

Proceso penal y ejecución de medidas

Octavio García Pérez

PID_00208825



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción.....	5
Objetivos.....	6
1. El proceso penal.....	7
1.1. Los principios rectores del proceso penal de menores	7
1.2. Los actores del proceso penal de menores	8
1.2.1. El Ministerio Fiscal	8
1.2.2. El juez de Menores	8
1.2.3. El equipo técnico	10
1.2.4. Las entidades de protección	13
1.2.5. La Policía Judicial	14
1.2.6. El menor	14
1.2.7. El perjudicado	16
1.3. La competencia	17
1.4. Las fases del procedimiento penal de menores	19
1.5. El inicio de la instrucción	21
1.6. Las vías deesjudicializadoras	23
1.6.1. El papel de las técnicas de desjudicialización, modalidades previstas en la LORRPM y la relación entre ellas	23
1.6.2. Las modalidades de desjudicialización sin intervención alternativa	24
1.7. Las vías desjudicializadoras con una intervención alternativa. La mediación penal en la LORRPM	26
1.7.1. Ámbito de aplicación de la mediación en el sistema de justicia penal de menores	27
1.7.2. Los sujetos intervinientes en la mediación	27
1.7.3. El procedimiento de la mediación y el contenido del acuerdo	29
1.7.4. El resultado y los efectos de la mediación	31
1.8. Las medidas cautelares	32
1.8.1. Citación	32
1.8.2. La detención	32
1.8.3. Medidas cautelares para la custodia y defensa del menor	35
1.8.4. Medidas cautelares para protección y custodia del menor con arreglo a la legislación civil	39
1.9. El desarrollo de la instrucción	40
1.10. La fase intermedia y el juicio oral	41
1.11. La fase de audiencia	45

1.12. La sentencia	46
1.13. La suspensión de la ejecución del fallo	47
2. La ejecución de las medidas.....	49
2.1. El marco normativo de la ejecución	49
2.2. Principios inspiradores de la ejecución	50
2.3. La competencia	51
2.3.1. La competencia judicial	52
2.3.2. La competencia administrativa	53
2.4. El procedimiento a seguir para la ejecución de las medidas	53
2.4.1. Aspectos preliminares: recepción del asunto, apertura del expediente y designación del centro o el técnico responsable de la ejecución	54
2.4.2. El diseño del programa individualizado de ejecución de las medidas	57
2.4.3. El inicio de la ejecución de la medida	59
2.4.4. El seguimiento de la ejecución de la medida	60
2.4.5. La finalización de la medida y cierre del expediente	62
2.4.6. Particularidades de la ejecución de las medidas de internamiento	63
Ejercicios de autoevaluación.....	69
Solucionario.....	70

Introducción

Una vez que conocemos los modelos de justicia juvenil y hemos visto, partiendo de la regulación española, a qué sujetos se aplica el sistema de responsabilidad penal juvenil, cuáles son los hechos que generan responsabilidad penal, cuáles son las sanciones y cómo se eligen, en este segundo módulo vamos a ocuparnos del proceso penal y la ejecución de medidas. En realidad, como ya se indicó, este segundo aspecto no es más que una faceta del primero, en la medida en que a los jueces no solo les incumbe juzgar sino también hacer ejecutar lo juzgado. En las sentencias condenatorias ello se traduce en la ejecución de la medida.

Así pues, por una parte, trataremos el proceso penal de menores, centrando la atención en aquellos aspectos de mayor interés para la Criminología y en las peculiaridades de este procedimiento respecto del de los adultos. Para ello veremos cuáles son los sujetos que intervienen en el mismo y cuáles son sus cometidos para, a continuación, estudiar todo el proceso desde que los órganos encargados de perseguir los delitos cometidos por menores tienen noticia de que se ha cometido alguno hasta que se pone fin al procedimiento, ya sea mediante sentencia, ya sea antes a través del archivo del caso o del sobreseimiento del asunto. En la fase inicial de proceso (instrucción) prestaremos especial interés a los casos en los que se decide evitar la celebración del procedimiento (adopción de medidas desjudicializadoras), así como a la adopción de medidas cautelares y al contenido del informe del equipo técnico. A continuación analizaremos las fases intermedia y de juicio oral, destacando las posibilidades de conformidad que existen en ambas, los contenidos de los escritos de alegaciones, la sentencia y los supuestos en los que se puede acordar la suspensión de la ejecución del fallo.

Por otra parte, en los casos en los que el proceso penal ha terminado con una sentencia condenatoria, tras haberse dictado esta, habrá que proceder a la ejecución de la medida. Aquí vamos a ocuparnos de los sujetos encargados de la ejecución, la normativa que deben seguir, así como el procedimiento que se debe recorrer desde que se recibe la orden de ejecutar una sanción hasta que esta se cumple. Así veremos cómo lo primero que hay que hacer, una vez designado el técnico o el centro responsables de la ejecución, es el diseño del programa individualizado de ejecución que debe ser aprobado por el juez de Menores. A continuación se debe ejecutar este, ofreciendo la normativa amplias posibilidades de revisar la medida si los objetivos se van alcanzando.

Objetivos

1. Conocimiento de los distintos actores que intervienen en el proceso y sus funciones.
2. Aprendizaje de la relevancia de las medidas desjudicializadoras y su distinto alcance.
3. Conocimiento del contenido del informe del equipo técnico y su relevancia para el desenlace del proceso.
4. Conocimiento de las diversas medidas cautelares previstas y los fines para los que están previstas.
5. Conocimiento del contenido del escrito de alegaciones, posibilidades de conformidad y actividades a realizar en la fase intermedia.
6. Conocimiento de las actividades a realizar durante el juicio oral y las posibilidades de suspensión de la ejecución del fallo.
7. Conocimiento de los cometidos que le corresponden a cada una de las entidades encargadas de intervenir en la ejecución de la medida.
8. Conocimiento de las distintas fases del procedimiento de ejecución de la medida.
9. Aprendizaje de los aspectos relevantes a tomar en cuenta en el proyecto individualizado en la ejecución.

1. El proceso penal

1.1. Los principios rectores del proceso penal de menores

Como ya vimos, el sistema de justicia juvenil no se sirve del proceso previsto para los adultos sino que dispone de uno propio. La LORRPM ha dispuesto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el título III, del libro IV de la misma, tendrá carácter supletorio para las cuestiones que no se hayan previsto. Pero ello siempre que no sea contrario a los fines perseguidos en el derecho penal juvenil.

El procedimiento de menores gira en torno a cuatro grandes principios:

- 1) Aseguramiento de las garantías procesales básicas.
- 2) Principio de oportunidad como vehículo de la desjudicialización.
- 3) La instrucción corresponde al Ministerio Fiscal, quedando reducido el juez de Menores a un juez de Garantías.
- 4) Orientación a la prevención especial.

Este último principio determina que junto al hecho y su prueba cobren especial relevancia la acreditación de las circunstancias personales, educativas, familiares y sociales. Una vez acreditado el hecho, lo relevante es el pronóstico de peligrosidad y la respuesta más adecuada para conjurarlo. De ahí que entre los actores del proceso penal de menores adquiera un enorme protagonismo el equipo técnico que está integrado por profesionales de las ciencias del comportamiento.

1.2. Los actores del proceso penal de menores

1.2.1. El Ministerio Fiscal

En la Administración de justicia de menores el Ministerio Fiscal tiene un protagonismo mayor que en la de adultos. A él, tal como dispone el art. 6 LORRPM, le corresponde la instrucción de la causa y el ejercicio de la acción penal. Además, este precepto le asigna las funciones de defensa de los derechos de los menores, la vigilancia de las actuaciones que se hayan de efectuar en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento. Aunque este precepto, como se ha dicho, parece configurar la instrucción como un medio para que el Ministerio Fiscal cumpla estos otros cometidos, en verdad son funciones diversas. A las anteriores misiones hay que añadir la defensa de los intereses de la víctima y demás perjudicados, señalando el nuevo art. 4 que “el Ministerio Fiscal y el juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores”.

Con ello el Ministerio Fiscal ha de desempeñar funciones que, en mi opinión, no son conciliables. La propia Ley es consciente de ello cuando en el art. 17.2, respecto a la declaración del menor detenido, establece que, en defecto de la presencia de los ejercientes de la patria potestad, tutela o guarda, habrá de estar presente en la declaración el Ministerio Fiscal representado por una persona distinta a la del instructor del expediente.

1.2.2. El juez de Menores

Los jueces de Menores tienen la competencia para conocer de los delitos y faltas cometidos por menores salvo en los casos de terrorismo, que le corresponde, como veremos, al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

Sus prerrogativas se extienden al enjuiciamiento y fallo del asunto, no así a la instrucción, que corresponde, como vimos anteriormente, al Ministerio Fiscal.

Ello no significa, sin embargo, que el juez de Menores no desempeñe función alguna en esta fase procesal. En esta interviene como un juez de la libertad o de garantías, pues él es el encargado de acordar las diligencias restrictivas de los derechos fundamentales que el Ministerio Fiscal no puede adoptar por sí mismo.

Así, al juez de Menores le corresponde acordar, a petición del Ministerio Fiscal y oyendo previamente al letrado del menor, al representante del equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, las medidas cautelares (art. 28). Le incumbe aprobar las peticiones del Ministerio Fiscal para la práctica de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales necesarias para el buen fin de la investigación, como, por ejemplo, la entrada y registro en lugar cerrado o la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas (art. 23). También es competente para acordar, a instancia del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, el secreto del expediente durante toda la instrucción o parte de ella (art. 24). Además, a petición del Ministerio Fiscal, decreta el sobreseimiento y archivo del expediente por conciliación o reparación del daño (art. 19.4) o “por haber sido expresado suficientemente el reproche del mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos” (art. 27.4). Por último, el juez de Menores se encarga de resolver la impugnación de la decisión del Ministerio Fiscal de rechazar la personación del perjudicado y las propuestas de diligencias del letrado del menor denegadas por el fiscal (arts. 25 y 26).

Con relación a estas intervenciones del juez de Menores, se ha cuestionado si las mismas afectan a la imparcialidad del juzgador. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 60/1995, de 17 de marzo, interpreta que la imparcialidad no se ve menoscabada, pues los actos reservados al juez de Menores durante la instrucción “no constituyen, en puridad, actos de investigación o instructorios, sino que son única y exclusivamente limitativos de los derechos fundamentales..., o, lo que es lo mismo, se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución expresamente reserva a jueces y magistrados..., a quienes les encomienda no solo la última, sino también la primera palabra, por lo que, en cuanto tales, no poseen una naturaleza policial o instructoria, sino netamente procesal y sometidos, por tanto, a la vigencia, en la medida de lo posible, del principio de contradicción”.

Por otra parte, el **art. 2.1** también atribuye a los jueces de Menores **la competencia “para hacer ejecutar sus sentencias”**. En este tema hay que distinguir entre el **control jurisdiccional** y la **actividad administrativa** necesaria para la ejecución material de las medidas, correspondiendo esta última, como estipula el art. 45, a las comunidades autónomas.

Por último, el **art. 2.2** establece que asimismo incumbe a los jueces de Menores las prerrogativas “**para resolver las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente Ley**”.

1.2.3. El equipo técnico

En el ámbito de la Administración de Justicia de menores se introduce, junto al Ministerio Fiscal y el juez de Menores, un **tercer órgano: el equipo técnico**. La **razón de su existencia** hay que buscarla en la **orientación preventivo-especial de la Ley**. Desde esta perspectiva, cuando un menor comete un hecho delictivo, lo relevante es su situación personal, educativa, familiar y social, pues es esta la que determinará si en él se da un déficit educativo y, en caso afirmativo, cuál puede ser la mejor forma de atajarlo para evitar que vuelva a delinquir. Para ello, como destaca la propia Exposición de Motivos, **resulta imprescindible contar con “equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas”**.

El **equipo técnico**, como se ha dicho, es un **órgano auxiliar de la Administración de Justicia**. Pese a su relevancia, llama la atención que el texto legal no se haya ocupado de la regulación de sus rasgos esenciales, como su dependencia orgánica y funcional o su composición. La única referencia a la composición de los equipos técnicos se contenía en la Disposición Final 3.^a 5, derogada por la LO 9/2000, de 22 de diciembre, cuando aludía a que el Ministerio de Justicia habría de adoptar las disposiciones oportunas para la creación de los cuerpos de psicólogos, educadores y trabajadores sociales. Ahora el **art. 4** del Reglamento se ocupa de su **composición**, señalando que estará **integrado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales** si bien es posible incorporar temporal o definitivamente a otros profesionales.

Respecto de su **dependencia funcional**, el **art. 27.1** señala que en lo relativo a la elaboración del informe, depende funcionalmente del **Ministerio Fiscal**. Con ello, como se ha apuntado, está dando a entender que en todo lo demás depende de otro órgano, probablemente el Juzgado de Menores como parece apuntar el art. 22.1.e).

El Reglamento aclara ahora que los equipos técnicos estarán adscritos a los Juzgados de Menores y que durante la instrucción dependen del Ministerio Fiscal y del juez de Menores (art. 4).

El Reglamento señala que desde un punto de vista orgánico los equipos técnicos **dependen del Ministerio de Justicia o de las comunidades autónomas**, es decir, son órganos de alguna de estas dos instituciones.

El Reglamento señala que en el ejercicio de su actividad técnica actuarán con independencia y con sujeción a criterios estrictamente profesionales.

La Disposición Final 3.^a de la LO 8/2006 establece que el Gobierno y las comunidades autónomas fijarán número y plantilla de los equipos que actuarán bajo los principios de independencia, imparcialidad y profesionalidad.

En la fase de instrucción le incumbe la **elaboración del informe** “sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley”. No obstante, hay que tener presente que cuando ya se haya emitido anteriormente un informe sobre el menor en cuestión, en tal hipótesis solo es necesario presentar una actualización del mismo.

El informe se ha de realizar en un **plazo de diez días**, salvo que el caso por su complejidad requiera más tiempo, en cuyo caso se puede **prorrogar por un mes**.

En lo referente al **valor del informe**, este, como ha destacado la Fiscalía General del Estado, tiene la consideración de una **prueba pericial**, que como tal puede ser cuestionada y rebatida por la parte acusada mediante la aportación de otros informes o la práctica de otras pruebas, pues hay que tener muy presente que procede de un órgano que depende funcionalmente del órgano encargado de la acusación, el Ministerio Fiscal. A la vista de la orientación preventivo-especial de la LORRPM, los extremos sobre los que se pronuncia el informe tienen una importancia vital, pues de cara a la elección de las medidas, señala el art. 7.3 que se ha de atender “especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos...”. Sin embargo, hay que tener presente que el informe no deja de ser una prueba que puede ser completada, corregida o contrarrestada por otras, lo cual siempre habrá de ser valorado y razonado en sus decisiones, tanto por las partes como por el propio juez de Menores. En consecuencia, el contenido del informe no tiene carácter vinculante si bien en la práctica su contenido ejerce una influencia decisiva en el devenir del procedimiento.

Durante la instrucción, al equipo técnico le corresponden otras tareas importantes: realización de las propuestas desjudicializadoras (art. 27), informar sobre la adopción de medidas cautelares (art. 28), así como asistir al menor (art. 22.1.f).

Esta última función vuelve a poner de relieve la ambivalencia con la que la LORRPM configura los diferentes órganos de la Administración de Justicia. Por una parte, colabora con la acusación, el Ministerio Fiscal, de la que depende

funcionalmente a efectos de elaborar el informe en el que, además, orienta la medida más adecuada a las características del menor, de otra, ha de prestarle ayuda psicológica.

De este modo tenemos de nuevo, al igual que acontece con el Ministerio Fiscal, un órgano con funciones que no parecen muy compatibles. Por ello hubiera sido preferible otorgar la función de asistencia a las entidades públicas de protección, si es que su presencia es necesaria más allá de la que prestan los representantes legales del menor.

Las funciones del equipo técnico no se agotan en la fase de instrucción, sino que se prolongan a lo largo de todo el proceso e incluso a la ejecución de las medidas. Así, interviene en la fase de la audiencia (arts. 31 y 37), informa sobre la modificación, reducción o finalización de las medidas impuestas al menor (arts. 14 y 51.1) y puede ser citado para asistir a la vista a celebrar para sustanciar el recurso de apelación (art. 41.1).

Modelo de informe del equipo técnico

Modelo de informe global

1. Datos de identificación:

Nombre y apellidos del menor.
Fecha y lugar de nacimiento.
Edad.
Domicilio.
Núm. de procedimiento/expediente.
Órgano judicial que solicita el informe y equipo que lo elabora.

2. Metodología utilizada:

Entrevistas.
Observación.
Instrumentos.
Pruebas psicométricas.
Contactos con profesionales de centros educativos, de servicios.
Sociales, de salud mental...
Informes anteriores.
Sesiones clínicas de debate.

