



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES

Autor: Carmen Pacios Pérez

4º E-1

Derecho procesal

Tutora: Elisabet Cueto Santa Eugenia

Madrid

Abril, 2023

Resumen

El sistema de justicia de menores de España ha sufrido numerosas reformas en los últimos años. Todo ello conduce a una práctica intervención mínima con el fin de lograr la reeducación y resocialización del menor infractor con el objetivo de prevenir la reincidencia y conseguir una mejor reinserción del menor infractor así como una reparación del hecho punible y por ende, de la víctima. En el presente trabajo se pretende lograr un análisis completo, claro y actualizado de los diferentes principios inspiradores de todo proceso penal de menores, especialmente del principio de legalidad y las diferencias que presenta respecto del proceso de adultos. Asimismo, se aborda el estudio y análisis de las medidas imponibles al menor infractor, así como el análisis de la figura del Ministerio Fiscal y del Juez de menores a través de la Ley Orgánica 5/2000. Esta ley ofrece a los menores infractores un tratamiento diferenciado del de los adultos. Esto encuentra su justificación en que los menores necesitan ser sometidos a un procedimiento especial el cual no les exija la misma responsabilidad penal, puesto que requieren de una protección especial para salvaguardar su correcto grado de desarrollo así como sus necesidades socioeducativas encaminadas a preservar su desarrollo personal. Por ello, la LORPM encuentra su fundamento en el principio de interés superior del menor, y en general, en principios orientados hacia la reeducación del menor infractor en base a sus circunstancias personales, familiares y sociales.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal del menor; principio de legalidad; Ley Orgánica 5/2000; Interés superior del menor.; Ministerio Fiscal

Abstract

The youth justice system in Spain has undergone numerous reforms in recent years. All this leads to a practice of minimum intervention in order to achieve the re-education and re-socialization of the youth offender with the aim of preventing recidivism and achieving a better reintegration of the youth offender as well as a reparation of the punishable act and, therefore, of the victim. This work aims to achieve a complete, clear and updated analysis of the different principles that inspire all youth criminal proceedings, especially the principle of legality. Likewise, the study and analysis of the measures to be imposed to the youth offender, as well as the analysis of the figure of the Public Prosecutor and the Juvenile Judge through the Spanish Youth Justice Act (LO 5/2000) are also addressed. This law offers juvenile offenders a treatment differentiated from that of adults. This is justified by the fact that minors need to be subjected to a special procedure which does not require the same criminal liability, since they require special protection to safeguard their correct level of development as well as their socio-educational needs aimed at preserving their personal development. Therefore, the Spanish Youth Justice act is based on the principle of the best interest of the minor, and in general, on principles oriented towards the re-education of the minor offender based on his or her personal, family and social circumstances.

KEYWORDS: *Criminal prosecution of minors; The principle of legality; Organic Law 5/2000; Best interest of the minor; Public Prosecutor.*

ÍNDICE:

LISTADO DE ABREVIATURAS	3
1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. CONCEPTO DE LEGALIDAD	5
2.1. Concepto del principio de legalidad	5
2.2. Origen, garantías y articulación jurídico-positiva del principio de legalidad	6
<i>2.2.1. Génesis del principio de legalidad</i>	<i>6</i>
<i>2.2.2. Garantías derivadas del principio de legalidad y su regulación en el ordenamiento jurídico</i>	<i>8</i>
3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA LORPM.....	11
4. LA LORPM Y SUS DIFERENCIAS CON LA JURISDICCIÓN DE ADULTOS	19
4.1. LORPM.....	20
<i>4.1.1. Preámbulo: Principios inspiradores de la ley</i>	<i>20</i>
<i>4.1.2. Antecedentes de la ley y posteriores reformas</i>	<i>22</i>
4.2. La existencia de medidas y no penas.....	25
<i>4.2.1. Destinatarios de las medidas</i>	<i>25</i>
<i>4.2.2. Naturaleza jurídica de las medidas</i>	<i>26</i>
<i>4.2.3. Principios que rigen la ejecución de las medidas</i>	<i>28</i>
<i>4.2.4. Clasificación de las medidas.....</i>	<i>30</i>
4.3. La instrucción de los procedimientos por el fiscal de menores	36
<i>4.3.1. Competencias del Fiscal de menores en la LORPM</i>	<i>38</i>
4.4. La existencia del juez de menores que actúa como juez garantista en la instrucción de los procedimientos por la fiscalía (breve referencia al artículo 28 LORPM)	45
5. CONCLUSIÓN.....	50
6. BIBLIOGRAFÍA	52

LISTADO DE ABREVIATURAS

- Art.: Artículo
- CC: Código Civil
- CDN: Convención de los Derechos del Niño
- CE: Constitución Española
- CP: Código Penal
- EM: Exposición de Motivos
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- LORPM: Ley Orgánica 5/200, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
- MF: Ministerio Fiscal
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- TS: Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad y fundamento del presente trabajo es, en primer lugar, el estudio de un aspecto relevante del Derecho procesal Penal como es la regulación de la jurisdicción de menores, y, concretamente, del principio de legalidad en dicha área.

El principio de legalidad se integra dentro de los principales límites al ejercicio punitivo del Estado y, precisamente, limita su ejercicio exclusivamente a aquello previsto en la ley como infracciones punibles.

El Derecho penal de menores integra la potestad punitiva del Estado, y como tal está sometido a una serie de límites recogidos en diferentes normativas entre las que cabe destacar nuestra Constitución, el Código Penal (en adelante, CP) y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM).¹

Por ello, primero haremos alusión al ámbito normativo de la LORPM, objeto del presente trabajo y a los destinatarios de esta, menores de entre catorce y dieciocho años. Además, también se realizará una comparativa entre la LORPM y sus diferencias con la jurisdicción de adultos.

La principal razón por la cual se ha elegido este tema reside en el potencial desarrollo que ha experimentado la justicia penal juvenil en los últimos años además de tratarse una materia de gran interés en el marco social y jurídico penal actualmente en España debido a la gran preocupación existente por la justicia y seguridad por la delincuencia juvenil.² En los últimos años, la delincuencia juvenil se ha visto incrementada no sólo en número, sino también en la gravedad de los delitos. Ante esto, la sociedad ha demandado la imposición de medidas más eficientes al considerar la LORPM demasiado blanda. La LORPM ha sido reformada por el poder legislativo en sucesivas ocasiones debido a la

¹ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 13 de enero de 2001). Art. 1.1.

² *Vid.* Valero-Matas, Jesús A, “Violencia juvenil: apariencia o realidad. Cifras y tendencias”, Universidad de Valladolid/GIR Trans Real Lab, pp. 148-155. (disponible en 9.violenciajuvenil.aparienciaorealidad.cifrasytendencias.pdf (injuve.es); última consulta octubre 2022).

insistencia que los ciudadanos han tenido acerca de este tema, con el objetivo así de proporcionar un nivel de seguridad ciudadana mayor.³

2. CONCEPTO DE LEGALIDAD

2.1. Concepto del principio de legalidad

El principio de legalidad es una figura habitual del Derecho Penal con implicaciones tanto de índole procesal como sustantiva, siendo por ello un concepto fundamental integrante del Derecho procesal penal; sin embargo, en lo que a su regulación se refiere, es importante delimitar su alcance práctico. Por ello, a la hora de determinar el alcance de este concepto, es importante comenzar desde una perspectiva amplia del Derecho.

Para comenzar, podría enmarcarse el principio de legalidad dentro del conjunto de principios fundamentales que integran el derecho público. Una primera aproximación al concepto de principio de legalidad se referiría a aquel que sostiene el Estado de derecho, lo cual implica que el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial quedan sometidos a la ley. La primera consecuencia que deriva de esto es que todo lo que dimana del Estado no se rige por la voluntad de la sociedad como tal, sino que queda sometido a la ley. No obstante, el ordenamiento jurídico no es más que el conjunto del derecho de una sociedad que rige en un lugar determinado en una época concreta.⁴

Una segunda aproximación, ya más cercana al derecho procesal penal, aludirá a aquel principio jurídico en virtud del cual no puede penalizarse una acción u omisión si ésta no está previamente prevista como delito por ley. El principio de legalidad, tal y como veremos más adelante, se encuentra consagrado en la Constitución Española en su artículo 25. Más aún, el propio TC ha interpretado en numerosas sentencias que todo comportamiento sancionable requiere de la existencia de una ley formal anterior la cual

³ *Id.*

⁴ *Vid.* Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, traducción de Rozo Acuña, E., Temis, Madrid, 1997, pp.141-153.

describa un supuesto de hecho determinado⁵. Esto implica la prohibición de la analogía en el derecho penal.

Con todo, la principal justificación o fundamento de este principio es, en primer lugar, garantizar la primacía de la ley con respecto de cualquier otra clase de norma, así como actuar de freno frente a cualquier tipo de arbitrariedad o linchamiento contra el presunto infractor penal⁶. A su vez, pretende actuar con advertencia frente a la comunidad, la cual quedaría en cierta parte incluso intimidada bajo la amenaza de la pena, con el fin de prevenir conductas delictivas. Por último, actúa como garante de protección y salvaguarda de los derechos e interés de todos los ciudadanos, puesto que este principio queda recogido en la propia Constitución Española (en adelante, CE), entre otras muchas normativas que, no obstante, analizaremos en profundidad en las páginas venideras.⁷ En resumen, el fundamento reside en la prevención general y especial de la pena (sobre todo esta última) que viene recogida en la ley, es decir, por un lado, disuadir a la sociedad de la comisión de delitos y su vez restaurar la confianza en la norma. Y, por otro lado, se persigue la resocialización del infractor, esto es, reintegración de éste en la sociedad.

2.2 Origen, garantías y articulación jurídico-positiva del principio de legalidad

2.2.1. Génesis del principio de legalidad

⁵ Ejemplo de esto es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 14/2021, de 28 de enero de 2021.

⁶ Libano Beristain, Arantza, *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales*. Adaptado a la reforma del Código Penal. El principio de legalidad, J.M. Bosch Editor, 2011, pp.49-53. (disponible en [El principio de legalidad - Introducción. Los principios de legalidad, oficialidad, oportunidad y dispositivo - Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la reforma del Código Penal - Libros y Revistas - VLEX 343362866](#); última consulta octubre 2022).

