considera que es en el encuentro conciliador donde verdaderamente se halla la solución al problema. La principal dificultad es que los operadores jurídicos han planteado la mediación, no tanto como un instrumento satisfactorio de resolución de conflictos, sino como una solución al atasco de los órganos judiciales que trata de dotar de mayor eficacia a la administración de justicia, lo que determina que se pueda emplear como criterio de decisión sobre la conveniencia de derivar asuntos a mediación un parámetro a su juicio erróneo cual es el mayor o menor colapso del juzgado en cuestión. Otros órganos judiciales únicamente derivan a mediación los delitos leves o asuntos de bagatela, lo cual, en opinión de CALVO SOLER, supone un desconocimiento de las ventajas de la justicia restaurativa y responde a la concepción de que la opción de la mediación debe quedar relegada a asuntos de escasa trascendencia penal¹⁰⁰⁷.

El principal inconveniente con que se encuentran los programas de mediación es

¹⁰⁰⁶ Así lo sostiene CARRASCOSA MIGUEL, A. en su Ponencia “La labor del CGPJ en el impulso de la mediación”. Curso de formación continua organizado por CGPJ “La mediación intrajudicial y su problemática”. 5 de octubre de 2016, Castellón.

¹⁰⁰⁷ Así lo expuso CALVO SOLER, R. en la Ponencia “¿Adolece la mediación intrajudicial de deficiencias que la lastran?: su detección y remedio”. Curso de formación continua organizado por CGPJ “La mediación judicial y su problemática”. Castellón de la Plana. 5 de octubre de 2016. Según el ponente algunos jueces consideran que derivar asuntos en masa o de cierta complejidad a mediación dilata el procedimiento y ofrece a los ciudadanos y a los profesionales una imagen de tratar de eludir el conocimiento del mismo, de “quitar asuntos”, por lo que en ocasiones no se da esta vía, al menos de oficio.

la ausencia de regulación legal, de modo que los cauces no son claros, la determinación de los asuntos que han de ser objeto de mediación depende del criterio de cada juez, y plantea muchas dudas su compatibilización con el principio de legalidad. Esta institución recibió numerosas objeciones por parte de los operadores jurídicos, pues consideraban que supondría una privatización de la justicia y que no se protegería adecuadamente los bienes jurídicos violentados.

SÁEZ RODRÍGUEZ resume los resultados obtenidos de las encuestas realizadas a jueces y fiscales que están aplicando servicios de mediación. La opinión de los jueces es positiva, consideran que la mediación tiene ventajas para las partes implicadas y mejora el funcionamiento de la administración de justicia, pero la ausencia del principio de oportunidad en nuestro derecho procesal supone un grave inconveniente, pues es difícil encajar los acuerdos alcanzados en las resoluciones judiciales sin vulnerar el principio de legalidad. La reticencia a su aplicación por las partes y los abogados también dificulta la puesta en marcha de este sistema. Los fiscales, según el informe del año 2007, fueron muy críticos, aunque el informe del año 2009 revela una postura más favorable por la innovación que supone, si bien valoran negativamente su posible instrumentalización por las partes y las posibles dilaciones que puede originar en el proceso.

Los jueces que participaron en esta encuesta proponían incorporar los acuerdos alcanzados en la mediación a través de la posibilidad de sobreseimiento, bien en términos semejantes a los regulados para la jurisdicción de menores, con introducción del principio de oportunidad, o bien mediante el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal, o aplicando en la sentencia la atenuante de reparación del daño. En caso de delitos leves, se mostraban partidarios del archivo. Los fiscales, por su parte, proponían la introducción del principio de oportunidad valorando en su conjunto la gravedad de los hechos, la reparación del daño y la penalidad prevista. La citada autora concluye que deben establecerse cauces para introducir dichos acuerdos en las resoluciones judiciales y arbitrase mecanismos para el cumplimiento de los compromisos alcanzados.

También pueden plantearse problemas desde la perspectiva de las exigencias derivadas del principio de la presunción de inocencia. Esta cuestión, como vimos en un capítulo anterior, ya se suscitó en el proceso de menores, en los supuestos de archivo por aplicación del principio de oportunidad. En relación al proceso de adultos, según los resultados de las encuestas que recoge SÁEZ RODRÍGUEZ, existen opiniones favorables a proponer únicamente la mediación en caso de reconocimiento de los hechos, en tanto que otros consideran que el ofrecimiento de dicha participación debe ser exigible en todo caso. También existe disparidad de posturas acerca de si es posible alterar el escrito de acusación como consecuencia de la mediación, si bien la mayoría de jueces entiende que si dicha posibilidad cabe en la conformidad, en la que en ocasiones se suprime alguna agravante o se aprecia una atenuante para alcanzar el acuerdo, en los

casos de mediación también debe admitirse¹⁰⁰⁸.

SÁEZ RODRÍGUEZ pone de manifiesto la diversidad de métodos utilizados en la práctica, incluso dentro de un mismo territorio. Así, en Cataluña, la iniciativa suele provenir del juez después de tomar declaración a las partes, con la paralización de los trámites, comunicándolo al letrado del encausado y al fiscal. Sin embargo, en Tarrasa (Barcelona), la iniciativa parte del fiscal tras formular escrito de conclusiones provisionales, con el beneplácito del fiscal jefe. En lo que coinciden la mayor parte de los juzgados es en procurar que la mediación se realice antes del juicio oral.

En el País Vasco, la mediación se suele iniciar de oficio por el juez o a petición de las partes o por el letrado de la administración de justicia. En algunos partidos judiciales, como Baracaldo, es necesario que no conste oposición del fiscal, en tanto que en otros como Álava, la intervención del fiscal es posterior, y tiene lugar a través del escrito de acusación. En general, los operadores jurídicos consideran que el momento oportuno para remitir un asunto a mediación es durante la instrucción de las diligencias urgentes alcanzando de este modo la conformidad con reducción de un tercio de la pena.

En Navarra existen protocolos conforme a los cuales el juez escoge algunos casos, de los preseleccionados por el letrado de la administración de justicia, que deriva a mediación, a través de las comunicaciones que realiza la oficina judicial, con paralización del procedimiento. La derivación tiene lugar en cualquiera de las fases del proceso, si bien las realizadas en fase de ejecución únicamente afectan a la satisfacción de las responsabilidades civiles¹⁰⁰⁹.

De las experiencias desarrolladas se extrajeron resultados positivos, que pusieron de manifiesto las ventajas de incorporar la mediación en nuestro ordenamiento jurídico. Dicha incorporación, entiendo, requiere de una flexibilidad de la que a fecha de hoy no goza nuestro derecho procesal penal, en el que, como hemos visto, solo se ha reconocido el principio de oportunidad de manera expresa en el ámbito de los delitos leves. No obstante, lo cierto es que la mediación, pese a la ausencia de regulación legal, se está dando en la práctica, al menos en aquellos órganos judiciales en los que, a través de planes pilotos, protocolos y convenios, así se ha ido estableciendo.

Los asuntos que ofrecían menos reparos a la hora de derivarlos a mediación eran las antiguas faltas, especialmente las que procedían de denuncias entre parientes, vecinos, amigos, etc. con el objetivo de pacificar las relaciones conflictivas y lograr que las partes pudieran resolver sus problemas sin intervención judicial. La sencillez del procedimiento, la levedad de los hechos, la no intervención, en muchos casos, de abogados, y la inexistencia de acusación pública en otros tantos, facilita la aplicación de la mediación. Se trata de intervenciones más próximas a la mediación familiar o vecinal extrajudicial, en la que la escasa complejidad jurídica de los asuntos facilitaba la

¹⁰⁰⁸ Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, C. “Mediación penal. Informe de evaluación...” op. cit., págs. 27 y ss.

¹⁰⁰⁹ Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, C. “Mediación penal. Informe de evaluación...” op. cit., págs. 14 y ss.

mediación. Era frecuente que los juzgados conocieran de continuas denuncias entre las mismas personas, por hechos de muy escasa relevancia penal, lo que en ocasiones no solo no solucionaba el conflicto, sino que lo agravaba. Hasta ese momento, como ya se ha expuesto, era habitual que las partes, antes de entrar al juicio, alcanzaran un acuerdo. Estos acuerdos, muchas veces eran conseguidos *motu proprio*, y otras a través de la negociación de los letrados, o incluso de la labor mediadora de los propios jueces y fiscales, pero en algunos casos, se realizaba una verdadera mediación intrajudicial por los mediadores profesionales. A través de la misma se establece un cauce para facilitar tales acuerdos en un encuentro de diálogo. Sus ventajas principales consisten en que las consecuencias son beneficiosas para las partes y se consigue desatascar los juzgados de estas infracciones leves.

Pero el problema radica en que la mayor parte de las faltas que se derivaban a mediación son algunas de las faltas hoy despenalizadas, como el incumplimiento del régimen de visitas del antiguo art. 622 del CP, las vejaciones o injurias leves entre particulares del art. 620 del CP o la de dejar sueltos animales fieros en condiciones de causar mal del antiguo art. 631 del CP. Eran los principales asuntos que se derivaban a mediación porque en el ámbito de los antiguos juicios de faltas, por su flexibilidad, resultaba menos problemática la introducción en el proceso penal de estos acuerdos, o incluso la aplicación encubierta del principio de oportunidad¹⁰¹⁰.

Tras la reforma del CP, en el ámbito de los delitos leves rige este principio en los términos ya estudiados. A través de la mediación y gracias a la regulación del mismo, se favorece la solitud por parte del Ministerio Fiscal del archivo, en supuestos en los que el perjudicado ya ha obtenido una reparación. Tras la reforma operada en el CP por LO 1/2015, admitiendo el principio de oportunidad en los delitos leves, existe un cauce legal que permitiría la incorporación al proceso de los acuerdos de mediación. La misma no se menciona en ningún momento, pero lo cierto es que el acuerdo de reparación podrá ser tenido en cuenta por el Ministerio Fiscal a la hora de solicitar el archivo por razones de oportunidad.

La derivación en los delitos menos graves y graves resulta más complicada porque no existe una regulación. Nos hemos referido antes a la existencia de una serie de protocolos y convenios, pero fuera de los planes piloto del CGPJ, los órganos judiciales carecen de medios a su alcance para llevarla a efecto. Algunos jueces consideran que la participación en la mediación puede suponer para el inculpado reconocer los hechos y anticipar una condena, mientras que otros no derivan delitos a mediación por la falta de disponibilidad del proceso por la acusación, por lo que entienden que solo tiene sentido en el caso de infracciones privadas, ya que en los demás casos no hay posibilidad de archivo. Las AP tampoco tienen un criterio uniforme al respecto. Es necesaria, pues, una regulación que aleje a los órganos judiciales que aplican la mediación de cualquier sospecha de incumplimiento del principio de

¹⁰¹⁰ En este sentido, CALVO SOLER, R. en la ponencia “¿Adolece la mediación intrajudicial de deficiencias que la lastran?: Su detección y remedio” Curso de formación continua organizado por CGPJ. “La mediación judicial y su problemática”. 5 de octubre de 2016. Castellón de la Plana.

legalidad.

Por tanto, los jueces de instrucción y de lo penal reclaman para la puesta en marcha de este instrumento de justicia restaurativa una regulación en la legislación penal y procesal, mediante normas que concreten las formas y supuestos de derivación a mediación y los cauces para la incorporación al proceso de los resultados.

Otro problema viene dado por la necesidad de que los mediadores tengan un conocimiento del proceso penal, a fin de no vulnerar ninguna de las garantías procesales ni los derechos fundamentales relacionados con el proceso y que reciban una remuneración¹⁰¹¹. Además, se requiere una adecuada formación de jueces y magistrados, pero también del funcionariado, de fiscales, abogados y letrados de la administración de justicia, ya que su implicación resulta imprescindible¹⁰¹².

En cuanto a la incorporación al proceso de los resultados de la mediación, hay dos tendencias: la de aquellos que consideran que terminada la mediación, se deberá comunicar al juzgado acompañando el acuerdo de reparación, que se entregará a las partes y al Ministerio Fiscal para tramitar una posible conformidad; y la de los que entienden que el acuerdo de reparación no debe aportarse al proceso penal, sino entregarlo a las partes para que sean estos los que impulsen la negociación de una conformidad, sin que el juez conozca el contenido de la mediación. El problema de esta segunda opción es que esa segunda negociación es también voluntaria y puede que, a pesar del acuerdo de mediación, no llegue a producirse. Por eso, se reclama por los operadores jurídicos una regulación del cauce de incorporación de los acuerdos de reparación al proceso penal, que es lo que se ha llamado un “proceso debido” para la mediación¹⁰¹³.

2.5.3. La mediación en el derecho comparado.

La mediación se ha regulado en los países de nuestro entorno. En Alemania, la mediación, que se regula en el art. 153 de la StPO, tiene lugar a propuesta del Ministerio Fiscal o del propio Tribunal, en determinados delitos, siempre que exista conformidad del imputado y este consienta en realizar determinadas actividades como la reparación

¹⁰¹¹ En este sentido, CALVO SOLER, R. en la ponencia “¿Adolece la mediación intrajudicial de deficiencias que lastran?: Su detección y remedio”. Curso de formación continua organizado por CGPJ. “La mediación judicial y su problemática”. 5 de octubre de 2016. Castellón de la Plana.

¹⁰¹² En relación a las necesidades formativas, lo cierto es que el CGPJ, desde hace algún tiempo, viene realizando cursos de formación, de carácter voluntario, para jueces y magistrados, a fin de dar a conocer estos instrumentos, pero el punto débil sigue siendo la escasez de recursos con los que estos cuentan a la hora de poner en práctica los conocimientos adquiridos. Junto a ellos también proliferan los másteres y cursos para mediadores organizados por los colegios profesionales y universidades.

¹⁰¹³ En este sentido, vid. BUTTS, T. y GUILARTE GUTIÉRREZ, P. “Proyecto de Plan formativo para la derivación a mediación en la jurisdicción penal de adultos”. *Hacia un sistema de evaluación temprana de casos en mediación penal*. CGPJ. 3 de octubre de 2005. Págs. 7 a 26.

del daño, el pago de una cantidad a una entidad de interés público, la realización de un trabajo de interés general o el sometimiento a tratamiento de desintoxicación.

Se regula también la denominada conciliación, que es aplicable a los delitos perseguibles a instancia de parte como paso previo a la apertura del proceso, que se produce mediante la presentación de las partes ante un conciliador cuyas decisiones no tienen fuerza de cosa juzgada.

En Bélgica, en los delitos castigados con pena no superior a dos años de prisión, el fiscal puede proponer al infractor una reparación del daño, convocándole al acto de mediación, o bien, en determinados delitos, el sometimiento a tratamientos de deshabitación, el pago de una indemnización a la víctima, la realización de un trabajo de interés general o el sometimiento a un curso de formación. Si la víctima acepta la mediación y se cumplen tales condiciones, se extingue la acción penal¹⁰¹⁴.

En Francia, el fiscal de la República, antes de decidir sobre la puesta en marcha o no de la acción pública, puede decidir imponer ciertas medidas al autor de los hechos a instruir si estas les parecen susceptibles de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin a los efectos del delito o de contribuir a la rehabilitación del autor (artículo 41.1 del CPP) Estas medidas pueden consistir en: 1) amonestación; 2) ingreso en un centro sanitario, social o profesional; 3) regularización de la situación ilícita; 4) reparación del daño; 5) prohibición de aproximación o de comunicación en los delitos de violencia doméstica o de género; y 6) mediación entre el autor de los hechos y la víctima. En caso de éxito, deberá reflejarse el acuerdo en un acta firmada por el fiscal y las partes. La mediación es causa de suspensión de la prescripción de la acción pública¹⁰¹⁵.

La mediación se contempla como una actividad previa a la decisión del Ministerio Fiscal sobre el ejercicio del principio de oportunidad. El Ministerio Fiscal puede llevar a cabo un proceso de mediación entre el autor y la víctima, con suspensión del plazo para el ejercicio de la acción penal, exigiendo la reparación a la víctima en un plazo de seis meses, y que el encausado reconozca su responsabilidad, por lo que tiene derecho a estar asistido de letrado¹⁰¹⁶.

Portugal ha regulado el régimen jurídico de la mediación penal en la Ley 21/2007, de 12 de junio. La mediación se limita a los delitos perseguibles por denuncia o acusación particular, siempre que sean contra las personas o contra el patrimonio y la pena asignada no sea superior a cinco años de prisión o en los que concurren determinadas condiciones, como no ser constitutivos de infracciones contra la libertad sexual, cohecho, malversación o tráfico de influencias, que el ofendido sea menor de dieciséis años, o que sean objeto de procedimiento sumario o sumarísimo.

En Portugal, la mediación tiene lugar a iniciativa del Ministerio Público durante

¹⁰¹⁴ Vid. VERGER GRAU, J. “Una modalidad alternativa...” op. cit., págs. 3 y ss.

¹⁰¹⁵ Vid. FOURMENT, F. *Procédure pénale...* op. cit., págs.141 y ss.

¹⁰¹⁶ Vid. VERGER GRAU, J. “Una modalidad alternativa...” op. cit., págs. 3 y ss.

la fase de instrucción, al que las partes pueden dirigir una solicitud en este sentido, nombrándose un mediador. No existe, por tanto, intervención del juez, asegurándose este modo asegura su imparcialidad. El acuerdo alcanzado no podrá incluir sanciones privativas de libertad ni deberes que ofendan a la dignidad del autor o cuyo cumplimiento deba prolongarse por más de seis meses. El encausado estará asistido de su letrado defensor¹⁰¹⁷.

2.5.4. Propuestas *de lege ferenda*.

La doctrina considera que la futura ley de mediación penal debe regular los principios esenciales del proceso de mediación y el estatuto del mediador. Esta regulación es necesaria para evitar que la misma sea utilizada por el infractor como un mero formalismo para evitar o reducir la pena.

Propone RÍOS MARTÍN un modelo en el cual el sometimiento al proceso de mediación debe ser voluntario para ambas partes, que pueden abandonarlo en cualquier momento, sin que ni la víctima ni el infractor puedan sufrir consecuencias negativas por la finalización del proceso sin acuerdo. De esta forma, el consentimiento del infractor para participar en el proceso de mediación no debe tomarse como indicio de su participación en los hechos para el caso de que la misma no finalice con éxito.