3. Área socio-familiar:

Estructura y dinámica familiar.
Vivienda, entorno y nivel sociocultural y socioeconómico.
Aspectos físico/médicos.
Grupo de pertenencia y relaciones con el entorno social.
Patrones normativos.

4. Área educativa/prelaboral:

Escolaridad, centro, absentismo, trayectoria.
Nivel académico y de conocimientos. Rendimiento.
Actitud y comportamiento escolares.
Pautas educativas familiares.
Relaciones familia/escuela.
Expectativas académicas y laborales.

5. Área psicológica:

Presentación y actitud ante la exploración.
Anamnesis clínica.
Inteligencia.
Madurez perceptiva.
Estilo cognitivo.
Atención.
Memoria.
Pensamiento y lenguaje.
Nivel psicomotriz.
Aptitudes.
Intereses y motivaciones.
Posibles adicciones.
Personalidad.
Posibles patologías.
Adaptación personal, escolar y social.

6. Síntesis diagnóstica/valoración.

7. Orientaciones.

8. Lugar, fecha y firmas.

9. Notas sobre interpretación y limitaciones del informe.

Fuente: M. Vergara Blazquez. Aspectos psicológicos-socioeducativos y criminológicos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Participación de los equipos técnicos.

1.2.4. Las entidades de protección

La LORRPM hace referencia en varios preceptos a las entidades de protección. Así, tanto en el **art. 3**, respecto a los menores de 14 años, como en el **art. 18**, para los supuestos de desistimiento de la incoación del expediente, se estipula que:

“el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”.

También, como hemos visto, se considera que las entidades públicas de protección pueden completar o incluso elaborar el informe al amparo del **art. 27.6**. El **art. 28.2** ha previsto su presencia en la comparecencia ante el juez de Menores de cara a acordar medidas cautelares, donde han de informar “sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada, desde la perspectiva del interés del menor y de su situación procesal”. El **art. 35.1** prevé la posibilidad de que asista a la audiencia, si así lo acuerda el juez, el representante de la entidad pública de protección que haya intervenido en la instrucción. El **art. 40.2** para la suspensión de la ejecución del fallo estipula que el juez puede aplicar una libertad vigilada o exigir la realización de una actividad socio-educativa, recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma.

El papel que la LORRPM asigna a las entidades públicas de protección es confuso, pues junto a la faceta protectora de los menores parece atribuirle otra en materia sancionadora.

Al entender del autor, más allá de los supuestos contemplados en los arts. 3 y 18, las entidades públicas de protección solo deberían intervenir en el proceso penal de menores cuando sean las encargadas del menor imputado, en cuyo caso su papel es el de actuar como su representante legal, defendiendo los derechos del acusado. Como demuestra el modelo tutelar, la mezcla de funciones protectoras y reformadoras resulta nefasta. Por ello, se debe evitar implicar a las instituciones de protección en la faceta de reforma.

1.2.5. La Policía Judicial

El apartado 12 de las Reglas de Beijing consagra el principio de la especialización policial:

“Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad”.

En coherencia con este principio, se prevé la existencia de grupos de menores en las Brigadas de Policía Judicial.

“el Gobierno, a través del Ministerio del Interior, y sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas, adecuará las plantillas de los Grupos de Menores de las Brigadas de Policía Judicial, con objeto de establecer la adscripción a las Secciones de Menores de las Fiscalías de los funcionarios necesarios a los fines propuestos por esta Ley”.

(Disposición final 3.ª 4)

En este sentido, tanto en la Policía como en la Guardia Civil existen grupos de menores (GRUME, EMUMES).

Su actuación se ha regulado, especialmente en materia de detención, en los arts. 2 y 3 del Reglamento.

Además de los registros policiales locales, habrá un registro central. Los registros tienen un carácter confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Solo los que intervengan en la investigación podrán acceder a ellos, así como aquellos que estén autorizados por el Ministerio Fiscal o juez de Menores.

1.2.6. El menor

La LORRPM reconoce al menor las garantías procesales esenciales desde la **incoación del expediente** e incluso antes, si ha sido detenido. De este modo, salvo que haya mediado la detención, la incoación del expediente cobra en esta materia una gran trascendencia, pues **determina el momento a partir del cual el menor goza plenamente de las garantías procesales.**

En el **caso de detención**, el menor tiene **derecho a ser informado** inmediatamente en un lenguaje claro y comprensible de los **hechos** que se imputan, de las **razones** de su detención y de los **derechos** que le asisten, especialmente de los consagrados en el art. 520 LECrim.

Desde la incoación del expediente, el art. 22.1 le reconoce al menor los siguientes **derechos**: ser informado por el juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten; designar abogado defensor o que se le designe de oficio, y entrevistarse reservadamente con él antes de prestar declaración; intervenir en las diligencias practicadas en cualquier fase del procedimiento y proponer y solicitar las que estime oportunas; ser oído por el juez o Tribunal antes de la adopción de cualquier resolución que le afecte; la asistencia afectiva y psicológica durante todo el procedimiento con la presencia de los padres o de la persona que indique el menor y, por último, la asistencia de los servicios del equipo técnico. Asimismo, el apartado segundo del art. 22 consagra su derecho a que se le notifique el expediente desde el momento de su incoación.

De entre los derechos atribuidos al menor por el **art. 22.1** cobra una especial relevancia el de la **asistencia letrada**, pues en el ámbito del proceso penal de menores se discute el contenido y el alcance de la misma.

Salvo que antes de la incoación del expediente el menor ya cuente con un abogado defensor, lo que será el caso de haber sido detenido, el Ministerio Fiscal notificará al menor la incoación del expediente y requerirá al menor y sus representantes legales para que en el plazo de tres días designen abogado, con la advertencia de que, de no hacerlo, se le nombrará uno de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del Colegio de Abogados. Respecto a esta cuestión, en principio, tal como dispone el art. 22.1, la designación del abogado parece corresponder al menor.

Con relación a la asistencia letrada durante la declaración del menor, mientras en la enumeración de los derechos que corresponden a este tras la incoación del expediente se alude expresamente al derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado incluso antes de prestar declaración (art. 22.2.b), nada se decía inicialmente en la Ley cuando la misma tenía lugar estando detenido (art. 17.2). En la práctica se habían defendido interpretaciones antagónicas, pues mientras la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia de 13 mayo de 2005 negó que el menor tuviese derecho a entrevistarse antes de la declaración, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005 la admitía. Esta cuestión ha sido ahora expresamente resuelta por la Ley Orgánica 8/2006 al introducir un párrafo segundo en el **art. 17.2** que dispone que:

“el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración”.

Por otra parte, como antes indicaba, uno de los problemas esenciales que plantea la asistencia letrada en el proceso penal de menores es el relativo a si su contenido y alcance coinciden con los propios del proceso para adultos o si, por el contrario, difieren de los de este. Para algunos, el letrado en mayor o menor medida debe colaborar con las demás partes para satisfacer el interés del menor. Esto no significa que no pueda reclamar su inocencia, pero si está convencido de su culpabilidad, debe cooperar para la imposición de la medida más adecuada. De este modo, como señala Cuello Contreras, el proceso penal de menores no se basaría en la contradicción sino en la cooperación.

Al entender del autor, no existe razón alguna que pueda justificar la introducción de una excepción respecto al tratamiento de los adultos en materia de principio de contradicción, es más, como el propio Tribunal Constitucional ha destacado, “las reglas para desvirtuar la presunción de inocencia derivadas de las exigencias del art. 24 C.E. son plenamente aplicables a los procesos de menores”. Ello se traduce en la idea de que la presunción de inocencia solo queda desvirtuada cuando la culpabilidad se basa en pruebas legalmente practicadas en el juicio oral, sometidas a los principios que rigen el proceso penal acusatorio, entre los cuales se encuentra el de contradicción, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 211/1993, de 28 de junio. En este sentido, casi todos los derechos que el art. 22.1 atribuye a los menores, como ha dicho Ornos Fernández, representan aspectos del principio de contradicción. Así acontece con los derechos a ser informado, designar abogado defensor y entrevistarse reservadamente con él, intervenir en las diligencias que se practiquen durante todo el procedimiento y proponerlas y solicitarlas, y, por último, ser oído por el juez o Tribunal antes de la adopción de cualquier resolución que le afecte personalmente. En definitiva, el principio de contradicción rige plenamente en el proceso de menores, incluyendo la fase de instrucción como se encarga de resaltar el propio precepto.

1.2.7. El perjudicado

Al igual que su predecesora, la Ley 4/92, la LORRPM inicialmente excluyó tanto la acción particular y privada como la popular. No obstante, el legislador no fue totalmente coherente con su decisión al permitir a ciertas víctimas una intervención relevante en el proceso. El art. 25 admitía la personación del perjudicado cuando se atribuyeran a menores de más de 16 años delitos cometidos con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad

física de las personas. La personación en estos casos no le atribuía al perjudicado las mismas atribuciones que al acusador particular, pues no podía plantear pruebas sobre la situación del menor ni podía pronunciarse sobre las medidas.

La Ley Orgánica 15/2003 introdujo la acusación particular, pero en gran medida no modificó el articulado de la Ley para adaptarlo a esta nueva parte, lo que no dejó de plantear problemas. En efecto, si la Ley estaba pensada para un proceso sin acusación particular y con un amplio reconocimiento del principio de oportunidad, la introducción de la acusación particular exigía que se regulara expresamente lo que acontecía si había discrepancia por parte del acusador particular con relación al archivo decretado por el Ministerio Fiscal o al sobreseimiento pedido por este.

La Ley Orgánica 8/2006 ha procedido a regular detenidamente todas las cuestiones relativas a la acusación particular, consagrando ahora en el art. 4 derecho a personarse y ser parte en el expediente de la víctima y los demás perjudicados. Ahora se le reconoce las funciones propias de cualquier acusación, si bien se sigue manteniendo que no puede solicitar pruebas sobre la situación del menor, lo cual parece más fruto de un olvido al cambiar el estatuto del perjudicado.

Como hemos señalado, antes no se regulaba cómo compatibilizar el principio de oportunidad y la acusación particular.

Ahora, cuando el Ministerio Fiscal desista de la incoación del expediente, deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil (art. 18). Esto significa que si el fiscal decide archivar el asunto, se extingue la acción penal aunque el acusador particular no esté de acuerdo, de tal manera que lo que este puede hacer es exigir en la vía civil la responsabilidad civil.

En el caso del art. 19, si se ha cumplido o no se ha podido hacer por causas ajenas a su voluntad, el fiscal solicitará el archivo. A juicio del autor, en este caso aunque nada se dice en la Ley, del sentido del principio de oportunidad y de su titularidad cabe interpretar que la acusación particular se encuentra subordinada siempre a la acusación pública y, por tanto, si el Ministerio Fiscal decide solicitar el sobreseimiento, no cabe la oposición del acusador particular.

1.3. La competencia

La competencia para conocer de los delitos y faltas cometidos por los menores de 14 a 18 años corresponde en primera instancia a los jueces de Menores (art. 2.1.º y 3.º).

Al ocuparse los Juzgados de Menores solamente de esta franja de edad, resulta fundamental acreditar esta circunstancia. En principio, tal como dispone el art. 375.2 LECrim, la edad del sujeto se acreditará mediante certificación del Registro Civil o mediante una partida de nacimiento. Sin embargo, esto resulta a veces imposible de conseguir con relación a ciertos colectivos, especialmente inmigrantes. En tales casos, su edad se podrá acreditar mediante un informe forense.

Este principio general tiene una **excepción en materia de delitos de terrorismo** (arts. 571 a 580), cuyo conocimiento **corresponde al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional** (art. 2.4).

Esta excepción no parece razonable, puesto que, como se ha destacado, la orientación preventivo-especial exigiría de cara a adoptar la medida más adecuada tener en cuenta el ámbito familiar y social en que el menor desenvuelve su vida habitualmente, acercando en la medida de lo posible el órgano a su medio.

En cuanto a la **competencia territorial**, el órgano competente es el Juzgado de Menores del lugar donde se haya cometido el delito o la falta. Si no consta el lugar de comisión, se discute si para determinar la competencia hay que acudir a los criterios del art. 15 LECrim o si, en su defecto, el órgano competente es el del lugar donde el menor tenga su domicilio.

En favor de esta tesis cabe alegar que el propio art. 2.3 alude al art. 20.3, donde se contempla el criterio del domicilio y que es el criterio que mejor se adapta, como acabamos de ver, a los fines perseguidos por el sistema de justicia penal juvenil. En el art. 20.3 se establece, para los casos de delitos conexos cometidos en diferentes territorios, que el órgano competente es el juez de Menores del domicilio del menor y, en su defecto, habrá que acudir a los criterios del art. 18 LECrim. Para algunos, el criterio del domicilio del menor solo se utilizará si al menos uno de los delitos se ha cometido en el lugar donde habita el sujeto. Si todos se han cometido fuera, habrá que acudir a las pautas del art. 18 LECrim, en cambio Ornosá Fernández sostiene que la postura anterior “no es acorde con el texto de la Ley que termina con claridad la competencia del juez del domicilio en el caso de la comisión de varios delitos, sin que necesariamente uno tenga que haber sido cometido en el lugar del domicilio, y solo entrará en juego el art. 18 LECrim si no consta cuál es el lugar del domicilio, supuesto nada infrecuente”.

En lo referente a la competencia funcional, como ya hemos visto, la instrucción le corresponde al Ministerio Fiscal. El conocimiento del recurso de apelación frente a sentencias y autos le corresponde a la Audiencia Provincial, salvo en los casos de terrorismo que corresponde a la Audiencia Nacional. Mientras

la primera instancia está en manos de un órgano especializado, inicialmente se había previsto que la segunda instancia se atribuyera a una sala específica de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas. Sin embargo, este aspecto se modificó antes de su creación y finalmente se atribuyó la competencia a las audiencias provinciales que carecen de esta especialización. En algunas audiencias provinciales, para tratar de paliar el problema, se han asignado todos los asuntos de menores a una de las secciones.

Finalmente, el recurso para la unificación de doctrina le corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 42).

Por último, la ejecución se atribuye al Juzgado de Menores que dictó la sentencia (art. 44), salvo en los casos en que se hayan dictado varias por diversos Juzgados de Menores, en cuyo caso la competencia le corresponde al que dictó la primera resolución (art. 12).

El conocimiento del *habeas corpus* es competencia del juez de instrucción del lugar donde se encuentre privado de libertad. Si no consta, el del lugar de detención y en defecto de estos el del lugar donde se hayan tenido por última vez noticias sobre el paradero del menor. No queda claro si este criterio es de aplicación en los casos de delitos de terrorismo, si bien, como ha dicho Carcía-Rostán Calvín, parece que la competencia del juez de Instrucción también debiera extenderse al *habeas corpus* en casos de delitos de terrorismo en tanto no se ha establecido ninguna excepción como en otros aspectos.

1.4. Las fases del procedimiento penal de menores

En el procedimiento penal de menores se pueden distinguir **tres fases**: instrucción, fase intermedia y audiencia.

1) La instrucción

Esta primera fase tiene por objeto preparar el juicio, realizando para ello todas las actividades necesarias para constatar la comisión del hecho delictivo y la culpabilidad de los delincuentes, adoptando las medidas cautelares precisas.

Hay que tener presente que es habitual considerar que tras la presentación de la denuncia, su admisión por el Ministerio Fiscal no supone todavía la incoación del expediente. Desde que la denuncia se presenta hasta que se llevan a cabo las actuaciones previstas para verificar el hecho delictivo y la responsabilidad del menor, tiene lugar una **fase previa**, las **diligencias preliminares**, que, aun no mencionándose en la Ley, se puede encauzar a través de las diligencias preliminares de los arts. 785bis LECrim y 5 EOMF.

La existencia de esta fase previa se infiere, en primer término, del art. 16.3 al disponer que, tras la realización de las actuaciones indicadas en el apartado segundo, “el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes”.

Asimismo, en favor de esta tesis se puede alegar lo estipulado en el art. 18 que aparece bajo la siguiente rúbrica: “desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar”. Si respecto de esta manifestación del principio de oportunidad que tiene lugar tras efectuar las diligencias del art. 16.2 cabe hablar de renunciar a la incoación del expediente, es porque estas no suponen todavía el inicio de este.

Al entender del autor, esta tesis choca con dos importantes dificultades sin que, además, los argumentos a su favor sean concluyentes. Por lo que a las primeras se refiere, se configura una fase previa utilizando como marco un precepto, el art. 785bis LECrim, que tiene sentido en el proceso abreviado y no en el de menores. Y ello porque si bien en aquel la instrucción corresponde a un juez, mediante dicho artículo se permite que cuando la denuncia se presente ante el Ministerio Fiscal o este tenga noticia de un delito y todavía el juez no haya asumido la investigación, aquel pueda llevar a cabo una especie de “instrucción preliminar”. De este modo, el art. 785bis viene a representar un tímido avance en dirección a la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción que, no obstante, no deja de suscitar graves dificultades. Por ello, no parece que tenga razón de ser la introducción de este precepto en el proceso penal de menores en el que esta función se asigna al Ministerio Fiscal, de tal modo que venga a anteponer a la actividad instructora propiamente dicha otra preliminar.