⁷ Díez-Picazo, Luis, “El principio de legalidad penal en la Constitución Española”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 3/2001 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2001, *S.P.*

Erradamente se le ha atribuido al famoso criminalista y filósofo alemán Feuerbach la invención del principio de legalidad, si bien esto no es cierto, puesto que éste ha sido fruto de un largo proceso el cual se remonta a finales del siglo XVIII o comienzos del XIX con el pensamiento ilustrado. En ese momento, los jueces franceses se encontraban manipulados por la Administración existente de entonces. Contra esto, durante la Ilustración se deciden tomar medidas e implantar el principio de legalidad en el Derecho continental. Su principal objetivo residía en poner freno a los excesos por parte del Estado de un poder tan agresivo como puede ser el poder punitivo y reforzar así la voluntad popular.⁸

Sin embargo, es cierto que Feuerbach protagoniza un papel importante dentro del origen de este principio debido a su amplio estudio que sobre el tema realiza en su famoso Tratado de derecho penal, en el cual se anticipa a la lesión jurídica y cuya doctrina es la que realmente genera especial interés a posteriores penalistas alemanes e italianos de la época en profundizar sobre lo que posteriormente, ya en el derecho moderno, pasa a llamarse principio de legalidad. El fundamento residía en una serie de garantías que serán expuestas a continuación. Además, y concretamente en el ámbito del derecho procesal penal, el famoso alemán fue el creador de la famosa máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* lo que es comúnmente conocido como “no hay delito ni pena sin ley previa”. Bajo este aforismo, tradicionalmente se han conocido cuatro garantías subsistentes al amparo del principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege praevia, nulla poena sine legale iudicium* cuya traducción es “no hay delito ni pena sin ley previa, no puede imponerse una pena sin pasar por un juicio legalmente establecido” y la garantía de ejecución, las cuales se analizarán en el siguiente epígrafe) y cuatro subprincipios que de forma conjunta configuran su contenido (*lex scripta, lex stricta, lex certa y lex praevia*).⁹ El fundamento de estas cuatro manifestaciones reside en

⁸ Velarde Rodríguez, Jaime A., “El principio de legalidad en el Derecho Penal”, *Lex- Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, pp. 229-233. (disponible en <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.44>); última consulta noviembre 2022).

⁹ Iniudicando, “El principio de legalidad”, *Diálogo Jurídico* (disponible en [EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD – DIÁLOGO JURÍDICO](https://www.dialogojuridico.com/EL-PRINCIPIO-DE-LEGALIDAD-DIÁLOGO-JURÍDICO) ([dialogojuridico.blog](https://www.dialogojuridico.com)); última consulta Octubre 2022).

la prohibición de la aplicación de normas que no estén escritas (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*), y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*), así como la prohibición de a aplicación retroactiva de la ley (*lex praevia*). Estos cuatro subprincipios constituyen garantías de libertad y seguridad para la sociedad y suponen un límite al lus Puniendi del Estado.

Para Feuerbach, el principio de legalidad era una consecuencia directa de la pena, según la cual él defendía que ésta producía en los ciudadanos una coacción psicológica de manera que estos se abstienen de realizar conductas delictivas, siendo entonces necesario que las conductas penadas fuesen previamente descritas por ley.

Por otro lado, existen otros antecedentes del principio de legalidad en el Derecho Procesal Penal entre los que se encuentra la célebre obra de Beccaria¹⁰ publicada en 1764 bajo el nombre de *De los delitos y de las penas*, cuya base principalmente reside en el contrato social de Rousseau (1762)¹¹ y Montesquieu y la división de poderes (S.XVII).¹² No sólo ha tomado un puesto importante en diferentes obras célebres, sino que también ha sido incorporado a numerosos pactos internacionales y a diferentes declaraciones de Derechos Humanos.¹³

2.2.2. Garantías derivadas del principio de legalidad y su regulación en el ordenamiento jurídico

¹⁰ Beccaría, Cesare, *Dei delitti e delle pene* (1.ª ed. anónima, 1764).

¹¹ Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762.

¹² Montesquieu, *De l'esprit des loix*, 1748.

¹³ Un ejemplo de estas manifestaciones del principio de legalidad en algunos textos legales es el Artículo 11 Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

En la actualidad y como he mencionado previamente, uno de los principios más importantes del derecho procesal penal es el principio de legalidad, el cual responde al aforismo latino de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, lo que significa que no hay delito ni pena si no hay una ley que así lo establezca.

Se trata de una imperativa inquebrantable ya que, como se ha mencionado supra, supone una garantía para los ciudadanos, ésta siendo susceptible de ser analizada desde un doble sentido:

- Por un lado, permite al ciudadano tomar consciencia de aquello que está permitido y aquello que se encuentra penado, y por lo tanto, prohibido legalmente. Además, al existir una obligatoriedad de existencia de una ley previa, esto permite al individuo conocer las diferentes consecuencias jurídicas que conlleva el cometido de cada hecho delictivo.
- Por otro lado, impide al Estado cometer actuaciones arbitrarias, así como evitar la indefensión de todos los ciudadanos. Actúa por lo tanto como un límite a la potestad punitiva del Estado.¹⁴

El principio de legalidad no solo queda reflejado en los artículos del CP que serán expuestos a continuación, sino que también numerosos preceptos de nuestra norma suprema, es decir, de la CE hacen alusión a aquel. Por ejemplo, cabe destacar el artículo 9 de la CE¹⁵ en sus apartados primero y tercero, los cuales garantizan el principio de legalidad de forma general.

Pero, sin embargo, en otros preceptos sí se pueden apreciar las garantías (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege previa, nulla poena sine legale iudicium* y la garantía de ejecución) que han sido mencionadas en el anterior subapartado. Por ejemplo, el artículo

¹⁴ Garcia de Tiedra Gonzalez, Javier, “Significado, origen y garantías del principio de legalidad” (Junio 13, 2013). (disponible en <https://infoderechopenal.es/significado-origen-garantias-principio-legalidad/> ; última consulta Octubre 2022).

¹⁵ Constitución Española, (BOE núm. 311, de 29/12/1978). Este artículo 9 establece lo siguiente: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

25.1 de la CE recoge la irretroactividad de la ley penal, la cual coincide con el artículo 1 del CP.

Concretamente, es el propio CP¹⁶ quien dedica sus primeros artículos a la regulación de ciertas garantías derivadas de este principio:

El artículo 1.1 del CP contempla la garantía criminal (*nullum crimen sine lege praevia*), la cual implica que una conducta sólo puede tipificarse como delictiva si previamente ha sido declarada como tal por una ley anterior a la comisión de dicha conducta. Para ello, el poder legislativo es la autoridad encargada de tipificar las conductas delictivas, puesto que es quien representa a la soberanía ciudadana.

La garantía penal (*Nulla poena sine lege praevia*) encuentra alusión en el artículo 2.1 del CP, para la cual se dispone que una infracción penal no será castigada con una pena si no ha sido regulada por una ley anterior.

La garantía procesal o jurisdiccional, a la cual hace referencia el artículo 3.1 del CP, proviene del aforismo *nullum crimen, nulla poene sine iudicium* y establece que para que una medida de seguridad o una pena sea ejecutada, debe haberse dictado previamente una sentencia firme por el Tribunal competente, de acuerdo con el procedimiento que determinen las leyes procesales.

La última garantía se refleja en el artículo 3.2 del CP, el cual establece que la forma de ejecutar una pena o medida de seguridad deberá ser en el momento y forma establecida por el ordenamiento jurídico u bajo el control judicial. A esto se refiere la garantía ejecutiva.

Finalmente, el principio de legalidad viene igualmente reconocido en varias normas de dimensión internacional, tales como el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷; el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

¹⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995). En estos artículos del Código Penal de 1995 se recogen las garantías que se derivan del principio de legalidad.

¹⁷ Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). Paris. Art.11.

Políticos¹⁸ y el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.¹⁹ Además, sobre el principio de legalidad existen numerosa jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (en adelante, TS) como de las distintas audiencias provinciales que en sus respectivas resoluciones hacen referencia a la cuestión planteada objeto del recurso, es decir, del principio de legalidad. Un ejemplo de éstas es la Sentencia 93/2019 del TS, en cuyo fundamento se alega la conculcación del principio de legalidad.²⁰ Otro ejemplo es la Sentencia número 751/19 de la Audiencia Provincial de Madrid, en cuyo fundamento se recoge la explicación motivada de la aplicación del principio de legalidad en la labor hermenéutica ajustada a derecho realizada por el tribunal de instancia.²¹

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA LORPM

La ley de responsabilidad penal del menor se caracteriza entre otras particularidades por su condición de disposición sancionadora, si bien aboga por el establecimiento de medidas y no penas de responsabilidad jurídica a los menores infractores. Además, ésta hace referencia especialmente a la comisión de actos tipificados por el CP como delitos de gran envergadura, así como por las restantes leyes penales especiales. El principal fundamento de esta ley reside en su propósito de suponer una verdadera reacción jurídica al menor infractor, con un impacto de naturaleza principalmente educacional, si bien de especial intensidad y trascendencia. Esto no quiere decir que la presente ley rehúsa cualquier otro tipo de finalidad, como pueden ser algunas en las que se enfoca el derecho penal de adultos, como la búsqueda de la proporcionalidad entre el hecho y la sanción (esta finalidad se refleja en la jurisdicción de menores en el artículo 10.2 LORPM que

¹⁸ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. (BOE 30 de abril de 1977). Art. 15.

¹⁹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950. (BOE número 243, de 10 de octubre de 1979). Art. 7.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 93/2019, de 20 de febrero de 2019.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 751/19, de 13 de marzo de 2019.

establece en casos de importante gravedad la medida de internamiento). Pero cuando se bareman cuestiones como ésta, y al tratarse de menores, se tiene en cuenta la edad y el desarrollo de éste, y eso implica que la respuesta sea menos contundente que para un adulto, ya que prioriza el desarrollo educacional del menor.

En el derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el interés superior del menor. Esto significa que el interés del menor debe ser valorado y tomado en consideración en todo lo que le concierne, tanto en el ámbito público como privado. De hecho, la Exposición de Motivos de la presente ley (en adelante, EM; cuya redacción será objeto de análisis en apartados posteriores), introduce su finalidad con el siguiente tenor literal:

“... la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor...”.²²

Debemos por tanto acudir a la LORPM para esquematizar los principios del proceso penal de menores, entre los que se encuentra el principio de legalidad. Si bien esta Ley será la que abordaremos a lo largo del presente punto, es importante saber que el proceso penal de menores que, a pesar de estar especializado en menores, pertenece al sistema procesal penal general. Esto quiere decir que, aunque contiene numerosas especialidades procesales que deben ser respetadas debido a sus destinatarios, le son aplicables de forma subsidiaria también las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). No obstante, no debemos olvidarnos de compaginar la LORPM con otras normativas como la Constitución, los Tratados Internacionales, dentro de los cuales cabe destacar la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) y, por supuesto, y como se ha mencionado supra, la LECrim.²³

²² LO 5/2000, Exposición de Motivos II, nº 6. *Cit*:1.