¹⁰¹⁷ Vid. HEREDIA PUENTE, M. “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley*, n° 7257, Sección Doctrina, 7 de octubre de 2009, Año xxx, Editorial La Ley. Págs. 3 a 5. En el derecho portugués, el procedimiento a seguir es el siguiente: cuando el Ministerio Fiscal recibe la notificación del acuerdo que consista en la retirada de la denuncia, debe comprobar si se dan los requisitos legales. En este caso homologa el mismo. En caso contrario lo devuelve al mediador para que, en el plazo de treinta días realice las oportunas subsanaciones. Si en el plazo previsto el infractor no cumple los términos del acuerdo, la víctima puede “revitalizar” la queja en el plazo de un mes, con la consecuencia de que se reabre el proceso penal. El proceso de mediación suspende el plazo de prescripción del delito hasta la comunicación al fiscal de la mediación sin éxito o el transcurso del plazo dado para el cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Se regula la figura del mediador. Los costes son a cargo del erario público. Los mediadores son independientes y tienen prohibido intervenir como testigo o de cualquier otra forma en el proceso sometido a mediación. El nombramiento de los mediadores se realiza de una lista que obra en el Ministerio de Justicia. Como requisito para el acceso a dicha lista se exige, entre otros, poseer una licenciatura o experiencia profesional adecuadas, y superar un curso de formación reconocido por el Ministerio.

También fuera de Europa, en los países iberoamericanos, se ha regulado la mediación. Son sistemas que se caracterizan fundamentalmente por encontrarse residenciados fuera del poder judicial, de forma que la mediación puede tener lugar dentro del Ministerio Público o de la Defensoría Pública o bien a través de una institución legitimada como las ONGs o Colegios de Abogados. La mediación va unida a programas restaurativos, pues en los acuerdos entre las partes se pactan obligaciones como la de acudir a un centro de tratamiento por adicción, psicológico o reparar o devolver algún objeto. Son prestaciones que permiten restaurar las relaciones entre los implicados e incidir en el comportamiento futuro del autor. En otros casos, la conciliación entre autor y víctima no constituye una alternativa al proceso, sino que el acuerdo conciliatorio se toma en cuenta por el juez para moderar la pena impuesta en sentencia. En este caso, el cumplimiento de la reparación convenida, permite al juez imponer la sanción mínima. Por último, también se puede dar entrada a la mediación en la ejecución de la pena, permitiendo al condenado alcanzar beneficios penitenciarios.

El reconocimiento de hechos por parte del infractor que conlleva la mediación no puede ser valorado como indicio o prueba de la participación en los hechos, en el caso de que la misma termine sin acuerdo. En el supuesto de que se alcance un acuerdo de reparación, la aceptación de los hechos que este implica llegará a conocimiento del juez sentenciador, pese a lo cual estima la doctrina que no debe hacerse constar expresamente la admisión de los mismos en el acta de reparación, y que el juez no podrá basar el pronunciamiento condenatorio exclusivamente en el reconocimiento de los hechos realizado en el contexto del proceso de mediación.

Esta prohibición es necesaria a fin de salvaguardar las garantías procesales del encausado, de modo que se garantice la confidencialidad de la mediación y que los datos que se hayan vertido en la mediación no puedan ser utilizados en el proceso penal. Por ello, no puede admitirse como diligencia de investigación ni como prueba la declaración del mediador, lo cual viene a ser una nueva expresión de que la búsqueda de la verdad cede nuevamente ante la aplicación de las garantías procesales. Por esta razón, en el caso de que la mediación no llegue a buen término, las manifestaciones de las partes relativas al proceso de mediación no deben ser tenidas en cuenta por el juez¹⁰¹⁸.

Debe evitarse que el recurso al proceso de mediación se convierta en un puro trámite casi automático para todo tipo de asuntos, pues le haría perder su sentido¹⁰¹⁹. Esto se debe a que sin un verdadero convencimiento no se alcanzarán los fines propios de la misma. De esta forma, se propone que la derivación de asuntos a mediación se

¹⁰¹⁸ Vid. RÍOS MARTÍN, J, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., GALLEGU DÍAZ, M., CABRERA P., JIMENEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 40 y ss. El proceso de mediación, según la propuesta realizada, debería reunir las siguientes características:

1º.- La voluntariedad de las partes: el proceso de mediación debe ser voluntario para las partes, que deberán haber sido previamente informadas de sus derechos y de las consecuencias de la mediación. Podrán abandonar el proceso en cualquier momento sin que ello tenga consecuencias negativas, sin que lo actuado en dicho proceso se pueda tener en cuenta en el proceso penal.

2º.- Gratuidad: la mediación es un servicio público, de modo que los gastos serán asumidos por la administración de justicia.

3º.- Confidencialidad: es necesaria la garantía de confidencialidad de los datos manejados en el programa de mediación, y, como antes se ha explicado, que el reconocimiento de hechos que haya realizado el encausado en el seno de dicho programa no pueda ser tenida en cuenta en caso de abandono del mismo sin éxito. Tampoco la víctima y el infractor podrán utilizar o poner de manifiesto en el proceso penal hechos o circunstancias de los que se haya tenido conocimiento a través de la mediación.

4º.- Oficialidad: corresponderá al juez, con informe favorable del Ministerio Fiscal o a petición de este o del abogado defensor o de cualquiera de las partes, la derivación de los casos al servicio de mediación penal.

5º.- Flexibilidad: el proceso de mediación debe ser flexible en cuanto a los plazos. Se deben establecer plazos temporales para la suspensión del proceso penal durante el desarrollo de la mediación, plazos que no deben exceder, a juicio de RÍOS MARTÍN, de un mes prorrogable por otro más a fin de no interrumpir aquel más allá de lo estrictamente necesario, y con influencia a efectos prescripción.

6º.- Bilateralidad: ambas partes podrán expresar sus deseos y pretensiones. Pero es posible que el encuentro con la víctima no sea personal o que este no tenga lugar.

7º.- Neutralidad: es necesario la imparcialidad del mediador y un equilibrio real entre las partes durante el proceso para que ninguna de ellas pueda mantener una posición de superioridad y de fuerza. Las víctimas no deben exigir una reparación que vaya más allá de lo razonable.

¹⁰¹⁹ Así lo sostiene CARRASCOSA MIGUEL, A. en su Ponencia “La labor del CGPJ en el impulso de la mediación”. Curso de formación continua organizado por CGPJ “La mediación intrajudicial y su problemática”. 5 de octubre de 2016, Castellón.

realice de tal forma que no se vea reducida la misma a un simple mecanismo para descongestionar los órganos judiciales, como ha ocurrido con las conformidades, de modo que debe practicarse de forma que el encausado no se sienta obligado a participar ante la circunstancia de que, de no acceder, las consecuencias puedan ser más graves¹⁰²⁰.

La propuesta para la regulación de la mediación implica la reforma de la legislación penal y procesal penal. La doctrina propone una reforma de la LECrim. para que se incluya una definición de la mediación y la concreción de que la misma puede tener lugar en cualquier fase del procedimiento, y que se atribuya a los jueces y tribunales competencia para realizar actividades de mediación e incorporar al proceso los acuerdos obtenidos, con reconocimiento de la eficacia de los mismos. Debe regularse el cauce a seguir en cada una de las fases del procedimiento. En concreto, por lo que respecta a la fase de instrucción, para el procedimiento abreviado, se propone que el acuerdo de reparación pueda determinar el sobreseimiento por razones de oportunidad cuando la pena sea inferior a un año de prisión, o bien en otro caso, sea tenido en cuenta por el Ministerio Fiscal a la hora de redactar el escrito de conclusiones. Si el acuerdo conciliatorio se alcanza en fase de juicio oral, debe admitirse que el Ministerio Fiscal, por vía de la conformidad, asuma el acuerdo alcanzado, mediante la modificación de las conclusiones y que el mismo pueda recogerse en la sentencia¹⁰²¹.

¹⁰²⁰ En este sentido, vid. RÍOS MARTÍN, J. “Justicia restaurativa y mediación penal...” op. cit., pág. 9.

¹⁰²¹ Vid. RÍOS MARTÍN, J, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., GALLEGRO DÍAZ, M., CABRERA P., JIMÉNEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa...” op. cit., págs. 88 y ss. En primer lugar, se propone la modificación del art. 21 del CP para incorporar una nueva atenuante basada en la participación de estos programas.

El juez de instrucción, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, a la vista de la naturaleza de los hechos, podría someter el asunto a mediación, por su propia iniciativa o a petición de las partes. Si el denunciado y su letrado aceptara se acordaría mediante providencia, dilatando el señalamiento del juicio para evitar la prescripción. Una vez terminado el proceso de mediación, el mediador emitiría un informe sobre los resultados del mismo y los acuerdos de reparación en su caso alcanzados. El juez de instrucción debería dictar auto de sobreseimiento libre.

Para el reconocimiento de la competencia de jueces y tribunales para incorporar al proceso los acuerdos de mediación se propone la reforma del art. 9 de la LECrim. También sería necesaria la modificación del art. 325 de la LECrim. para regular la mediación en la fase de instrucción. El procedimiento que se sugiere para la fase de instrucción es el siguiente: una vez incoadas diligencias previas, el juez de instrucción, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, de oficio, a instancia del fiscal o de parte, podría acordar someter el proceso a mediación. En la primera declaración al investigado le informaría de esta posibilidad, aunque en cualquier otro momento podría acordar someter el asunto a mediación, pudiendo entrevistarse con su cliente de forma reservada para explicarle en qué consiste. Si el investigado acepta, se acordaría mediante providencia. En la notificación de dicha providencia a la víctima, se acompañaría un documento que contenga la explicación del proceso de mediación y sus consecuencias. Después de oír a las partes, el juez remitiría la providencia al mediador, a la que se debe acompañar la copia de la denuncia y en su caso, declaraciones de las partes, informes periciales, escritos de calificación provisional, etc. Si ambas partes consintieran, el juzgado, sin perjuicio de continuar practicando las diligencias de investigación que procedan, debería permitir que el proceso de mediación se desarrollara antes de dictar auto de procedimiento abreviado, para que el Ministerio Fiscal pudiera tener en cuenta el acuerdo de reparación en el escrito de calificaciones provisionales.

Terminado el proceso de mediación, el mediador debería emitir un informe sobre el resultado del mismo, acompañando el acta y los acuerdos alcanzados, y se entregaría una copia a cada una de las partes y se remitiría otra al Juzgado de lo Penal, que a su vez lo enviaría al Ministerio Fiscal. El mediador

Esta propuesta se realiza partiendo de un modelo en el que, pese a mantenerse la figura del juez instructor, se introduzca el principio de oportunidad reglado.

HEREDIA PUENTE realiza una propuesta *de lege ferenda* de mediación, pero partiendo de que la instrucción fuera encomendada al Ministerio Fiscal, basándose en la experiencia desarrollada en el ámbito de la LORPM, donde existe posibilidad de sobreseimiento en los casos de conciliación con la víctima en determinados supuestos. Así, en la fase de instrucción, sugiere paralizar el proceso en caso de acuerdo satisfactorio para las partes, sin llegar a juicio, mediante el otorgamiento de una “libertad a prueba”. Si en el plazo que se determine no se comete un nuevo delito y se cumplen las reglas de conducta impuestas, debe admitirse el archivo definitivo de la causa. Propone que sea premiada la colaboración con la justicia y el reconocimiento de los hechos y que se admita que la reparación a la víctima sustituya a la pena, regulándose las posibilidades de reparación simbólica o parcial. El procedimiento de mediación implica la suspensión de los plazos, por lo que sería necesario articular mecanismos para eludir los trámites de urgencia en cuanto estos pueden constituir un obstáculo a la mediación, como en el caso de los juicios rápidos, sin que, en el caso de que la misma no finalice con éxito, no se prive al encausado de la posibilidad de una conformidad privilegiada. El acuerdo de reparación alcanzado y su cumplimiento, en relación con determinados delitos, deben configurarse como causa de exclusión de la pena, al modo de las excusas absolutorias. Para el caso de que la mediación no finalice con éxito, se propone la configuración de una nueva atenuante de “participación comprometida”¹⁰²².

debería ratificar el acuerdo al presentarlo ante el Juzgado. El informe se incluiría en las actuaciones, con traslado a las partes.

Una vez remitido el acuerdo y finalizadas las diligencias, el Juzgado de Instrucción dictaría auto de procedimiento abreviado, si bien en aquellos casos en los que la pena fuera inferior a un año de prisión, el juez de instrucción dictaría auto de sobreseimiento libre, procediéndose al archivo una vez acreditado el cumplimiento del acuerdo reparador.

En caso de que se formulara escrito de acusación, el Ministerio Fiscal o el letrado de la defensa o de la acusación particular, podía solicitar que se proceda conforme a lo dispuesto en el art. 784.3 de la LECrim. para alcanzar una conformidad.

Se propone también la modificación del art. 787 de la LECrim. en relación con la conformidad, para establecer que en caso de acuerdo de conciliación, debe citarse a las partes al acto de juicio, donde el Ministerio Fiscal podría modificar el escrito de calificación, haciendo suyos los acuerdos alcanzados.

Se sugiere también que se realicen las oportunas modificaciones en los arts. 742 de la LECrim. y 248 de la LOPJ para establecer que en la sentencia se debe resolver conforme al acuerdo de conciliación alcanzado en mediación y aceptado por las partes al inicio del acto de juicio.

Para que pueda tener lugar esta reforma es necesaria la introducción del principio de oportunidad, que puede quedar regulado de forma similar al derecho francés.

¹⁰²² Vid. HEREDIA PUENTE, M. “Perspectivas de futuro...” op. cit., Pág. 8 y 9. La citada autora se inspira en el derecho austriaco y alemán. Considera que sería necesaria la suspensión de los plazos durante el tiempo razonable para el desarrollo de la mediación, si bien en el caso de que la misma se prolongue excesivamente, por causas justificadas, como son el riesgo de prescripción de la acción penal o el convencimiento de que la mediación no finalizará con éxito, el juez debe tener la facultad de ordenar la continuación del mismo. En fase de ejecución, la participación en los programas de mediación se debe configurar como condición para la suspensión de la pena, y conceptuarse el acuerdo de reparación alcanzado y su cumplimiento como “esfuerzo por reparar el daño causado” a tales efectos. Las sesiones en las que deba tener lugar el diálogo entre las partes deberán realizarse sin la presencia de abogados, sin

Junto a tales propuestas doctrinales, aquellas que provienen del ámbito judicial sugieren el establecimiento de un régimen jurídico para la mediación, que permita otorgar eficacia al acuerdo de reparación mediante la regulación de un principio de oportunidad sujeto a control judicial; el reconocimiento de eficacia al perdón del ofendido en determinados delitos, como son los delitos contra la libertad, el patrimonio, y la integridad; y el establecimiento de una atenuante específica de participación en los programas de mediación de forma voluntaria, valorando el esfuerzo de reparar el daño causado y la reparación efectiva del mismo¹⁰²³.

Como hemos visto en el epígrafe anterior, el proceso de menores ha demostrado que el archivo del procedimiento por razones de oportunidad, condicionado a la realización de determinadas prestaciones o reglas de conducta, y a la reparación del daño causado al ofendido, entendida esta no solo en el sentido exclusivo de indemnización material o económica, sino de compensación moral, permite alcanzar los fines de proceso penal, en concreto, la resocialización del autor, el restablecimiento del orden social y la satisfacción de los intereses de las víctimas. Esta misma conclusión puede extraerse de las experiencias de mediación intrajudicial que en la práctica se han llevado a cabo en la jurisdicción de adultos.

En el actual panorama del proceso penal, junto a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, conviven diversas manifestaciones del principio de oportunidad, se admiten soluciones negociadas, a través del instituto de la conformidad, y se está fomentando en la práctica la mediación intrajudicial, a pesar de que este principio solo está reconocido para los delitos leves.

En mi opinión, habida cuenta de la realidad del proceso penal, sería conveniente el establecimiento de una oportunidad reglada, aunque restringida a determinados delitos de menor entidad, en términos similares a los del art. 19 de la LORPM, condicionado al cumplimiento de determinadas obligaciones o reglas de conducta, y a la reparación a las víctimas. Como instrumento del principio de oportunidad, puede contemplarse la mediación, que debe vincularse a aquel de forma semejante a la prevista en la justicia de menores. A través de la mediación se pueden articular mecanismos para llegar a los acuerdos y compromisos necesarios para aplicar este principio.

perjuicio de que pueda el interesado ser asistido de letrado en las entrevistas iniciales para garantizar que el consentimiento se preste habiendo comprendido correctamente el mecanismo de la mediación, y en el momento de la formalización del acuerdo. La documentación enviada al juzgador no puede contener información sobre los hechos o valoraciones subjetivas de responsabilización. En el caso de un proceso de mediación que termine sin acuerdo debe limitarse a dar cuenta de ello. La participación en el proceso puede, sin perjuicio de su resultado, tomarse en cuenta como presupuesto para la aplicación de circunstancias atenuantes o para la suspensión de la pena impuesta. Deben regularse plazos de control del cumplimiento de lo acordado, también sin relevancia a efectos de prescripción. Por último, la citada autora considera necesario establecer como confidencial la información obtenida en el proceso de mediación y la prohibición de que la misma pueda ser utilizada en el proceso judicial en el caso de que la mediación no haya finalizado con éxito.

¹⁰²³ Vid. Conclusiones del curso “La mediación civil y penal. Un año de experiencia. Alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a fiscales y jueces de familia y penales”. CGPJ. FGE. Cursos de formación continua. 6,7 y 8 de noviembre de 2006. Dirs: ZAPATERO GÓMEZ, J. y SÁEZ VALCÁRCEL, R. Págs. 187 a 191.

La mediación adquiere sentido si se convierte en el instrumento a través del cual se permiten alcanzar acuerdos de conciliación o de reparación que pudieran determinar, en determinados supuestos, el archivo del procedimiento, a través de una reglamentación que determine a qué tipos penales y en qué circunstancias, esta opción resulta legítima.