Además, el art. 785bis prevé, entre otras cosas, la posibilidad de citar a declarar a cualquier persona, es decir, el Ministerio Fiscal en esta fase previa puede hacer comparecer ante él al menor para prestar declaración. Ello exige que este reciba asistencia letrada. A lo anterior hay que añadir que el art. 118 LECrim dispone que:

“la admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados”.

El retraso del inicio del expediente a un momento posterior al de la admisión de la denuncia pone de relieve que ya antes de la incoación se requieren, al menos en parte, las garantías procesales previstas en el art. 22, pese a que el precepto se las atribuye al menor solo a partir de esta, salvo en lo relativo a la detención.

En cambio, estos problemas desaparecen cuando el comienzo de la instrucción se sitúa en la aceptación a trámite de la denuncia. Desde este momento el menor goza de los derechos contemplados en el art. 22, de tal modo que ya podrá contar con la asistencia letrada y tendrá conocimiento de la interposición

de aquella mediante la notificación de la incoación del expediente prevista en el apartado segundo de este precepto. Esta opción cuenta, además, con la ventaja de evitar los riesgos que para el derecho a la defensa puede plantear la configuración de una fase previa a la incoación. Es consciente de ellos la propia Fiscalía General del Estado cuando señala que:

“los fiscales deberán hacer un uso tan ponderado como excepcional y restringido de las diligencias de investigación en fase preliminar, pues la nueva Ley busca el robustecimiento de los principios de defensa y de equilibrio de partes en la fase de instrucción, lo que obliga a no demorar su incoación con una actividad preliminar que en modo alguno debe convertirse en sustitutivo o anticipo del Expediente de reforma”.

2) Fase intermedia

La finalización de la fase de instrucción no implica sin más la apertura del juicio oral sino que es preciso previamente realizar una valoración de todas las actuaciones que se han realizado, así como de las alegaciones de las partes. En efecto, no siempre es procedente el inicio de la fase de juicio oral, pues puede suceder que no haya razones para celebrar juicio, ya sea porque nunca las ha habido (los hechos denunciados no se han podido acreditar o no se ha encontrado a los responsables), ya sea porque estas han desaparecido (ha tenido lugar una mediación entre las partes).

3) Fase de juicio oral

1.5. El inicio de la instrucción

En muchas ocasiones el procedimiento penal se inicia porque hay una denuncia por parte del que tiene noticia de que el menor ha cometido un delito.

El art. 16.2 se refiere únicamente al inicio de la investigación penal por medio de la denuncia de quienes tienen noticia de que un menor ha cometido presuntamente un hecho delictivo. La denuncia puede provenir de un particular o de otras personas que por razón de su cargo tengan conocimiento de su comisión. Así acaece en el caso del atestado realizado por los miembros de las fuerzas de seguridad que han tenido noticia de la comisión de un delito directamente o por una denuncia presentada ante ellos.

Pero aunque el art. 16.2 no alude, a diferencia de lo que acaecía con la antigua Ley 4/92, a la posibilidad de iniciar la investigación de oficio, lo cierto es que, como ha destacado la Fiscalía General del Estado, también cabe que sea el propio Ministerio Fiscal el que pueda comenzar la instrucción de oficio cuando ha tenido conocimiento de la realización de un hecho delictivo.

Una vez recibida la denuncia por el Ministerio Fiscal, este la admitirá o no a trámite en función –dice el art. 16.2– de que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito. Para la admisión de la denuncia, como ha señalado la Fiscalía General del Estado, son precisos tres requisitos: los hechos puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal han de tener relevancia para el Derecho penal, en estos aparece presuntamente implicado un menor y, por último, pese a que no se diga, pero aplicando supletoriamente lo dispuesto en el art. 269 LECrim, la denuncia no ha de ser manifiestamente falsa.

El art. 16.2 dispone que el Ministerio Fiscal “practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido”. Estas diligencias se han de poner en relación con las vías desjudicializadoras. Dado que el recurso a estas presupone que el menor ha cometido un hecho delictivo y, pese a ello, no se va a desarrollar el proceso para declarar su culpabilidad e imponerle una sanción, antes de acudir a ellas es preciso realizar una mínima actividad de investigación para verificar tanto los hechos como la implicación del menor en los mismos. De no hacerse y acudir sin más a tales técnicas, esto podría tener consecuencias contraproducentes para el menor, pues ya la atribución de la comisión de un delito puede estigmatizarlo, especialmente cuando se opta por la reparación del daño o la conciliación debiendo presentarse ante la víctima en el rol de delincuente pese a su inocencia. De ahí, como ha indicado Cruz Márquez, la necesidad de buscar un cierta base probatoria.

Practicadas las diligencias, el art. 16.2 dispone que el Ministerio Fiscal puede “resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido”. Este órgano debe archivar definitivamente el expediente cuando se den las circunstancias del art. 637.1.º y 2.º LECrim. Asimismo, y aunque nada se diga, cabrá, como destaca Dolz Lago, acordar el archivo cuando el menor aparezca exento de responsabilidad criminal (art. 637.3.º), salvo que se trate de una causa de inimputabilidad, en cuyo caso hay que proseguir el proceso, pues cabrá imponer las medidas contempladas en el art. 5.2, lo que exige que por medio de sentencia dictada por el juez se declare la comisión de un ilícito penal. En cambio, no parece que tenga sentido al inicio de la instrucción incluir una referencia a causas de archivo provisional como la de inexistencia de autor conocido.

Si a la vista de la actividad investigadora el menor es inocente porque el hecho denunciado no se ha cometido, no reviste los caracteres de delito o el imputado no ha intervenido en él, entonces se decretará el archivo de la causa, debiéndose comunicar al denunciante.

En cambio, si existen indicios fundados de que el menor ha cometido el hecho delictivo, en este caso el Ministerio Fiscal tiene dos opciones: recurrir a la vías desjudicializadoras, evitando así que el proceso llegue a término, o bien puede continuar con la instrucción.

1.6. Las vías desjudicializadoras

1.6.1. El papel de las técnicas de desjudicialización, modalidades previstas en la LORRPM y la relación entre ellas

La LORRPM permite recurrir ampliamente a mecanismos desjudicializadores, especialmente a través de los arts. 18 y 19, pudiéndose incluir entre ellos también las propuestas que el equipo técnico puede realizar a tenor de lo dispuesto en el art. 27.4.

Pues bien, la **desjudicialización** puede consistir en renunciar sin más a **continuar con el proceso iniciado** o bien en **ponerle fin**, pero adoptando alguna medida alternativa. Ambas modalidades aparecen contempladas en la LORRPM. En cuanto a la relación entre ellas, como acuñaciones del principio de subsidiariedad, las que implican la mera renuncia al proceso son de aplicación preferente frente a las que conllevan intervenciones alternativas. A esta tesis se le ha objetado que el prescindir de toda reacción penal es generalmente ineficaz desde un punto de vista educativo, con lo que a las primeras debería recurrirse solo de forma excepcional. Sin embargo, a esta objeción se ha contestado, como señala Herrmann, destacando que la evitación del proceso no significa que la comisión del hecho no haya traído consecuencias negativas para el menor. Entre ellas cabe aludir a la fuerte impresión que le supone el verse confrontado con la policía y los órganos de la Administración de Justicia, así como a una investigación de la que se desconoce su desenlace, la reacción que provoca el conocimiento del hecho en su entorno familiar, educativo y social y que con frecuencia desencadena sanciones informales, la circunstancia de que, si lo vuelve a hacer, ya no podrá beneficiarse de esta posibilidad, la carga que supone el ser considerado sospechoso de un delito, etc. Así lo reconoce la propia LORRPM cuando en el art. 27.4 permite al equipo técnico proponer la no continuación del expediente por haber sido expresado suficiente-

mente al menor el reproche por el hecho cometido a través de los trámites ya practicados. A lo anterior habría que añadir en el caso de nuestra regulación que el menor ha de responder civilmente.

1.6.2. Las modalidades de desjudicialización sin intervención alternativa

Las vías que no entrañan el recurso a medios alternativos son las previstas en los arts. 18 y 27.4.

El primero permite al Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente. Aunque la rúbrica de este precepto parece vincular el desistimiento a la corrección en el ámbito educativo y familiar, lo cierto es que ello, a juicio del autor, no es necesario. En efecto, hay que tener presente que originariamente el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de responsabilidad penal de los menores contemplaba en el art. 18 un supuesto de desjudicialización que conllevaba como medidas alternativas la corrección en determinados ámbitos. Sin embargo, el grupo parlamentario de CIU presentó una enmienda, la 179, para su modificación. Esta enmienda fue aceptada por la ponencia, por lo que la exigencia de corrección desapareció, pero se olvidaron de modificar la rúbrica del precepto.

El Ministerio Fiscal puede desistir de la continuación del expediente siempre que se den **tres requisitos**:

1) **El hecho que se imputa al menor ha de ser una falta o bien un delito menos grave. El legislador utiliza como criterio la gravedad de la infracción, excluyendo del desistimiento no solo los delitos graves, sino también los menos graves, en cuya comisión se haya empleado violencia o intimidación.**

2) **Además es necesario que no conste que el menor haya cometido anteriormente otros hechos de la misma naturaleza.** En primer término, hay que destacar que aquí, a diferencia de lo que acontece con la reincidencia, no se requiere que medie sentencia firme. Muy problemática se presenta la cuestión de qué se ha de entender por hechos de la misma naturaleza. La Fiscalía General del Estado interpreta que la posibilidad del desistimiento está vedada cuando el menor ha cometido anteriormente un delito grave o bien uno menos grave, siempre que este último se haya ejecutado con violencia o intimidación.

Al entender del autor, la tesis de la Fiscalía General del Estado es rechazable por dos razones. En primer término, porque se opone frontalmente al tenor literal del precepto que solo excluye el desistimiento cuando anteriormente se han cometido hechos de la misma naturaleza. Y en segundo lugar, porque

la circunstancia de que el menor haya realizado previamente un delito no implica que, respecto de la comisión de otro, sea conveniente desde un punto de vista educativo continuar el procedimiento.

Aclarado lo anterior, la identidad de naturaleza se podría determinar con arreglo a los criterios mencionados en la Disposición transitoria 7.^a del Código penal: ataque del mismo modo a idéntico bien jurídico.

De todas maneras, la falta de este requisito no cierra por completo el paso a las vías desjudicializadoras, pues, como el propio precepto se encarga de aclarar, aún cabe acudir a los mecanismos previstos en el art. 27.4 e incluso a la modalidad contemplada en el art. 19, ya que esta no se hace depender de la no constancia de la previa comisión de un hecho de la misma naturaleza.

3) Por último y aunque el precepto no lo diga, el pronóstico de que no se requiere, como indica Cezón González, una intervención educativa que haga conveniente acudir a la vía desjudicializadora que va acompañada de una medida alternativa (art. 19) o incluso exija continuar el procedimiento con el fin de imponerle la sanción adecuada.

Por lo que se refiere a las consecuencias del desistimiento, este no se extiende a la responsabilidad civil, lo que explica que el art. 18 obligue a ponerlo en conocimiento del perjudicado y, por otra parte, el Ministerio Fiscal habrá de dar traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para que esta valore la situación del menor y promueva las medidas adecuadas a sus circunstancias de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996, de 15 de enero).

La introducción de la acusación particular no significa que esta se coloque en pie de igualdad con la acusación pública, puesto que si esta decide desistir de la incoación del expediente, el art. 4 de la LORRPM dispone que “cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley, desista de la incoación del expediente deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil”. Por tanto, si hay desistimiento de la incoación del expediente, no se puede continuar con el expediente o iniciarlo por la petición de la acusación particular, que únicamente podrá ejercitar la acción civil para exigir la responsabilidad civil en la jurisdicción civil.

Junto a esta modalidad de desjudicialización sin intervención alternativa, el art. 27.4 contempla otra posibilidad de desistimiento de la continuación del expediente cuya primera particularidad reside en que aquí ha de mediar una propuesta del equipo técnico. En tal caso, el Ministerio Fiscal puede remitir el expediente al juez de Menores solicitando el sobreseimiento del mismo.

El recurso a esta vía está sujeto a dos requisitos. En primer lugar, es preciso que no haya razones educativas que justifiquen la continuación del expediente. Así será si con los trámites ya practicados se ha expresado suficientemente al menor el reproche por el hecho cometido, o bien si ha transcurrido mucho tiempo desde la comisión del delito. Esto último es coherente con la orientación preventivo-especial de las medidas. Dado que la eficacia preventivo-especial de la sanción es inversamente proporcional al tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo, pasado un tiempo considerable desde su realización, la imposición de la medida ya no se experimentaría por el infractor como algo justo, perdiendo así su efecto educativo. Por ello, en tales situaciones carece de sentido continuar el procedimiento, pues la medida que en él se pudiera imponer ya no sería idónea desde un punto de vista educativo.

En segundo lugar, hace falta que se den los requisitos del art. 19.1. La remisión a este precepto no deja de plantear dificultades en cuanto a su alcance. Para un sector de la doctrina esta implica no solo que el hecho sea constitutivo de un delito o falta, sino también que se lleve a cabo un acto de reparación o conciliación. En cambio, otros interpretan que la misma solo tiene por objeto restringir la posibilidad de solicitar el sobreseimiento a las infracciones mencionadas en el primer apartado de dicho artículo, no siendo necesario, por tanto, que se lleven a cabo actuaciones de reparación o conciliación.

En mi opinión, esta segunda posición es más acertada. Y ello porque, de exigirse la reparación o la conciliación, el art. 27.4 se habría remitido a todo el art. 19, como hace el art. 27.3. Además, la previsión del apartado cuarto de este precepto sería superflua, pues en los delitos menos graves o faltas el equipo técnico, en virtud del art. 27.3, ya podría proponer estas actividades y, en consecuencia, nada impediría fundamentarlas en el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho o en la innecesariedad de continuar con el procedimiento.

También en esta modalidad se ha previsto que el Ministerio Fiscal remita lo actuado a la entidad pública de protección de menores para que esta, si procede, adopte alguna medida. En cambio, no se ha pronunciado acerca de si cabe exigir la responsabilidad civil. Pese al silencio del precepto, creo que se habrá de tramitar la pieza separada para reclamarla.

1.7. Las vías desjudicializadoras con una intervención alternativa. La mediación penal en la LORRPM

En el art. 19 LORRPM se regula la mediación, por medio de la cual se articulan las estrategias de desjudicialización que conllevan una intervención. Aunque se alude a tres medidas alternativas¹, en el fondo se pueden reconducir a dos, puesto que la conciliación se puede considerar como un supuesto de reparación simbólica.

⁽¹⁾Reparación del daño, conciliación y actividad educativa.

Al entender del autor, constituye un acierto haber configurado la conciliación y reparación del daño no como sanciones penales, sino como formas de solución privada del conflicto social que posibilita la renuncia al recurso de aquellas. Se trata de una manifestación del principio de subsidiariedad.

También hay que valorar positivamente la circunstancia de que los mecanismos de desjudicialización se ubiquen en el inicio del proceso, lo que hace posible ponerle fin rápidamente y evitar los efectos estigmatizadores del mismo.

Otro aspecto que parece muy positivo es que, al menos a primera vista, no se pueden imponer por la vía de la desjudicialización, esto es, informalmente, algunas de las sanciones recogidas en el art. 7 LORRPM, como, sin embargo, acontece en otros países.

1.7.1. Ámbito de aplicación de la mediación en el sistema de justicia penal de menores

El art. 19 LORRPM dispone que el sobreseimiento del proceso penal de menores derivado de una mediación penal en el que el menor se ha conciliado o reparado el daño solo cabe **cuando se trate de hechos constitutivos de falta o de delito menos grave**. En principio, esto significa que su **campo de actuación es más amplio** que el fijado para el desistimiento de la incoación del expediente previsto en el art. 18, que requiere, respecto a los delitos menos graves, que no concurra violencia o intimidación.

Pese a todo, lo cierto es que la **exclusión de los delitos graves** del ámbito del sobreseimiento por mediación no parece justificada ni en atención a los fines perseguidos por la LORRPM (la evitación en el futuro de la comisión de nuevos delitos por el menor) ni a los objetivos que se pretende alcanzar con la mediación.