²³ En la Sentencia del Tribunal Constitucional núm.36/91, de 14 de febrero se declara en relación con el procedimiento de menores que "Tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como de la

En primer lugar, y como es sabido, el principio de legalidad supone que la fiscalía debe actuar de oficio cuando existe la sospecha de que se ha cometido una conducta punible y debe actuar de conformidad con el procedimiento adecuado y las normas procesales previstas en la Ley. El antónimo de este principio sería el principio de oportunidad, puesto que éste implica que los órganos oficiales pueden no incoar un proceso o incluso finalizarlo de forma anticipada sin llegar a condenar a una persona responsable de una conducta tipificada como delito o falta en virtud de circunstancias establecidas en la ley, como por ejemplo podría ser por motivos de interés público o social. Esta premisa se desprende del artículo 9.3 de la CE ²⁴. ROXIN lo define como “la contraposición teórica del principio de Legalidad, mediante el cual se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo –archivando el proceso– cuando, las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido el delito”²⁵. Gimeno Sendra opina que el principio de oportunidad implica “la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.” ²⁶

No obstante, las diferencias mencionadas supra, en una línea más conciliadora e

Convención de Derechos del Niño, resulta inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar”.

²⁴ Rosa Cortina de la, José Miguel, “Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la Fiscalía General del Estado y jurisprudencia”, ponencia actualizada del trabajo publicado en 2003 en la revista *Tribunales de Justicia* (disponible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/276941/Ponencia+José+Miguel+de+la+Rosa+Cortina.pdf/03ba0690-dd8b-410a-2aeb-5d48ffa75339?t=1562241458963> ; última consulta enero 2023).

²⁵ Roxin, Claus, *Derecho procesal Penal*. Traducción de la 25a edición alemana de Grabiela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio Maier. Ediciones del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000. p. 90 y ss.

²⁶ Gimeno Sendra, Vicente/Moreno Catena, Víctor/Cortes Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal. Proceso penal*. Tirant Lo Blach. Valencia, 1993, p. 56.

integradora, podría pensarse que el principio de oportunidad reglada (esto es, cuando se den condiciones expresamente especificadas en la ley), no quebrante el principio de legalidad, puesto que aquellos criterios que son aplicados para optar por el primero no pueden permitir la arbitrariedad del Fiscal²⁷, sino que deben asentarse sobre requisitos procesales generales en los que se manifieste cierta precisión que permitan ser comprendidos, así como revisados. De hecho, si es la ley propiamente dicha la que fija los diferentes supuestos en que podrá aplicarse el principio de oportunidad no se contradice *per se* al principio de legalidad puesto que es fruto de una decisión adoptada por el legislador.²⁸ A este respecto, Hassemer, apunta que el enfrentamiento entre ambos principios es un problema de desarrollo del derecho más que un problema teórico-jurídico.²⁹ Por contra, y adentrándome ya en un análisis más exhaustivo de el principio de legalidad, a pesar de que éste se manifiesta en el proceso penal de menores (aunque con la particularidad de no establecer correspondencia directa entre la comisión de una conducta y una respuesta concreta debido a la individualización que responde a intentar garantizar el interés superior del menor infractor concreto, para lo que se analizan sus circunstancias personales y sociales), los textos internacionales³⁰ dedicados a esta área del derecho destacan de forma notable y uniforme la necesidad de abogar por el principio de oportunidad.³¹ Esto se debe a que en prácticamente toda la normativa más actual se

²⁷ A diferencia del proceso de adultos, donde el Juez de Instrucción es quien instruye, en el proceso de menores el instructor del proceso es el Fiscal.

²⁸ Vargas Gallego, Ana Isabel, “Principio de legalidad. Principio de oportunidad”, *Revista de Jurisprudencia*, el 15 de junio de 2019, (disponible en <https://elderecho.com/principio-de-legalidad-principio-de-oportunidad>; última consulta noviembre 2022).

²⁹ Cfr. Hassemer, Winfried; “La Persecución Penal. Legalidad y Oportunidad”, *Revista Jueces para la Democracia*, Edición especial, Madrid. 1989, p. 8 y ss.

³⁰ ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, disponible en esta dirección: [CDN \(un.org\)](https://www.un.org). Art. 40.3 b).

³¹ Este principio también se incorporó a las Directrices de Riad, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, apartado 5 "Deberá de reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar

pretende que el menor sea únicamente procesado cuando no existan otras medidas preferentes y más favorables para éste y su correspondiente conducta.³² Así se refleja, por una parte, en el art. 18 LORPM, en el cual se recoge la posibilidad de no incoar un procedimiento a pesar de concurrir indicios de la comisión de un delito perseguible de oficio y, por otra, el art. 19 así como el 27.4 ambos de la LORPM recogen la posibilidad de finalizar un proceso anticipadamente sin llegar a penar la conducta delictiva cometida por el menor. El principal objetivo de la justicia penal juvenil es la reeducación del menor infractor, razón por la cual no se persigue la retribución por el delito cometido, sino la resocialización del menor mediante el uso de formas de control menos estigmatizantes, reservando así los mecanismos del sistema de la Justicia Juvenil para aquellos casos de extrema necesidad e importancia. Es aquí cuando se ve reflejado el principio de legalidad en el Derecho Procesal Penal de menores, puesto que, no obstante del análisis de los artículos que han sido mencionados supra, cuando el menor es imputado por la comisión de un delito calificado como grave, éste deberá desarrollarse así como finalizar en una sentencia, sin que quepa la posibilidad de ser finalizado a priori³³. Un claro ejemplo de esto se refleja en el artículo 10.2 LORPM³⁴, el cual establece ante hechos tipificados como delitos graves por el CP, como por ejemplo ante casos de homicidio, asesinato, agresión sexual y terrorismo, el Juez necesariamente conllevará internamiento. Por el contrario,

sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás.

³² Sánchez García de Paz, Isabel en "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", *Actualidad Penal*, n° 33, septiembre de 2000, pp. 699-727.

³³ En defensa de estas posibilidades se ha afirmado recientemente que "con frecuencia, las intervenciones de la Justicia penal, sobre todo las sanciones de privación de libertad, obstaculizan más bien que favorecen la integración social" Dünkel, Frieder en "Reacciones en los campos de la administración de Justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea". *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-9670, N° 3, (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales / María del Rosario Ornos Fernández (dir.)), ISBN 84-89230-58-7, pp. 119-186.

³⁴ LO 5/2000, 12 de enero, art. 10.2. *Cit.*:1.

para el resto de delitos, el Juez tiene la libertad de elegir la medida que considere más apropiada al caso y las circunstancias del menor.

Una vez analizados estos principios que se reflejan en la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores, sería menester proceder al análisis del tema en cuestión en el presente trabajo, es decir, del principio de legalidad y, concretamente, de su importancia en la LORPM. Este principio implica que tanto la infracción cometida por el menor como su correspondiente sanción, deben estar ambas recogidas en la Ley. Es esta misma la Ley la que debe determinar los criterios de imposición, el contenido de la sanción, así como su forma de ser cumplida. Sin embargo, es evidente que el principio de legalidad debe extenderse también a su jurisdiccionalidad, puesto que la medida o sanción adoptada debe haber sido resultado de un procedimiento judicial, y será llevada a cabo según las determinaciones legales y reglamentarias pues así lo dicta el propio artículo 43 de la LORPM el cual establece que “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 “tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen”. Además, el artículo 44 de la misma ley exige que durante la ejecución de las medidas debe haber un control judicial.³⁵ Asimismo, el artículo 40.2 de la CDN establece que para que el sistema de justicia juvenil pueda intervenir, debe existir previamente una conducta tipificada y sancionada por una norma penal.³⁶ En este mismo plano, el artículo 1 de la LORPM³⁷ establece que la misma será aplicada para con personas que se encuentren entre los catorce y los dieciocho años y sean responsables de la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas (ahora delitos leves) ya sea en el CP o las leyes penales especiales.³⁸

³⁵ Artículos 43 y 44 LORPM LO 5/2000, 12 de enero, art. 43. *Cit.*:1.

³⁶ ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 Noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, disponible en esta dirección: [CDN \(un.org\)](http://www.un.org). Art. 40.2

³⁷ LO 5/2000, 12 de enero, art. 1. *Cit.*:1.

³⁸ Gómez Hidalgo, J.I., “Estudio de las medidas establecidas en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de menores”, en *Revista Baylio*, nº 4, 2004, p. 44.

Con lo anterior, cabe señalar que el principio de legalidad se mantiene vigente en la LORPM con las reformas legislativas actuales que han entrado en vigor y que han afectado a la referida ley, las cuales serán objeto de análisis más adelante.

A ojos de las fiscalías provinciales y sus prácticas más relevantes, se ha señalado también que en la medida de lo posible, y siempre que lo fuera, por razones de política criminal, el menor investigado conviene ser oído en declaración aunque se vaya a acordar posteriormente el desistimiento, con el fin de evitar transmitirle una sensación de impunidad.³⁹ En igual sentido, y a pesar de que el artículo 18 de la LORPM no lo exige, los representantes legales de los menores deben ser notificados del desistimiento a efectos de evitar la desatención de tal situación. De la misma forma, esta cautela debe adoptarse cuando se archive, tal y como dispone el artículo 3 lorpm para los menores de 14 años.⁴⁰

Por otro lado, también resulta interesante en este punto mencionar las soluciones extrajudiciales del artículo 19 LORPM. Cuando éstas se puedan ver frustradas como resultado de que surjan discrepancias entre partes con motivo de la correspondiente indemnización y su consiguiente cuantía, los Fiscales tienen la labor de procurar solucionar este inconveniente, manteniendo a ambas partes informadas y sin perjuicio de estar a todo lo dispuesto en el Apdo. IV.-5.2 de la Circular 9/2011 de la FGE, el cual sugiere que se inste el sobreseimiento previsto en el art. 19.4 LORPM cuando los perjudicados soliciten cuantías económicas consideradas desmesuradas o irracionales.⁴¹

En el Dictamen 4-2013 del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, se hace referencia a las posibilidades desjudicializadoras que ofrece la LORPM en aplicación del principio de

³⁹ Fiscal. Área especializada: Menores. Documentación y normativa. Conclusiones fiscales delegados menores del año 2016.