Fuera de estos supuestos, entiendo que sólo a través del instituto de la conformidad puede darse cabida a los posibles acuerdos que se hayan alcanzado en el proceso de mediación. Si se reconociera la posibilidad de conformidad durante la fase de investigación, tal y como se propone, la mediación puede convertirse en el instrumento que facilite la consecución de acuerdos por parte del Ministerio Fiscal y la defensa, que pudieran plasmarse en el escrito de conclusiones, recogiendo la sentencia los acuerdos y compromisos alcanzados. Todo ello sin perjuicio de la imposición de la pena que corresponda, en la que podrá apreciarse una atenuante por haber participado en tales programas. Esto implicaría una interrupción de la instrucción. Por tanto, en el caso de los juicios rápidos, comparto la opinión de que debe articularse algún mecanismo que permita practicar la mediación sin retrasar el procedimiento, mediante la posible suspensión y reanudación del mismo.

La línea seguida por el CGPJ ha sido la de impulsar la mediación intrajudicial a través de convenios, protocolos, planes pilotos, intensificando la formación de jueces y magistrados en la materia. Pero lo cierto es que, sin una regulación que reconozca la aplicación del principio de oportunidad, solo a través del instituto de la conformidad se le puede dar cabida en nuestra actual LECrim. a la mediación.

3. Unificación del proceso en caso de delincuencia de mayores y menores de edad.

A lo largo de este trabajo de investigación, se ha contemplado el proceso de menores por un lado, y el de adultos por otro, como compartimentos cerrados y distintos el uno del otro, cada uno regido por sus propios principios y disposiciones y sin aparente comunicación entre sí. Sin embargo, en ocasiones, en cada uno de tales procesos se está conociendo paralelamente de los mismos hechos, pues ante un mismo hecho delictivo en cuya comisión han intervenido sujetos menores de edad junto con otros mayores de edad, se siguen dos procedimientos distintos.

3.1. Delitos cometidos por mayores y menores de edad: dualidad de procesos.

Tras las elecciones generales del día 20 de noviembre de 2011, el Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, entre las numerosas novedades legislativas que expuso en relación con la administración de justicia que pensaba acometer, en el mes de enero del año 2011, puso de manifiesto su intención de promover la reforma de la ley del menor, afirmando que la implicación de un menor arrastraría “todo el proceso en una sola causa”, al hilo de sucesos recientes de gran impacto social. El entonces recién nombrado Ministro de Justicia consideraba que la ley no daba respuesta suficiente a muchos problemas que se planteaban en la sociedad y anunció una modificación legal para que en los delitos en los que hubiera adultos y menores implicados, estos fueran juzgados a la vez por la misma sala. Esto no afectaría a los derechos de los jóvenes infractores, a los que se les seguiría aplicando la ley del menor, pero sí evitaría que jueces distintos dictaran sentencias muy diferentes sobre el mismo hecho, como había ocurrido en el caso “Marta del Castillo”¹⁰²⁴. Se trataba, pues, de unificar la investigación y el enjuiciamiento en los casos de delitos graves en los que hubieran participado autores mayores y menores de edad, sin que esto supusiera una merma de los derechos del menor¹⁰²⁵.

Tal solución legislativa había sido sugerida por DEL CACHO RIVERA, advirtiendo algunas disfunciones que se ocasionaban como consecuencia de la dualidad de procesos en los casos de codelinuencia. Estos supuestos se dan con mucha frecuencia en la práctica, pues es muy común la comisión de delitos conjuntamente por parte de grupos de amigos o compañeros, jóvenes algunos de los cuales ya han cumplido los dieciocho años, y otros que aún son menores de edad. En tales casos, se inician dos procedimientos independientes sin comunicación entre sí. Es posible que los hechos sean calificados de manera distinta en uno y otro proceso como consecuencia del resultado de las diligencias que en cada una de las investigaciones se haya practicado, o de la distinta apreciación de dicho resultado por el órgano encargado de la instrucción. Es posible, incluso, que se dicte un auto de sobreseimiento en la jurisdicción de adultos por falta de indicios suficientes de criminalidad y, sin embargo, el procedimiento siga adelante contra el menor, o viceversa. Y ello sin contar con el archivo por aplicación del principio de oportunidad que se da en el proceso de menores y que no puede existir en el ámbito de la jurisdicción de adultos, salvo en caso de delitos leves.

El juez de instrucción generalmente solicitará que se remita testimonio de lo actuado en Fiscalía de Menores respecto del menor que intervino en los mismos hechos, incorporará la sentencia recaída en el Juzgado de Menores, de haberse dictado ya, y llamará a declarar en calidad de testigo a los menores también inculcados, de modo que estos, en el proceso de adultos, tendrán la condición de testigos, con obligación de decir verdad, mientras que en el proceso de menores la causa se sigue contra ellos. Es frecuente que el encausado adulto se exculpe atribuyendo al menor toda la responsabilidad, y viceversa, o que las declaraciones prestadas en uno y otro proceso sean dispares. Dado que el proceso de menores se suele desarrollar con mayor celeridad

¹⁰²⁴ <http://politica.elpais.com/2012/01/25/actualidad>. Última consulta: 3 de mayo de 2012.

¹⁰²⁵ www.libertaddigital.com/nacional/2012/01/25. Última consulta: 3 de mayo de 2011.

que el de adultos, no es extraño que cuando el juez de instrucción se dispone a dictar el auto de procedimiento abreviado, ya haya recaído sentencia en el Juzgado de Menores respecto de los sujetos menores de edad, y que haya declarado probados o no determinados hechos¹⁰²⁶. Solo en aquellos casos en los que el procedimiento a seguir conforme la LECrim. es el juicio rápido, es el proceso de adultos el que tiene mayor agilidad, y es probable que el menor aún desconozca la causa seguida contra él, pues es posible que aún no se haya abierto expediente de reforma.

El famoso caso “Marta del Castillo” ha evidenciado que estos problemas pueden suponer una merma de garantías procesales e incluso llevar a resultados contradictorios ante la comisión de unos mismos hechos. En dicho supuesto, se enjuiciaban delitos en cuya perpetración habían intervenido tres sujetos mayores de edad en compañía de un menor. En el procedimiento seguido contra el menor, el Ministerio Fiscal acusó por un delito de asesinato, dos de agresión sexual y un delito contra la integridad moral, calificando subsidiariamente los hechos como delito de encubrimiento. La sentencia dictada por el Juzgado de Menores de Sevilla de fecha 24 de marzo de 2010, en el relato de hechos probados, hace diversas referencias a uno de los imputados mayores de edad como autor de la muerte de la joven, y a los otros dos adultos como partícipes en la ocultación del cuerpo de la víctima¹⁰²⁷. Posteriormente, estos dos últimos acusados mayores de edad, en la sentencia dictada por la SAP (Sección 7ª) nº 1/2012, de 13 de enero, resultaron absueltos¹⁰²⁸.

Mientras la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de Menores considera que el hermano del imputado mayor de edad que había dado muerte a la víctima ayudó a aquel en la ocultación del cadáver, en el contenido de la sentencia de la AP Sevilla (Sección 7ª), se establece que el mismo no tuvo intervención alguna en los hechos.

En el procedimiento seguido contra el menor, el fiscal basó su acusación entre otras pruebas, en las declaraciones prestadas a lo largo de la instrucción por uno de los coimputados mayores de edad que, sin embargo, en el acto de la audiencia se acogió a su derecho a no declarar. El juzgador negó la eficacia probatoria de la declaración del coimputado mayor de edad ante el Juzgado de Instrucción, que fue incorporada al expediente de reforma seguido contra el menor mediante remisión de lo actuado a la Fiscalía de Menores, por entender que no se habían respetado las garantías procesales, en particular el principio de contradicción. No obstante, expone que, aun de no haber sido así, la declaración del coimputado carecería de eficacia suficiente para destruir la presunción de inocencia, dado que, además de las contradicciones en las que había incurrido, se había realizado con ánimo exculpatorio. El resultado fue que el menor fue condenado por un delito de encubrimiento.

¹⁰²⁶ Estas disfunciones fueron puestas de manifiesto por DEL CACHO RIVERA en la mesa redonda que tuvo lugar en el curso organizado por el CGPJ para formación de jueces y magistrados “El fiscal y la instrucción en el proceso de menores”. Madrid, 2 a 4 de Noviembre de 2011.

¹⁰²⁷ Vid. Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Sevilla de 24 de marzo de 2011.

¹⁰²⁸ Vid. SAP Sevilla (Sección 7ª) 1/2012, de 13 de enero (confirmada por la STS de 18 de marzo de 2014, por lo que se refiere al acusado de encubrimiento absuelto).

Por su parte, la sentencia de la AP Sevilla (Sección 7ª), en relación a los acusados mayores de edad, parte de la consideración del menor como autor de un delito de encubrimiento, y condena a uno de los acusados mayores de edad como autor de un delito de asesinato, absolviéndole de los demás que se le imputan. Además, absuelve a los demás acusados.

Otro ejemplo lo encontramos en el caso “11-M”, en el que ante los mismos hechos cometidos por mayores y un menor de edad, unos y otro resultaron condenados por distintos delitos¹⁰²⁹. En el procedimiento seguido contra el menor se acordó una conformidad, lo que se tradujo en que el menor fue condenado por un delito de colaboración con banda armada. El Ministerio Fiscal, tras oír al equipo técnico rebajó de ocho a seis años la petición de medida de internamiento, a fin de procurar el interés del menor, tratando de evitar que el “Gitanillo” tuviese que terminar el cumplimiento en un centro penitenciario de adultos¹⁰³⁰. En el proceso seguido contra los autores mayores de edad, una asistencia letrada de la defensa de Suárez Talashorras planteó la nulidad de la instrucción con base en la distinta posición del Ministerio Fiscal, quien, a su juicio, en el proceso de menores actuó como órgano de tutela del menor, modificando la calificación de los hechos y rebajando la petición de la pena, mientras que en el proceso penal de adultos actuaba como acusador, interesando condenas por delitos respecto de los que no había solicitado condena para el menor, siendo que los hechos imputados a uno y otro eran idénticos. La sentencia condena a Suárez Trashorras por delito de integración en organización terrorista, no por colaboración, valorando como prueba la declaración prestada por el menor coimputado ya condenado.

Son solo dos ejemplos, tomados de casos de gran trascendencia, de una situación que se da con bastante frecuencia en la práctica judicial. Conviene recordar que una de las características de la delincuencia juvenil es la comisión de infracciones en grupo, y que, cuando los menores se acercan a la mayoría de edad, es frecuente que de estos grupos formen parten jóvenes que han cumplido los dieciocho años, y respecto de los cuales las consecuencias pueden ser más graves.

Por este motivo, entiendo que tenía sentido la previsión de extender el régimen propio de la legislación de menores a los jóvenes infractores de edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años, en determinados supuestos de menor entidad, previsión que existe en otros países de nuestro entorno, como es el caso del derecho alemán, y que, como vimos en el capítulo tercero, quedó definitivamente excluida de la LORPM. Esta previsión, siempre que se cumplieran determinados presupuestos, referidos al grado de madurez de los jóvenes adultos y al tipo de delito cometido, habría evitado la duplicidad de procedimientos en algunos casos de menor entidad.

¹⁰²⁹ SAN Sala de lo Penal (Sección 2ª), de 31 de octubre de 2007 (confirmada parcialmente por la STS nº 503/2008, de 17 de julio).

¹⁰³⁰ Comunicado de Europa Press de 16 de noviembre de 2004. www.europapress.es. Última consulta: 3 de mayo de 2012. Sentencia del Juzgado Central de Menores de la AN de 16 de noviembre de 2004.

3.2. Propuestas de *lege ferenda* de unificación de procesos en casos de codelincuencia entre mayores y menores de edad.

En el derecho comparado se han dado diversas respuestas ante dicha situación. Así, el derecho de menores francés establece, como regla general, que para los menores que hayan cumplido los trece años, el *quantum* de las penas se reduce a la mitad de lo que correspondería a un mayor de edad, si bien establece una excepción, que consiste en que la menor edad puede ser descartada en el caso de jóvenes mayores de dieciséis años, por el Juzgado de Menores o el Tribunal de Menores a título excepcional y teniendo en cuenta las circunstancias del tipo de personalidad del autor¹⁰³¹. Algo semejante se pretendió seguir en nuestro país respecto de los delitos de terrorismo, en los que, como se expuso en el capítulo segundo, se había propuesto la rebaja de la mayoría de edad penal a los dieciséis años, lo que se justificaba por razones de política criminal, propuesta que finalmente no prosperó.

La desaparición de los derechos del menor en función de las circunstancias del caso concreto y del tipo de delito cometido, no casa muy bien con nuestra concepción del derecho de menores, en el que los principios que inspiran nuestro proceso lo son precisamente por razón de la menor edad del sujeto, con independencia de que los hechos que se investiguen sean más o menos graves. La gravedad de los hechos únicamente es relevante a efectos de permitir una distinta consideración dentro del proceso de menores, pero no podrá suponer en ningún caso optar por enjuiciarle como un adulto.

El derecho austriaco prevé en el párrafo 34 de la JGG que cuando se sospeche de la comisión de una misma acción punible por mayores y menores de edad, los Juzgados de Menores también serán competentes para seguir el procedimiento penal contra el adulto involucrado, siempre que el procedimiento, como ocurre por regla general, sea llevado en común¹⁰³².

El Fiscal General del Estado de aquella época, Eduardo Torres-Dulce, expuso que la reforma anunciada presentaba numerosas dificultades desde el punto de vista de la técnica legal, que pasarían por una excepcionalidad motivada, pues los tratados internacionales ratificados por España imponen una diferenciación tajante en el enjuiciamiento de los menores de edad¹⁰³³. La propuesta del Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, aclaraba que dicha reforma se realizaría sin merma de los derechos del menor en cuanto tal, lo cual debe interpretarse en el sentido de que el tratamiento del menor respetaría las garantías que le son propias. Dicha reforma no llegó a acometerse, pero sigue siendo uno de los objetivos de mejora de la administración de justicia que ha esgrimido el actual Ministro de Justicia, Rafael Catalá,

¹⁰³¹ DESCHAMPS, J. P. “El derecho francés...” op. cit., págs. 76 y 85.

¹⁰³² JESIONEK, U. “Jurisdicción...” op. cit., pág. 60.

¹⁰³³ Vid. Revista del Consejo General de la Abogacía Española. N^o 73, abril 2012. Págs. 20 y ss.

como lo demuestra su comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de 6 de abril de 2017¹⁰³⁴.

Actualmente, existe una distinta concepción de la investigación por el Ministerio Fiscal en el proceso de menores, como mera preparación del juicio y recopilación de materiales para ejercitar la acción penal o solicitar en su caso el archivo por motivos de oportunidad, y de la instrucción judicial en el proceso de adultos, de carácter mucho más exhaustivo, con la consiguiente distinta duración de uno y otro proceso, lo cual dificultaría seriamente la apuesta por tal unificación, ya que redundaría en perjuicio de los menores, que verían dilatado el procedimiento hasta límites que le harían perder su razón de ser. No obstante, si fuera encomendada la investigación de los delitos cometidos por los adultos al Ministerio Fiscal, se produciría la agilización de esta fase procesal, y la investigación en ambos procesos respondería, pues, a una concepción similar, lo cual sería favorable al planteamiento de la mencionada reforma.

No obstante, tal anuncio legislativo del Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, parecía responder más bien a las expectativas de endurecimiento de la ley del menor reclamadas por el clamor popular tras la reacción generada en la opinión pública por el caso “Marta del Castillo”. La propuesta iba orientada a introducir mecanismos que permitieran el enjuiciamiento de los menores autores de delitos de mucha gravedad como si de adultos se tratara, y a endurecer las medidas a adoptar en relación con los jóvenes infractores en los casos de delitos graves, a fin de asemejar su enjuiciamiento al establecido para los adultos, olvidando los principios que inspiran la jurisdicción de menores. El riesgo de legislar en función de los reclamos de la sociedad ante determinados sucesos graves que alcanzan gran repercusión en los medios de comunicación es el de privar al menor de las garantías que le corresponden por su condición.

Sin embargo, la propuesta realizada por DEL CACHO RIVERA va encaminada, no tanto a dar una respuesta más dura en delitos graves o que desatan la alarma popular, como a ofrecer una solución a las disfunciones que produce la existencia de un doble procedimiento, con independencia de la mayor o menor gravedad de los hechos de que se trate. Sugería el citado ponente un sistema en que el Juzgado de Menores pudiera asumir la competencia para el enjuiciamiento de los mayores de edad inculcados por unos mismos hechos, de modo que quedaran salvadas las contradicciones que en la actualidad se vienen produciendo, aplicando a cada uno de los encausados los principios de una y otra jurisdicción, y las disposiciones de la legislación de menores o de adultos según proceda, y con distintas consecuencias para cada uno de ellos.

Conviene recordar que los jueces de menores son magistrados que cuentan, además, con el plus de la especialidad, por lo que ningún problema habría en que los mismos asumieran dicha competencia, que, quedando sustraída al resto de órganos judiciales, podría contribuir además a la necesaria descongestión de los mismos.

¹⁰³⁴ www.congreso.es. Última visita: 7 de mayo de 2017.

Esta propuesta no se refería únicamente a los delitos graves, sino que estaba encaminada a todas las infracciones, pues estas disfunciones son algo habitual en la práctica en los delitos más comunes¹⁰³⁵.

Pero dicha posibilidad solo sería viable una vez trasladado al proceso de adultos el modelo de instrucción por el fiscal y la consagración del principio de oportunidad en términos similares a los regulados por la LORPM, al menos en relación con determinados delitos.

¹⁰³⁵ Así lo sostuvo DEL CACHO RIVERA, J. M. en la mesa redonda “El fiscal y la instrucción en el proceso de menores” desarrollada en el curso de formación continua de jueces y magistrados organizado por CGPJ. Madrid, 2011.

CONCLUSIONES.