En el art. 19 LORRPM la **presencia de las circunstancias de violencia o intimidación** es un **factor** más de los que se han de **valorar** de cara a decidir si se opta por esta estrategia o no. Ni siquiera en el caso de que la violencia o la intimidación sean graves cabe excluirlas, pues el art. 19 alude a las mismas simplemente como elementos que, dentro del contexto más general de la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, se han de tomar en consideración con el objeto que determinar si esta vía desjudicializadora resulta adecuada para el menor.

1.7.2. Los sujetos intervinientes en la mediación

Son varios los sujetos que tienen algún tipo de intervención en la mediación. En primer lugar, por lo que se refiere a los **menores acusados** de la comisión de un hecho delictivo, hay aspectos, tales como la reincidencia o la concurrencia de factores de desintegración social, que, como ha destacado Cruz Márquez,

“no deben constituir un obstáculo, al menos en un primer momento y siempre que se cuente con la disposición de ambas partes, para iniciar procesos de conciliación y reparación del daño”.

En cuanto a la **víctima**, es preciso destacar que inicialmente se ha venido exigiendo que la víctima tenga un carácter personal e individualizable, si bien también se han aceptado los casos en los que el perjudicado era una persona jurídica con tal de que el hecho delictivo hubiera afectado a alguna persona. A juicio del autor, este planteamiento implica, en primer lugar, recortar considerablemente el campo de la mediación en el ámbito penal, excluyendo de antemano los delitos en los que la víctima es directamente el Estado o la comunidad. Pero que, además, incluso entre los delitos contra bienes personales, hay ocasiones donde no es posible contar con la víctima, ya sea porque esta no desea participar en el proceso de mediación, ya sea porque no se la pueda localizar. En la primera alternativa, si admitimos que no cabe mediación, estamos dejando en manos de la víctima que determine la respuesta que el derecho penal va a dar a una persona, lo que, al entender del autor, es una función que nunca puede dejarse en manos de una de las partes implicadas. En cualquier caso, lo cierto es que en la práctica se han puesto en marcha programas de mediación sin participación de la víctima.

Las medidas contempladas en el art. 19 LORRPM se alcanzan a través de la mediación, señalando sin mayores precisiones el texto legal que el órgano mediador estará constituido por el correspondiente equipo técnico. Desde la entrada en vigor de la LORRPM, se han articulado hasta tres modelos. Inicialmente fueron bastantes las comunidades autónomas que optaron por considerar que los equipos técnicos encargados de elaborar el informe técnico sobre el menor que va a ser procesado serían también los encargados de realizar las mediaciones. En no pocos casos las comunidades autónomas han terminado abandonando este modelo debido a que con frecuencia están saturados de trabajo, por lo que no han podido hacer mediaciones.

En otras comunidades desde un principio o más tardíamente se ha optado por establecer **equipos dedicados específicamente a la mediación** y dedicando otros a las demás tareas que le asigna la LORRPM, garantizando además la confidencialidad sobre todo aquello que pueda servir para probar la culpabilidad del menor. En algún caso como en Cataluña estos equipos son públicos. En esta comunidad autónoma se distingue entre las funciones de asesoramiento y las de mediación, asignando unos equipos a realizar en exclusiva las primeras tareas y dedicando otros a las segundas. En otros las comunidades autónomas han firmado convenios con entidades privadas sin ánimo de lucro para que lleven a cabo las mediaciones, como ha acontecido, por ejemplo, en Andalucía.

Junto a estos actores principales, también hay que mencionar al abogado del menor y el juez de menores. El Reglamento de la Ley, Real Decreto 1774/2004 (en adelante RLORRPM), en su art. 5 ha previsto que se le dé audiencia al **letrado del menor** de cara a la adopción de la medida extrajudicial.

El RLORRPM también ha previsto la intervención de los **representantes legales del menor** acusado de cara a la admisión de la mediación penal.

Por otro lado, como he indicado, en el caso de la mediación, a diferencia de lo que acontece con el desistimiento de la incoación del expediente del art. 18, se exige que intervenga el **juez de Menores** para dar por terminado el procedimiento por medio de un auto de sobreseimiento.

1.7.3. El procedimiento de la mediación y el contenido del acuerdo

La iniciativa para derivar un caso a mediación puede partir de cualquiera de los intervinientes en el proceso y no solo del Ministerio Fiscal o el equipo técnico.

El proceso, como señala Soler Roque, se iniciaría con el estudio de la viabilidad de la mediación a través de entrevistas tanto con el acusado del delito como con la propia víctima. Una vez que se han llevado a cabo las entrevistas, el siguiente paso sería valorar la información obtenida para ver las posibilidades que se ofrecen a la vista del hecho delictivo, de la actitud de las partes y las ofertas de reparación que se hayan planteado. Finalmente se procedería a la ejecución del programa. Si la víctima desea participar, la **mediación** puede ser **directa** o **indirecta**. En la primera se producirá un encuentro entre el autor y la víctima creándose un espacio de comunicación en el que con la ayuda del mediador se podrá alcanzar un acuerdo. Este puede ser muy variado.

En la mediación indirecta el afectado por el delito desea intervenir, pero le resulta difícil sentarse frente al autor. En estos supuestos el mediador traslada al menor las peticiones y deseos de la víctima.

También hay **programas donde no hay participación de la víctima**, ya sea porque estamos ante un delito que afecta a un bien jurídico de titularidad estatal o comunitaria (seguridad vial, tráfico de drogas, etc.), ya sea porque la víctima no desea participar o no se la puede localizar.

El art. 19 alude a tres posibles contenidos del acuerdo: conciliación, reparación del daño o actividad educativa.

1) La **conciliación** exige, según el art. 19.2, que el menor reconozca el daño causado, pida disculpas y la víctima las acepte. Aunque en la Exposición de Motivos se alude a que la conciliación exige que el menor se arrepienta del daño, lo cierto es que el art. 19 no lo exige. Por otro lado, aunque la aceptación de las disculpas por parte de la víctima es un requisito de la conciliación, sin embargo, la falta de este requisito no excluye que el caso se pueda desjudicializar, puesto que el art. 19 permite el desistimiento siempre que la conciliación o la reparación no se puedan llevar a cabo por causas ajenas a la voluntad del menor infractor.

2) Asimismo, el art. 19 se ocupa del objeto de la **reparación del daño**, señalando que estará integrado por acciones en beneficio de la víctima, perjudicado o la comunidad.

En la medida en que la reparación del daño puede consistir en acciones en beneficio de la comunidad, estas pueden identificarse con las prestaciones contempladas como sanción en el art. 7. La reparación puede ser a la persona o a la sociedad según si ha sido una persona o toda la comunidad la que ha sufrido el daño, e incluso a esta última si la persona física no puede o no quiere intervenir en la mediación. Pero en este caso deberíamos hablar de una actividad de idéntico o similar contenido a la que se llevaría a cabo a favor de la persona física para evitar que coincida con la sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad. Así, por ejemplo, en un supuesto de daños por haber hecho en la pared de una casa una pintada, no habría problema en acordar con el menor que borrara otra pintada existente en un edificio público.

Por otro lado, la referencia a una acción en beneficio de la víctima o la comunidad es excesivamente indeterminada, pues quedan en el aire tanto su contenido como su extensión. Dada la indefinición y la falta de límites por la vía de la reparación del daño, se podría llegar a imponer a los menores medidas más aflictivas que las propias sanciones. Con la particularidad de que estas últimas exigen un juicio con todas las garantías y un fallo de culpabilidad. Para evitar estos inconvenientes, cabría emplear como límite de las prestaciones materiales el de la responsabilidad civil que se haya podido derivar del hecho delictivo.

3) Mayores dificultades ofrece la posibilidad de que la desjudicialización vaya acompañada de una **actividad educativa** propuesta por el equipo técnico. Aquí existe el riesgo de que sin un fallo de culpabilidad se imponga una reacción similar a la propia de la medida de realización de tareas socio-educativas. Para evitarlo, esta modalidad se debería limitar a la participación en las actividades propias del centro educativo al que esté adscrito el menor (acudir a las clases si este se ha venido ausentando de las mismas, inscribirse en alguno de los programas ofertados por el centro al margen de la enseñanza reglada, etc.).

1.7.4. El resultado y los efectos de la mediación

Una vez que se ha derivado un caso a la mediación, es posible que esta **termine sin acuerdo**. En este caso habría que diferenciar **dos situaciones**:

1) Allí donde el menor no ha colaborado para conseguir llegar a un acuerdo satisfactorio, en ese caso se dará por terminada la mediación y se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que se continúe con el procedimiento.

2) En cambio, allí donde es la conducta de la víctima la que está obstaculizando la consecución del acuerdo porque, por ejemplo, está realizando unas exigencias inaceptables, en estas hipótesis en las que no se pueda alcanzar este, ello no debe significar que se dé por terminada la mediación y se reanude el proceso penal, pues la propia LORRPM reconoce efectos a los acuerdos que no se puedan llevar a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor. Por tanto, cabría efectuar en estos casos una mediación sin intervención de la víctima donde la reparación se haría a favor de la comunidad.

Respecto a la conciliación y la reparación del daño, el art. 19.2 establece que estas se realizarán “sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes con relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley”.

Hay que tener presente, además, que, según dispone el art. 19.6 LORRPM, cuando la víctima del hecho delictivo es menor de edad o incapaz, el compromiso se ha de asumir por su representante legal y contar con la aprobación del juez de Menores. El art. 5.1.c del RLORRPM exige ahora el consentimiento de los representantes legales del menor infractor para que pueda tener lugar la reparación, la conciliación o la actividad educativa. A juicio del autor, se trata de una extralimitación del Reglamento y que, en consecuencia, no debe exigirse.

El desistimiento del expediente se dará tanto si se alcanza la conciliación o se cumplen los compromisos de reparación asumidos por el menor como si la una o los otros no se pudieran llevar a efecto por razones ajenas a la voluntad del imputado.

Aunque nada se dice respecto al compromiso de efectuar la actividad educativa, habrá que entender que si esta se incumple por causas no imputables al menor, también aquí habrá de darse por terminada la instrucción. En cambio, si el incumplimiento de los compromisos es atribuible al menor, en este caso el Ministerio Fiscal continuará con la tramitación del expediente.

Aun cuando el precepto lleva por rúbrica del desistimiento de la continuación del expediente, lo cierto es que el art. 19 exige que el procedimiento se termine mediante sobreseimiento y archivo de las actuaciones decretado mediante auto por el juez de Menores a instancia del Ministerio Fiscal.

1.8. Las medidas cautelares

La función de las medidas cautelares consiste en asegurar la **función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado**. Entre ellas se pueden mencionar: citación, detención, internamiento, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

1.8.1. Citación

El art. 773.2 LECrim dispone que el Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el juez o Tribunal.

Entre las personas a las que el Ministerio Fiscal puede citar se encuentra la persona a la que se le atribuye la comisión del delito, que en este caso es el menor.

Asimismo, el Ministerio Fiscal también puede citar al menor para que comparezca ante el equipo técnico con el fin de que este pueda elaborar el informe.

La Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2000 señala que **hay que tratar de agrupar en una sola comparecencia todos los actos procesales que requieran la presencia del menor con el fin de evitar que se familiarice con las oficinas y dependencias judiciales**.

Si no comparece ni justifica su inasistencia, tal como indica Tomé García, se puede decretar su detención (art. 487 LECrim).

1.8.2. La detención

La LORRPM no fija las causas de detención, por lo que se habrá de estar a lo dispuesto en los arts. 490 y ss. LECrim.

No obstante, en el caso de los menores nunca se podrá detener a un menor por faltas al amparo del art. 495 de la LECrim por no tener el menor un domicilio conocido. Si este fuera el caso, como indica Gómez Recio, lo procedente sería su puesta a disposición de las entidades de protección.

Art. 17.1 consagra una serie de **derechos** que le corresponden al **menor detenido**:

- La detención debe ser practicada en la forma menos perjudicial. Por ello, tal como dispone el art. 2.5 del Reglamento, “el cacheo y aseguramiento físico de los menores detenidos se llevará a cabo en los casos en que sea estrictamente necesario y como medida proporcional de seguridad para el propio menor detenido y los funcionarios actuantes, cuando no sea posible otro medio de contención física del menor”.
- Se ha de informar al menor de los hechos, razones de detención y derechos que le asisten, especialmente los del art. 520 LECrim.
- Se ha de notificar de forma inmediata la detención y el lugar de custodia al Ministerio Fiscal y a quienes ejerzan patria potestad, tutela o guarda de hecho del menor. Por tanto, se sigue un criterio diferente al sentado por la LECrim (art. 520.3) en la que se dice que al Ministerio Fiscal se le notifica solo en defecto de estos últimos.
- En el caso de que se trate de un menor extranjero, “la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales”.
- A los anteriores derechos hay que sumar los contemplados en el art. 520 LECrim al que se remite el propio art. 17. Por tanto, el menor detenido tiene derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, a ser reconocido por un médico forense, a la asistencia letrada y a la asistencia gratuita por intérprete si es extranjero o no comprende el castellano.

El art. 17.2 LORRPM dispone que la declaración del detenido se llevará a cabo siempre en presencia de su letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor –de hecho o de derecho–, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente.

En materia de asistencia letrada se viene interpretando que no rigen las excepciones del art. 520, es decir, que no cabe interrogar al menor sin letrado aunque este no comparezca en el plazo de 8 horas ni el menor puede renunciar a su asistencia en caso de delitos contra seguridad del tráfico.

Hay que tener presente que, tal como aclara ahora el art. 17.2, el menor tiene derecho a una “entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración”.

El menor tiene derecho a que en su declaración estén presentes sus representantes legales salvo que las circunstancias aconsejen lo contrario.

Este sería el caso, como recuerda Ornosá Fernández, allí donde dicha presencia no es posible por estar ilocalizables o no querer acudir, o bien no es conveniente su presencia porque, por ejemplo, son las víctimas del delito. Si no acuden los representantes legales, será el Ministerio Fiscal representado por una persona distinta al instructor el que esté presente. Como ya pusimos de relieve, este precepto es una buena muestra de las dificultades existentes para poder conciliar las diferentes funciones atribuidas al Ministerio Fiscal, sin que, por otra parte, se alcance a comprender esta exigencia, puesto que para la defensa de los intereses del menor está su letrado y si se estima que esto a veces o siempre no es suficiente, se podría exigir la presencia de un representante de la entidad de protección. Este requisito genera además problemas de difícil solución, pues al ser la competencia de los juzgados de menores uniprovincial, será difícil que el representante del Ministerio Fiscal se pueda desplazar a comisarías lejanas al lugar donde tienen su sede los juzgados de menores.

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

El Reglamento en su art. 3.4 dispone que “debe garantizarse que todo menor disponga de alimentación, vestimenta y condiciones de intimidad, seguridad y sanidad adecuadas”.

Asimismo, se prevé la existencia de un libro de registro en el que se han de hacer constar datos como los siguientes: identidad, fecha y hora de entrada y salida, constancia de notificación a representantes legales, circunstancias y motivo de detención, constancia de haberse informado al menor, etc.

La **detención de un menor por funcionarios de policía** no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal (art. 17.4). Se acorta el plazo de los adultos de 72 horas a **24 horas**.

Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, este habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el artículo

siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquel a disposición del juez de Menores competente, e instando del mismo las oportunas medidas cautelares, con arreglo a lo establecido en el artículo 28 (art. 17.5).

El plazo de detención del Ministerio Fiscal, por tanto, se ha de contar desde la detención, lo que supone que si la policía agota las 24 horas, al Ministerio Fiscal le restarán solo 24 horas.

No obstante, la legislación ha previsto una **excepción para los casos de menores implicados en delitos de terrorismo**. En este caso se prevé que rige lo dispuesto en el art. 520 bis. Se ha propuesto con razón que este régimen especial solo sea de aplicación para los casos mencionados en el art 384 LECrim, es decir, para menores que pertenezcan a bandas terroristas, dejando fuera los supuestos de los arts. 577 y 578 del Código penal. En cuanto al plazo, para algunos, el menor puede ser detenido por un plazo de 72 horas prorrogable por otras 48 horas. En cambio, otros estiman que en este supuesto la detención se puede prolongar durante 24 horas prorrogables por otras 48 horas. El órgano competente para la prórroga es el juez Central de Menores de la Audiencia Nacional.

El menor acusado de delitos de terrorismo se ha de poner a disposición de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y no de la Fiscalía del lugar de la detención.

1.8.3. Medidas cautelares para la custodia y defensa del menor

El art. 28.1, párrafo segundo, establece que las medidas cautelares pueden “consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo”. El primer problema que se ha planteado es si estamos ante una enumeración abierta o cerrada.