⁴⁰ Fiscal. Área especializada: Menores. Documentación y normativa. Conclusiones fiscales delegados menores del año 2011.

⁴¹ Fiscal. Área especializada: Menores. Documentación y normativa. Conclusiones fiscales delegados menores del año 2018.

oportunidad, se concretan en tres y son las previstas en los artículos 18, 19 y 27.4 de la referida ley. Concretamente en las conclusiones de tal dictamen se hace referencia al artículo 27.4 el cual establece la posibilidad de que el Fiscal solicite el sobreseimiento a propuesta del Equipo Técnico por considerar por conveniente y en interés del menor, no continuar con la tramitación del expediente ya sea porque la imputación contra el menor ha quedado suficientemente expresada por las diligencias ya practicadas o por considerar improcedente la intervención con motivo del tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. El sobreseimiento del artículo 27.4 es concebido como una solución complementaria a las soluciones extrajudiciales del artículo 19 LORPM.⁴²

Los fiscales tienen el deber de extremar precaución a la hora de aplicar el artículo 27.4 dado que este precepto permite finalizar y cerrar el expediente del menor sin que a éste se le imponga una medida ya sea extrajudicial o judicial. Para poder solicitar el sobreseimiento debido al tiempo que transcurre desde que el menor comete el hecho punible, deberán concurrir de forma acumulada una serie de sucesos:

En primer lugar, debe producirse el transcurso de un largo periodo de tiempo que supere con creces los parámetros temporales de instrucción que se consideran estándares. Este transcurso no se tendrá en cuenta si se tratase de una estrategia de defensa u obstaculización del menor infractor que se encuentra en período de investigación. Además, deberán apreciarse variaciones en el expediente que tras haber realizado un análisis objetivo de las mismas, cualquier intervención resulte inadecuada para el menor. Un ejemplo de esto sería la desintoxicación, sobrepasar la mayoría de edad... Por eso es necesario que los términos sean lo suficientemente claros y específicos para cada caso concreto a la hora de solicitar el sobreseimiento del artículo 27.4.⁴³

En definitiva, cabe concluir que, artículo 27.4 LORPM es una variante del principio de oportunidad, y su aplicación debe limitarse a los dos supuestos que recoge el propio artículo, y siempre que no sea conveniente tampoco la aplicación de las alternativas

⁴² Fiscal. Área especializada: Menores. Documentación y normativa. DICTAMEN 4-2013 sobre criterios para solicitar el sobreseimiento del expediente conforme al art. 27.4 LORPM.

⁴³ *Id.*

previstas en los artículos 18 y 19 LORPM. Estos preceptos, a pesar de integrarse en el principio de oportunidad y ser claras manifestaciones de éste, no conculcan el principio de legalidad y son compatibles con éste.⁴⁴

4. LA LORPM Y SUS DIFERENCIAS CON LA JURISDICCIÓN DE ADULTOS

La edad penal del menor (menor mayor de catorce y menor de dieciocho años) determina la responsabilidad penal y, por lo tanto, el régimen jurídico que le corresponde. Esa responsabilidad penal del menor derivada de la comisión de un hecho delictivo tipificado en el CP y en leyes especiales se encuentra expresamente regulada en la Ley de responsabilidad penal del menor, la cual comprende normas específicas con particularidades especiales, así como un procedimiento especial para el enjuiciamiento del menor infractor.

En un marco comparativo, la responsabilidad penal de los menores persigue, frente a la de los adultos, un objetivo principalmente educacional que trasciende a los diferentes ámbitos de su regulación jurídica, lo que supone notables diferencias entre el procedimiento sancionador de uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a ambos. Esto encuentra su justificación en la importancia del grado de desarrollo y el principio de interés superior del menor. La LORPM no busca simplemente castigar al menor infractor, sino más bien aboga por reeducar, fomentar el buen desarrollo de éste y prevenir su reincidencia en el futuro. Esta *naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a*

⁴⁴ M. García Ingelmo, Francisco, “Ejercicio del Principio de Oportunidad en la Jurisdicción de menores. Supuestos Legales. Cuestiones prácticas y directrices de la FGE”, *Fiscal, Área especializada: Menores, Documentación y normativa, Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas*, Madrid, 2017.

*los infractores menores de edad*⁴⁵ es uno de los principios generales sobre los que se asienta la LORPM, que será objeto de conocimiento en el apartado venidero. ⁴⁶

4.1. LORPM

4.1.1. *Preámbulo: Principios inspiradores de la ley*

La LORPM en su EM señala que la misma “ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución”⁴⁷.

Una vez analizado esto, cabe decir que se desprenden de la Ley los siguientes principios⁴⁸:

- *Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas (y no penas) aplicables a los infractores menores de edad*: Tal y como se ha mencionado *supra*, la LORPM contiene un procedimiento especial para el enjuiciamiento de los menores de edad, a partir del cual se busca la resocialización del menor infractor, es decir, su reinserción en la

⁴⁵ LO 5/2000, 12 de enero, Exposición de Motivos II, nº 6. *Cit.*:1.

⁴⁶ Gómez Recio, Fernando, “La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. n.437, 2000, pp. 1-5.

⁴⁷ LO 5/2000, 12 de enero, Exposición de Motivos II, nº 6. *Cit.*:1.

⁴⁸ Blanco Barea, J. Ángel, “Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español”. *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, n.8, 2008, pp. 8-15.

sociedad una vez adquiriera un nivel educacional adecuado, sin perjuicio del carácter punitivo de las medidas preventivo-especiales y no represivas que se le imponen a aquel.⁴⁹

- *Reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor:* es decir, supone el reconocimiento expreso de todas las garantías constitucionales derivadas del artículo 24 de la Constitución como el “derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” y el “derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”, y de las especiales exigencias del interés del menor que serán abordadas con posterioridad.⁵⁰
- *Diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad:* la LORPM se aplica a los menores de dieciocho años y mayores de catorce. Dentro de esta franja de edad, se pueden observar dos tramos. Anteriormente, esa la franja competencial de edad se dividía en tres tramos, puesto que el derogado apartado 4º del artículo 1 de la LORPM en cumplimiento del art.69 CP (todavía vigente) permitía aplicar la LORPM a los mayores de edad comprendidos entre los 18 y los 21 años para supuestos específicos, si bien este tercer tramo fue eliminado por la LO 8/2006.
- *Flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto:* a pesar de que se reclame una naturaleza penal de la responsabilidad del menor, no se trata de un régimen simplemente sancionador, pues como ya se ha comentado, el objetivo reside en la rehabilitación y resocialización del menor infractor. En vista de los artículos 8 y 9 LORPM, el Juez no podrá imponer una medida superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal

⁴⁹ LO 5/2000, 12 de enero, Exposición de Motivos I, nº 5. *Cit.:*1.

⁵⁰ Constitución Española, (BOE núm. 311, de 29/12/1978), art. 24.

(en adelante, MF) y tampoco podrá superar la pena de haber sido el sujeto juzgado mayor de edad. Además, el Juez en general dispone de discrecionalidad para elegir la medida a imponer y su duración.

- *Competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia, y control judicial de esta ejecución:* puesto que, la ejecución de las medidas impuestas por los Juzgados de Menores, habiendo dictado previamente sentencia firme, es competencia de las Comunidades Autónomas.

Cabe resaltar también el séptimo apartado de la EM de la LORPM. Este es de gran importancia puesto que en él se refleja el espíritu de la ley que es la persecución del interés superior del menor. Este interés se trata no sólo de un principio inspirador de la Ley en cuestión, sino que se trata de una consideración primordial para tener en cuenta en todas aquellas decisiones adoptadas en torno a la administración de justicia de menores.⁵¹ Esto supone que el análisis de cada caso sea individual, puesto que cada menor tiene diferentes necesidades y es por ello que las circunstancias personales, familiares y sociales deben ser ponderadas para cada caso particular. Además, esto justifica que el menor deba ser escuchado en todas las etapas del proceso judicial, incluso en la ejecución de las medidas que se le impongan, lo cual implica una necesidad de adaptación a su grado de desarrollo y entendimiento.⁵²

4.1.2. *Antecedentes de la ley y posteriores reformas*

La minoría de edad penal, en el ordenamiento jurídico español, queda regulada en el CP de 1995 y en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.⁵³ La referida Ley Orgánica viene precedida por la Ley de Tribunales Tutelares

⁵¹ LO 5/2000, 12 de enero, Exposición de Motivos II, nº 7. *Cit.:*1.

⁵² Montero Hernanz, Tomás, *La privación de libertad de menores y los estándares internacionales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 272-273.

⁵³ Jiménez Díaz, M. José, “Menores y responsabilidad penal: el debate se reabre”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, N.º 49, 2015, p. 156.

de Menores, de 11 de junio, de 1948 y su promulgación fue una necesidad implantada por la LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Esta última Ley Orgánica se promulgó como resultado de la STC 36/91⁵⁴ mediante la cual se declaró inconstitucional el artículo 15 de la antigua ley de 1948 puesto que fue considerado contrario a los principios del debido proceso que vienen recogidos en el artículo 24 de la CE. Conforme al antiguo sistema, el menor estaba sujeto a un proceso el cual no cumplía con las garantías del debido proceso.⁵⁵ Se pretendía lograr una normativa conforme al Estado de Derecho.⁵⁶

El fundamento de la antes citada Ley Orgánica de 1992, la cual pecaba de paternalismo, residía en el interés superior del menor y en la necesidad de educar y lograr la reintegración social del menor, descartando cualquier fin fundado en el castigo o la represión. Esta ley, además de respetar las garantías constitucionales de los menores, destacó por la creación de un nuevo ente, el Equipo técnico, el cual está compuesto por un psicólogo, un educador y un trabajador social y con el fin de ayudar a la toma de decisiones en todo lo que concierne al menor⁵⁷. La Ley Orgánica de 1992 se mantuvo en vigor hasta 2001, año en el que entró en vigor la Ley Orgánica 5/2000. Desde el punto de vista procesal, esta Ley se considera la legislación de menores más respetuosa con la aplicación de las garantías procesales⁵⁸. Además, la mayoría de las modificaciones que

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 36/1991, de 14 de febrero de 1991. (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991)

⁵⁵ Sánchez García de Paz, Isabel, “La reforma de la Ley Penal del menor por la L.O 8/2006”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, N.º 15, 2008.