Primera.- El modelo de atribución de la fase de investigación del proceso de menores al Ministerio Fiscal que el legislador no se aventura a implantar en el proceso de mayores, se contempla, sin embargo, como el más adecuado al proceso de menores, precisamente, por la naturaleza educativa y tutelar que se atribuye al mismo, y por las competencias tuitivas clásicamente atribuidas al Ministerio Fiscal. Las razones de la atribución no son, pues, las mismas que se barajan para el proceso de adultos, al entender que se trata de una investigación orientada no tanto a sancionar al menor como a la adopción de la medida más adecuada a su interés en orden a la educación del mismo. Aunque los motivos que determinaron el otorgamiento de la investigación al Ministerio Fiscal en el proceso de menores no son exactamente los mismos que en se esgrimen para el proceso de adultos, si se salva la distancia que surge de la finalidad educativa y del principio del interés de menor que rige en el proceso de menores, podremos servirnos de esta experiencia para plantear, con algunas adaptaciones, la trasposición del modelo de fiscal investigador al proceso de adultos, al menos en aquellas parcelas en las que así sea posible. El hecho de que el proceso de menores esté inspirado en el principio del interés del menor no obsta a que éste pueda tomarse como referencia, especialmente si se tiene en cuenta que la finalidad resocializadora y de prevención especial debe estar presente también en la justicia de adultos, por mandato del art. 25 de la CE.

Segunda.- El actual proceso penal de menores responde al modelo de responsabilidad, que considera que la responsabilización del menor por sus actos tiene un efecto claramente resocializador, al tiempo que se protege a la sociedad frente a los ataques a sus bienes jurídicos. El menor pasa así de conceptuarse como un ser inimputable, merecedor a lo sumo de la protección estatal, a convertirse en alguien a quien a partir de cierta edad se le exige una responsabilidad penal por sus actos delictivos. Se trata de una responsabilidad disminuida, adaptada a las características propias de la menor edad, y en particular, a las concretas circunstancias de cada menor, conocidas y valoradas a través de la labor del equipo técnico. Una responsabilidad que se le exige con una finalidad reeducadora, por entender que una intervención temprana puede frenar una posible carrera delictiva lo que redundaría en beneficio de la sociedad. Solventando los motivos que han ocasionado estas conductas, en una edad en la que los jóvenes son aun “permeables” a este tipo de intervenciones, puede dársele al joven infractor la posibilidad de tener un futuro mejor, alejado del mundo de la delincuencia.

Tercera.- El principio de oportunidad en la justicia de menores se fundamenta en el carácter educativo que inspira el proceso penal de menores. Las características de la delincuencia juvenil justifican que se intente evitar que los menores delincuentes se sienten en un “banquillo”, por poder resultar en determinados supuestos contraproducente y estigmatizador.

Cuarta.- En relación al principio de flexibilidad, inspirador del proceso de menores, este no plantea problemas desde la perspectiva de la igualdad en todos los supuestos en los que ante hechos similares, las circunstancias del menor requieran medidas de mayor o menor intensidad, pues se trata de administrar justicia en el caso concreto.

Quinta.- Los principios de reeducación, de interés del menor y de flexibilidad, propios del proceso de menores, están más presentes en los procesos seguidos por infracciones de menor gravedad, pero cuando se trata de delitos de mayor repercusión, ceden el paso a las ideas de prevención general y de defensa social frente a estos “niños peligrosos”, sin perjuicio de la labor reeducadora que después pueda realizarse en los centros de internamiento de menores.

Sexta.- En cuanto a la posibilidad que establecía la LORPM en su redacción originaria, de aplicar la ley del menor a los jóvenes de edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años en determinados supuestos (antiguo art. 4 de la LORPM), su supresión plantea problemas en los casos de codelincuencia o en los casos de los “mayores de edad recientes” con cierto grado de inmadurez. No me parece apropiada esta eliminación en una sociedad, donde la inmadurez propia de la adolescencia con frecuencia se mantiene pasada la mayoría de edad, por las ventajas de la aplicación de los mecanismos de conciliación o reparación. En este sentido, la opción por el criterio biológico de la edad pura y simple seguido por nuestro legislador tiene su razón de ser en la necesidad de proporcionar seguridad jurídica y dotar de automatismo a la opción por uno u otro proceso, el de menores o el de adultos, simplificando las soluciones, lo cual entiendo adecuado, máxime en un sistema judicial sobresaturado. Pero se producen algunas disfunciones en aquellos supuestos en los que no está determinado en un momento inicial el autor de los hechos o su menor edad, que quedarían solventadas en un hipotético modelo en el que el órgano competente para conocer de la instrucción de los procesos, tanto frente a adultos como frente a menores, fuera el mismo. Otro problema del criterio biológico es que genera algunas disfunciones en los casos de codelincuencia.

Séptima.- Ante las discusiones doctrinales que la denominación de “medidas” ha generado acerca de su verdadera naturaleza, considero que el art. 7 de la LORPM debió distinguir entre “penas juveniles” o “sanciones educativas” y “medidas de seguridad aplicables a los menores”. La terminología propuesta aclara su verdadera naturaleza, como sanciones penales aplicables a los menores que han cometido una infracción penal y en quienes no concurre causa de inimputabilidad, sin perjuicio de su contenido educativo y finalidad resocializadora, y permite distinguirlas de las medidas terapéuticas, de las que pudo ocuparse en un precepto aparte, como hace el CP, expresando los supuestos que darían lugar a su imposición, o bien concediendo al juez la necesaria discrecionalidad para su aplicación. Esta solución no atenta contra los principios de flexibilidad y de superior interés del menor, que son los que justifican que no se asocie cada medida a una infracción, y permiten introducir claridad en el elenco de consecuencias que establece la ley del menor. La terminología “penas juveniles”

propuesta tampoco resulta contraria a ninguno de los postulados de la ley del menor, pues además de adolecer de connotaciones peyorativas, permite designar a las cosas por su nombre, lo cual es adecuado a la finalidad educativa al dar a conocer al joven infractor que las consecuencias de sus actos tienen una verdadera naturaleza penal.

Octava.- Para la aplicación del principio de oportunidad, la justicia de menores cuenta con el instrumento de la mediación. La justicia de menores ha sido un ámbito de experimentación de prácticas de mediación por su mayor flexibilidad. No obstante, no debe perderse de vista que en el ámbito del derecho de menores los derechos de las víctimas deben armonizarse en justo equilibrio con la finalidad educativa de este procedimiento, y pueden ceder ante el mismo, de forma que la conciliación entre autor y víctima no se justifica tanto por las ventajas que para la misma pueda reportar, incluso a nivel emocional, como ocurre en la justicia de adultos, sino por ser un instrumento de claro contenido educativo para el menor.

Novena.- Cuál sea la naturaleza del proceso de menores es una cuestión de radical importancia en orden al objetivo de este trabajo de investigación. Solo es posible comparar lo que es equivalente. Por tanto, si el proceso de menores no tuviera una verdadera naturaleza penal, ningún sentido tiene tomarlo como campo de experimentación de las innovaciones que en un futuro se pretenden implantar en la justicia de adultos. La naturaleza penal del proceso se ve reforzada por aquellas disposiciones que integran la jurisdicción de menores en la jurisdicción ordinaria. Comparto las posturas doctrinales que afirman la naturaleza del proceso de menores a partir de la naturaleza penal de las infracciones cuya comisión determina la puesta en marcha del mismo y a partir de la naturaleza de las medidas a imponer. Mientras en el derecho penal de adultos prima la idea de prevención general intimidatoria y la proporcionalidad, en el derecho penal de menores se da prioridad a la finalidad resocializadora. Pero ello no impide hablar del carácter verdaderamente penal de la intervención, que surge, tanto en el proceso de adultos como en el de menores, de la comisión de hechos tipificados como delito o delito leve en el CP. Las diferencias entre el derecho penal en general o derecho penal de adultos y el de menores no son tantas como para afirmar que este último no es un verdadero derecho penal. Precisamente la combinación de elementos educativos y sancionadores de la que habla la doctrina, permite hablar del proceso de menores como de un auténtico proceso penal, un modelo de finalidad fundamentalmente preventivo-especial, que modula algunas de las características del derecho de adultos, pero que también incorpora preceptos inspirados en la idea de defensa social y de prevención general, imponiendo a los menores medidas, que, sin perjuicio de su carácter resocializador, tienen el carácter aflictivo propio de toda sanción penal.

Décima.- Las diligencias preliminares del proceso de menores permiten evitar que un menor sea objeto de un proceso penal en sentido estricto sin un sólido fundamento, lo que no es muy acorde con el principio de intervención mínima. Si las diligencias preliminares se limitan a practicar las actuaciones imprescindibles para desistir de la incoación del expediente o para verificar la existencia de los elementos

necesarios para abrir o no un expediente de reforma contra el menor, redundará en beneficio de éste, que no verá iniciado injustificadamente un procedimiento contra él. Es en el expediente de reforma cuando deben practicarse las diligencias de investigación propiamente dichas. Pero no deben invadirse las diligencias propias del expediente de reforma durante las diligencias preliminares, sino que lo que procederá es la apertura del expediente de reforma para después archivarlo si de la práctica de las diligencias no resultan indicios suficientes contra el menor.

Décimo Primera.- La aplicación del internamiento terapéutico y de la obligación de someterse a tratamiento ambulatorio o de desintoxicación como contenido de la libertad vigilada, como medidas cautelares durante la instrucción, reporta importantes ventajas en la justicia de menores. Si se contempla el proceso desde una perspectiva resocializadora, sería conveniente sostener la traslación de estas instituciones a la justicia de adultos, y, en particular, la instauración de la libertad vigilada como medida cautelar, para dar solución a aquellos supuestos en los que, desde la fase de instrucción, ya se evidencia la concurrencia de ciertas situaciones que requieran de una pronta intervención.

Décimo Segunda.- En cuanto a la sugerencia doctrinal de que dos representantes distintos del Ministerio Fiscal intervengan asumiendo las funciones de director de la investigación y de acusador, entiendo que el conocimiento del asunto que proviene de haber instruido el mismo facilita la labor, máxime teniendo en cuenta la finalidad educativa del proceso de menores. Una vez separadas dentro de la instrucción las funciones de investigación de los actos limitativos de derechos fundamentales, no es incompatible que el mismo fiscal investigue y sostenga la acusación, especialmente si se tiene en cuenta el principio de unidad de actuación. El Ministerio Fiscal debe abandonar su mentalidad acusadora cuando está instruyendo y cuidar de adoptar una posición totalmente imparcial, como la que corresponde en el proceso de adultos al juez instructor, que no investiga para acusar o para procesar al investigado, sino para poder tomar una decisión imparcial sobre si procede el sobreseimiento o la apertura del juicio oral.

Décimo Tercera.- La reproducción ante el juez de garantías de la petición de diligencias denegadas por el Ministerio Fiscal, supone el establecimiento de un control judicial de la investigación realizada por el fiscal, que permite solventar en cierto modo el problema derivado de la inexistencia de recursos contra las decisiones del fiscal, permitiendo al mismo tiempo la necesaria agilidad del proceso. A su vez, la imposibilidad de recurrir la decisión del fiscal de no incoar el procedimiento, permite evitar que la postura del perjudicado pudiera entorpecer la finalidad educativa del proceso de menores.

Décimo Cuarta.- Sobre la cuestión de si la víctima puede negarse a que se aplique el principio de oportunidad del art. 19 de la LORPM, en los casos en los que el arrepentimiento y propósito de conciliación del menor sea serio, entiendo que debe permitirse el archivo por aplicación del principio de oportunidad, mediante la

realización de actividades educativas, a fin de no frustrar los fines de este proceso, especialmente cuando la oposición de la misma no esté justificada o responda a un ánimo que nada tenga que ver con los principios inspiradores de esta jurisdicción.

Décimo Quinta.- Por lo que respecta a los problemas que ha planteado el proceso de menores desde la perspectiva del juez imparcial como consecuencia de la atribución al mismo juez de las funciones de garantías, y de las fases intermedia y de enjuiciamiento, comparto la postura doctrinal que considera que, con carácter general, las funciones del juez de garantías no son instructoras, pero pueden existir determinados supuestos en los que para adoptar medidas cautelares o limitativas de derechos existe un contacto con el material de la instrucción y en los que el juez se forma una convicción sobre la concurrencia de indicios contra el menor, con carácter previo a la celebración de la audiencia, por lo que deberá estarse al caso concreto. Si cualquier actuación del juez de garantías comprometiese su imparcialidad, poco sentido habría tenido atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal “para asegurar la imparcialidad del juzgador”. En este sentido, la posibilidad de acudir a las normas de reparto o sustitución que se aprueban en cada partido judicial por las Juntas de Jueces para solventar la posible contaminación del juez tampoco resulta sencilla, debido al organigrama judicial, y a la necesidad de evitar que el juez al que corresponda la sustitución deba conocer sistemáticamente de la fase de audiencia. Todo esto demuestra que la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal no es el remedio a todos los males de la justicia, pues plantea otros problemas de difícil solución, derivados de que se ha forzado este modelo en un sistema que no contemplaba un fiscal instructor. Así ocurre que la aplicación supletoria de una legislación procesal que está pensada para nuestro clásico sistema del juez instructor origina alguna disfunciones.

Décimo Sexta.- La ley podría haber optado por la creación de dos figuras distintas: el juez de menores de garantías y el juez de menores enjuiciador. Pero, en ese caso, me planteo que es lo que se ha ganado atribuyendo al Ministerio Fiscal la fase de investigación, pues quizá lo más lógico sería crear la figura del juez instructor de menores como órgano distinto del juez enjuiciador de menores y mantener al Ministerio Fiscal en sus funciones tradicionales, es decir un modelo semejante al que existe actualmente en la LECrim., soluciones todas ellas propuestas por la doctrina. Una vez sustraída en el proceso de menores la instrucción al órgano judicial, no se consideró necesario separar además los órganos judiciales de garantías y de enjuiciamiento, lo que, además, suponía una importante inversión económica y una reforma orgánica que no se contemplaba. Y no se dio de forma consciente, considerando que en el proceso de menores no había problema en que fuera el mismo juez quien continuara acumulando tales funciones en pro de la finalidad educativa del mismo. El superior interés del menor ofrece la solución, pues requiere una visión global de la situación del menor, que se ve facilitada por la participación del mismo juez en todas las fases del proceso. No obstante, en relación con los delitos de mayor gravedad, en los que es más frecuente la adopción de medidas limitativas de derechos de mayor envergadura, y en los que se introducen criterios de prevención general y de defensa social, deben extremarse las

garantías procesales, haciendo prevalecer el derecho al juez imparcial. Para estos supuestos considero que podría resultar interesante la creación de los Juzgados de Menores de Garantías, o bien de la atribución de funciones de garantías a uno o varios jueces de menores distintos de aquellos a los que corresponda el enjuiciamiento, o bien mediante la reforma de la LOPJ, o bien mediante la atribución dentro de las Secciones de Menores de los futuros Tribunales de Instancia de estas competencias a jueces distintos.

Décimo Séptima.- Los delitos que suelen instruirse en la jurisdicción de menores, dejando aparte los de mayor gravedad o gran repercusión mediática, son delitos que en la jurisdicción de adultos caen normalmente en el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado o del juicio rápido. En los delitos de menor entidad es donde se aprecian similitudes importantes entre las características de la delincuencia joven y adulta, que permiten afirmar, desde la perspectiva del fin resocializador de las penas, que las experiencias positivas obtenidas en la justicia de menores pueden extrapolarse al proceso de adultos. Por este motivo, a la hora de plantear la traslación del modelo de instrucción por el fiscal, este trabajo de investigación se ha centrado en los delitos que son objeto de estos procedimientos. Centrándonos en los delitos que son objeto del procedimiento abreviado o de juicios rápidos, en la jurisdicción de adultos, la realidad demuestra que la mayor parte de las infracciones que se instruyen diariamente en los juzgados españoles, que carecen normalmente de interés mediático y no revisten connotaciones de especial trascendencia política, son delitos de menor repercusión como hurtos, robos con fuerza o con violencia, lesiones, delitos de violencia doméstica, daños, etc. Son los mismos que se investigan en las Fiscalías de Menores, y son, en general, delitos donde la estructura jerarquizada del Ministerio Fiscal no tiene por qué ser un problema.

Décimo Octava.- Una de las mayores virtudes del proceso de menores es su agilidad, al limitarse a la práctica de las diligencias que el fiscal estime absolutamente imprescindibles para sustentar el ejercicio de la acción penal o para justificar la terminación anticipada del proceso, sin reiterar las ya practicadas, al no poder las mismas adquirir valor probatorio. Este concepto de instrucción es el que se pretende trasladar a la justicia de adultos con la finalidad de terminar con uno de los grandes males de la justicia, cual es la excesiva duración de las instrucciones.

Décimo Novena.- Se ha venido produciendo un acercamiento entre el derecho penal de menores y el de adultos. Por una parte, la justicia de menores ha incorporado elementos intimidatorios, de proporcionalidad y de prevención general. Por otra, en el ámbito de la delincuencia adulta, se acogen soluciones negociadas, y también se ha reforzado la convicción de que no solo se pretende el castigo frente a la infracción de la norma penal, sino que se trata de ofrecer una solución satisfactoria para los intereses de la víctima, que a un tiempo permita albergar esperanzas de resocialización, especialmente para aquellos encausados cuyo historial delictivo no aconseje la separación de la sociedad.

Vigésima.- En cuanto a la competencia para conocer de la fase intermedia, en un hipotético modelo de instrucción por el fiscal, ningún inconveniente presenta que el mismo juez de garantías conozca de la fase intermedia, lo que además le permitirá adoptar una decisión más fundada en orden al sobreseimiento o apertura del juicio oral, pues no ha dirigido la investigación y además el enjuiciamiento corresponde a un órgano distinto, a lo que se deben añadir razones de economía procesal y de carácter práctico.