Para González Pillado estamos ante una enumeración abierta, pues se utiliza la expresión “podrán consistir” y en la enumeración faltan algunas de gran trascendencia como “a privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos, la retención del pasaporte o la citación cautelar”. Por ello se inclina por entender que la enumeración de medidas cautelares personales es meramente ejemplificativa, pudiéndose aplicar todas las previstas en la LECrim siempre que sean idóneas. A favor de esta tesis cita dos argumentos. En primer lugar, “la redacción del art. 7.1 h) LORMP, en lo que respecta a la libertad vigilada, en cuanto a enumerar las reglas de comportamiento que puede imponer el juez de Menores, se refiere, en el n.º 7, a “cualesquiera otras obligaciones que el

mismo estime adecuadas para la reinserción social del menor. Sin duda, esta cláusula abierta permite la adopción de medidas no expresamente previstas en el art. 28.1 LORPM.

De otro lado, y este es el argumento fundamental de la exégesis que se defiende, la aplicación supletoria de la LECrim, que permitirá la adopción de órdenes de protección con relación al menor imputado en supuestos graves de violencia doméstica (art. 544 ter LECrim) o, ya con carácter general, la citación cautelar del menor, entendiendo aplicable supletoriamente el art. 487 LECrim”.

Reflexión del autor

Si estamos ante medidas restrictivas de derechos fundamentales, estas deben estar expresamente previstas en la Ley. Si las medidas contempladas para los menores son distintas que las estipuladas para los adultos, no podemos aplicar supletoriamente lo regulado en esta materia por la LECrim. Si la enumeración hubiese sido simplemente ejemplificativa, no hubiera hecho falta reformar la Ley para introducir nuevas medidas que se echaban en falta. Por ello estimo que las medidas cautelares son únicamente las recogidas en el art. 28.1.

La Ley recoge expresamente los presupuestos para la adopción de la medida cautelar:

- Indicios racionales de la comisión de un delito.
- Riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra bienes de la víctima.

La referencia al riesgo de atentar contra bienes de la víctima se introdujo en el 2006 y, en mi opinión, aunque en las directrices internacionales se contemple, este presupuesto es muy difícil de compatibilizar con la presunción de inocencia, pues, si se acuerda una medida cautelar por esta vía, en el fondo estamos diciendo que una persona no solo ha cometido un atentado contra los bienes de alguien sino que, además, existe el riesgo de que pueda volver a hacerlo. Creo que en estas hipótesis poco queda por decir en el juicio oral que se celebre posteriormente acerca de la culpabilidad o no del acusado y, en verdad, en tales hipótesis no estamos ante una medida cautelar sino ante una pena anticipada. Ciertamente, es necesario proteger a víctimas de determinados delitos que estadísticamente se pueden repetir, pero ello debe hacerse mediante medidas como la escolta policial u otras que no impliquen un daño tan grave para presunción de inocencia.

Para la adopción de la medida de internamiento, la Ley menciona específicamente los criterios que el juez debe valorar: la gravedad de los hechos, circunstancias personales y sociales del menor, peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no antes con otros hechos graves de la misma naturaleza. En cuanto a la gravedad de los hechos, para poder imponer

el internamiento se debería exigir, tal como propone González Pillado, que al menor se le impute alguno de los delitos cuya comisión permite la aplicación del internamiento en régimen cerrado (art. 9.2 de la Ley).

No se puede acordar ninguna medida cautelar cuando el hecho que se impute al sujeto sea constitutivo de falta, tal como señala la Fiscalía General del Estado.

El art. 28.1 disponía inicialmente que la medida cautelar podría mantenerse hasta la celebración de la audiencia o durante la sustanciación de los eventuales recursos. En la reforma del 2006 se ha corregido esto y ahora dispone más correctamente que “la medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme”. Pero hay que recordar, tal como señala Díaz-Maroto, que, dado el carácter provisional e instrumental, las medidas solo se pueden mantener en tanto se mantengan las circunstancias que motivaron su adopción.

Para la doctrina, este inciso del art. 28 es el que fija la duración máxima de las medidas cautelares salvo la relativa a la de internamiento, para la que se establece un plazo máximo. En concreto, el art. 28.3 dispone que “el tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del letrado del menor y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo”.

Reflexión del autor

Ello supone el reconocimiento de unas medidas cautelares de duración indeterminada, puesto que el límite de la sentencia firme depende del tiempo que tarde el procedimiento, lo cual abonaría la concurrencia de una vulneración del principio de legalidad. De este modo, mientras que ninguna medida sancionatoria puede durar por regla general más de dos años salvo en los casos del art. 10, esa misma medida, impuesta como cautelar, podría perfectamente superar esa duración si el proceso se retrasara. Ello no solo supone tratar a los menores peor que a los adultos, lo cual es indicio de una infracción del principio de proporcionalidad, sino que, además, implica que aquello que no permite el derecho penal, puede hacerlo el instrumento para su realización, el derecho procesal. Además, la interpretación que se plantea lejos de tratar de limitar las dilaciones indebidas, viene a favorecerlas. Por mucho que se retrase el procedimiento, siempre se puede mantener una medida cautelar sobre el menor, ciertamente no el internamiento, pero sí cabría la convivencia en grupo educativo que incluso se concibe en alguna sentencia como medida privativa de libertad.

En cuanto al procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, el art. 28.1 dice que “el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, podrá solicitar del juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima”. Aunque aparentemente se está diciendo que el único legitimado para instar la adopción de medidas cautelares es el Ministerio Fiscal, lo cierto es que se suele reconocer que el acusador particular está legitimado para instarla directamente. Su tramitación se efectúa en pieza separada en la que se documentará todo lo rela-

tivo a la medida cautelar. En caso de que se solicite el internamiento, el art. 28 exige que se celebre una comparecencia a la que asistirán el Ministerio Fiscal, las partes, el representante del equipo técnico y el de la entidad de protección o reforma de menores. Aun cuando no se diga, es necesaria la presencia del menor.

Cuando el Ministerio Fiscal vaya a pedir el internamiento, en el plazo de 48 horas ha de poner al menor a disposición del juez y solicitar la comparecencia. En cuanto al plazo para fijar esta, dado que la LORRPM no dice nada, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 497.1, donde se establece que se celebrará en 72 horas. En la comparecencia se pueden practicar aquellas pruebas que se puedan desarrollar en el acto o en un plazo de 24 horas.

En el caso de las otras medidas, no hace falta la comparecencia pero se habrá de oír a todas las partes.

Tal como puso de relieve en el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.ª, de 24 de junio de 2002, tanto la solicitud de la prórroga como la resolución en la que se acuerda deben tener lugar antes de que venza el plazo de la medida cautelar. Una vez agotado este, la medida debe cesar, no pudiendo volver a acordarse.

En cuanto a los criterios empleados por la jurisprudencia para acordar las medidas cautelares, se pueden citar por ejemplo los indicios de criminalidad y el riesgo de reiteración delictiva. Se acuerdan con frecuencia cuando se cumple medida no privativa de libertad y se vuelve a delinquir. A veces se acuerda cuando el menor está en situación de riesgo social (así, por ejemplo, porque su abuela no lo puede tutelar adecuadamente; frecuenta personas que toman drogas y pernocta fuera del domicilio familiar o bien en otro caso porque requieren intervención educativa y resocializadora por existir factores de riesgo con grave déficit de escolarización, desestructuración familiar y carencia de modelos de referencia, impulsividad, recurso a la violencia y escasa capacidad para anticipar y prevenir las consecuencias de sus actos, resultando además que adecuada a su interés la adopción de la medida). A juicio del autor, en los casos de riesgo social lo que sucede es que el menor requiere medidas de protección que hasta ese momento normalmente no se han tomado y la presunta comisión del hecho delictivo pone de relieve esta situación. En tales hipótesis las fiscalías debieran derivar el menor a protección para que se adoptaran las medidas pertinentes y solo si existe riesgo de fuga o de destrucción de pruebas cabría plantear alguna medida cautelar.

No es aplicable lo dispuesto en el art. 504 LECrim donde se permite que tras la condena, la prisión provisional se puede prolongar hasta cumplir la mitad de la condena impuesta.

El tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará para el cumplimiento de las medidas que se impongan en la causa o en otras que tenga pendiente por hechos cometidos con anterioridad.

Aun cuando la iniciativa para compensar parece que corresponde al Ministerio Fiscal, a juicio del autor, lo podría hacer de oficio el juez. Cuando las medidas no sean homogéneas, cabe aplicar supletoriamente el art. 59 del Código penal.

El juez de menores puede de oficio en cualquier momento alzar la medida cautelar o sustituirla por otra menos restrictiva.

1.8.4. Medidas cautelares para protección y custodia del menor con arreglo a la legislación civil

El art. 29 LORRPM dispone que “si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1.º, 2.º o 3.º del artículo 20 del Código penal vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta Ley conforme a lo que establecen sus artículos 5.2 y 9, y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta Ley”.

La referencia a que instará la incapacitación y constitución de los organismos tutelares hay que interpretarla en el sentido de instar a los titulares de la patria potestad o tutela a que lo hagan, pues el art. 757.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que solo estos están legitimados para hacerlo.

La Fiscalía General del Estado interpreta que a ellos se les podría aplicar como medidas cautelares el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio. El primero se podría encauzar a través del art. 28 y el segundo como medida protectora de índole civil.

1.9. El desarrollo de la instrucción

Como se desprende de los arts. 16 y 23, la actuación instructora del Ministerio Fiscal se dirige a la práctica de las diligencias necesarias para comprobar el hecho y la participación del menor en el mismo, así como para proponer la medida adecuada al menor.

El art. 23.3 dispone que no podrá practicar diligencias restrictivas de derechos fundamentales. Asimismo, hay que recordar que tampoco puede acordar las medidas cautelares del art. 28.

Por regla general, como ha recordado la doctrina, se entiende que la prueba preconstituida en la medida en que es un verdadero acto de prueba requiere la intervención del juez, por lo que el Ministerio Fiscal, al no ser un órgano jurisdiccional, no podría preconstituir la prueba. Sin embargo, en algunas audiencias provinciales se ha admitido siempre que se haya respetado la contradicción y se haya introducido en el juicio oral mediante su lectura.

Las diligencias las puede practicar el Ministerio Fiscal de oficio a instancia de las partes. En efecto, tal como dispone el art. 26.1, estas “podrán solicitar del Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias consideren necesarias”. El Ministerio Fiscal deberá decidir sobre estas propuestas mediante una resolución motivada que deberá comunicar tanto a las partes como al juez de Menores. El art. 26.2 dispone que el Ministerio Fiscal no puede rechazar la propuesta de declaración del menor salvo que ya hubiera terminado la instrucción y hubiera elevado el expediente al juez de Menores. El art. 26.1 termina señalando que las partes “podrán, en cualquier momento, reproducir ante el Juzgado de Menores la petición de las diligencias no practicadas”. La interpretación de este precepto ha planteado problemas, proponiendo la doctrina y algunas audiencias provinciales entender que, pese al tenor literal, lo cierto es que la decisión sobre las diligencias propuestas por las partes que se han denegado por el Ministerio Fiscal se debe retrasar hasta la fase intermedia.

El acusador particular puede solicitar la práctica de diligencias que versen sobre el hecho y las circunstancias de su comisión, pero no sobre la situación psicológica, familiar, educativa y social del menor, lo cual resulta absurdo, pues carece de sentido que pueda solicitar una medida y no, en cambio, proponer pruebas sobre las circunstancias que resultan decisivas de cara a la adopción de la medida. En realidad, parece más un descuido que una decisión consciente. Al regular las facultades del acusador particular se ha partido de las funciones que en el proceso se les reconocían a algunos perjudicados, añadiendo las que faltaban, pero olvidando modificar la relativa a este extremo.

Durante la instrucción el Ministerio Fiscal requerirá al equipo técnico para que elabore el informe técnico que versará sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y cualquier otra circunstancia relevante para la adopción de medidas. Tiene el valor de un dictamen de peritos.

Parece que se ha de elaborar desde que se incoa un expediente, aunque no parece que tenga sentido en hechos de escasa relevancia.

El **equipo técnico** tiene un **plazo de diez días** para elaborarlo salvo que se trate de un **caso complejo**, en cuyo caso podría disponer de hasta **un mes**. En **la práctica** los equipos técnicos **tardan bastante más** tiempo en la realización del informe.

Durante la fase de instrucción se puede acordar el secreto del expediente. La competencia le corresponde al juez de menores a iniciativa del Ministerio Fiscal, el menor, la familia y aunque no se diga, ahora también debería poder hacerlo el perjudicado. La finalidad de esta medida no es otra que la de velar por el buen fin de la investigación o preservar la intimidad del menor y probablemente también de la víctima.

El secreto puede mantenerse durante toda la instrucción o limitarse a un periodo limitado de tiempo. En todo caso, el letrado del menor y ahora también el acusador particular lo han de conocer en su integridad al tiempo de efectuar las alegaciones. Para ello se ha propuesto que se tenga que alzar necesariamente diez días antes de conclusión de instrucción para que tengan tiempo de proponer diligencias.

Se estima que es aplicable el art. 302 LECrim, de tal manera que el secreto tendrá una vigencia de un mes que se puede ir prorrogando.

1.10. La fase intermedia y el juicio oral

Una vez acabada la instrucción, se inicia la fase intermedia que, como ya vimos, tiene por objeto determinar si se dan los requisitos necesarios para iniciar la audiencia o si, por el contrario, lo procedente sería acordar el sobreseimiento. Esta fase comienza cuando el Ministerio Fiscal, tras terminar la instrucción, acuerda mediante decreto la conclusión del expediente. Termina cuando el Juzgado de Menores, a instancia del Ministerio Fiscal, acuerda el sobreseimiento de la causa o bien la celebración de la audiencia.

Así pues, cuando el Ministerio Fiscal acaba la instrucción, tiene **dos alternativas**: solicitar el sobreseimiento o la apertura de la audiencia.

1) El Ministerio Fiscal **solicitará el sobreseimiento** si se dan algunos de los siguientes supuestos:

- Sobreseimiento por conciliación, reparación del daño o actividad educativa del art. 19 LORRPM.
- Sobreseimiento a propuesta del equipo técnico por pena de banquillo o transcurso de mucho tiempo (art. 27.4).
- Asimismo, el art. 30 dispone que el Ministerio Fiscal podrá solicitar el sobreseimiento de acuerdo a lo dispuesto en LECrim: arts. 637 y 641.

Si el Ministerio Fiscal no pide el sobreseimiento, cuando termina la instrucción, dictará un decreto de conclusión del expediente y lo notificará a las partes. Además, habrá de remitir al Juzgado de Menores el expediente con un escrito de alegaciones junto con las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir.

2) El **escrito de alegaciones** tiene un contenido similar al escrito de calificación provisional del art. 650 LECrim o de acusación del art. 781.1

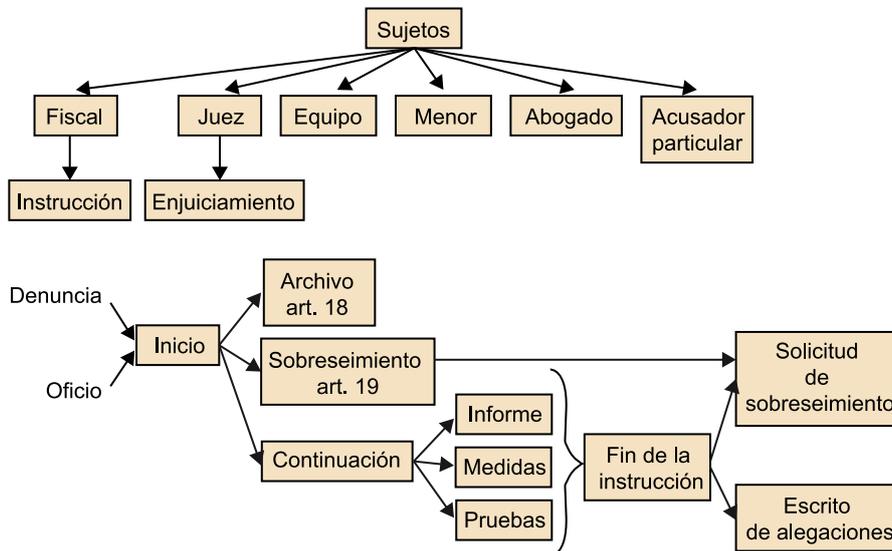
Contenido

- 1) Una descripción clara y precisa de los hechos.
- 2) La valoración jurídica de los mismos.
- 3) El grado de participación del menor.
- 4) Breve exposición de las circunstancias personales, familiares, formativas y sociales del menor. Para ello resultará de gran utilidad el informe del equipo técnico.
- 5) La proposición de alguna de las medidas previstas en la Ley con una relación de los fundamentos jurídicos y educativos que hacen aconsejable la aplicación de la medida.
- 6) Por último, se han de mencionar las pruebas de las que se servirá, así como la participación en la audiencia de otras personas.