⁵⁶ LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (BOE, 11 de junio de 1992)

⁵⁷ Cuesta Arzamendi de la, José Luis, Blanco Cordero, Isidoro, “El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores en España”, en *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2006, p. 2.

⁵⁸ Lorca Navarrete, Antonio María, “La legislación procesal penal del menor en la Unión Europea: el caso francés”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 14, 2002, p. 285.

fueron introducidas por la Ley Orgánica de 1992, fueron adoptados por la LORPM, la cual regula todos los aspectos penales y procesales relativos a la responsabilidad penal y civil de los menores responsables por la comisión de cualquier infracción contenida en el CP y en las leyes penales especiales.⁵⁹

La LORPM ha sido objeto de numerosas reformas⁶⁰. En primer lugar, la mencionada Ley sufrió su primera modificación en el año 2000, por la Ley Orgánica 7/2000, respecto a los delitos de terrorismo principalmente. Además, mediante esta reforma, se introdujo una nueva medida, la inhabilitación absoluta. A continuación, a través de la Ley Orgánica 15/2003, se introdujo la oportunidad de que la acusación particular compareciese como parte en el procedimiento. Más adelante, mediante la Ley Orgánica 8/2006, la LORPM sufrió otra modificación a través de la cual se buscaba afianzar una proporcionalidad entre la gravedad del delito y la correspondiente sanción a imponer, proteger los derechos de las víctimas, así como introducir nuevas medidas tales como la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o personas cercanas a ella. También gracias a esta reforma se amplió el artículo 7 de la Ley 5/2000, concretamente, el apartado cuatro que regula la posibilidad de que el Juez pueda imponer más de una medida siempre y cuando no sean de la misma clase⁶¹. La siguiente reforma se produjo en 2012 con la Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la cual afecta solo a cuestiones de competencia. Otra reforma que tuvo lugar en 2021 fue la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, por la que se modifica el artículo 4 relativo a las víctimas. Por último, la última modificación tuvo lugar a través de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Ésta, en su disposición final número siete, modifica la LORPM y en concreto, a partir de ella se

⁵⁹ De la Cuesta Arzamendi, José Luis, Blanco Cordero, Isidoro, “El enjuiciamiento de menores...”, *op.cit.*: 60., p.2

⁶⁰ Jiménez Díaz, M. José, “Menores...”, *op.cit.* 54, p. 161

⁶¹ Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, Feijoo Sánchez, Bernardo José y Pozuelo Pérez, Laura, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 135.

modifican algunos preceptos y se añaden otros, como por ejemplo el nuevo art. 7.5 y un añadido en el art. 10.2 sobre delitos de máxima gravedad. También se modifican algunas medidas judiciales como el último inciso en el art.13.1 y soluciones extrajudiciales (art. 19.2 párrafo segundo).

Finalmente, es necesario hacer referencia al Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, que desarrolla y complementa aspectos relativos a dicha norma relativos a la ejecución de las medidas de internamiento y al régimen disciplinario de los centros que acogen a los menores con el fin de ofrecer una mayor seguridad y ofrecer nuevos mecanismos de reinserción.⁶²

4.2. La existencia de medidas y no penas

Aun cuando la LORPM se trata de una norma de naturaleza penal sancionadora puesto que refleja la responsabilidad jurídica del menor infractor como consecuencia de la comisión de hechos tipificados por el CP como delitos, la reacción jurídica hacia el menor tiene una finalidad sancionadora-educativa tanto del procedimiento como de las medidas aplicables al menor infractor. Se pretende en todo momento priorizar el interés superior del menor frente a otros intereses legítimos, y es por ello que para cada supuesto se debe aplicar la medida más adecuada para lograr el correcto desarrollo de la personalidad del menor, así como lograr la reeducación y resocialización del mismo.

4.2.1. Destinatarios de las medidas

Antes de hacer alusión a la regulación jurídica de las diferentes medidas previstas en la LORPM, es necesario comenzar haciendo referencia a los destinatarios de las mismas, los cuales son todos aquellos sujetos que entran dentro del ámbito de aplicación de dicha Ley. De esta forma, el propio artículo 1.1 de la misma establece su ámbito de aplicación donde se establece que la responsabilidad penal de los menores es exigible a *personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados*

⁶² *Ibid.*, p.42.

como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales⁶³. Otra cuestión que cobra importancia y que debe tenerse en cuenta es que las edades a las que hace referencia el articulado de la LORPM deben hacer referencia al momento de la comisión de la infracción. De igual forma, el hecho de que esas edades sean rebasadas antes del procedimiento o durante la tramitación del mismo, no tendrá repercusión alguna sobre la competencia que dicha ley atribuye a Jueces y Fiscales de menores. Tal cuestión se establece en el artículo 5.3 de la LORPM.⁶⁴

Por otro lado, la propia EM de la Ley Orgánica 5/2000 explica las razones⁶⁵ por las cuales se han establecido esos límites de edad:

- De un lado, el límite de la edad de dieciocho años reside en que la responsabilidad penal del menor requiere una indispensable intervención educativa por lo que, en contraposición al ámbito de responsabilidad penal de los adultos difiere en grandes cuestiones sancionadoras, si bien respetando en todo caso las garantías comunes a todo justiciable.
- De otro lado, el límite mínimo a partir del cual comienza la posibilidad de exigir responsabilidad penal se ha fijado en los catorces debido a que los niños que no han alcanzado esa edad tampoco han alcanzado un nivel suficiente de madurez como para tomar consciencia de los hechos que comete, y por ende, tomar consciencia de la responsabilidad derivada de las infracciones cometidas.

4.2.2. Naturaleza jurídica de las medidas

Otra cuestión de interés, sobre la cual merece hacer un breve análisis antes de entrar a analizar las diferentes medidas que aparecen recogidas en el artículo 7 de la LORPM, es

⁶³ Cruz Ocón García de la, Juan, “Singularidades procesales y problemas prácticos de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, en *Redur*, nº12, 2014, p. 140.

⁶⁴ Blanco Barea, J.Ángel, “Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho Penal español” en *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 8, 2008, p. 5.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 5-6.

la diferencia de posturas existentes en relación con la naturaleza jurídica de las medidas que se recogen en la mencionada Ley.

Un sector de la doctrina considera que las medidas recogidas en dicha ley son consideradas penas en sí mismas, si bien penas juveniles que se diferencian a las de adultos. Uno de los argumentos sobre los que sustentan dicha postura es el carácter supletorio tanto de las leyes especiales como del CP con respecto a la LORPM, además de las diferentes manifestaciones presentes a lo largo de su EM, en la que el legislador manifiesta en numerosas ocasiones que la responsabilidad que es susceptible de ser exigida al menor infractor es penal. Al considerar por lo tanto que la Ley Orgánica 5/2000 tiene “naturaleza formalmente penal”, tendría sentido considerar entonces que las medidas que se recogen en el artículo 7 de dicha ley también tienen carácter penal puesto que entran dentro del ámbito de aplicación de la misma.⁶⁶

Finalmente, siguiendo la línea de considerar las medidas como penas, si se afirmara la naturaleza estrictamente penal de las mismas, entonces coincidiría y por lo tanto, podría confundirse con las penas del Derecho Penal de adultos.⁶⁷

En contraposición a esta postura, gran parte de la doctrina aboga por la naturaleza jurídica sancionadora-educativa de las medidas, puesto que a pesar de que la responsabilidad penal susceptible de ser exigida a los menores es una respuesta sancionadora que el Estado estipula frente a conductas que son consideradas delito, es cierto que se ha producido un progreso en la justicia juvenil gracias al cual el *ius puniendi* del Estado tiene como objetivo tanto poner solución a la razón que le ha llevado al menor a delinquir, como un objetivo educativo y resocializador⁶⁸. Dentro de esta postura se puede observar grandes diferencias con respecto al Derecho Penal de adultos, ya que las medidas

⁶⁶ Jiménez Díaz, M.José, “Menores...”, *op.cit.* 54, pp. 156-157.

⁶⁷ Viana Ballester, Clara, “La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores”, en *Revista Penal*, N.º 13, 2004, p. 160.

⁶⁸ Blanco Barea, J.Ángel, “Responsabilidad...”, *cit.* 65, pp. 9-10.

dirigidas a menores tienen como principal objetivo la efectiva reinserción e interés del menor.⁶⁹

En esta misma línea, existe jurisprudencia⁷⁰ como la Sentencia de la AP de Guipúzcoa del 15 de julio de 2005, en la cual se establece que:

“La Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM) diseña un modelo de responsabilidad penal del menor que trata de integrar perspectivas de diferente naturaleza: la educativa, la sancionadora y la garantista, básicamente. De esta forma trata de pergeñar una responsabilidad que, siendo formalmente penal, permita una intervención materialmente educativa, sustancialmente diversa de la que identifica la responsabilidad penal del adulto”.

En definitiva, las medidas recogidas en la LORPM, al igual que las penas en el caso de los adultos, son de aplicación a menores responsables por la comisión de un hecho delictivo. No obstante, tal y como dice MORA ALARCÓN, “no miran al pasado, sino al futuro, a un tratamiento resocializador”.⁷¹

4.2.3. Principios que rigen la ejecución de las medidas

El artículo 6 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LORPM (en adelante, RD), concreta los principios a los que queda sujeto la actuación con menores de profesionales, organismos e instituciones que intervengan en la ejecución de las medidas. Estos principios son los siguientes:

- a) El superior interés del menor de edad sobre cualquier otro interés concurrente.*
- b) El respeto al libre desarrollo de la personalidad del menor.*

⁶⁹ Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, Feijoo Sánchez, Bernardo José y Pozuelo Pérez, Laura, *Comentarios...*, *op.cit.*: 62, p.116.

⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1ª, núm.178/2005, de 15 de julio de 2005.