Vigésimo Primera.- Al plantear la traslación del modelo del fiscal instructor a la justicia de adultos es necesario acometer con carácter previo la modificación de la planta y demarcación judicial. Los jueces de garantías deberían aglutinarse en las ciudades con mayor volumen de asuntos, en las que radiquen áreas o destacamentos de fiscalía, a fin de hacer coincidir las sedes judiciales con las de la fiscalía. La actual distribución de partidos judiciales dificulta la virtualidad práctica del modelo de instrucción por el fiscal, especialmente en aquellas poblaciones de menor entidad que no cuentan con destacamentos de fiscalía, salvo en el caso de los juicios rápidos. La concentración de los asuntos en partidos judiciales correspondientes a poblaciones más grandes o capitales de provincia permitiría optimizar los recursos existentes, igual que se hizo en la jurisdicción de menores, lo que se traduciría a la postre en una mejor y más rápida respuesta. Se podrían articular mecanismos para que el inconveniente del desplazamiento de las víctimas de determinados delitos no suponga un freno para la mejora del funcionamiento de la justicia. Dicha concentración puede tener lugar, bien mediante la fórmula de los Tribunales de Instancia, o bien manteniendo los actuales juzgados, previa reforma de la demarcación judicial, para que tengan su sede en las poblaciones de mayor importancia. En tal caso, si finalmente se encomendara la investigación a la fiscalía, los Juzgados de Instrucción darían paso a los Juzgados de Garantías, reconvirtiéndose aquellos que excedan de lo necesario en otro tipo de órganos judiciales. El dar presencia al fiscal instructor en las demarcaciones judiciales de menor entidad solo sería viable en relación con los juicios rápidos, mediante el desplazamiento del fiscal adscrito al servicio de guardia. En los demás casos, no sería suficiente la solución de dar presencia al fiscal instructor a través de las nuevas tecnologías, debido al principio de inmediación que debe regir la investigación.

Vigésimo Segunda.- Por lo que respecta a la reforma de la estructura del Ministerio Fiscal como presupuesto previo para la atribución de la instrucción al mismo, en cuanto permita dotar a los miembros del mismo de una mayor autonomía resulta, a mi juicio, positiva, pero privar a la institución de los principios y características que le son propias, para acometer una reforma de dudosa virtualidad, es una cuestión que plantea serias dudas. Por lo que respecta a la necesaria ampliación de la plantilla del Ministerio Fiscal, necesaria para acometer esta reforma, en relación con el modelo de “pasarelas” entre los miembros de la carreras judicial y fiscal que se contempla por algún sector de la doctrina, esta posibilidad es viable, pero antes de llevarlo a cabo debe regularse cuidadosamente el nuevo régimen, concretando hasta qué punto se trata de una unificación de ambas carreras, y advirtiendo cuáles son sus consecuencias. En caso

de plantearse un modelo mixto, en el que algunas infracciones fueran investigadas por el juez y otras por el fiscal, dentro de los futuros Tribunales de Instancia, podría crearse, junto a las Secciones de Garantías, las Secciones de Instrucción Judicial, de las que formarían parte magistrados a los que podrá corresponder la instrucción de las causas por delitos cuya investigación no quede encomendada al Ministerio Fiscal. En caso de que no se llegaran a crear los Tribunales de Instancia, sino que se mantuvieran los actuales juzgados, aglutinados en las poblaciones de mayor entidad, podrían convivir Juzgados de Instrucción con Juzgados de Garantías, o bien los propios Juzgados de Instrucción podrían realizar funciones de instrucción o de garantías jurisdiccionales, según los casos.

Vigésimo Tercera.- El ámbito donde más reparos se ponen al modelo de la instrucción por el fiscal en los delitos cometidos por adultos es en relación a las infracciones de cierta envergadura económica o con implicaciones políticas, un campo donde de poco sirve la experiencia del proceso de menores, pues no se trata de delitos que se suelen investigar en la jurisdicción de menores. Si tenemos presente que los problemas que plantea el principio de jerarquía se refieren particularmente a determinados tipos delictivos, en particular, los delitos de corrupción política, la solución pasa por excluir, del nuevo modelo, tales infracciones.

Vigésimo Cuarta.- En el caso de los delitos que siguen los trámites del procedimiento abreviado, entiendo que puede otorgarse al Ministerio Fiscal la investigación de los delitos que no revistan implicaciones políticas. En concreto, y sin ánimo de exhaustividad, los delitos de lesiones; los delitos contra la libertad, salvo los delitos de coacciones cometidos por movimientos antisistema o grupos de presión; los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; los delitos contra la intimidad; los delitos contra el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio; los delitos contra el honor; los delitos contra las relaciones familiares; los delitos de hurto, robo, hurto y robo de uso de vehículos de motor; los delitos de daños; los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial; los delitos contra la salud pública; los delitos contra la seguridad vial; los delitos de falso testimonio; los delitos de quebrantamiento de condena; o los delitos de atentado y resistencia.

Vigésimo Quinta.- La instrucción adquiere en el juicio rápido unas connotaciones semejantes a las propias del modelo de instrucción por el fiscal, la de reunir los elementos imprescindibles para determinar si procede la continuación del procedimiento o el archivo de la causa. La única diferencia es que se mantiene la figura del juez instructor. El modelo de investigación por el fiscal del proceso de menores, tal cual se regula en la LOPRM, es, a mi juicio, trasladable a los juicios rápidos. Sería necesaria una reforma que permitiera interrumpir la comparecencia prevista en el art. 798 de la LECrim. y establecer un breve plazo para la práctica de las diligencias que, denegadas por el fiscal, fueran nuevamente solicitadas por las partes y acordadas por el nuevo juez de garantías. Podría regularse un sistema en el que el juez titular del correspondiente Juzgado de Instrucción, en relación con los procedimientos que deban seguir los trámites de diligencias urgentes, iniciados a través del oportuno atestado,

adopte la condición de juez de garantías, atribuyéndose la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal. En tales casos, el fiscal al que corresponda la investigación, debería tener presencia física en el partido judicial en cuestión durante el servicio de guardia, sin que esto requiera de reforma alguna en la actual configuración de la fiscalía ni de la planta judicial, ya que bastaría con la presencia del fiscal que atienda el servicio de guardia, mediante los oportunos desplazamientos. Lo que sí sería necesario es que los fiscales asignados a la guardia, especialmente en los partidos judiciales más pequeños, no estuvieran empleados al mismo tiempo en otros servicios. El juez de instrucción, solo a efectos de este procedimiento, operaría como juez de garantías. El propio juez de garantías, liberado de su papel de juez de instrucción, y, por tanto, no contaminado por aquella, podría adoptar, como ocurre con el juez de menores, la condición de juez de enjuiciamiento llegado el caso, con la consiguiente descarga de los Juzgados de lo Penal, que actualmente se encuentran en su mayoría especialmente saturados. Para solucionar los problemas que se pudieran plantear desde la perspectiva de la imparcialidad, en los casos de adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales o de práctica de diligencias complementarias, se podría acudir a las normas de abstención en el caso concreto o bien establecer en los juzgados un turno de reparto conforme al cual el enjuiciamiento correspondiera a otro juez del mismo partido judicial.

Vigésimo Sexta.- Considero muy acertada la propuesta del BCPP acerca de la denominada “conformidad inmediata”, que tenía lugar durante la fase de investigación, puesto que la anticipación de la prestación de la conformidad a la fase de investigación, puede ser un instrumento útil para la agilización de la justicia. La posibilidad de que se dicte sentencia de conformidad por el juez que ha conocido de la fase de instrucción, a día de hoy es posible únicamente en los juicios rápidos. Esta posibilidad podría extenderse, en caso de encomendarse la investigación al fiscal, al nuevo juez de garantías para aquellas conformidades que se logran durante la investigación, aunque no entraran dentro del ámbito de aplicación del juicio rápido. Esta alternativa sería posible en un modelo de instrucción por el fiscal, pues es a éste al que corresponde la labor de negociación. La reducción del tercio de la condena, propuesta por el borrador para todos los casos facilitaría el recurso a estas soluciones negociadas.

Vigésimo Séptima.- La introducción del principio de oportunidad, unida a la despenalización de algunas faltas, ha contribuido en gran parte a la descongestión de los órganos judiciales, en concreto de los Juzgados de Instrucción. Si se tiene en cuenta la situación actual del proceso español, tiene sentido un reconocimiento expreso y reglado del principio de oportunidad, aunque limitado a determinados supuestos de menor gravedad y bajo ciertos presupuestos. Los tipos delictivos que más objeciones plantean a la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del principio de oportunidad, por las connotaciones políticas o las consecuencias económicas que les acompañan, no suelen darse, en la práctica, en el proceso de menores. La solución podría venir dada por una oportunidad reglada que permita aplicar este principio únicamente a los delitos de menor entidad, con expresa exclusión del mismo en determinados tipos delictivos en los

que pudiera darse entrada a intereses políticos u otros ajenos a los estrictamente jurídicos. En estos supuestos, y tratándose de delitos de menor gravedad, sería conveniente la introducción del principio de oportunidad, en términos similares a los del art. 19 de la LORPM, permitiendo el archivo de las actuaciones condicionado al cumplimiento de determinadas medidas, como la realización de determinadas prestaciones, la reparación moral a las víctimas, la participación en programas formativos o reeducacionales, la obligación de observar ciertas reglas de conducta, o el sometimiento a tratamientos médicos, psiquiátricos o de desintoxicación, bajo condición de que su no cumplimiento determinará la continuación del procedimiento. La facultad de instar el sobreseimiento por motivos de oportunidad debe corresponder al Ministerio Fiscal, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos, siempre que se cumplieran determinadas condiciones, como que se trate de hechos cometidos sin violencia o intimidación o con riesgo grave para la vida e integridad física de las mismas, y que el encausado no fuera reincidente. La solicitud del Ministerio Fiscal debe ponderar los derechos de las víctimas, junto al interés público en la persecución del delito y la utilidad y necesidad de la pena, y el cumplimiento del fin resocializador. La forma de articular el archivo en estos casos debería ser, a mi juicio, la petición de sobreseimiento por el fiscal, dirigida al juez, y el dictado por este del auto correspondiente, si bien previa audiencia de todas las partes, y tras la oportuna comprobación del cumplimiento de los requisitos formales. En los supuestos en los que no exista acusación particular, el juez dictaría un auto de sobreseimiento. En los casos de oposición por parte de esta, debería valorar los intereses de la misma en la prosecución del procedimiento, sin que posturas injustificadas determinen la continuación. La decisión del juez podría ser revisada por una instancia superior, en virtud del oportuno recurso de apelación. Se propone, pues, un mayor control judicial que el establecido en la jurisdicción de menores, a fin de salvaguardar todas las garantías.

Vigésimo Octava.- Partiendo del establecimiento de una oportunidad reglada, en los términos antes expuestos, para la jurisdicción de adultos, restringida a determinados delitos de menor entidad, como instrumento de este principio, puede contemplarse la mediación, que debe vincularse a aquel de forma semejante a la prevista en la justicia de menores. A través de la mediación se puede articular mecanismos para llegar a los acuerdos y compromisos necesarios para aplicar este principio.

BIBLIOGRAFÍA.

Libros, artículos y ponencias publicadas.

ALBRETCH, P. A. *El Derecho Penal de menores* (Traducción de BUSTOS RAMIREZ, J.). PPU. Barcelona, 1990.

ALHAMBRA PÉREZ, M.C. “Los recursos en la fase de instrucción del procedimiento penal”. *Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción, recursos contra la sentencia, recursos en el procedimiento del jurado, recursos de casación y de revisión. Estudios de derecho judicial, nº 150 de 2008.*

ALTALVA LAVALL, M. G. “El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GOMEZ COLOMER, J. L. (coord.). *Justicia Penal de Menores y Jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002.

ÁLVAREZ RAMOS, F. (Equipo Psicosocial Judicial Donostia-San Sebastián). “Mediación penal juvenil”. *International E- Journal of Criminal Sciencies. Artículo 3, Número 2, 2008.*

ARMENTA DEU, T. “Colaborando a superar la crisis. Una apuesta decidida por la modernización”. *Cuadernos Digitales de Formación, 5-3023.*

ARMENTA DEU, T. “¿Es necesario un juicio sobre la acusación tras la fase de instrucción? ¿Correspondería al juez de garantías o al tribunal sentenciador?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

ARMENTA DEU, T. *Principio acusatorio y Derecho penal*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona. Ed. J.M Bosch Editor, 1995.

ARMENTA DEU, T. “¿Qué soluciones razonables permitirían adecuar la plantilla la estructura territorial del ministerio fiscal en un plazo corto de tiempo a las necesidades de la instrucción penal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

ARMENTA DEU, T. “¿Requiere la instrucción de la función de “juzgar”? ¿Qué naturaleza tienen, por ejemplo, las decisiones relativas a la necesidad de practicar ciertas diligencias de investigación y a la conveniencia de excluir otras?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de*

la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

ASENCIO MELLADO, J.M. “¿Cómo debería regularse la introducción en el proceso del resultado de las diligencias de investigación practicadas por el fiscal, en caso de concedérsele legalmente la dirección de la investigación en el proceso? ¿Cuál debería ser su intervención en cuanto a la prueba anticipada y preconstituida?”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

ASENCIO MELLADO, J. M. “¿Debe encomendarse al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación en el proceso penal? ¿Por qué razones?”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

ASENCIO MELLADO, J. M. *Derecho procesal penal.* 6ª edición. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

ASENCIO MELLADO, J. M. *Introducción al Derecho procesal penal.* 5ª edición. Ed. Tirant Lo Blanch.

ASENCIO MELLADO, J. M. “La reforma del sistema de medidas cautelares”, en ASENCIO MELLADO Y FUENTES SORIANO (dirs.) *La reforma del proceso penal.* Ed. La Ley, 1ª edición. Abril 2011. Las Rozas (Madrid).

ASENCIO MELLADO, J. M. *Prueba prohibida y prueba preconstituida.* Ed. Trivium. Madrid, 1989.

AYO FERNÁNDEZ, M. *Las garantías del menor infractor.* Ed. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004.

BACIGALUPO, E. “¿Debe encomendarse al ministerio fiscal la dirección de la investigación en el proceso penal? ¿Por qué razones?”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

BACIGALUPO, E. “La posición del Fiscal en la investigación penal”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

BARRIO MARTÍN, R. “¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al ministerio fiscal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

BASANTA DOPICIO, J.L. “La psicología forense y el Equipo Técnico en la jurisdicción de menores: de los orígenes a la actualidad”. *Revista Galego-portuguesa de psicoloxía e educación*. Vol.19 (2) Ano 16º-2011.

BENÍTEZ ORTÚZAR, F. I. “El derecho penal de menores en el Estado Social y Democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el *ius puniendi* estatal respecto del joven infractor”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate. I Congreso Nacional de Justicia penal juvenil*. Ed. Dykinson. Madrid, 2010.

BENITO ALONSO, F. “Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de Responsabilidad Penal de los Menores, como criterio de interpretación de la misma”. *Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-111, tomo 4*. Ed. La Ley.

BERNUZ BENEITEZ, M. J. “Justicia de Menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Artículos RECPC 07-12 (2005)*.

BUENO ARÚS, F. “El Anteproyecto de la Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores elaborado por el Ministerio de Justicia”. *EGUZKILORE. Núm. 1. San Sebastián. Diciembre 1997. 157-167*.

BUENO ARÚS, F. “La ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal”. *Cuadernos de derecho judicial. XXV/2005. CGPJ. (Ejemplar dedicado a: La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual) Escuela judicial*.

BUENO ARÚS, F. “La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., y MAYORAL NARROS, I. V. (coord.) *Jornadas sobre derecho de los menores. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. 2003*.

BUENO ARÚS, F. “Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad *sui generis*. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal del menor”. *Actual doctrina de la imputabilidad penal*. CGPJ. Madrid, 2006.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “La reforma del proceso penal español en el anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal de 27 de julio de 2011 (1).”. *Diario la ley, número 7939, Sección Doctrina, 8 de octubre de 2012, Ref. D-384, Ed. La ley*.

BUTTS, T. y GUILARTE GUTIÉRREZ, P. “Proyecto de Plan formativo para la derivación a mediación en la jurisdicción penal de adultos”. *Hacia un sistema de evaluación temprana de casos en mediación penal. CGPJ. 3 de octubre de 2005.*

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. “Justicia negociada y nueva reforma procesal penal.” I y II. *Diario La Ley. Núm. 5815, 2 de julio de 2003, y núm. 5816, 3 de julio de 2003.*

CALATAYUD PÉREZ, E. “La LO 5/2000. Fase intermedia. Conclusión de la Instrucción. Celebración de la audiencia y sentencia”. *La responsabilidad penal de los menores. Aspectos sustantivos y procesales. Cuadernos de derecho judicial. Nº 3, 2001.*

CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho procesal penal. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal.* Ed. Dykinson. Madrid, 2002.

CÁMARA ARROYO, S. *Internamiento de Menores y Sistema Penitenciario.* Ed. Ministerio de Interior. Madrid, 2010.

CÁMARA ARROYO, S. “La utopía correccional de BUENO ARÚS: La Ley Orgánica de Justicia Juvenil”. *Revista de estudios penitenciarios. In memoriam del Profesor BUENO ARÚS.* Ed. Ministerio de Interior. Secretaría General Técnica. Madrid, 2013.

CARDENAL FERNÁNDEZ, J., FUENTES SORIANO, O. y GONZALEZ MONTES, J.L. “¿Cómo debería regularse la introducción en el proceso del resultado de las diligencias de investigación practicadas por el fiscal en el caso de concedérsele legalmente la dirección de la investigación del proceso? ¿Cuál debería ser su intervención en cuanto a la prueba anticipada y preconstituida?”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal. Parte general.* 4ª edición conforme al Código Penal de 1995. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

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

Conclusiones del Curso “La mediación civil y penal. Un año de experiencia. Alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a fiscales y jueces de familia y penales”. *CGPJ. Fiscalía General del Estado. Cursos de formación continua, 2006. 6,7 y 8 de noviembre de 2006. Dirs.: ZAPATERO GÓMEZ, J. y SÁEZ VALCÁRCEL, R. Publicado.*

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”. *Revista del Poder Judicial. Nº especial VI. Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas.*

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. “Legalidad *versus* oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios Públicos”. *Primeras jornadas de derecho judicial*. 1983.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. *La ley de la responsabilidad penal de los menores*. Ed. Trivium. Madrid, 2001.

CORONADO BUITRAGO, M. J. “Libertad vigilada”. *Novedades legislativas en el orden penal. Cuadernos digitales de formación*. Nº 46, 2009.

COY, E. y TORRENTE, G. “Intervención con menores infractores: Su evolución en España”. *Anales de psicología 1997, volumen 13, nº 139-49*. Universidad de Murcia.