Una vez recibidos el expediente, las alegaciones y demás efectos, el juez de Menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual el secretario judicial “dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes. Evacuado este trámite, el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formulen a su vez escrito de alegaciones y propongan la prueba que consideren pertinente”. Si el letrado del menor no presenta las alegaciones en el plazo de cinco días, se estima aplicable el art. 784.1 LECrim, entendiéndose, por tanto, que se opone a los escritos de alegaciones de las partes acusadoras.

Entre las posturas que pueden adoptar el menor y su letrado está la de aceptar las alegaciones de las partes acusadoras.

Gráfico 1. Esquema del proceso penal de menores hasta el final de la instrucción



En este caso, procederá dictar sentencia de conformidad. Si estuviesen de acuerdo con los hechos, pero no con la medida, en este caso se celebrará la audiencia en la que se discutirá únicamente la idoneidad de la medida. Si hubiera conformidad, se habrá de celebrar una comparecencia en los mismos términos que la prevista en el art. 36 y a continuación se dictará sentencia de conformidad, imponiendo la medida que se haya solicitado.

En consecuencia, la **conformidad exige tres requisitos**:

- 1) **Que las partes acusadoras no hayan solicitado la medida de internamiento.**
- 2) **Que el menor y su letrado se muestren de acuerdo.**
- 3) **Que la conformidad se exprese en una comparecencia en los términos del art. 36.**

Si no se opta por la conformidad, el letrado del menor puede solicitar el sobreseimiento, la práctica anticipada de pruebas, oponerse a las conclusiones de las partes acusadoras o alegar la prescripción del hecho.

De no darse la conformidad, el juez de Menores, a la vista de los escritos de alegaciones de las partes, **podrá acordar las siguientes decisiones**:

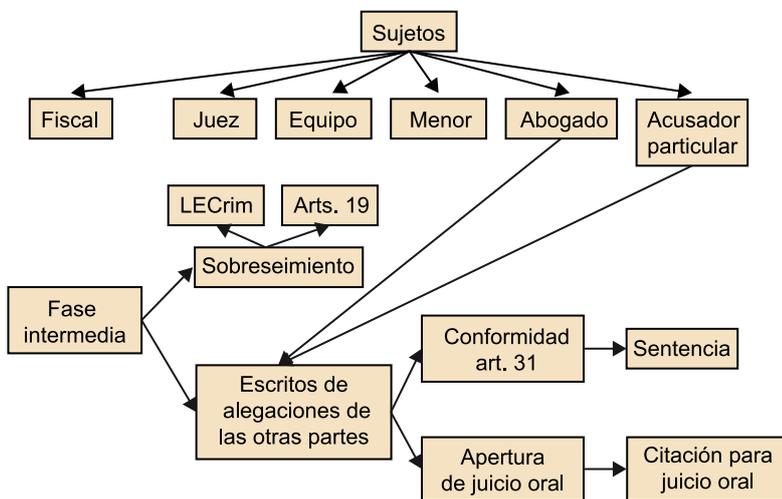
- “La celebración de la audiencia.

- El sobreseimiento, mediante auto motivado, de las actuaciones.
- El archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública de protección de menores correspondiente cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal.
- La remisión de las actuaciones al juez competente, cuando el juez de Menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto.
- Practicar por sí las pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido denegadas por el fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente Ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, antes de iniciar las sesiones de la audiencia”.

A la vista de las alegaciones del fiscal y demás partes, el juez de Menores podrá acordar la celebración de la audiencia.

Según se desprende del art. 34, en el plazo de cinco días desde la presentación de escrito de alegaciones del letrado del menor o desde transcurso del plazo para presentarlas dictará auto de apertura de la audiencia.

Gráfico 2. Esquema de la fase intermedia en un proceso penal de menores



1.11. La fase de audiencia

Se trata de la **fase de juicio oral** que se rige por los principios de oralidad, concentración, inmediación y publicidad. Respecto de la publicidad, el art. 35.2 dispone que el juez podrá acordar en interés de la persona imputada o de la víctima que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación.

Al juicio oral **asisten el Ministerio Fiscal, el acusador particular, el miembro del equipo técnico que haya elaborado el informe, el letrado del menor y el menor**. Este podrá estar acompañado de sus representantes legales salvo que el juez acuerde lo contrario oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y el representante del equipo técnico (art. 35.1).

Un problema que no se ha resuelto es si cabe celebrar juicio en ausencia del menor. Como es sabido, la LECrim lo permite cuando la pena no exceda de dos años de privación de libertad o de seis cuando sea de otra naturaleza (art. 786.2). La sentencia dictada en ausencia puede ser recurrida en anulación (art. 792).

El Tribunal Constitucional en su Auto 148/1999, de 14 de junio admitió la celebración de juicio en ausencia de menores que habían sido citados debidamente y que, por desinterés o falta de diligencia propia o de sus padres, no acudieron. En cambio, la jurisprudencia de los Juzgados de Menores se inclina por requerir siempre la presencia del menor pese a las dificultades que estos plantean, pues en bastantes ocasiones no acuden al proceso pese a las reiteradas citaciones. En estos casos lo procedente sería acordar su detención y presentación en la audiencia conforme a los arts. 487 y 492 LECrim.

Opinión del autor

Parece preferible entender que si no ha dicho nada ni se ha previsto el recurso de anulación es porque resulta imprescindible su presencia, pudiendo ser detenido. El propio proceso puede tener un valor educativo para el menor, que se verá confrontado con la víctima. Otra cosa es que de forma temporal pueda estar ausente.

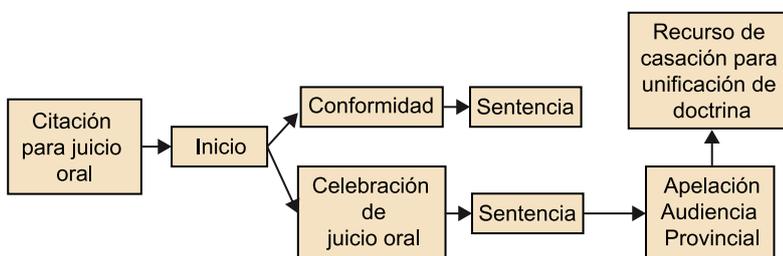
Al iniciarse, el juez informará al menor en un lenguaje claro y adaptado a las circunstancias del menor de las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal, así como de los hechos y la causa en la que se funden (art. 36.1). En este momento el juez le preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con la medida solicitada por el MF. Si estuviese de acuerdo en ambos extremos, oído el letrado del menor, el juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado del menor no estuviera de acuerdo, decidirá el juez, razonándolo en la sentencia (art. 36.2).

Si solo estuviera de acuerdo en los hechos, se celebrará la audiencia para determinar si la medida solicitada por el MF es la más idónea o es necesario sustituirla por otra que haya sido propuesta por alguna de las partes.

Al igual que en adultos, la conformidad se puede alcanzar en dos momentos, en el escrito de alegaciones o al inicio del juicio oral. En el primer caso solo si la medida no es de internamiento o inhabilitación absoluta. En la audiencia no existe este límite.

Si no hay conformidad, procede celebrar la audiencia.

Gráfico 3. Esquema del juicio oral en el proceso penal de menores y de los recursos



1.12. La sentencia

Terminada la audiencia, el juez de Menores debe dictar sentencia en un plazo de cinco días (art. 38).

No obstante, el juez puede anticipar oralmente el fallo y su motivación que se ha de documentar a través del secretario o en anexo al acta, sin perjuicio de redactar después la sentencia.

El juez no puede imponer, en virtud del principio acusatorio, una medida que suponga mayor restricción de derechos ni por tiempo superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal o acusador particular. Tampoco las medidas privativas de libertad pueden exceder del tiempo que hubiese durado la pena de haberse cometido por un adulto.

La sentencia contendrá todos los requisitos expresados en el art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados figurarán los antecedentes, hechos probados, los fundamentos jurídicos y el fallo, debiendo ser firmada por el juez.

Los razonamientos se han de formular en un lenguaje claro y comprensible para la edad del menor.

1.13. La suspensión de la ejecución del fallo

El art. 40 ha previsto la suspensión de la ejecución del fallo, que se puede acordar en la misma sentencia en los casos en los que todas las partes están de acuerdo con su contenido y manifiestan su intención de no recurrirla. Si se planteara un recurso, debería ser acordada en un auto cuando la sentencia adquiriera firmeza.

A diferencia de lo que acontece en el Código penal con la suspensión de la ejecución, en el art. 40 no se restringe expresamente esta institución a las medidas privativas de libertad. De ahí que algunos estimen que se puede suspender la ejecución de cualquier medida, privativa de libertad o no. En cambio, un importante sector de la doctrina considera que aunque el tenor literal no establezca ninguna limitación, lo cierto es que la regulación está pensando en que la medida cuya ejecución se va a suspender es privativa de libertad. En la medida en que la suspensión puede ir acompañada de una libertad vigilada, como se ha dicho, la sanción sustitutiva no puede ser más grave que la sustituida, por lo que esto solo tiene sentido con relación a las medidas privativas de libertad.

Requisitos:

1) La medida no ha de exceder de los dos años.

En la doctrina se ha dicho que la suspensión podría resultar interesante en supuestos como los siguientes: última oportunidad en casos de incumplimiento de medidas de régimen abierto, transcurso de tiempo entre la sentencia fir-

me y la ejecución con evolución favorable del menor, cumplimiento de varias medidas consecutivas, suspendiéndose la última, pero sin renunciar al control del menor.

2) La iniciativa puede corresponder al juez de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o del letrado del menor.

3) Audiencia previa, es decir, para acordar la suspensión es necesario oír al Ministerio Fiscal, al letrado del menor, al representante del equipo técnico y de la entidad pública. También ahora habrá que oír al acusador particular.

4) El plazo de la suspensión es de dos años.

Condiciones que debe cumplir el menor:

1) No ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo de la suspensión. Parece que no se vería afectada la suspensión por la condena por falta.

2) Compromiso de reinserción social, no incurriendo en nuevas infracciones.

3) Se le puede imponer un régimen de libertad vigilada durante la suspensión o la realización de una tarea socioeducativa.

Si no cumple las condiciones, se alzarán la suspensión y cumplirá la medida.

A diferencia del Código penal, no se distingue entre incumplimiento por comisión de delito e incumplimiento de otras condiciones que no deberían dar lugar automáticamente al alzamiento de la medida.

2. La ejecución de las medidas

La ejecución de las medidas se regula en el **título VII de la LORRPM**. Este título VII se divide en tres capítulos: disposiciones generales (I), reglas para la ejecución de medidas (II) y reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad (III).

La Ley de 1992 prácticamente no se ocupaba de la regulación de este aspecto, señalando en su Disposición Adicional Tercera que “la ejecución de medidas adoptadas por los Juzgados de Menores corresponde a las entidades públicas competentes en la materia”.

En cambio, LORRPM le dedica todo el título VII, pero pese al avance, lo cierto es que la **regulación contiene numerosas lagunas** que han de **cubrirse** con el **desarrollo reglamentario**. En efecto, no se contemplan los principios que deben inspirar la ejecución, ni los derechos de los menores sometidos a medidas, salvo para las medidas privativas de libertad. También se echa en falta una regulación más detallada de la ejecución de las medidas privativas de libertad, en la que no se contemplan ni la organización de los centros ni el contenido de la intervención educativa.

2.1. El marco normativo de la ejecución

La ejecución de las medidas se regula esencialmente en **dos normas estatales**: El **título VII de la Ley Orgánica 5/2000**, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, así como el **Real Decreto 1774/2004**, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La DF 7.^a de la LO 5/2000 había previsto el desarrollo reglamentario de lo relativo a la ejecución de las medidas privativas de libertad por parte de las comunidades autónomas con competencia respecto a la protección y reforma de menores. Pero la mayoría de ellas no lo había efectuado.

En este contexto a través del Real Decreto 1774/2004 se efectuó por el Estado el desarrollo reglamentario.

Inicialmente se pensó que con ello se habían resuelto los problemas que plantea la ejecución de las medidas privativas de libertad, aunque lo hubiera hecho quien en principio no era el competente para ello.

No obstante, ya desde un principio las **comunidades autónomas se percataron de que el Real Decreto 1774/2004 no era suficiente**. Así cuando Galicia decide derogar su reglamento de 2001 (Decreto 427/2001) al entrar en vigor el elaborado por el Estado, mantiene la vigencia de una parte, la relativa al funcionamiento y organización, al constatar que este aspecto no se contemplaba en el Real Decreto 1774/2004.

Pero lo peor es que **ni la Ley ni el Reglamento se ocupan de la intervención educativa**: no se detienen en su contenido, programas, fases, etc.

De ahí que las **comunidades autónomas**, como ya vimos, estén procediendo a **dictar normas para abordar** algunas de las **lagunas** que presenta la normativa estatal. En cualquier caso, esta dispersión normativa tiene efectos perversos para todos, tanto para los encargados de aplicarla como para los menores y jóvenes. Sería preferible la existencia de un reglamento que regulara todas las cuestiones relativas a la ejecución.

No existe una tendencia uniforme en las distintas comunidades autónomas, pero parece que se va abriendo paso la idea de que no basta con dictar normas de funcionamiento interno, sino que hace falta ocuparse de las cuestiones relativas a la intervención educativa.

2.2. Principios inspiradores de la ejecución

El punto de partida lo constituye el **principio de legalidad** en su vertiente de garantías jurisdiccionales y de ejecución, que implica, tal como dispone el art. 43, que por un lado “no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma”, y por otro, que “tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen”.

Por lo demás, ha sido el Reglamento el que ha recogido los principios que deben inspirar la actuación de los profesionales, organismos e instituciones que intervienen en la ejecución de las medidas. En efecto, en el art. 6 dispone que la ejecución se ha ajustar a los siguientes principios:

- “El superior interés del menor de edad sobre cualquier otro interés concurrente.
- El respeto al libre desarrollo de la personalidad del menor.
- La información de los derechos que les corresponden en cada momento y la asistencia necesaria para poder ejercerlos.

- La aplicación de programas fundamentalmente educativos que fomenten el sentido de la responsabilidad y el respeto por los derechos y libertades de los otros.
- La adecuación de las actuaciones a la edad, la personalidad y las circunstancias personales y sociales de los menores.
- La prioridad de las actuaciones en el propio entorno familiar y social, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor. Asimismo, en la ejecución de las medidas se utilizarán preferentemente los recursos normalizados del ámbito comunitario.
- El fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas.
- El carácter preferentemente interdisciplinario en la toma de decisiones que afecten o puedan afectar a la persona.
- La confidencialidad, la reserva oportuna y la ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o en la de sus familias, en las actuaciones que se realicen.
- La coordinación de actuaciones y la colaboración con los demás organismos de la propia o de diferente Administración, que intervengan con menores y jóvenes, especialmente con los que tengan competencias en materia de educación y sanidad”.

2.3. La competencia

La Ley 5/2000 distingue adecuadamente entre control jurisdiccional de la ejecución que corresponde a los jueces de menores y la actividad administrativa necesaria para la ejecución material de las medidas que corresponde en virtud de lo dispuesto en art. 45 CE a las **comunidades autónomas**.

Tampoco hay que olvidar que el **Ministerio Fiscal** desempeña algunas funciones **en materia de ejecución**. Esencialmente, su papel consiste en intervenir en el trámite de audiencia que se celebre para resolver las incidencias sobre la ejecución, así como en su potestad de plantear todo tipo de incidentes como, por ejemplo, la sustitución o modificación de la medida. Para ello debe ser informado de todo lo relativo al control judicial de la ejecución y ha de recibir los informes de ejecución que emita la Administración.

2.3.1. La competencia judicial

El **control de la ejecución** le corresponde al **Juzgado de Menores** que haya dictado la sentencia.

Aquí, a diferencia de adultos, se unifica en un mismo órgano la **función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado**: le corresponde hacer cumplir la medida y resolver todos los recursos sobre las modificaciones que pueda experimentar la medida, así como velar por los derechos de los sometidos a una medida. Esta regla tiene una excepción en el caso de que se ejecuten varias sentencias dictadas por diferentes Juzgados de Menores, en cuyo caso la competencia le corresponde al que dictó la primera de ellas.

La competencia del Juzgado que dictó la sentencia se mantiene aunque la medida se ejecute fuera de su demarcación e incluso fuera de su comunidad autónoma, lo que puede plantear problemas de cara al control efectivo.

Durante esta fase el juez de Menores tiene esencialmente **tres cometidos**:

- Salvaguardar los derechos y garantías del menor.
- Controlar cualquier desviación o abuso que se pueda producir en la ejecución de la medida.
- Tener conocimiento permanente de la evolución del menor y adoptar, en su caso, las decisiones que sean pertinentes.

Con carácter general, al juez de Menores le corresponde resolver cuantas incidencias se produzcan durante la ejecución de la medida.

Para ello, el apartado 1.º del art. 44 dispone que se celebrará una vista con asistencia del Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante de la entidad pública que ejecute la medida. Parece que también podría asistir el acusador particular.