⁷¹ Mora Alarcón, José Antonio, *Derecho penal y procesal de menores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 40

- c) *La información de los derechos que les corresponden en cada momento y la asistencia necesaria para poder ejercerlos.*
- d) *La aplicación de programas fundamentalmente educativos que fomenten el sentido de la responsabilidad y el respeto por los derechos y libertades de los otros.*
- e) *La adecuación de las actuaciones a la edad, la personalidad y las circunstancias personales y sociales de los menores.*
- f) *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.*
- g) *El fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas.*
- h) *El carácter preferentemente interdisciplinario en la toma de decisiones que afecten o puedan afectar a la persona.*
- i) *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.*
- j) *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.*

Al margen de estos principios, si bien existe un estrecho vínculo con respecto a éstos, merece especial atención uno de los principios rectores del sistema penal del menor en materia penal y sancionadora; el principio de legalidad. Tal como ha ido exponiéndose a lo largo del presente trabajo, la proclamación del mencionado artículo queda recogida en diferentes artículos de la LORPM, como por ejemplo el artículo 1.1 o el 17 de la misma, entre otros. No obstante, la manifestación del principio de legalidad por lo que se refiere a las medidas lo encontramos en el artículo 7.1 de dicha Ley, el cual recoge las diferentes medidas que pueden ser impuestas por los Jueces de menores a éstos últimos, ordenadas en función de la restricción de derechos que implique cada medida. Esto significa por lo tanto que el principio de legalidad implica que tanto el hecho sancionable cometido por el menor como la sanción a imponer deben estar previstos en la Ley puesto que en ella se recogen los requisitos, el contenido, así como la forma de cumplimiento de la sanción.⁷²

⁷² Gómez Hidalgo, J.I., “Estudio de las medidas establecidas en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de menores”, *Revista Baylio*, nº 4, 2004, p. 45.

4.2.4. Clasificación de las medidas

El art. 7 de la LORPM establece un amplio catálogo de medidas de valor socioeducativo que pueden ser aplicadas de forma independiente o bien de forma accesoria a otras. La mencionada Ley permite al Juez seleccionar la medida que mejor se adapte al menor no solo atendiendo a la prueba y la valoración de los hechos, sino especialmente teniendo en cuenta las necesidades del menor, así como sus circunstancias personales, sociales familiares, reaccionando de forma proporcional al delito cometido, a sus circunstancias y teniendo en cuenta también la edad del menor con el principal objetivo atender al interés superior del menor, favoreciendo su reinserción y reeducación. La LORPM en su artículo 10 contempla las reglas especiales de aplicación y duración de las medidas⁷³.

Entre las medidas, podemos distinguir cuatro bloques:

- A. Medidas de Internamiento
- B. Medidas de medio abierto
- C. Medidas de ejecución directa por el Juez
- D. Otras medidas

A) Medidas de Internamiento:

El internamiento⁷⁴ es la medida más grave que puede imponerse al menor puesto que se trata de una medida de privación de libertad que afecta a su libertad ambulatoria. La duración depende de lo que determine la sentencia y tiene lugar en un centro específico para menores adecuado y homologado por la administración, vigilado por personal de seguridad. Estos centros están compuestos por un director o directora, dos subdirectores, un equipo técnico adscrito a la dirección, educadores y personal de mantenimiento.

Teniendo en cuenta el principio de intervención mínima y al tratarse de una medida de gran intensidad, debe reservarse para aquellos casos que revistan mayor gravedad, tal y como establece el artículo 37 b) de la CDN:

⁷³ Colas Turégano, Asunción., *Derecho Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 220.

⁷⁴ Ortega Navarro, Rafael Carlos, *El Régimen Jurídico del menor privado de libertad en los centros de internamiento de menores infractores*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, p. 52.

... La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda...⁷⁵

Cabe señalar que el apartado segundo del artículo 7 de la LORPM establece que las medidas de internamiento constan de dos períodos, el primero se lleva a cabo en el centro correspondiente y en el segundo periodo en régimen de libertad vigilada. Ambos periodos tendrán la duración que establezca el Juez en la sentencia en cada caso, no pudiendo rebasar los límites del artículo 9 de la Ley⁷⁶. Por otro lado, el objetivo de esta medida encuentra su razón de ser en la creación de un ambiente adecuado para que el menor infractor pueda reconducir y modificar su comportamiento.

La ley prevé cuatro tipos de internamiento:

- Internamiento en régimen cerrado⁷⁷: la imposición de esta medida queda limitada a delitos de mayor gravedad y el artículo 9 de la Ley limita su imposición a: “ a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el CP o las leyes penales especiales; b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas; c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.” Esta medida supone que el menor residirá en el centro y realizará todas las actividades en el mismo.⁷⁸

⁷⁵ ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño...*cit.*31, Art. 37 b).

⁷⁶ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.2 *Cit.*:1.

⁷⁷ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 a) *Cit.*:1; 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 (BOE, 30 de agosto de 2004), Art. 24.

⁷⁸ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, *cit.*74, pp. 225-226.

- Internamiento en régimen semiabierto⁷⁹: esta medida implica que el menor residirá en el centro pero realizará parte de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio del proyecto educativo fuera del centro en función de la evolución del menor y del cumplimiento de los objetivos. ⁸⁰
- Internamiento en régimen abierto⁸¹: los menores sometidos a esta medida realizarán todas las actividades del proyecto educativo fuera del centro, pero debiendo regresar al centro a pernoctar, considerándolo su residencia habitual y por lo tanto, estando sujeto al programa y al régimen interno del mismo. ⁸²
- Internamiento en terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto⁸³: esta medida tendrá lugar en centros con personal especializado encargados de prestar una atención educativa especializada o bien un tratamiento específico a aquellos menores que padezcan alguna anomalía o alteración psíquica, aquellos que sufran alcoholismo o dependencia a drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o que padezcan alteraciones en la percepción que supongan una alteración grave. Si el menor rechaza el tratamiento, el Juez habrá de aplicarle otra medida que se compagine con sus circunstancias personales⁸⁴. Esta medida podrá imponerse al menor de forma autónoma o junto con otras medidas. ⁸⁵

B) Medidas de medio abierto:

⁷⁹ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 b) *Cit.:1*; Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, art. 25 *Cit.:78*.

⁸⁰ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 225-226.

⁸¹ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 c) *Cit.:1*; Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, art. 26 *Cit.:78*.

⁸² Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 225-226.

⁸³ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 d) *Cit.:1*; Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, art. 27 *Cit.:78*.

⁸⁴ LO 5/2000, 12 de enero, art. 27.3 *Cit.:1*.

⁸⁵ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 234-235.

Suele ser frecuente que el Juez imponga al menor una o varias medidas de las previstas en la Ley con independencia de que se hayan cometido una o más infracciones. La administración pública cobra un papel fundamental en estos supuestos, ya que debe conseguir una correcta coordinación tanto de las diferentes actividades como de todos los educadores que participan en ellas. Dentro de este tipo de medidas podemos encontrar los siguientes subtipos:

- Tratamiento ambulatorio⁸⁶: dentro de este subtipo, se distinguen dos tipos de tratamiento ambulatorio. De un lado, encontramos el tratamiento ambulatorio psicológico, en el cual el menor deberá acudir al centro designado con la periodicidad requerida por el personal facultativo que lleve su caso, así como seguir las instrucciones fijadas para su tratamiento en función de la anomalía, alteración psíquica o alteración de la percepción que padezca el menor. De otro lado, el tratamiento ambulatorio de deshabituación adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas es otro tipo de medida imponible al menor. Si el menor rechazase este tipo de medida, y en concreto, el tratamiento de deshabituación, el Juez deberá aplicar otra medida que se adecue mejor a sus circunstancias personales.⁸⁷
- Asistencia a un centro de día⁸⁸: esa medida tiene lugar en centro donde se realizan diferentes actividades de apoyo, formativas, educativas, laborales y de ocio, pero el menor no residirá en dicho centro, sino que residirá en su domicilio habitual.⁸⁹
- Permanencia de fin de semana⁹⁰: los menores mediante esta medida deberán permanecer un máximo de 36 horas entre la tarde del viernes y la noche del domingo en su domicilio o en un centro específico para menores infractores, con

⁸⁶ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 e) *Cit.:1*; Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, art. 16 *Cit.:78*.

⁸⁷ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 235-236.

⁸⁸ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 f) *Cit.:1*; Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, art. 17 *Cit.:78*.

⁸⁹ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 236-237.

⁹⁰ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 g) *Cit.:1*; Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, art. 28 *Cit.:78*.

la única excepción del tiempo que el Juez establezca tareas socioeducativas fuera del lugar de permanencia y que, por lo tanto, deba realizar el menor.⁹¹

- Libertad vigilada⁹²: se trata de la medida más aplicada y solicitada por las fiscalías. Esta medida consiste en el seguimiento de la actividad del menor, a través del cual éste queda sometido a vigilancia y supervisión por parte de la entidad encargada con el objetivo de evitar cualquier tipo de reincidencia, así como alcanzar su correcto desarrollo personal y social. Para ello, el menor quedará sujeto al cumplimiento de alguna de las reglas de conducta impuestas por el Juez previstas en el artículo 7.1 h) de la LORPM, tales como: obligación de cumplir los horarios preestablecidos, prohibición de frecuentar ciertos lugar o personas, etc.⁹³
- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo⁹⁴: se trata de una medida compleja de gestionar por las entidades y la administración puesto que durante el periodo que el Juez establezca, el menor debe convivir con otra persona, familia o grupo educativo debidamente seleccionado, con la intención de orientar al menor en su proceso de socialización. Esta medida suele imponerse en aquellos casos en los que el fracaso del núcleo familiar del menor mantiene un estrecho vínculo con la conducta delictiva de éste.⁹⁵
- Prestaciones en beneficio de la comunidad⁹⁶: esta medida no podrá imponerse sin el consentimiento del menor, y consiste en la realización de actividades no retributivas ya sean bien de interés social o bien en beneficio de personas en

⁹¹ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 226-227.

⁹² LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 h) *Cit.*:1; Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, art. 18 *Cit.*:78.

⁹³ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 228-229.

⁹⁴ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 j) *Cit.*:1; Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, art. 19 *Cit.*:78.

⁹⁵ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 237-238; Dictamen 6/2013, sobre pautas de aplicación de la medida de convivencia con persona, familia o grupo educativo.