CRESPO BARQUERO, P. “¿Es necesario un juicio sobre la acusación tras la fase de instrucción? ¿Correspondería al juez de garantías o al tribunal sentenciador?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

CRESPO BARQUERO, P. “¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al ministerio fiscal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

CRESPO BARQUERO, P. “¿Puede mantenerse la estructura jerárquica interna del ministerio fiscal tal y como actualmente existe si asume la instrucción? ¿Cuáles son los riesgos, cuáles las ventajas, y qué balance resulta de ambos? Si se estima adecuada una estructura jerárquica más flexible, ¿cuáles son las reformas legales necesarias para establecerla?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

CRUZ BLANCA, M. J. “Sobre las medidas tras la reforma operada por LO 8/2006 de 4 de diciembre”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate. I Congreso Nacional de Justicia penal juvenil*. Ed. Dykinson. Madrid, 2010.

CUADRADO SALINAS, C. en “El principio de oportunidad. El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada”, en ASECIO MELLADO y FUENTES SORIANO (dirs.) *La reforma del proceso penal*. Ed. La Ley, 1ª edición. Abril 2011. Las Rozas (Madrid).

CUELLO CONTRERAS, J. “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de personalidad”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. y CRUZ

BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate. I Congreso Nacional de Justicia penal juvenil*. Ed. Dykinson. Madrid, 2010.

CUESTA ARZAMENDI, J.L. “La justicia juvenil en España: regulación actual y proyectos en curso (*Juvenile justice in Spain: current regulation and projects underway*)”. *Instituto Vasco de Criminología Villa Soroa- Ategorrieta, 1998*.

DE LA ROSA CORTINA, J. M. “La instrucción en el procedimiento de la LORPM. Intervención del juez de menores”. *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. CGPJ. Madrid, 2001.

DE LA ROSA CORTINA, J.M. “¿Requiere la instrucción de la función de “juzgar”? ¿Qué naturaleza tienen, por ejemplo, las decisiones relativas a la necesidad de practicar ciertas diligencias de investigación y a la conveniencia de excluir otras?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, E., TOMÉ GARCÍA, J.A. *Derecho procesal penal*. Octava edición. Editorial universitaria. Ramón Areces. Madrid, 2007.

DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal penal*. 2ª edición. AA VV. Madrid 1995.

DE LA OLIVA SANTOS, A. “Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del tribunal a las pretensiones en el proceso penal”. *Revista general del derecho*. Núms. 557-578, 1992.

DE LA OLIVA SANTOS, A. *Jueces imparciales. Fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. PPU. Barcelona, 1988.

DE RAMÓN FORS, I. “La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley*, nº 7433, Sección Doctrina, 28 de junio de 2010, año XXXI, Ref. D- 211, Editorial La Ley. *La Ley 5213/2010. Laleydigital360*.

DEL MORAL GARCÍA, A. en “Bloque I. Cuestiones orgánicas. I. a. Respuestas globales al conjunto del bloque”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

DESCHAMPS, J.P. “El derecho francés de los menores: El menor y el juez de menores”. *Estudios de derecho judicial. Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado*. Nº Vol. 18/99.

DÍAZ MARTÍNEZ, M. “El Ministerio Fiscal director de la investigación en el proceso penal de menores”, en GIMENO SENDRA, J. V. (dir.). *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción*. Ed. Iustel. Madrid, 2006.

DÍEZ-PICAZO y GIMÉNEZ, L. M. *El poder de acusar: ministerio fiscal y constitucionalismo*. Ed. Ariel. Barcelona, 2000.

DÍEZ-PICAZO Y GIMÉNEZ, L. M. “La configuración jurídico-política de la acusación pública en los Estados Unidos”. *Tribunales de Justicia. Revista española de derecho procesal*. Nº 3, 1997.

DOLZ LAGO, M.J. “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”. *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 1998, Ref. D-131, tomo 3. Ed. La Ley. La Ley 11764/2001.

DOLZ LAGO, M.J. “El Fiscal ante la reforma de menores: Radiografía de una metamorfosis paradójica. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 36/91 y al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores”. *Diario La Ley*, 1992, pág. 970, tomo 2. Ed. La Ley. La Ley 17706/2001.

DOLZ LAGO, M.J. “La experiencia de las fiscalías de menores como sistema acusatorio desde la perspectiva de la instrucción penal a cargo del Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley*, nº 6828, Sección Doctrina, 26 de noviembre de 2007. Año XXVIII, Ref D- 255, Ed. La Ley. La Ley 6318-2007.

DOLZ LAGO, M. J. “Menores y juicios rápidos”. *Diario La Ley*, Nº 5782, Sección Doctrina, 16 de mayo de 2003, Año XXIV, Ref. D- 115, Editorial La Ley. La Ley 850/2003. Laleydigital360.

DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, C. “La crisis del actual sistema de justicia penal. La necesaria modernización del sistema”. *Colaborando a superar la crisis. Una apuesta decidida por la modernización de la justicia (ámbito penal)*. Cuadernos Digitales de formación. Nº 5, 2013.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M. “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate. I Congreso Nacional de Justicia penal juvenil*. Ed. Dykinson. Madrid, 2010.

ECHEBARRÍA X.K. “Proyecto de Mediación Penal en la Comunidad Autónoma de País Vasco. Noviembre de 2008”. *Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social. Viceconsejería de Justicia. Dirección de Ejecución Penal*.

EIRANOVA ENCINA, E. (coord.) *Código Penal Alemán StGB Código Procesal Penal Alemán StPO*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2000.

ESBEC RODRÍGUEZ, E. (Juzgados de Plaza Castilla) y ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. (Universidad País Vasco). “La prueba pericial en la jurisdicción penal

en los consumidores de drogas y drogodependientes: una valoración integral”. *Psicopatología clínica, legal y forense. Volumen 14, 2014.*

ESCRIBANO MORA, A.C. “Desaparición de la infracción penal constitutiva de falta. Los delitos leves”. *Reforma del Código Penal. Cuadernos Digitales de Formación. N° 46, 2015.*

FERNÁNDEZ ESTRALGO, J. “Justicia a cien por hora. El principio del consenso en el procedimiento abreviado”. *Diario La ley, 1991, pág. 1048, tomo 3, Ed. La ley.*

FERNÁNDEZ FUSTES, M.D. “Fase intermedia o de alegaciones”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.). *Proceso penal de menores.* Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D. “Los límites del ius puniendi”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Septiembre-Diciembre de 1994. Tomo XLVII, fascículo III.*

FERRER PUJOL F.B. “Las faltas en la reforma del CP de 2015”. *Encuentro entre magistrados de secciones penales de las Audiencias Provinciales con jueces y magistrados del orden penal. Cuadernos Digitales de Formación. N° 47, 2015.*

FIERRO GÓMEZ, A. “La ley del Menor: Crónica de una reforma anunciada”. *Diario La Ley, n° 6492, Sección Doctrina, 29 de mayo de 2006, Ref. D- 131, Editorial La Ley. La Ley 1402/2006. Laleydigital360.*

FLORES PRADA, I. “Bloque I. Cuestiones orgánicas. ¿Puede mantenerse la actual vinculación entre ministerio fiscal y poder ejecutivo si el ministerio fiscal asume la instrucción? ¿Hay modelos mejores? ¿En qué consisten y qué posibilidades de adaptación a nuestro ordenamiento tendrían?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde.* Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

FLORES PRADA, I., “¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al ministerio fiscal? ¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al ministerio fiscal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde.* Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

FLORES PRADA, I. “¿Puede mantenerse la estructura jerárquica interna del ministerio fiscal tal y como actualmente existe si asume la instrucción? ¿Cuáles son los riesgos, cuáles las ventajas y qué balance resulta de ambos? Si se estima adecuada una estructura

jerárquica, ¿cuáles son las reformas legales necesarias para establecerla?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

FLORES PRADA, I. “¿Requiere la instrucción de la función de “juzgar”? ¿Qué naturaleza tienen, por ejemplo, las decisiones relativas a la necesidad de practicar ciertas diligencias de investigación y a la conveniencia de excluir otras?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

FOURMENT, F. *Procédure pénale*. Ed. Paradigme. Orleans, 2011.

FUENTES DEVESA, R. “Las sentencias de conformidad dictadas por el juez de guardia”. *Diario La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. N° 5794, 2003.

FUENTES SORIANO, O. en “Bloque I. Cuestiones orgánicas. ¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al Ministerio Fiscal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

FUENTES SORIANO, O. “Bloque I. Cuestiones orgánicas. ¿Qué soluciones razonables permitirían adecuar la plantilla y estructura territorial del Ministerio Fiscal en un plazo corto de tiempo a las necesidades de la instrucción judicial?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

FUENTES SORIANO, O. “El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma”. *Documento de trabajo 16/2003*.

FUENTES SORIANO, O. “¿Habría que reconvertir el actual modelo de carreras judicial y fiscal con separación absoluta a un modelo de “pasarela” entre ambas, como existe en otros ordenamientos europeo? Ventajas, desventajas, condiciones y requisitos”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

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

FUENTES SORIANO, O. “La instrucción por el fiscal en el nuevo proceso penal”. *Nuevos retos de justicia penal. Las Rozas (Madrid). La ley, 2008.*

FUENTES SORIANO, O. “¿Puede mantenerse la actual vinculación entre ministerio fiscal y poder ejecutivo si el ministerio fiscal asume la instrucción? ¿Hay modelos mejores, en qué consisten y qué posibilidades de adaptación a nuestro ordenamiento tendrían?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde.* Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

FUENTES SORIANO, O. “Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, en ASENCIO MELLADO Y FUENTES SORIANO (dirs.) *La reforma del proceso penal.* Ed. La Ley, 1ª edición. Abril 2011. Las Rozas (Madrid).

GARBERÍ LLOBREGAT, J. “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente”. *Diario La Ley, nº 6799, Sección Doctrina, 15 de octubre de 2007, año XXVIII, Ref. D- 217, Editorial La Ley.*

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (dir.). *Cuadernos de derecho judicial, nº 15, 1996 (Ejemplar dedicado a: Menores privados de libertad). CGPJ. Madrid.*

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El Proceso penal de menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares.* Prólogo de F. JIMÉNEZ CONDE. Cizur Menor (Navarra). Thomson Aranzadi. 2007.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “Propuestas para una reforma del proceso de menores”. *Revista del poder judicial, 79-2005.*

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J. “Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo” *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Nº 5 2001.*

GARCÍA PÉREZ, O. (dir.), DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., PÉREZ JIMÉNEZ, F. y GARCÍA RUÍZ, S. *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de Menores.* Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA MORENO, J.M. “Consideraciones generales sobre la regulación de las medidas cautelares en el Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal”. *Revista de jurisprudencia. Nº 2, 9 de febrero de 2012.*

GASCÓN INCHAUSTI, F. “Características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado. Instrucción penal en el derecho comparado”. *Cuadernos digitales de formación. Nº 4, 2011.*

GATTI, U. “El sistema italiano de justicia para menores de edad”. *Estudios de Derecho judicial. Legislación de menores en el siglo XXI. Análisis de derecho comparado. Vol. 8/99.*

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. *Delincuencia juvenil y control social*. Ed. Círculo Editor Universo. Barcelona, 1981.

GIMENO SENDRA, J. V. “Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial”. *Justicia. Revista de derecho procesal. n° 4, 1988.*

GIMENO SENDRA, J. V. *Derecho procesal penal*. Ed. Aranzadi. Madrid. 1999.

GIMENO SENDRA, J. V. “Filosofía y principios de los juicios rápidos”. *La ley. Núm. 5667, 2 de diciembre de 2002.*

GIMENO SENDRA, J. V. *Fundamentos de derecho procesal*. Ed. Civitas Ediciones. Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, J. V. “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Revista del Poder Judicial. Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas. N° especial VI.*

GIMENO SENDRA, J. V. “El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley, n° 8746. Sección Doctrina. 21 de abril de 2016. Ref D-168. Ed. La ley.*

GIMENO SENDRA, J. V. “El proceso penal de menores”. *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Ediciones jurídicas y sociales. Instituto universitario de investigación Ortega y Gasset*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2004. Tomo II, 3ª parte, derecho procesal penal.

GIMENO SENDRA, J. V. “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

GIMENO SENDRA, J. V. “La reforma de la LECrim. y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”. *Revista del poder judicial, n° especial XIX, 2006. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

GIMENO SENDRA, J. V. “Las partes acusadoras”, en MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., ALAMAGRO NOSETE, J. y GIMENO SENDRA, J.V. *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley orgánica 7/88*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1989.

GIMENO SENDRA, J. V. y LOPEZ COIG, J. C. *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2003.

GIMENO SENDRA, J. V. “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)”. *Revista del poder judicial. Número especial II. Justicia penal.*

GIMENO SENDRA, J. V. *Manual de derecho procesal penal.* 2ª edición. Ed. COLEX. La Coruña, 2010.

GÓMEZ COLOMER, J.L. “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica”. *Revista del Poder Judicial, nº especial XIX. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Revista del Poder Judicial, nº volumen especial XIX, año 2016.* GÓMEZ COLOMER, J. L. “El fiscal instructor”. *Revista Justicia. Núm. 2, 1996.*

GÓMEZ COLOMER, J. L. “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”. *Revista del Ministerio Fiscal. Nº 4, 1997.*

GÓMEZ COLOMER, J.L. “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”. *La reforma de la justicia penal. Estudios de homenaje al Profesor Klaus Tiedmann. Colección “Estudis jurídics”. Núm.2. Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997.*

GÓMEZ COLOMER, J.L. “Tuición procesal de menores y jóvenes”, en GONZÁLEZ CUSSAC, TAMARIT SUMALLA y GÓMEZ COLOMER (coord.). *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación).* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GÓMEZ ORBANEJA, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Ed. Bosch. Barcelona, 1951.

GONZÁLEZ CANO, M. I. “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores”. *Tribunales de Justicia. Revista española de derecho procesal. Nº 7, 2000.*

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. “Los Tribunales para niños. Creación y desarrollo”. *Juvenile Courts. Creation and development.* Universidad de Oviedo.

GONZALEZ MONTES, J.L. “¿Cómo debería regularse la introducción en el proceso del resultado de las diligencias de investigación practicadas por el fiscal, en caso de concedérsele legalmente la dirección de la investigación en el proceso? ¿Cuál debería ser su intervención en cuanto a la prueba anticipada y preconstituida?”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

GONZÁLEZ PILLADO, E. “La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal de los menores”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (dir.). *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

GUERRERO PALOMARES, S. *El principio acusatorio*. 2ª edición. Ed. Cizur Menor (Navarra). Thompson-Aranzadi, 2009.

HEREDIA PUENTE, M. “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley*, nº 7257, Sección Doctrina, 7 de octubre de 2009, Año xxx, Editorial La Ley.

Informe sobre el programa de mediación y reparación en Cataluña en el marco de la Ley 4/92 a cargo de DAPENA, J. *Publicado por Atelier en 2001. Título Mediación X, Coord.: GONZÁLEZ -CAPITEL. C.*

JESIONEK, U. “Jurisdicción de menores en Austria”. *Estudios de derecho comparado. Legislación de menores en el siglo XXI. Vol 18/99.*

JIMENEZ BADOS, M.P, “¿Es necesario un juicio sobre la acusación tras la fase de instrucción? ¿Correspondería al juez de garantías o al tribunal sentenciador?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

JIMENEZ BADOS, P. “¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al ministerio fiscal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

JIMÉNEZ CONDE, F. “Bloque III. El juez de garantías. ¿Qué funciones corresponderían a este órgano jurisdiccional? ¿Sería uno de los ya existentes o habrá que crear uno nuevo? ¿Con qué demarcación?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

JIMÉNEZ CONDE, F. “¿Es necesario un juicio sobre la acusación tras la fase de instrucción? ¿Correspondería al juez de garantías o al tribunal sentenciador”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

JIMÉNEZ CONDE, F. “La atribución de la instrucción al fiscal, ¿tendría que acompañarse de una reforma del régimen de responsabilidades penales, civiles y

disciplinarias de los fiscales? ¿En qué términos?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

JIMÉNEZ CONDE, F. “¿Puede mantenerse la actual vinculación entre ministerio fiscal y poder ejecutivo si el ministerio fiscal asume la instrucción? ¿Hay modelos mejores? ¿En qué consisten y qué posibilidades de adaptación a nuestro ordenamiento tendrían?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Artículos RECPC 17-19, 2005*.

JIMÉNEZ SALINAS i COLOMER, E. “La mediación penal”. AAVV. *Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1999*.

LANDROVE DÍAZ, G. *Introducción al derecho penal de menores*. 2ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

LANDROVE DÍAZ, G. “La ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. *Revista la Ley, 2000, Tomo IV*.

LANDROVE DÍAZ, G. “Marco operativo de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. *Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-147, tomo 4, Editorial La ley*.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “El principio de oportunidad”. *Cuadernos de derecho judicial. Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*.

LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J. “Legitimación de la pena, culpabilidad y prevención”. *Revista del poder judicial, nº46. Segundo trimestre, 1997*.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M. *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*. Ed. Comares. Granada, 2002.

LÓPEZ LÓPEZ, M. “La motivación de los actos del Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley, nº 8358, Sección Doctrina, 25 de septiembre de 2014, año XXXV, Ref D- 293, Editorial La Ley. La Ley 6279/2014. Laleydigital360*.

LOPEZ ORTEGA, J.J y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I. “El proceso penal como sistema de garantías (III): la contradicción previa al juicio en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código procesal penal”. *Diario la ley, nº 8111, sección doctrina, 24 de junio de 2013, año XXXIV, Ref. D-238, editorial la ley*.

LÓPEZ ORTEGA, J.J. y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I. “El proceso penal como sistema de garantías (II). La dirección de la investigación en el anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal y en el código procesal penal”. *Diario la ley*, n° 8091, sección doctrina, 27 de mayo de 2013, año XXXIV, Ref. D- 198, Editorial la ley.

LORCA NAVARRETE, A.M. “¿Es inconstitucional la figura del instructor acusador?” *Actualidad Aranzadi*. Año VI. Número 233.

LUZÓN CUESTA, J. M. “*Compendio de Derecho Penal. Parte especial. Adaptado al nuevo programa de las oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial*”. Séptima edición. Segunda conforme al Código Penal de 1995. Ed. Dykinson. Madrid, 1998.