De todos modos, no parece que la vista sea necesaria en todos los incidentes. Piénsese en los apartados a), d) g) y h) del art. 44.2: adoptar decisiones para ejecutar la medida, conocer la evolución del menor, realizar visitas y entrevistas, realizar propuestas y recomendaciones.

El art. 44 contempla en el apartado segundo una serie de funciones que le incumben en esta fase: adoptar las decisiones necesarias para hacer efectiva la ejecución de la medida, resolver las propuestas de revisión de las medidas, aprobar el programa individualizado de ejecución, tomar los acuerdos sobre

las peticiones y quejas, visita regular de los centros, entrevistarse con menores, formular propuestas y recomendaciones a la Administración, decidir sobre los recursos en materia disciplinaria, etc.

2.3.2. La competencia administrativa

El art. 45 atribuye la **competencia administrativa** para el cumplimiento de las medidas a las **comunidades autónomas**, así como a las ciudades de **Ceuta y Melilla**.

La competencia corresponde a la comunidad autónoma donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia, salvo en los casos en los que la medida se ejecute en otra comunidad autónoma (art. 35.1 RLORRPM).

El art. 54.1 en su párrafo segundo establece un régimen particular para los menores implicados en delitos de terrorismo al disponer que “La ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia, acordadas por el juez Central de Menores o por la sala correspondiente de la Audiencia Nacional, se llevará a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las comunidades autónomas”.

El art. 45.3 permite que las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla puedan firmar convenios con otras entidades públicas o bien privadas sin ánimo de lucro (ONG) para la ejecución de las medidas. En todo caso, siempre se ha de ejecutar bajo su directa supervisión y además, no pueden ceder la titularidad de su competencia y la responsabilidad de su ejecución.

En muchas comunidades autónomas se han firmado **convenios con entidades privadas** para la ejecución de medidas.

2.4. El procedimiento a seguir para la ejecución de las medidas

En todas las medidas para cuya ejecución son competentes las comunidades autónomas, su cumplimiento ha de seguir una serie de pasos comunes a todas ellas que se iniciarían con una etapa preliminar en la que, tras la **recepción del asunto**, se **abre un expediente al menor** y se **designa el centro y/o el técnico responsable de la ejecución de la sanción**. A continuación se procedería a la **elaboración de un programa individualizado de ejecución** y, por regla general, una vez aprobado por el juez de menores, comenzaría la **ejecución** si bien hay supuestos en los que el cumplimiento comienza antes. Una vez

que el menor está cumpliendo la sanción, se le irá haciendo un **seguimiento**. Una vez cumplida la medida, se archiva el asunto y se **cierra el expediente**. De todo ello me voy a ocupar con más detenimiento a continuación.

2.4.1. Aspectos preliminares: recepción del asunto, apertura del expediente y designación del centro o el técnico responsable de la ejecución

Para que se pueda ejecutar una medida, es preciso que haya recaído sentencia firme y el menor haya sido condenado. Si bien la ejecución de la mayoría de las sanciones requiere la colaboración de las comunidades autónomas, en algunas de las medidas no hace falta: amonestación, inhabilitación absoluta, privación del derecho de conducir o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, así como la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.

Firme la sentencia, el secretario judicial procederá a abrir un expediente de ejecución cuyo punto de partida es el testimonio de la sentencia condenatoria y, a continuación, se incorporará el programa individualizado de ejecución, una vez que haya sido elaborado por la entidad pública y aprobado por el juez de Menores. Posteriormente, se irán recogiendo todos los incidentes que se vayan produciendo durante el cumplimiento de la sanción. Paralelamente, el secretario librará oficio a la entidad pública con toda la documentación relativa al caso: testimonio de la sentencia, informes, así como la identificación del letrado del menor. Si faltase alguno de estos documentos, se procederá a reclamarlos.

Aunque no se menciona expresamente en la normativa, la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2000, 18 de diciembre de 2000, relativa a criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, con apoyo en lo dispuesto en el art. 48.3 llegó a la conclusión de que también en las fiscalías se debe llevar un expediente de ejecución.

Una vez recibido el testimonio de la sentencia y los informes técnicos, la entidad pública abrirá un expediente personal al menor condenado, salvo que ya tuviera abierto uno, puesto que tanto la Ley (art. 48.1) como el Reglamento (art. 12.1) establecen que debe ser único aun cuando se ejecuten sucesivamente varias medidas. A él se incorporará toda la documentación recibida del Juzgado de Menores, así como toda aquella que se vaya generando durante la ejecución: resoluciones judiciales recaídas sobre el menor, informes, etc.

El expediente personal del menor tiene carácter reservado por lo que el acceso al mismo está limitado a determinadas instituciones y personas. El art. 48.2 establece que a él podrán acceder el Defensor del Pueblo o institución análoga de cada comunidad autónoma, así como los jueces de menores competentes, el Ministerio Fiscal y las personas que participen en la ejecución de las medidas, siempre que estas sean autorizadas por la entidad pública competente en virtud de sus normas de organización. Asimismo, podrán acceder al expediente el menor, su letrado y en su caso, el representante legal.

El RLORRPM, en su art. 12.5, consagra el deber de todos los que intervengan en la ejecución de guardar reserva sobre todos los datos que consigan de los menores. Esta obligación se extiende no solo al periodo de tiempo que dure el cumplimiento de la sanción, sino que se mantiene una vez finalizada esta.

Por último, en el apartado 6 del art. 12 se dispone que “una vez finalizada la estancia en el centro, deberán remitirse a la entidad pública, por los medios que se establezcan, todos los documentos relativos al menor, con objeto de que se integren en su expediente personal, sin que pueda quedarse el centro con copia alguna”. Aunque parece que el precepto pretende referirse a las privativas de libertad, al entender del autor, sería conveniente interpretar que este inciso es de aplicación a cualquier medida.

Recibido el caso, la entidad pública procederá, tal como exige tanto el art. 46 LORRPM como el art. 10 RLORRPM, de forma inmediata a **designar al técnico** que se va a hacer responsable de la medida ambulatoria y si se tratara de una privativa de libertad, el **centro** más adecuado para su cumplimiento de entre los más cercanos al domicilio del menor en los que haya plazas disponibles. El **plazo** para hacerlo, al menos **para las medidas no privativas de libertad**, es de **cinco días**.

La **elección del centro** le corresponde a la **comunidad autónoma** quien ha de seleccionar el centro más adecuado de entre los más cercanos al domicilio del menor en el que haya plazas disponibles. El art. 46.3 dispone que el traslado del menor a un centro que no cumpla con los requisitos que acabamos de mencionar.

“solo se podrá fundamentar en el interés del menor de ser alejado de su entorno familiar y social y requerirá en todo caso la aprobación del juez de Menores competente para la ejecución de la medida”.

Por su parte, el **art. 35.1. del RLORRPM** amplía los supuestos en los que el **menor puede ser trasladado a una comunidad autónoma distinta** a los siguientes:

Casos donde el menor o sus representantes legales tengan su domicilio en la comunidad autónoma a la que va a ser trasladado. Casos donde sea conveniente alejar al menor de su entorno familiar y social y traslado temporal por falta de plazas adecuadas.

Mientras los **dos primeros supuestos responden al interés del menor**, puesto que uno de ellos busca el acercamiento a su domicilio y el otro pretende alejarlo de su entorno familiar y social por ser este contraproducente, **el último afecta a los recursos de la comunidad autónoma** encargada de proporcionarlos o a otras cuestiones que no se mencionan, y estamos ante un supuesto que no aparece recogido en la LORRPM, por lo que se ha planteado si el apartado c) del art. 35 debe ser considerado nulo por ir más allá de lo dispuesto por la Ley.

Con relación a esta cuestión, la sección 6.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha señalado que este apartado del art. 35 RLORRPM no contraviene lo estipulado en la LORRPM, pues “la propia Ley permite que reglamentariamente puedan fijarse supuestos que deben ser excepcionales, en los que los menores puedan ser trasladados fuera de su comunidad” (se refiere la sentencia al art. 56.2.e).

Al entender del autor, el Tribunal Supremo debiera haber concluido lo contrario. Es cierto que el art. 56.2.e) LORRPM dispone que el derecho del menor a residir en el centro más cercano y, en consecuencia, la imposibilidad de ser trasladado fuera de su comunidad autónoma puede ser objeto de excepciones “en los casos y con los requisitos previstos en esta Ley y sus normas de desarrollo”. Pero la LORRPM, que es la encargada de establecer las directrices que ha de concretar el RLORRPM, consagra el principio de resocialización que, entre otras cosas, exige que el internamiento no obstaculice los vínculos sociales ni los contactos con los familiares y allegados y, además, dispone que solo se podrá trasladar al menor en su propio interés. Tras decir esto, el RLORRPM no puede establecer otras hipótesis que respondan a intereses distintos a los del menor como acontece en el caso del apartado c) del art. 35. Todo ello cuando la LORRPM ha dicho especificando lo dispuesto en el art. 56.2.e) que únicamente cabe cambiar de comunidad autónoma en interés del condenado. Por ello entiendo que hubiera sido más acorde con los principios que inspiran la legislación penal de menores la declaración de nulidad del apartado tercero del art. 35 RLORRPM.

2.4.2. El diseño del programa individualizado de ejecución de las medidas

El programa individualizado de ejecución de la medida se ha de elaborar por la persona responsable de hacer cumplir la sanción o por el centro. Para su diseño se dispone de un plazo máximo de veinte días a contar desde que se empieza a ejecutar la medida privativa de libertad o la libertad vigilada, o bien desde la designación del técnico, es decir, mientras en el caso de las primeras el programa se elabora una vez que el condenado está cumpliéndola, en el supuesto de las no privativas de libertad se prepara antes de iniciar el cumplimiento de la sanción. No obstante, por razones justificadas se puede solicitar del juzgado de Menores que se amplíe dicho plazo, si bien no se especifica ni cuáles pueden ser los criterios que pueden sustentar la prolongación de este ni por cuánto tiempo se puede acordar.

Reflexión del autor

A favor de la ampliación del plazo cabe alegar, por ejemplo, la complejidad del caso o la enfermedad del menor. En cambio, en general no se debería admitir como razón la falta de recursos. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, no es lo mismo la complejidad del caso que podría amparar una prórroga por otros tantos días a hipótesis como la enfermedad grave de un menor que podría justificar sucesivas prórrogas.

El programa individualizado de ejecución de medidas ha de contener los siguientes aspectos:

1) **El programa de cualquier medida ha de tener siempre un primer apartado relativo a los datos del menor.** Se ha de identificar al menor o al joven e indicar la medida que se le ha impuesto. Además, se reflejará su historial en la justicia de menores, aludiendo a otras medidas que haya cumplido ya o que esté cumpliendo o pendientes de ejecución, así como a otros posibles procedimientos que tenga abiertos.

Por otro lado, se ha de constatar la situación actual del menor en el ámbito personal, familiar, educativo y social. Para ello cobran especial relevancia los informes emitidos por los equipos técnicos y que la entidad pública debe haber recibido. No obstante, es imprescindible, dado que puede haber pasado un cierto tiempo desde su elaboración, proceder a su actualización por si sus circunstancias se hubieran modificado, haciendo alusión a los factores de riesgo de reincidencia o de protección frente a esta que presenta el menor. Esto tiene una enorme trascendencia, puesto que ya el responsable podría plantear en el programa la modificación de la medida si estimara que al haber cambiado la situación del menor su cumplimiento ya no resulta necesario, pudiendo postular cualquiera de las propuestas que se pueden formular al amparo de los arts. 13 y 51 LORRPM, salvo en los casos en que la Ley lo impide en el art. 10.

2) En algunas medidas se ha de contemplar la información relativa a la familia que se requiera. Así, se ha de recoger el contenido de la entrevista con los representantes legales del menor. En el supuesto de sanciones que impliquen la separación del menor de su familia, como la de convivencia, se recogerá el régimen de visitas y contactos con esta salvo que haya una prohibición expresa por parte del juez de menores.

3) Identificación de los recursos necesarios para la ejecución. Este aspecto es especialmente relevante en sanciones como las de prestaciones en beneficio de la comunidad, el tratamiento ambulatorio, realización de tareas socioeducativas, etc. No obstante, esta cuestión depende mucho de la forma en que cada comunidad autónoma tenga organizada la ejecución de las sanciones, pues la complejidad se incrementará en tanto que se tengan muchos convenios de colaboración con entidades privadas.

4) El contenido del programa de ejecución. Este varía en función de cada sanción y se ha de realizar siempre de forma individualizada para cada menor, pues los objetivos perseguidos con una misma medida varían también en función de las circunstancias del menor. Para su elaboración resulta esencial, además de los informes del equipo técnico que nos pueden ayudar a comprender por qué ha sido esa la medida impuesta, la sentencia, pues en ella se acota en mayor o menor medida los objetivos y los instrumentos para alcanzarlos. A veces la resolución judicial indica a lo sumo únicamente la naturaleza de la actividad que entraña la medida judicial. En otras ocasiones, sin embargo, la sentencia no se limita a apuntar el sector en el que se ha desenvolver, sino que desarrolla el contenido que ha de revestir el programa.

Así pues, en el contenido del programa se habrá de empezar por fijar los objetivos que se van a tratar de alcanzar a través de la imposición de la sanción y que directa o indirectamente aparecen reflejados en la sentencia, así como los instrumentos por medio de los cuales se tratan de conseguir.

El programa de ejecución diseñado por la entidad pública debe ser aprobado por el juez de Menores si lo estima adecuado. Si lo rechazara en todo o en parte, se le debe presentar uno nuevo o la modificación que se hubiera llevado a cabo. Si el menor no acudiera a las entrevistas que suelen ser necesarias para su diseño, se ha de comunicar al juez y al fiscal.

2.4.3. El inicio de la ejecución de la medida

Las medidas se empiezan a ejecutar después de la aprobación por parte del juez de Menores del programa individualizado de ejecución, salvo que se trate de las medidas de internamiento o libertad vigilada. Y ello tanto si estas sanciones ya se estuviesen aplicando porque se le hubiesen impuesto al menor como cautelares, como si no fuera este el caso y tuviera que ingresar para cumplirlas, según ha previsto el art. 10.1.4.^a. Al menos en el caso de las de internamiento, probablemente la razón de este inicio previo a la aprobación del programa responde a la necesidad de someter al menor a observación para poder diseñar el plan de trabajo con él en el centro.

Aunque la Ley parece sostener otro criterio, una vez que las medidas se empiezan a cumplir, se comunica la fecha al Juzgado de Menores para que el secretario judicial proceda a efectuar la liquidación, tal como estipula el RLORRPM en su art. 10.1.6.^a. En consecuencia, para la liquidación de la medida no solo es necesaria la aprobación del programa de ejecución sino que, además, hace falta que se haya empezado a ejecutar la sanción.

A efectos de liquidación, el art. 10.1.6.^a del RLORRPM aclara, según el tipo de medida, qué día se ha de tomar como punto de partida.

En la liquidación se habrá de tener en cuenta el tiempo que el menor haya estado cumpliendo las medidas cautelares. Cuando la medida impuesta es idéntica a la cautelar, bastará con una mera operación aritmética. En cambio, cuando no haya identidad, se habrá de proceder a calcular en qué cuantía se ha efectuar la compensación. Aunque la Ley no dice nada, lo cierto es que ya antes de la aprobación del RLORRPM se venía sosteniendo que la liquidación requería de la aprobación judicial. Ahora lo dice expresamente el art. 10.1.7.^a RLORRPM, indicando que, efectuada la liquidación por el secretario judicial, esta será aprobada por el juez de Menores previo informe del Ministerio Fiscal y el letrado del menor.

El secretario judicial está obligado en todo caso a comunicar al Ministerio Fiscal el inicio de la ejecución y al letrado del menor si así lo solicita al juez de Menores. Como indica Ormosa Fernández, esto puede generar “indefensión, ya que no parece muy lógico exigir que el letrado tenga que estar pendiente de solicitar que se le comunique el inicio de un trámite muy importante, en el que se plantean cuestiones que pueden requerir desde el principio su intervención y es mucho más razonable que, sin previa petición en tal sentido, se le notifique de la misma forma que se notifica al fiscal”. En realidad, una previ-

sión como la que estamos comentando lejos de ayudar a mejorar la asistencia letrada durante la ejecución de las sanciones, puede contribuir a incrementar los problemas que ya de por sí está planteando en la práctica.

2.4.4. El seguimiento de la ejecución de la medida

La orientación preventivo-especial del sistema de justicia juvenil, que hace que las medidas en términos generales se orienten a la socialización o educación del menor condenado a las mismas, requiere de una gran discrecionalidad no solo en lo referente a la elección de la medida y la determinación de su duración, sino también en lo relativo a su ejecución.