⁹⁶ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 k) *Cit.*:1; Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, art. 20 *Cit.*:78.

situación precaria. El RD en su artículo 20 es la normativa que regula y detalla la ejecución, así como las características de esta medida.⁹⁷

- Realización de tareas socioeducativas⁹⁸: es una medida que puede imponerse de forma autónoma o de forma complementaria a otras como la libertad vigilada. Además, es una medida que suele imponerse a menores que cometen determinadas faltas o delitos considerados de escasa gravedad. Consiste en que el menor ha de realizar actividades específicas de contenido educativo encaminadas a desarrollar su competencia social, sin que esto suponga internamiento ni libertad vigilada, tales como diversos talleres de aprendizaje de habilidades sociales, control de impulsos, etc.⁹⁹

C) Medidas de ejecución directa por el juez:

- Amonestación¹⁰⁰: se trata de una medida que consiste en la represión sobre el menor llevada a cabo por el Juez de Menores con la finalidad de hacerle comprender la gravedad de sus actos cometidos y las consecuencias que estos hechos han conllevado o podrían haber tenido, con el objetivo de que no vuelva a cometerlos. Se trata de una medida que resulta más efectiva en aquellos menores responsables de actos que no revisten una gran importancia y que cometen un delito por primera vez, más que en aquellos que son reincidentes.¹⁰¹

D) Otras medidas:

⁹⁷ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 230-232.

⁹⁸ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 l) *Cit.:1*; Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, art. 21 *Cit.:78*.

⁹⁹ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 238-240.

¹⁰⁰ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 m) *Cit.:1*.

¹⁰¹ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74 pp. 240-241.

- Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez¹⁰²: esta medida impide que el menor se comunique con cualquiera de estos individuos y que se acerque a las personas mencionadas en cualquier lugar donde éstos se encuentren. Las fuerzas del orden público son quienes se encargan de llevar el control de esta medida.¹⁰³
- Privación del permiso de conducir de ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.¹⁰⁴
- Inhabilitación absoluta¹⁰⁵: a pesar de ser una medida muy criticada puesto que contiene contenido equivalente al previsto para los adultos y no responde a ningún criterio educativo¹⁰⁶, esta medida implica la privación de todos los honores, empleos y cargos públicos así como la incapacidad para optar a cualquier de ellos. Cuando el menor se encuentra entre los 16 y los 17 años y es condenado por un delito de terrorismo, su imposición es imperativa¹⁰⁷.

4.3. La instrucción de los procedimientos por el fiscal de menores

De forma genérica, todos los agentes implicados en el proceso de menores (Juez, Fiscal,

¹⁰² LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 i) *Cit.*:1.

¹⁰³ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 229-230; Dictamen 1/2012, sobre la duración de la medida de alejamiento en el sistema de justicia juvenil.

¹⁰⁴ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 n) *Cit.*:1; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 232-233.

¹⁰⁵ LO 5/2000, 12 de enero, art. 7.1 ñ) *Cit.*:1.

¹⁰⁶ Ornosá Fernández, María Rosario, *Derecho penal de menores*, 4a edic., Bosch, Barcelona, 2007, p.215 y Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp.233-234.

¹⁰⁷ LO 5/2000, 12 de enero, art. 10.3 *Cit.*:1.

Equipo Técnico, abogados, representantes, así como el propio menor), persiguen el mismo objetivo: lograr la intervención más adecuada para la educación y reinserción del menor.

La LORPM introdujo una serie de novedades en lo relativo a la estructura del proceso penal de menores, entre las cuales se encomendó la labor de instrucción del procedimiento al MF, lo que significa que éste asume el papel de “director de la investigación”, mediante el cual la LORPM le otorga la capacidad para decidir la práctica de diligencias instructoras con el fin de investigar el hecho punible. Esto quiere decir que la LORPM le otorga al MF las funciones de preparación del juicio oral, o por el contrario, la solicitud de sobreseimiento al Juez.¹⁰⁸

Siguiendo a CONDE-PUMPIDO FERREIRO, el MF podría definirse como “un órgano del Estado, constituido para el funcionamiento de la justicia e integrado autónomamente en el Poder Judicial, y con la misión de defender la legalidad democrática, promover los intereses públicos y sociales que pertenecen al pueblo constituido en Estado, tutelar los derechos de los ciudadanos y velar por la independencia de los Tribunales”.¹⁰⁹

Los principios que rigen la actuación del MF se encuentran recogidos en el art. 124 de la CE, el cual establece que éste tiene como misión: promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

En esta misma línea, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del MF, establece en su artículo 3.13 que el Ministerio Fiscal es el órgano competente para “ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor”.

¹⁰⁸ Díaz Martínez, Manuel, *La instrucción en el proceso penal de menores*, Madrid, Colex, 2003, p. 93.

¹⁰⁹ Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Navarra, 1999, p.45

Ambos preceptos, han de ser interpretados de forma conjunta con el artículo 6 de la LORPM, puesto que ha venido a dar un mayor protagonismo al MF en el procedimiento contra menores. Dicha ley atribuye al MF las siguientes funciones:

- La defensa de los derechos que los menores tienen reconocidos en las leyes.
- La vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés.
- La observancia de las garantías del proceso.
- La dirección personal de la investigación de los hechos que se le imputan al menor.
- En cumplimiento de lo anterior, ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de dichos hechos y la participación del menor en los mismos.
- Y por último, el impulso del procedimiento.

Estas funciones que la LORPM otorga a la figura del Fiscal en el proceso penal de menores demuestran cómo se trata de un órgano que forma parte del proceso desde el comienzo hasta el fin de éste, cuyas funciones persiguen proteger los derechos e intereses de los sujetos protagonistas durante el procedimiento.¹¹⁰

4.3.1. Competencias del Fiscal de menores en la LORPM

En este apartado, merece especial importancia la fase de instrucción puesto que, como veremos a continuación, a pesar de que la figura del MF está presente durante todo el proceso, este órgano cobra especial valor en dicha fase. A continuación, se muestran las diferentes etapas en las que podemos dividir el proceso penal de menores, si bien prestando especial atención a las funciones que el Fiscal ejerce en cada una de ellas, especialmente en la fase de instrucción.

¹¹⁰ Nieto Luengo, María, “Beneficios e inconvenientes (perjuicios) de la instrucción del proceso penal de menores por el Ministerio Fiscal”, *Revista de Derecho UNED*, 2011, p.338

a) Fase previa a la instrucción

En primer lugar, antes de entrar a analizar la fase de instrucción, resulta de gran interés saber que el MF es el único órgano competente para instruir los procedimientos contra menores entre catorce y dieciocho años. La fiscalía de menores puede tener conocimiento de dichos hechos delictivos presuntamente cometidos por menores de entre catorce y dieciocho años bien por denuncia que se realiza ante el juzgado de guardia, en cuyo caso si se acredita la existencia de un menor de ese rango de edad, dicta auto de inhibición del procedimiento a favor de la fiscalía de menores. También cabe la posibilidad de que se presente una denuncia ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, los cuales una vez tengan conocimiento de tal denuncia, remitirán dicha denuncia a la fiscalía de menores, sin perjuicio de las actuaciones propias que llevan a cabo aquel órgano antes de remitir el atestado completo a la fiscalía de menores. También la denuncia se puede presentar directamente ante la fiscalía de menores. Toda denuncia o atestado motivará la incoación de las correspondientes diligencias preliminares.¹¹¹

b) Fase de instrucción

La instrucción se trata de una fase procesal cuyo principal objetivo es indagar sobre cuáles son las causas del hecho delictivo así como las circunstancias personales del menor infractor y consecuente adopción de las medidas cautelares que se estimen necesarias.

Entrando a analizar ya la fase en cuestión, y siguiendo a SALOM ESCRIVÁ¹¹², podemos diferenciar las siguientes competencias del fiscal en la fase de instrucción:

¹¹¹ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 319-321.

¹¹² Salom Escrivá, Juan-Salvador., “La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores”, *Justicia Penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 211-262.

- En primer lugar, tiene competencia para acordar la incoación de las diligencias preliminares y del expediente de reforma (Art. 16.1 LORPM). Dicho expediente debe ser notificado al menor para su conocimiento, salvo que se hubiera decretado previamente el secreto sumarial. El menor y sus representantes legales serán requeridos para que nombren Letrado. En caso de que esto no suceda, se asignará de oficio un Letrado.
- Asimismo, es el competente para recibir denuncias y admitirlas o no a trámite sobre los hechos imputables a menores (Art. 16.2 LORPM).
- A continuación, es quien decide practicar y ordenar las diligencias que “estime pertinentes” para la comprobación del hecho y de la participación del menor en el mismo (Arts. 16.2 y 23 LORPM). Entre estas diligencias se incluyen aquellas solicitadas por el Letrado del menor. Aquellas diligencias restrictivas de Derechos Fundamentales no podrán ser practicadas por el MF, por lo que deberá solicitarlas al Juez de Menores que durante el proceso actúa como Juez garantista. Las diligencias practicadas por el fiscal son similares a las del proceso penal de adultos. Cabe destacar las siguientes: inspecciones oculares, determinación del cuerpo del delito, identidad del menor y sus circunstancias, declaración del menor imputado, testigos, informes periciales...
- El MF puede acordar el archivo de las actuaciones cuando considere que los hechos no son constitutivos de delito o el autor sea desconocido (Art. 16.2 LORPM).
- También puede ordenar la comparecencia ante él de los menores a quien se impute algún acto punible u ordenar su detención (Art. 17 LORPM) así como ponerlos en libertad o a disposición, en plazo legal, del Juez de Menores.
- Recibirá declaración a los menores detenidos y a denunciados y testigos, recabando los informes que considere necesarios al Equipo Técnico o a otras instituciones (Arts. 17 y 27 LORPM). El Equipo Técnico asume un papel importante durante la fase de instrucción puesto que es el encargado de emitir un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social o cualquier circunstancia que se considere relevante al respecto. Además, dicho informe también puede incluir alguna propuesta sobre la imposición de alguna medida al menor por considerarse beneficiosa para éste. Dicho informe será remitido por el MF al Juez de Menores.