LLOBELL MUEDRA, J. “El proceso por delitos dolosos, menos graves y flagrantes, regulado en la Ley Orgánica 10/80, de 11 de noviembre (1)”. *Diario La Ley*, 1981, pág. 866, tomo 2, Editorial La ley.

MADOZ GURPIDE. A., SAIS AMORIM, A., BACA GARCÍA, E. y OCHOA, E. “Aspectos criminológicos en pacientes adictos a la heroína. Relación entre toxicomanía y delincuencia”. *Servicio de Psiquiatría del Hospital Ramón y Cajal. Universidad de Alcalá de Henares (Madrid). Actas del Hospital Psiquiátrico*, 2001.29 (4) 221-227.

MAGRO SERVET, V. “El nuevo proceso de aceptación por decreto en la reforma de la LECRIM.” *Diario la Ley*, n° 8584, Sección Tribuna. 16 de julio de 2015.

MARCHENA GÓMEZ, M. “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes”. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-331, tomo 6, Editorial La Ley.

MARCHENA GÓMEZ, M. “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes (I)”. *Diario la Ley*. Sección Doctrina. 1996. Ref. D-331. Tomo 6, Editorial la Ley.

MARCHENA GÓMEZ, M. “Significación procesal de las diligencias tramitadas por el fiscal en la Ley Orgánica 7/1988”. *Diario La Ley*, 1989, pág. 1109, tomo 2, Editorial La Ley. *La Ley 15564/2001. Laleydigital360*.

MARTÍN, J. y DAPENA, J. “La mediación penal juvenil en España con especial referencia a la experiencia desarrollada en Cataluña”. *Revista RES Justicia Juvenil y Educación Social*. N° 15, julio 2012.

MARTÍN, J. y DAPENA, J. “La mediación penal juvenil en Cataluña, España”. *Dirección General de Medidas alternativas y justicia juvenil*. Barcelona, 1998.

MARTÍN OSTOS, J. “Aspectos reguladores de la ley orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”. *Cuadernos de derecho judicial. Menores privados de libertad*. N° Vol. 15/96.

MARTÍN OSTOS, J.S. “El nuevo proceso de menores”. *Diario La Ley* 1994, pág. 1142, tomo I. Ed. La Ley. La Ley 1277-2001.

MARTIN OSTOS, J. “Los futuros Juzgados de Menores”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Nº 4, 1986.*

MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal.* Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2005.

MARTÍN PASTOR, J. “¿Puede mantenerse la actual vinculación entre ministerio fiscal y poder ejecutivo si el ministerio fiscal asume la instrucción? ¿Hay modelos mejores, en qué consisten y qué posibilidades de adaptación a nuestro ordenamiento tendrían?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde.* Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

MARTÍN PASTOR, J. “¿Puede mantenerse la estructura jerárquica interna del ministerio fiscal tal y como actualmente existe si asume la instrucción? ¿Cuáles son los riesgos, cuáles las ventajas, y qué balance resulta de ambos? Si se estima adecuada una estructura jerárquica más flexible, ¿cuáles son las reformas legales necesarias para establecerla?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde.* Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

MARTÍN PASTOR, J. “Problemática constitucional acerca de la dirección de la instrucción penal por un juez o por el Ministerio Fiscal”. *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

MARTÍN PASTOR, J. “¿Qué soluciones razonables permitirían adecuar la plantilla y la estructura territorial del ministerio fiscal en un plazo corto de tiempo a las necesidades de la instrucción penal?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde.* Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

MARTÍN PASTOR, J., “¿Requiere la instrucción de la función de “juzgar”? ¿Qué naturaleza tienen, por ejemplo, las decisiones relativas a la necesidad de practicar ciertas diligencias de investigación y a la conveniencia de excluir otras?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde.* Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

MARTÍNEZ GARCÍA, A.S. “La adicción a las drogas y la delincuencia. Un problema sin resolver”. *Diario La Ley, 1992, pág. 1161, tomo 2, Editorial La Ley.*

MARTÍNEZ FUENTES, F. “Análisis reflexivo y crítico sobre la justicia de menores: Las nuevas tendencias surgidas sobre la justicia penal juvenil española tras las continuas reformas de la LO 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal del

menor”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate. I Congreso Nacional de Justicia penal juvenil*. Ed. Dykinson. Madrid, 2010.

MAZA MARTÍN, J.M. “Las medidas de seguridad y otras opciones penales aplicables a los supuestos de inimputabilidad plena y semiplena”. *La imputabilidad en general en el Derecho Penal. Cuadernos de derecho judicial. N° 17, 1992*.

MENDIZÁBAL ALLENDE, R. “La posición del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación del sumario a órgano de investigación, Su marco procesal. Presente y futuro”. *Ministerio de Justicia. Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. VI. 1999*.

MINGO BASAIL, M. L. “La experiencia de los Juzgados de Menores de cara a la posible instrucción de los procesos penales por el Ministerio Fiscal”. *Estudios acerca de la reforma de la justicia penal en España*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ministerio de Justicia. Madrid, 2004.

MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y LÓPEZ EBRI, G. *Contestaciones al programa de derecho procesal penal para acceso a la carrera judicial y fiscal*. 3ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, J., GOMEZ COLOMER, J. L., MONTON REDONDO, A. y BARONA VILAR, S. *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*. 9ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

MONTERO AROCA, J. “El juez que instruye no juzga” *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 1999*.

MONTERO AROCA, J. “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”. *Revista La Ley 1994-1*.

MONTERO HERNANZ, T. Ponencia “Reflexiones sobre la justicia juvenil en España casi un siglo después de su nacimiento”. *Foro internacional para la inclusión de los menores. 20 a 22 de noviembre de 2016. Las Palmas de Gran Canarias. Publicado*.

MONTIEL OLMO, J.B. “El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos: sentencia de conformidad y ejecución”. *Encuentro entre jueces de lo penal con jueces de instrucción: zonas de conflicto. Cuadernos digitales de formación. N° 6, 2012*.

MORENO CATENA, V. “Ámbito de aplicación y garantías procesales en el proceso penal de menores”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.). *Proceso penal de menores*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.

MORENO CATENA, V. “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”. *Sistemas penales europeos. Cuadernos de derecho judicial. N° 4, 2002*.

MORENO CATENA, V. “La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

MORILLAS CUEVA, L. “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate. I Congreso Nacional de Justicia penal juvenil*. Ed. Dykinson. Madrid, 2010.

MORILLAS CUEVA, L. “Reflexiones sobre el derecho penal del futuro”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2002.

MUERZA ESPARZA, J. “Aspectos procesales de los nuevos delitos leves”. *Diario la ley*, nº 8263, sección doctrina, 4 de marzo de 2014, año XXXV, editorial La Ley.

MUÑOZ OYA, R. “La mediación en el proceso penal de menores”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.). *El Derecho Penal de menores a debate. I Congreso Nacional de Justicia penal juvenil*. Ed. Dykinson. Madrid, 2010.

NOREÑA SALTO, J. R. “Instrucción por el fiscal: razones en contra”. AAVV, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, IV. La investigación del fiscal*. Madrid, Ministerio de Justicia, 1998.

ORDUÑA NAVARRO, B. “Los delitos leves tras la reforma introducida en el Código Penal por la LO 1/15”. *Diario la Ley* nº 8631, sección tribunal, 23 de octubre de 2015. Ref D-391, editorial la Ley.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*. 4ª edición. Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. “El juez de menores en la fase de instrucción del procedimiento penal de menores. Relaciones fiscalía-juzgado”. *Cuadernos de derecho judicial. La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. Nº Vol. 3/2001.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. “La nueva regulación del procedimiento penal de menores ¿un avance?”. *Revista del Poder Judicial* nº 27. Septiembre de 1992.

ORTEGA CALDERÓN, J.L. “El pretendido proceso monitorio penal: una oportunidad perdida”. *Diario la ley*, Nº 8684, Sección doctrina, 19 de enero de 2016. Ref-26. Editorial Wolters Kluwer.

ORTELLS RAMOS, M. “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica”. *Revista derecho procesal*. 1990.

PANTOJA GARCÍA, F. “¿Cómo debería regularse la introducción en el proceso del resultado de las diligencias de investigación practicadas por el fiscal, en caso de concedérsele legalmente la dirección de la investigación en el proceso? ¿Cuál debería ser su intervención en cuanto a la prueba anticipada y preconstituida?”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C. “La ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”. *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal VI. Ministerio de Justicia-CEJAJ*. Madrid, 2000.

PEREZ MORALES, M.G. “Actual regulación de la prisión provisional”. *Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Nº 14, 1996*.

PÉREZ MORALES, M. G. “Consideraciones acerca del carácter procesal de la fase de instrucción tras las leyes 5/2000 de responsabilidad penal del menor y 38/2002, instauradora del procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”. *Anales de derecho. Nº 20, 2002*.

PÉREZ MORALES, M. G. *Lecciones de derecho procesal penal*. Ed. Diego Marín. Murcia, 2013.

PÉREZ MORALES, M. G. *El juicio rápido por delitos y su impugnación Introducido por la Ley 38/2002 de 24 de octubre*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003

PEREZ MORALES, M. G. “Problemas que plantea el acusatorio en el actual proceso penal”. *Revista jurídica de la Región de Murcia. Nº 30, 2001*.

PÉREZ MORALES, M. G. “Transcripción de la jornada de debate celebrada en la facultad de derecho de la UCM el 26 de noviembre de 2010. Segunda sesión. Debates sobre los bloques IV, V y VI del Libro Verde”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUISTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde*. Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

PERIS RIERA, J. “El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto en la LO 5/2000”. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Nº 2, 2001*.

POLAINO NAVARRETE, M. *Derecho Penal. Parte General. T.I. Fundamentos científicos del derecho penal*. Ed. Bosch. Barcelona, 1984.

PONZ NOMEDEU, E. V. “La responsabilidad penal de los menores desde la perspectiva del abogado”, en GONZÁLEZ CUSSAC, TAMARIT SUMALLA y GÓMEZ COLOMER (coord.). *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PORTILLA CONTRERAS, G. “Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor”. *Protección jurídica del menor*. Granada, 1997.

QUINTERO OLIVARES, G. ¿Cómo debería regularse la introducción en el proceso del resultado de las diligencias de investigación practicadas por el fiscal, en caso de concedérsele legalmente la dirección de la investigación en el proceso? ¿Cuál debería ser su intervención en cuanto a la prueba anticipada y preconstituida?”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

REVILLA GONZÁLEZ, J. A. “La víctima y el menor infractor”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.). *Proceso penal de menores*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.

RICHARD GONZÁLEZ, M. “El nuevo proceso de menores”. *Diario La ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D- 149, tomo 4, editorial La Ley. La Ley 21175/2001. Laleydigital360*.

RÍOS MARTÍN, J. C., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., GALLEGRO DÍAZ, M., CABRERA P. y JIMÉNEZ ARBELO, M. “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-208)”. *Estudios jurídicos. N° 2008, 2009-2010*.

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

RIOS MARTÍN, J. C. “Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia”. *Cuadernos Digitales de Formación. N° 3, 2008*.

RÍOS MARTÍN, J. y SEGOVIA BERNABÉ, J. L. “La ley de responsabilidad penal de los menores: Cambio de paradigma del niño en peligro al niño peligroso”. *Ministerio de Justicia. Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. VI-2000. Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y CONTRERAS ALFONSO, L. H. “Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal. Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal”. *Diario La Ley, n° 6255, Sección Doctrina, 18 de mayo de 2005, Ref. D-117. Ed. La Ley*.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. “Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales”. *Diario la Ley*, n° 8524, sección doctrina, 22 de abril de 2015. Ref D-155. *Editorial la Ley*.

RODRÍGUEZ SOL, L. “El fiscal investigador en el borrador de Código Procesal Penal de 2013: algunos aspectos problemáticos (1)”. *Diario la ley*, n° 8205, Sección Tribuna, 4 de diciembre de 2013, año XXXIV. Ref. D-415, *Editorial la ley*.

RODRÍGUEZ VEGA, M. “Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso*. Agosto, 2013. *Estudio- Derecho procesal penal. Universidad de las Américas. Santiago de Chile*. <http://dx.doi.org/4067/50718-68512013000100020>.

ROLDÁN BARBERO, H. “La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar”. *Revista penal, La Ley. Doctrina. N° 11, 2003*.

RÖSSNER, D. “El derecho penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes”. *Estudios de Derecho judicial. Legislación de menores en el siglo XXI. Análisis de Derecho Comparado. Vol. 18/99*.

RUIZ VADILLO, C. “La actuación del Ministerio Fiscal”. *Jornadas sobre la justicia penal en España. CGPJ. Madrid, 1987*.

SÁEZ RODRÍGUEZ, C. “Mediación penal. Informe de evaluación y situación”. *Justicia restaurativa y mediación penal. Cuadernos digitales de formación. N° 51, 2010*.

SÁEZ VALCÁRCEL, R. (dir.), SAEZ RODRÍGUEZ, M. C., RÍOS MARTÍN, J. C., OLAVARRÍA IGLESIA, T., FÁBREGA RUIZ, C. F., GALLEGO ALONSO, C. y PANTOJA GARCÍA, F. “La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico. Análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva”. *Grupo de investigación sobre Mediación Penal del CGPJ, noviembre de 2010*.

SALOMÉ ESCRIVÁ, J. S. “La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores”, en GONZÁLEZ CUSSAC, TAMARIT SUMALLA y GÓMEZ COLOMER (coord.). *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.A. *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1999.

SANZ HERMIDA, A.M. *El nuevo proceso penal del menor*. Prólogo de GIMENO SENDRA, V. Ediciones Universidad Castilla La Mancha, Cuenca, 2002.

SEBASTIÁN OTONES, M. “La instrucción penal en el nuevo procedimiento de menores”. *Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-193, tomo 6, Editorial La Ley. La Ley 1412/2002. Laleydigital360.*

SOLETO MUÑOZ, H. “Órganos de investigación y enjuiciamiento. La Administración y el personal colaborador”, en GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.). *Proceso penal de menores*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.

SUBIJANA ZUNAUEGUI, I.J. “El sistema penal. Su legitimidad axiológica, contextual y teleológica”. *Las reformas penales introducidas en la LO 5/2010 de 22 de junio. Cuadernos digitales de formación, 49-2011.*

SUBIÑAS CASTRO, B. I. “Diligencias restrictivas de derechos fundamentales en el proceso de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”. *La instrucción en el proceso penal de menores. Cuadernos digitales de formación. N° 20, 2011.*

TAMARIT SUMALLA, J.M. “La mediación reparadora en la Ley de Responsabilidad penal del Menor”, en GONZALEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M., y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.). *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

TAMARIT SUMALLA, J.M. “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, en GONZALEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M., y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.). *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

TAPIA PARREÑO, J.J. “El derecho al juez imparcial en su aspecto objetivo en la ley orgánica de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores. Su posible inconstitucionalidad y la Sentencia del TC de 17 de marzo de 1995”. *Diario La Ley, Pág. 1110, tomo 2, editorial La Ley.*

TORO PEÑA, J. A. “El Ministerio Fiscal o el juez de instrucción como órgano encargado de la fase de instrucción en el proceso penal”. *Diario La Ley, N° 7885, Sección Doctrina, 21 de junio de 2012, Año XXXIII, Ref. D-252, Editorial La Ley.*

TORRES-DULCE LIFANTE, E. “La reforma de la instrucción en el Proceso Penal y el Fiscal Investigador”, en BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dirs.). *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

Trabajo del Equipo de Mediación del Departamento de Justicia de Cataluña “La mediación penal”. *Publicado por Departamento de Justicia (Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada). Justicia y Sociedad n°19. Barcelona, 1999.*

URRA PORTILLO, J. “Adolescentes en conflicto. Abordaje educativo y sancionador”. *Psiquiatría criminal y comportamientos violentos. Cuadernos de Derecho judicial. VIII, 2005.*

VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E. “Garantías actuales de los representantes del Ministerio Fiscal y reformas necesarias para una mayor independencia en garantía de los derechos de los ciudadanos”. *Diario La Ley, n° 7851, Sección Doctrina, 4 de mayo de 2012, año XXXIII, Ref. D-187, Editorial la ley.*

VERDEJO TORRALBA, F. “Juicios rápidos. Orden de protección. Medidas cautelares”. *LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género: criterios de interpretación en sede de Juzgados de Violencia sobre la mujer. Cuadernos digitales de formación. N° 33, 2009.*

VERGER GRAU, J. “Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal”. *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Revista del Poder Judicial, especial XIX, 2006.*

VIADA BARDAJI, S. “El juzgador ante el delincuente toxicómano”. *La imputabilidad en general en el Derecho Penal. Cuadernos de derecho judicial. N° 17, 1992.*

VIANA BALLESTER, C. “La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores”. *Revista penal. Proyecto de Investigación “Causas de exención y extinción de la responsabilidad penal en el Código penal de 1995”, financiado por la Generalitat Valenciana.*

VIDAL HERRERO, M. S. “Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un “modelo social de responsabilidad” del menor infractor”. *Tesis doctoral. Dir.: GARCÍA DE PABLOS DE MOLINA, A. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Penal. Madrid, 2015.*

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M. “¿Es necesario un juicio sobre la acusación tras la fase de instrucción? ¿Correspondería al juez de garantías o al tribunal sentenciador?”, en PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.). *La atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde.* Ed. Dikynson. Madrid, 2012.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M. *Fiscal investigador contra juez instructor (La lógica de la investigación criminal).* Ed. Marcial Pons. Madrid, 2012.

VIVES ANTÓN, T. S. *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal II. La reforma del proceso penal.* Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1992.

VIVES ANTÓN, T. S. “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”. *Jornadas sobre justicia penal en España. CGPJ. Madrid, 1987.*

VIVES ANTÓN, T. S. *La libertad como pretexto.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.

ZÁRATE CONDE, A. “Las órdenes e instrucciones particulares del Ministerio Fiscal: una propuesta de reforma a la luz del sistema francés”. *Diario La ley*, Nº 7942, *Sección Tribuna*, 11 de octubre de 2012, Ref. D-354, *Editorial La ley*.

Otras fuentes.

Acuerdo del Pleno del CGPJ de 19 de abril de 2012.