Como ha destacado Feijoo Sánchez, “las sanciones para menores son sanciones dinámicas cuya configuración depende continuamente de la evolución del menor”. De ahí que en cualquier momento puedan ser modificadas, sustituidas por otras o dejadas sin efecto. Si tenemos presente que la ejecución material está en manos de las comunidades autónomas y que el control le corresponde al juez de menores, para que este pueda ir adaptando la medida a la evolución que demuestre el menor resulta imprescindible, al margen de las visitas a los centros y entidades donde se cumplen las sanciones, los informes que los entes administrativos envían a los órganos judiciales. Por ello el **art. 49 LORRPM** ha establecido la **obligación de la entidad pública de elaborar estos informes y remitirlos a los órganos encargados de controlar la ejecución de las medidas**. El objeto de estos informes que habrán de elaborar los responsables de la ejecución o el centro en el que esté internado el menor es, como dice la propia Ley, dar a conocer el grado de cumplimiento de la medida, las incidencias que se hayan podido producir durante este, así como la evolución personal de los menores.

La Ley ha estipulado que los destinatarios de estos informes son el juez de Menores y el Ministerio Fiscal, sin aludir ni al abogado ni al acusador particular si lo hubiere. No obstante, el RLORRPM en su art. 13. 6 ha dispuesto que se envíe una copia de los informes de seguimiento y del final al letrado que acredite ser el defensor del menor. Pero esta remisión no es automática como la que se hace a los jueces y fiscales, sino que exige que el letrado lo solicite de forma expresa a la entidad pública al igual que acontece con la notificación del inicio de la ejecución, lo que plantea semejantes problemas a los que hemos visto en materia de notificación del inicio del cumplimiento de la medida. En cambio, nada se ha dicho acerca de la acusación particular.

Los informes pueden ser ordinarios y extraordinarios, siendo los primeros aquellos que se han de enviar de oficio periódicamente.

El RLORRPM ha establecido en su art. 13.2 la periodicidad mínima con la que se deben remitir. La regla general es que salvo en las permanencias de fin de semana y en las prestaciones en beneficio de la comunidad se han de remitir los informes trimestralmente.

Ahora bien, dado que estamos hablando de una periodicidad mínima, nada impide que en los programas de ejecución se puedan acordar plazos más cortos para el envío de los informes de seguimiento.

Los informes extraordinarios son aquellos que informan al juez de Menores y al Ministerio Fiscal de incidencias concretas que se produzcan durante la ejecución.

Su elaboración puede hacerse de oficio cuando la entidad pública lo juzgue conveniente o bien a instancia del juez de Menores o del fiscal. Al entender del autor, nada impediría que también se pudieran realizar a instancia del letrado del menor cuando, por ejemplo, aprecia alguna modificación en la evolución del menor que podría justificar la revisión de la medida.

La entidad pública está obligada a emitir un informe de oficio cuando se produzca algún incumplimiento de los mencionados en el art. 14 del RLORRPM.

Se ha discutido por las audiencias provinciales si cabe el **delito de quebrantamiento para quienes incumplen la medida impuesta**. Algunas lo niegan, mientras otras lo afirman, pues aunque **la medida** no sea ni una pena ni una medida de seguridad, sin embargo, **sí encaja en el término condena**.

La Ley distingue según se quebrante una medida privativa de libertad y una no privativa de libertad (art. 50). En el primer caso, ordena el reingreso en el mismo centro del que se hubiera evadido o en otro adecuado a sus condiciones, o, en caso de permanencia de fin de semana, en su domicilio, a fin de cumplir de manera ininterrumpida el tiempo pendiente. En el segundo caso, se podrá sustituir por otra de la misma naturaleza y, excepcionalmente, se podrá cambiar por una medida de internamiento en régimen semiabierto.

Los **informes** emitidos por la entidad pública pueden ir **acompañados de una propuesta de revisión de la medida**. No obstante, la LORRPM en su art. 49.2 indica que, cuando la entidad pública estime pertinente la modificación de la medida, debe dirigir su propuesta al Ministerio Fiscal sin que se entienda por qué no puede dirigirla directamente al juez de Menores. En cualquier caso, aun

cuando la entidad pública no haya propuesto la modificación de la medida, esta la puede acordar de oficio el juez de Menores o a instancia del fiscal o el letrado del menor.

Con relación a la revisión de la medida, el juez de Menores puede decidir no modificar la medida ni reducir el tiempo de su duración, mantener la medida pero acortar su duración, dejarla sin efecto antes de empezar a ejecutarla o una vez empezada a cumplir o, por último, sustituir la medida por otra, por un tiempo igual o inferior a lo que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida se pueda imponer.

Hay que tener presente que junto a supuestos donde la revisión resulta favorable al menor, en la Ley se contemplan casos donde se sustituye la medida impuesta al menor por otra más rigurosa.

En efecto, el art. 51.2 dispone que:

“cuando el juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado. Igualmente, si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley”.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, de 23 de noviembre, ha interpretado que:

“aunque no se establecen expresamente los cauces procedimentales para operar esta sustitución, será en todo caso necesario abrir un incidente en el que se dé audiencia tanto al fiscal como al ejecutoriado y a su letrado”.

En cualquier caso, tal como dispone el art. 51.4 la decisión se ha de tomar por el juez de menores a través de un auto motivado que es susceptible de recurso, tanto en reforma como apelación, tal como aclara la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007.

2.4.5. La finalización de la medida y cierre del expediente

La medida impuesta termina su ejecución cuando se alcanza la fecha fijada en la liquidación salvo que el juez de menores haya acordado acortar su duración, dejarla sin efecto o sustituirla por otra.

Se procederá a elaborar un **informe final** en el que se hará constar la **terminación de la medida** y la **valoración de la situación en la que queda el menor**. El informe se remitirá al juez, al fiscal y, en su caso, al letrado si lo ha

solicitado. El juez, recibido el informe, comprobará que efectivamente se ha cumplido la medida y en tal caso dictará un auto en el que la dará por terminada y ordenará el archivo de las actuaciones.

Remitido el informe se procederá al cierre y archivo del expediente salvo que tenga otras pendientes.

En el caso de medidas de internamiento, si el menor no ha alcanzado todavía la mayoría de edad, se procederá a comprobar si sus representantes legales están en disposición de hacerse cargo de él, pues, en caso contrario, deberían ponerlo en conocimiento de las entidades de protección para que estas se hagan cargo de él.

2.4.6. Particularidades de la ejecución de las medidas de internamiento

Es habitual que las **comunidades autónomas exijan a los centros de internamiento** y a veces también a los **centros de medio abierto la documentación** siguiente:

- 1) **Proyecto educativo:** Es el instrumento que orienta la gestión de la entidad mediante la plasmación de su organización, recursos, funcionamiento y el marco de la intervención socioeducativa que se lleva a cabo en el mismo.
- 2) **Plan anual de actividades:** Es el documento en el que se recoge un conjunto de procedimientos y técnicas que ordenan las acciones educativas necesarias para desarrollarse durante un año, teniendo como referencia el proyecto educativo.
- 3) **Memoria anual:** Es el documento en el que se describen todas las actuaciones que se hayan realizado durante el año inmediatamente anterior.

Por regla general, se suelen distinguir al menos en las medidas de internamiento diversas fases en la ejecución. Pueden variar de una comunidad autónoma a otra. En Andalucía como en Cataluña se distinguen tres: inicial, observación o acogida, intermedia o de intervención, y final. Durante la fase inicial se recabarán todos los informes existentes sobre el menor, se buscará información y se harán las entrevistas al menor y, en su caso, a otras personas. Con todo ello se procederá a elaborar el programa individualizado de ejecución en el plazo máximo de veinte días salvo que debido a su complejidad no sea posible, en cuyo caso se habrá de pedir una prórroga al juez de Menores.

Durante la fase intermedia se pondrá en marcha la ejecución del programa individualizado de ejecución. En función de los objetivos que se hayan fijado para cada menor, durante esta etapa se habrán de distinguir varias subfases.

En la fase final, a la vista de los objetivos alcanzados con la ejecución, se trazará un plan para asegurarlos e incluso potenciarlos una vez terminada la medida.

La LORRPM contempla expresamente en los arts. 56 y 57 tanto los derechos de los menores internados como los deberes.

En cambio la LORRPM ni se ha ocupado de la organización de los centros ni del contenido de la actividad educativa. De ambos aspectos se han ocupado ya algunas comunidades autónomas. Por lo que se refiere a la primera cuestión, resulta imprescindible dotar de una estructura organizacional uniforme a todos los centros, lo que a su vez facilita la atribución de las competencias. En cuanto a la estructura, hay que distinguir entre los órganos unipersonales y los colegiados. Entre los primeros estarían el director, el subdirector y los coordinadores. Entre estos últimos se debería contemplar un consejo de dirección, el equipo técnico y, en su caso, una comisión de coordinación.

En el caso de Extremadura (Decreto 181/2010, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de organización y funcionamiento de los centros para la ejecución de medidas privativas de libertad de menores infractores de la Comunidad Autónoma de Extremadura.), por ejemplo, la estructura de los centros es la siguiente:

- Órganos rectores:
 - Consejo de Dirección.
 - Director.
 - Subdirector técnico.

- Órganos técnicos:
 - Equipo Técnico.
 - Comisión de Valoración.

- Órgano de coordinación, participación y de atención directa:
 - Equipo Socioeducativo.

El proyecto educativo de los centros debería contemplar al menos los siguientes aspectos:

- Recursos materiales y su organización
- Descripción de la organización del centro y de la plantilla
- Principios y metodología de la intervención educativa
- Programas generales y específicos de intervención
- Protocolos
- Fases de la intervención educativa
- Programa de incentivos

- Prestaciones
- Mecanismos de coordinación con otras entidades públicas y privadas
- Sistema de autoevaluación
- El reglamento de régimen interno

En materia de personal, todas las personas que trabajen en los centros deben contar con una especialización en materia de justicia e intervención con menores infractores.

En lo referente al **contenido de la intervención educativa**, los centros deberían contar con **programas generales y específicos**.

Los centros deberían contar con los siguientes **programas generales**:

- **Programas de habilidades sociales.**
- **Programas de intervención familiar.**
- **Programas de educación para la salud.**
- **Programas de formación reglada.**
- **Programas de formación para el empleo e inserción laboral.**
- **Programas ocio y tiempo libre.**
- **Programas de vida cotidiana.**
- **Programa de mediación.**
- **Programa de tutorización.**

En los centros en los que haya internados menores o jóvenes con problemáticas **específicas** deberían existir programas relacionados con ellas:

- **Programas de tratamiento de toxicomanías y otras adicciones.**
- **Programas de tratamiento de enfermedades mentales.**
- **Programa de tratamiento de autores de delitos sexuales.**
- **Programa de tratamiento de autores de delitos violentos.**
- **Programa de violencia intrafamiliar.**
- **Programa a atención a madres con hijos menores de 3 años.**

En materia de vigilancia y seguridad, el art. 54.1 RLORRPM dispone que las funciones de vigilancia y seguridad interior de los centros corresponde a sus trabajadores, con arreglo a los cometidos propios de cada uno y a la distribución de servicios que el director del centro o la entidad pública haya acordado en su interior. Pero el art. 54.8 ha añadido que la entidad pública podrá autorizar, en aquellos centros donde la necesidad de seguridad así lo requiera, el servicio de personal especializado, en funciones de vigilancia y de apoyo a las actuaciones de los trabajadores del centro. Este personal dependerá funcionalmente del director del centro y no podrá aportar ni utilizar dentro del centro otros medios que los contemplados en el artículo 55.2. Esta referencia del art. 54.8 que aparece como la excepción ha servido, sin embargo, para generalizar

el recurso a vigilantes de seguridad en todos los centros, lo cual ha generado bastantes problemas en cuanto sus funciones y la posibilidad de portar la defensa reglamentaria.

El régimen disciplinario se contempla en art. 60 de la Ley. No obstante, la regulación es muy parca, remitiendo al reglamento la fijación de aspectos esenciales como la enumeración de las infracciones o la regulación del procedimiento.

El art. 59 del RLORRPM establece que el fin del régimen disciplinario es “contribuir a la seguridad y convivencia ordenada en estos y estimular el sentido de responsabilidad y la capacidad de autocontrol de los menores internados”.

En cualquier caso, es preciso ser extremadamente cauteloso en el recurso al régimen disciplinario. Y ello, como destaca R. Benito López, porque por un lado puede desvirtuar la ejecución de la medida, ya que puede provocar un alargamiento de la misma, pues las sanciones disciplinarias se tienen en cuenta de cara a adoptar medidas de flexibilización. Por otro, afecta a derechos fundamentales.

El primer problema que se plantea es el de la delimitación entre la potestad disciplinaria y la de corrección prevista en el art. 30. En este precepto se dispone en su apartado g) que “los incumplimientos de deberes podrán ser objeto de corrección educativa siempre que no tengan como fundamento la seguridad y el buen orden del centro. En este caso, si la conducta también fuese constitutiva de una infracción disciplinaria por atender a la seguridad y al buen orden del centro, podrá ser objeto de la correspondiente sanción, que en ningún caso podrá extenderse al fundamento o motivo de la corrección educativa”.

Parece dar a entender que el régimen disciplinario está totalmente desvinculado de la finalidad educativa de la sanción, lo que no es verdad.

Si no se actúa con prudencia, este instrumento puede dar lugar a la aplicación encubierta de sanciones, lo que está terminantemente prohibido, puesto que aquí el menor no cuenta con las garantías propias del régimen disciplinario.

El régimen disciplinario se aplica a “los menores que cumplan medidas de internamiento”. Es de aplicación tanto “dentro del centro como durante los traslados, conducciones o salidas autorizadas que aquellos realicen”. No obstante, se exceptúa del régimen disciplinario a los menores en quienes concurran eximentes del art. 20.1 y 3 del Código penal.

La ley clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves, dejando su enumeración en manos del Reglamento.

Todo lo relativo al **régimen disciplinario reproduce el esquema penitenciario**, pero acrecienta algunos problemas.

Por un lado, esta regulación es **dudoso** que sea **compatible** con el **principio de legalidad**.

En segundo lugar, llama la atención que algunas **faltas que para los adultos son graves**, en el caso de los menores son muy graves.

Ejemplo

Como la ingesta de alcohol u otras drogas o la provocación de desórdenes o motines.

El Reglamento dispone en el art. 67.2 que, atendiendo a la escasa relevancia de la falta disciplinaria, a la evolución del interno en el cumplimiento de la medida, al reconocimiento por el menor de la comisión de la infracción y a la incidencia de la intervención educativa realizada para expresarle el reproche merecido por su conducta infractora, podrá imponerse al autor de una falta disciplinaria muy grave una sanción establecida para faltas disciplinarias graves y al autor de una falta disciplinaria grave una sanción prevista para las faltas disciplinarias leves.

Hubiera resultado **más fácil no establecer mínimos en la sanción** como se hace con las sanciones penales y **no seguir los criterios fijados en la legislación penitenciaria**.

En el caso de menores que cumplen permanencia de fin de semana se les impondrán las sanciones correspondientes a la naturaleza de la infracción cometida adaptando su duración a la naturaleza y duración de la medida indicada.

Las sanciones impuestas podrán ser reducidas, dejadas sin efecto en su totalidad, suspendidas o aplazadas en su ejecución.

Ejercicios de autoevaluación

1. De las funciones siguientes, ¿cuál corresponde al Ministerio Fiscal?

- a) Oír la declaración del menor.
- b) Acordar una medida cautelar.
- c) Acordar una diligencia de entrada y registro en domicilio.
- d) El enjuiciamiento del asunto.

2. Indicad cuál de las siguientes medidas no se puede acordar en una mediación del art. 19 de la Ley:

- a) Reparación del daño.
- b) Conciliación.
- c) Prestaciones en beneficio de la comunidad.
- d) Actividad educativa.

3. ¿En qué caso no cabe la conformidad durante la fase intermedia?

- a) Cuando se solicite una medida de internamiento.
- b) Cuando se solicite una medida de libertad vigilada.
- c) Cuando se solicite una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad.
- d) Cuando se solicite una medida de realización de tareas socioeducativas.

4. La competencia para la ejecución de las sanciones corresponde...

- a) al Estado.
- b) a las comunidades autónomas.
- c) a los jueces de Menores les corresponde el control jurisdiccional y a las comunidades autónomas la organización de los recursos materiales y personales.
- d) A los Jueces de Menores

5. ¿En qué casos se puede trasladar a un menor a otra comunidad autónoma para cumplir la medida?

- a) Casos donde el menor o sus representantes legales tengan su domicilio en la comunidad autónoma a la que va a ser trasladado.
- b) Casos donde sea conveniente alejar al menor de su entorno familiar y social.
- c) Supuestos de traslado temporal por falta de plazas adecuadas.
- d) Todas las anteriores.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. a

2. c

3. a

4. c

5. d