Acuerdo del Pleno del CGPJ de 23 de marzo de 2017, relativa a la adscripción de los jueces de menores.

Anuario estadístico del Ministerio de Interior.

ARIAS GINER, M.C. Ponencia en Curso de verano “Intervención multidisciplinar con menores: infractores, víctimas y en desamparo.” Director: ASENSIO MELLADO, J. M. 12 y 13 de julio de 2012. Universidad de Alicante.

CALVO SOLER, R. Ponencia “¿Adolece la mediación intrajudicial de deficiencias que la lastran? Su detección y remedio”. Curso de formación continua organizado por CGPJ “La mediación judicial y su problemática”. Castellón de la Plana, 5 de octubre de 2016.

CARRASCOSA MIGUEL, A. Ponencia “La labor del CGPJ en el impulso de la mediación”. Curso de formación continua organizado por CGPJ “La mediación intrajudicial y su problemática”. Castellón de la Plana, 5 de octubre de 2016.

Circular de la FGE 3/1984, sobre actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores. Apartado I, III.

Circular de FGE 1/89, sobre el procedimiento abreviado introducido por la LO 7/1988 potenciaba la negociación penal y determinados cambios de criterio en la actuación de los fiscales que favoreciera la simplificación de los procedimientos. Apartado III.C.

Circular de FGE 2/1996, sobre el Régimen Transitorio del nuevo Código Penal. Incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores. Apartado XII.

Circular de FGE 1/00, sobre criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores. Apartados VI.3.B, 2, 2.2, 6.3.b, 6.a y b, 6.3.f.

Circular de FGE 1/03, de 7 de abril, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de procedimiento abreviado. Apartados 4 y 10.

Circular de FGE 1/07, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006. Apartado I.2.

Circular de FGE 8/11, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.

Circular de FGE 9/11, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores. Apartados VI.6 y VI.6.1.

Circular de FGE 1/15, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por Ley 1/15. Apartados 4.1, 5, 6.1, 7.1, 3.2.

Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General nº 14 del año 2013.

Consulta de FGE 2/95, acerca de dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad. Apartado VI y VII.

Consulta de FGE 4/05, sobre determinadas cuestiones en torno a la asistencia letrada en el proceso penal de menores. Apartados III.1 y III.2

DE LA OLIVA MARRADES, M. P. en la presentación del curso de formación continua organizado por CGPJ. “La mediación intrajudicial y su problemática”. Castellón de la Plana, 5 de octubre de 2016.

Declaración Institucional de los Presidentes de TSJ. Albacete. 5 de octubre de 2012.

DEL CACHO RIVERA, J. M. Mesa redonda que tuvo lugar en el curso organizado por el CGPJ para formación de jueces y magistrados “El fiscal y la instrucción en el proceso de menores”. Madrid, 2 a 4 de Noviembre de 2011.

Dictamen 4/16, sobre la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales del art. 23.3 LOPRM. Fiscal de Sala coordinador de menores. FGE.

Estudio sobre reducción de litigiosidad del Pleno del CGPJ de 28 de junio de 2002.

Exposición de Motivos del ALECrim. Apartados V, VI, VIII, IX, XVI, XX a XXV.

Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de enero de 1997. Apartado IV.

Exposición de Motivos de BCPP. Apartados I, III, IV y VII.

Exposición de Motivos de la LECrim. Apartado VII.

Exposición de Motivos de la Ley 38/02, de 4 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Apartado I.

Exposición de Motivos de la LO 7/88, de 28 de diciembre.

Exposición de Motivos de la LO 4/92, de 5 de junio. Párrafo 3.

Exposición de Motivos de la LO 7/00, de reforma de la LORPM.

Exposición de Motivos de la LO 7/15, de 21 de julio.

Exposición de Motivos del Proyecto aprobado el 2 de agosto de 2011 para la creación de los Tribunales de Instancia. Apartados I a IV.

Exposición de Motivos del Proyecto de LO reguladora de la responsabilidad penal de los menores de 3 de noviembre de 1998. Apartado I.4, II. 6, 7, 10, 2.11, 2.7, 2.9 y 2.6, 2.1, y IV.

Exposición de Motivos de la Propuesta de LOPJ. Apartados III y IV.

“Formació i investigació social i criminològica: documents de treball, investigació. El programa de Mediació a la Jurisdicció penal Ordinària: un estudi sobre tres anys i mig d’ experiència”. *Generalitat de Catalunya, Centre d’Estudis Jurídics, Any 2003. Coords.: VALL I RIUS, A. y VILLANUEVA I REY, N.*

Grupo de Estudios de Política Criminal. “Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores”. 1999.

HERNÁNDEZ RUEDA, M. D. Ponencia “El límite temporal en la instrucción. El procedimiento por delitos leves. Cambios en materia de recursos”, impartida en el curso de formación continua de jueces y magistrados organizado por el CGPJ “Aspectos prácticos de la reforma procesal del proceso penal”, celebrado en Valencia el 23 de septiembre de 2016.

Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia de Menores de 1 de julio de 1997.

Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 7/00, de reforma de la LORPM.

Informe del Pleno del CGPJ de 16 de enero de 2013 al Anteproyecto de reforma del CP.

Instrucción de FGE 2/92, sobre la intervención de los fiscales ante la jurisdicción de menores. Reglas 3ª y 6ª.

Instrucción de FGE 6/92, sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal.

Instrucción de FGE 1/93, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley 4/92 de 5 de junio.

Instrucción de FGE 2/00, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LO 5/2000 de Responsabilidad Penal de los menores.

Instrucción de FGE 3/04, sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía. Apartados I a IV.

Instrucción de FGE 5/06, para solucionar problema creado por el breve periodo de vigencia del art. 4 LORPM.

Instrucción de FGE 3/08, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores.

“La mediación penal”, en *Botlletí de Difusió de Recerques, Generalitat de Catalunya*, n° 25, maig de 2000.

Libro Blanco de la Justicia.

Memoria elevada por la FGE al Gobierno en 1986.

Memoria elevada por la FGE al Gobierno en 1987.

Memoria elevada por la FGE al Gobierno en 1993.

Memoria elevada por la FGE al Gobierno en 1994.

Memoria elevada por la FGE al Gobierno en 2010.

NIETO GARCÍA, C. “Naturaleza jurídica. Principios y conceptos básicos de la justicia de menores”, en Curso virtual “Introducción a la jurisdicción de menores 2017”. UNED. Febrero a mayo de 2017.

Observación General n° 14 del año 2013 del Comité de los Derechos del Niño.

Observatorio de la actividad de la justicia. Informe de 2012. Ed. Wolster Kluwer.

Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001.

Preámbulo de la LO 1/15, de 30 de marzo, sobre modificación de la LECrim. para agilización de la justicia penal y fortalecimiento de las garantías procesales. Apartado I.

Programa de mediación i reparació en la jurisdicció penal. Servei de mesures penals alternatives. 1ª ed. Octubre 1998. Darrera actualització, juny 2003.

Propuesta de informe sobre necesidades en la planta judicial de la Comunidad Autónoma, que emite la Sala de Gobierno del TSJCV, a requerimiento del CGPJ, el 8 de junio de 2015.

Propuesta del TSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de abril de 2015.

Proyecto de ley de reforma urgente de los Tribunales Tutelares de Menores de 21 de septiembre de 1991.

Revista del Consejo General de la Abogacía Española. Nª 73, abril 2012.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M. <http://hayderecho.com/2017/02/26/neoinquisición/>.
Última visita: 27 de febrero de 2017.

www.diaridetarragona.com. 13 de abril de 2012. Última visita: 13 junio de 2012.

www.lasexta.com/.../cuatro-detenidos-montpellier-ellos-menor. Última consulta: 11 de febrero de 2017.

www.libertaddigital.com/nacional/2012/01/25. Última consulta: 3 de mayo de 2011.

www.poderjudicial.es Extranet CGPJ.

Jurisprudencia.

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 20 de diciembre de 2006.

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 13 de marzo de 2013.

AAP Barcelona (Sección 3ª) nº 227/2007, de 16 de abril.

AAP Barcelona (Sección 3ª) nº 349/2007, de 29 de mayo.

AAP Barcelona (Sección 3ª) nº 444/2007, de 6 de julio.

AAP Madrid (Sección 4ª) nº 105/2010, de 26 de mayo.

AAP Navarra (Sección 2ª) nº 141/2016, de 5 de mayo. FJ 1º.

AAP Sevilla (Sección 3ª) nº 419/2010, de 21 de junio.

ATC nº 219/1984, de 4 de abril.

ATC Pleno nº 287/1991, de 1 de octubre. FJ 3º.

ATC nº 75/2007, de 27 de febrero.

ATS nº 2272/1990, de 20 de diciembre.

SAN Sala de lo Penal (Sección 2ª) nº 5/2005, de 31 de octubre (estimada parcialmente por la STS nº 503/2008, de 17 de julio).

SAP Barcelona (Sección 6ª) nº 811/2015, de 25 de noviembre. FJ 2º.

SAP Barcelona (Sección 9ª) nº 488/2016, de 17 de junio. FJ 2º.

SAP Islas Baleares (Sección 1ª) nº 72/2016, de 11 de mayo. FJ 2º.

SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1ª) nº 37/2016, de 18 de enero. FJ 2º.

SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2ª) nº 130/2016, de 3 de mayo. FJ 2º.

SAP Madrid (Sección 17ª) nº 621/2015, de 26 de septiembre.

SAP Sevilla (Sección 7ª) nº 1/2012, de 13 de enero.

SAP Valladolid (Sección 2ª) nº 149/2012, de 30 de abril. FJ 1º, 2º y 4º.

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Alicante de 12 de septiembre de 2016.

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Alicante de 28 de noviembre de 2016.

Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Sevilla de 24 de marzo de 2011.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Elda de 9 de noviembre de 2015, dictada en el seno del procedimiento de Juicio de Faltas nº 110/2015.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Elda de 13 de noviembre de 2015, dictada en el seno del procedimiento de Juicio de Faltas nº 102/2015.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Elda de 13 de noviembre de 2015, dictada en el seno del procedimiento de Juicio de Faltas nº 109/2015.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Elda de 30 de diciembre de 2015, dictada en el seno del procedimiento de Juicio de Faltas nº 99/2015.

STC nº 31/1981, de 28 de julio. FJ 4º.

STC nº 67/1984, de 7 de junio. FJ 2º.

STC nº 62/1985, de 10 de mayo. FJ 2º.

STC nº 84/1985, de 8 de julio. FJ 3º.

STC nº 65/1986, de 22 de mayo.

STC nº 104/1986, de 17 de julio. FJ 3º.

STC nº 47/1987, de 22 de abril.

STC nº 53/1987, de 7 de mayo. FJ 2º.

STC nº 159/1987, de 26 de octubre. FJ 2º.

STC nº 25/1988, de 23 de febrero. FJ 2º.

STC nº 145/1988, de 12 de julio. FJ 8º y 9º.

STC n° 164/1988, de 26 de septiembre.

STC n° 205/1989, de 11 de diciembre.

STC n° 186/1990, de 15 de noviembre. FJ 5°.

STC n° 36/1991, de 14 de febrero. Antecedente 1° y 6°. FJ 2°, 5°, 6° y 7°.

STC n° 41/1991, de 25 de febrero. FJ 2°.

STC n° 151/1991, de 8 de julio.

STC n° 11/1992, de 27 de enero.

STC n° 65/1992, de 29 de abril. FJ 2°.

STC n° 211/1993, de 28 de junio.

STC n° 290/1993 de 4 de octubre. FJ 4°.

STC n° 138/1994, de 9 de mayo.

STC n° 161/1994, de 23 de mayo.

STC n° 60/1995, de 17 de marzo. FJ 6°, apartado 2, párrafo 2°, FJ° 5, párrafo 3 y 4, y AD 1, 4 y 5.

STC n° 95/1995, de 19 de junio.

STC n° 36/1996, de 11 de marzo.

STC n° 61/1998, de 17 de marzo. FJ 3°.

STC n° 47/2000, de 17 de febrero.

STC n° 52/2001, de 26 de febrero.

STC n° 38/2003, de 27 de febrero.

STC n° 39/2004, de 29 de marzo.

STC n° 243/2004, de 16 de octubre. FJ 4°.

STC n° 243/2004, de 16 de diciembre. FJ 4°.

STC n° 23/2006, de 30 de enero.

STC n° 36/2006, de 19 de enero.

STC n° 45/2006, de 13 de febrero.

STC n° 143/2006, de 8 de mayo.

STC nº 64/2011, de 16 de mayo. FJ 3º.

STC nº 23/2016, de 15 de febrero. FJ 4º.

STEDH nº 155/1988, de 29 de febrero.

STS nº 644/1987, de 20 de abril.

STS nº 719/1999, de 10 de mayo.

STS nº 370/2000, de 6 de marzo. FJ único.

STS nº 911/2004, de 12 de febrero.

STS nº 4084/2014, de 15 de octubre.

STS nº 5665/2014, de 10 de diciembre.

STS nº 795/2015, de 10 de diciembre.

STS nº 2310/2016, de 5 de mayo.

Voto particular formulado por GIMENO SENDRA, J. V., a la STC nº 71/1990, de 5 de abril.

Debates parlamentarios (intervenciones).

CDS. Vid. Diario de Sesiones del Senado. IV legislatura. Núm. 157. Comisión de Justicia. Presidencia de D. Joaquín Ruíz Mendoza. Sesión celebrada el miércoles 6 de mayo de 1992. Orden del día: Dictaminar el proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (621/0000070).

Sr. CASTELLANO CARDALLIAGUET, del grupo parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1991. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Debate de totalidad de iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061).

Sr. CASTELLANO CARDALLIAGUET, del Grupo Izquierda Unida. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1999. VI Legislatura. Núm. 774. Justicia e Interior. Presidencia del Excmo. Sr. Julio Padilla Carballada. Sesión núm. 80 celebrada el lunes 18 de octubre de 1999. Orden del día: Emitir dictamen, a la vista del

informe elaborado por la ponencia sobre el proyecto de ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (número expediente 121/000144).

Sr. CUATRECASAS Y MEMBRADO, J. M., del grupo catalán Convergencia i Unió. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1991, IV legislatura, núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. Félix Pons Irazábal. Sesión plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Enmiendas del Senado. Proyecto de Ley de reforma Urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A, número 61.1 de 21 de septiembre de 1991(número de expediente 121/000061).

Sr. CUESTA GARCÍA, A, del grupo socialista. Vid. Diario de las Sesiones del Senado. IV Legislatura, Núm. 114. Presidencia del Excmo. Sr. Juan José Laborda Marín. Sesión del Pleno celebrada el jueves 14 de mayo de 1992. Orden del día: Dictámenes de las comisiones sobre proyectos y proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados.

Sr. CUESTA GARCÍA, A., del grupo socialista. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061).

Sr. JORDANO SALINAS, D., del grupo popular. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Debates a la totalidad sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061).

Sr. JORDANO SALINAS, D., del grupo popular. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061).

Sr. SANTOS MIÑÓN, J. A., del grupo parlamentario CDS. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazábal. Sesión Plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Debates a la totalidad sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061).

Sr. SANTOS MIÑÓN, J. A., del grupo parlamentario CDS. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061).

Sra. DEL CAMPO CASASÚS, C., del grupo socialista. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 191. Presidencia del Excmo. Sr. D. Juan Muñoz García, Vicepresidente Primero. Sesión Plenaria núm. 185, celebrada el jueves 21 de mayo de 1992. Orden del día: Enmiendas del Senado al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061).

Sra. PEREIRA SANTANA, C., del grupo socialista. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1992, IV legislatura, núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. Félix Pons Irazazabal. Sesión plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictamen de la Comisión del Estatuto de los Diputados sobre iniciativas legislativas. Proyecto de Ley de reforma Urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A, número 61.1 de 21 de septiembre de 1991(número de expediente 121/000061).

Sra. VINDEL LÓPEZ, M. R., del grupo popular. Vid. Diario de las Sesiones del Senado. IV Legislatura, núm.114. Presidencia del Excmo Sr. Juan José Laborda Martín. Sesión del Pleno celebrada el jueves 14 de mayo de 1992. Orden del día: Dictámenes de comisiones sobre proyectos y proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados.

Sres. ALMEIDA CASTRO, C., del grupo mixto, y BARRIO CURBELO, M. B., del grupo popular. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1999. VI Legislatura. Núm. 217. Presidencia del Excmo. Sr. Federico Trillo- Figueroa Martínez-Conde. Sesión plenaria núm.209, celebrada el jueves 25 de febrero de 1999. Orden del día: debates a la totalidad de proyectos legislativos.

Sres. CASTELLANO CARDALLIAGUET, P. y SANTOS MIÑÓN, J. A. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazábal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes de la Comisión sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061).

Sres. DE LA QUADRA SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, y el representante del Grupo de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, Sr. CASTELLANO CARDALLIAGUET, P. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1992. IV Legislatura. Núm. 174. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irazábal. Sesión Plenaria núm. 168, celebrada el miércoles 18 de marzo de 1992. Orden del día: Dictámenes de la Comisión sobre iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061).

Sres. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y LOZANA, E. Miranda y Lozana del grupo popular y CASTELLANO CARDALLIAGUET, de Izquierda Unida. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1999. VI Legislatura. Núm. 217. Presidencia del Excmo. Sr. Federico Trillo- Figuroa Martínez- Conde. Sesión Plenaria núm. 209, celebrada el jueves 25 de febrero de 1999. Orden del día: Debates d totalidad de iniciativas legislativas (Proyecto de Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A. Núm. 144-1, de 3 de noviembre de 1998 (número de expediente 121/000144).

Sres. SANTOS MIÑÓN, J. A., de CDS, y GARMENDIA GALBETE, K., del Grupo Euskadito Ezkerra. Vid. Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados. Año o1991. IV Legislatura. Núm. 154. Presidencia del Excmo. Sr. D. Félix Pons Irázabal. Sesión Plenaria núm. 148, celebrada el jueves 12 de diciembre de 1991. Orden del día: Debate de totalidad de iniciativas legislativas al Proyecto de Ley de Reforma urgente de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Número 61.1, de 21 de septiembre de 1991 (número de expediente 121/000061).