- Puede, atendiendo a criterios de oportunidad, decidir no incoar expediente de reforma (Art. 18 LORPM). Esto se debe a la escasa gravedad del hecho cometido por el menor.
- Puede del mismo modo, atendiendo a criterios de oportunidad, desistir del expediente ya iniciado y, si se cumplen los requisitos legales, iniciar el sobreseimiento del expediente (Art. 19 LORPM). Para ello, deben concurrir tres requisitos: el hecho imputado al menor debe tratarse de un delito menos grave o una falta; deberá tenerse en cuenta la falta de violencia o intimidación graves (si bien no se trata de un requisito excluyente); por último, debe existir un compromiso del menor en lo relativo a la conciliación con la víctima o la reparación de la misma o el cumplimiento de la actividad educativa que el equipo técnico proponga en su informe.
- Tiene atribuida la labor de notificar a los perjudicados la incoación del expediente contra el menor por si consideran conveniente personarse en el mismo (Arts. 25 y 26 LORPM).
- Resuelve acerca de la admisión y práctica de las diligencias que el perjudicado y el letrado del menor le interesen (Arts. 25 y 26 LORPM).
- Es el único órgano competente para solicitar la adopción de medidas cautelares (Arts. 28 y 29 LORPM). Durante la tramitación del expediente y con la finalidad de asegurar el enjuiciamiento del menor infractor y la ejecución de la sentencia, es posible el MF solicite al Juez de Menores la adopción de medidas cautelares, las cuales podrán adoptarse exclusivamente por resolución motivada del juez una vez valoradas las circunstancias concurrentes y respetando las garantías constitucionales, especialmente el principio de proporcionalidad y el del superior interés del menor al que se aplica la medida, así como el derecho a la presunción de inocencia puesto que el fundamento de dichas medidas no es la culpabilidad del menor, sino simplemente el aseguramiento del proceso. Tal y como las define Gimeno Sendra¹¹³, las medidas cautelares son “aquellas resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictiva, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o

¹¹³ Gimeno Sendra, José Vicente, *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 1993, p. 336.

patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por lo que se limita provisionalmente su libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia.”

Por lo general, las medidas cautelares que se pueden adoptar durante el procedimiento son las siguientes: internamiento semiabierto, cerrado, internamiento semicerrado terapéutico, cerrado terapéutico y medida de alejamiento, explicadas en el epígrafe anterior sobre la existencia de medidas y no penas.

- Por último, decide acerca del momento en que se debe concluir la instrucción del expediente de reforma (Art. 30.1 LORPM) y redacta el escrito de alegaciones.

c) Fase intermedia:

Una vez concluye la fase de instrucción, el MF debe comunicar a las partes personadas la resolución por la que decide concluir el expediente y solicitar al juez de menores o bien el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos que recoge la LECrim o bien puede decidir continuar el proceso y elaborar el escrito de alegaciones.

Dentro de la solicitud al juez de menores del sobreseimiento, podemos distinguir el sobreseimiento libre y el sobreseimiento provisional, ambos recogidos en los arts. 637 a 641 de la LECrim. El art. 637 LECrim recoge los supuestos en los que el Fiscal podrá solicitar el sobreseimiento libre, en concreto, la inexistencia del hecho, no ser este constitutivo de delito o, finalmente, por no ser responsable criminalmente los procesados inicialmente (ya fuera como autores o cómplices). El juez en cualquiera de estas situaciones podrá concluir el proceso con efecto de cosa juzgada. Por el contrario, los supuestos de sobreseimiento provisional se regulan en el art. 641 de dicha ley, en concreto, en sus apartados primero y segundo. Dicho artículo recoge los supuestos en que no exista una justificación razonable de la ejecución del delito, o no haya elementos suficientes que prueben la participación de los encausados. En otros casos, cuando concurren los requisitos que recoge el artículo 15 LORPM (plazos de prescripción), el Fiscal solicita al juzgado el archivo de la causa por prescripción cuando concurren los

plazos establecidos en el mencionado artículo. El sobreseimiento provisional da lugar a una suspensión transitoria del proceso.¹¹⁴

Por el contrario, si el MF opta por continuar el proceso y elaborar el escrito de alegaciones, éste deberá hacer constar en su primer apartado una descripción de los hechos por los que se imputa al menor o menores, indicando en todo caso en el segundo apartado que dichos hechos son constitutivos de delito concreto conforme al articulado del CP. En el apartado tercero del escrito de alegaciones, se hará constar el grado de participación del menor en el mismo, ya sea como autor, cooperador necesario, cómplice, etc. (artículo 28 CP). En el punto número cuatro del escrito los fiscales de menores hacen la siguiente referencia: “las circunstancias personales, sociales y familiares del menor ya vienen reflejadas en el correspondiente informe del equipo técnico que consta ya en el expediente”. En este punto también se hace constar si concurre alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del menor. Por último, el apartado quinto del escrito de alegaciones incluye alguna propuesta de las medidas previstas en la LORPM. Al margen de estos cinco apartados, el fiscal solicita la correspondiente responsabilidad civil (en caso de existir), en que ha podido incurrir el menor. A continuación, el fiscal propone los medios de prueba que estime pertinentes.¹¹⁵

d) Fase de Audiencia:

Una vez el Juez recibe el expediente junto con el escrito de alegaciones y el resto de documentación procesal, éste procederá a abrir el trámite de audiencia. Dentro de esta fase se podría hablar a la vez de dos actuaciones; por un lado, una serie de actuaciones previas a la vista que no son orales; y, por otro lado, la celebración de la audiencia. Las primeras hacen referencia al traslado de las actuaciones al Letrado representante del menor para que éste formule las alegaciones pertinentes, del mismo modo en que ha hecho el MF y la acusación particular, en caso de existir. El Juez podrá optar por: dictar sentencia de conformidad (dicha sentencia de conformidad puede llevarse a cabo bien porque el

¹¹⁴ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 151-153.

¹¹⁵ *Ibid.* pp. 319-344

letrado de la defensa esté conforme con el escrito de acusación del MF o en el momento de inicio del juicio oral, el letrado y el fiscal de menores se ponen de acuerdo para llegar a una conformidad en la medida solicitada por el fiscal), sobreseer las actuaciones mediante auto motivado (remitiendo el Juez las actuaciones a la entidad pública competente en materia de protección de menores), podrá remitir dichas actuaciones al Juez competente en caso de incompetencia objetiva, ordenar que se practiquen las pruebas que durante la instrucción las partes propusieran al Fiscal y cuya práctica se haya denegado y por último, la celebración de audiencia mediante auto indicando en el mismo día y hora de comienzo. A los actos que tienen lugar durante esta fase asistirán el MF, un representante del equipo técnico, las partes personadas, el menor acusado junto con su representante legal y su Letrado. Con carácter general, las sesiones no serán públicas debido a que en virtud del principio de mejor interés (ya sea del menor o de la víctima), el Juez de Menores es habitual que decrete la privacidad de las sesiones. Una vez escuchadas las partes y practicadas las pruebas, se oirá al representante del Equipo Técnico sobre lo concluyente de sus informes y el fundamento de las medidas solicitadas en los mismos. A continuación, el MF, el demandante y el Letrado del menor también tendrán sus respectivos turnos para manifestar lo que estimen oportuno. Por último, el menor acusado podrá manifestarse en virtud del derecho a tener una última palabra y ser oído. Una vez el menor se pronuncie, el caso quedará visto para sentencia.¹¹⁶

e) Fase de ejecución:

Una vez el Juez dicta sentencia, la cual debe estar suficientemente motivada, indicando en todo caso las razones de esta, se procede a su ejecución.

Es necesario resaltar que en la jurisdicción de menores, a diferencia de la jurisdicción de adultos, el órgano encargado de la ejecución son las correspondientes entidades públicas (aunque a veces son privadas o semi-públicas) de cada comunidad autónoma. Dicha entidad es la que designa el centro de reforma en el caso de que la sentencia firme sea de internamiento y en el caso de medidas de medio abierto existe en cada comunidad un

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 152-253. y pp. 347-352.

órgano encargado de su ejecución, que va dando cuenta al Juzgado y a la fiscalía de menores del cumplimiento de la medida. En dicha ejecución, el fiscal de menores lleva a cabo un papel importante para velar por el cumplimiento de la medida impuesta, no solo cuando se le da cuenta del programa individualizado de cada menor, sino que también de forma continua vela por el cumplimiento de las medida y, en concreto, de las obligaciones, la finalidad y los objetivos de cada una de ellas. En el caso de incumplimiento de la medida, la entidad responsable de su ejecución notifica de inmediato tanto al juzgado de menores como a la fiscalía de menores para que tengan conocimiento de tal incumplimiento. En su caso, el Fiscal de menores, según el incumplimiento, la medida impuesta y el hecho delictivo insta lo que proceda.¹¹⁷

4.4. La existencia del juez de menores que actúa como juez garantista en la instrucción de los procedimientos por la fiscalía (breve referencia al artículo 28 LORPM)

Tal y como dispone el artículo 96 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), *en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede.*¹¹⁸

El Juez de menores es el órgano concedor de las conductas tipificadas como delito en el CP o en las leyes penales especiales, cometidos por las personas mencionadas en el artículo 1 de la LORPM, es decir, por menores cuya edad se encuentra comprendida entre los catorce y los dieciocho años. Conforme a la LORPM, este órgano tiene competencia también de conocer, ejecutar, así como resolver sobre la responsabilidad civil en que incurren los menores infractores. Dichas competencias corresponden al Juez de Menores

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985). Art.96.

del lugar donde se haya cometido la conducta delictiva. Todo ello sin perjuicio de aquellas facultades otorgadas a las Comunidades Autónomas en materia de protección y reforma de menores.¹¹⁹

Tal y como se ha explicado en el apartado anterior relativo a la fase de instrucción del procedimiento de menores, el juez de menores es quien recibe el expediente instruido por el Fiscal para adoptar la decisión que corresponda en cada caso. Son los encargados por lo tanto de resolver estos asuntos así como vigilar las medidas impuestas al menor. Tanto el Ministerio Fiscal como el Juez de Menores deben velar por la protección de las víctimas y los perjudicados como consecuencia de las infracciones cometidas por el menor infractor.¹²⁰

Durante la fase de instrucción del procedimiento penal de menores, el Juez de menores actúa como juez garantista de la misma en cuanto interviene en la instrucción del proceso, pero no como instructor, puesto que dicha función se lleva a cabo por el MF, sino que su principal función es garantizar los derechos de las partes. Al Juez de menores le corresponde autorizar previamente durante dicha fase todas aquellas actuaciones llevadas a cabo por el Fiscal de menores que afecten a los derechos bien de la víctima, bien del propio menor infractor, o bien de cualquier persona que resulte afectada durante el proceso.¹²¹

El propio artículo 23.3 de la LORPM reconoce la existencia del llamado juez de garantías en el ámbito del proceso penal de menores como consecuencia de la atribución de la instrucción al MF. El fundamento de esta figura se encuentra en el tercer apartado del artículo 117 de la CE, el cual establece que *el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas*

¹¹⁹ LO 5/2000, 12 de enero, art.2. *Cit.*:1.

¹²⁰ Colas Turégano, Asunción, *Derecho penal de menores*, cit.74, pp. 147-148 y pp. 319-334.

¹²¹ *Id.*

de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Asimismo, el apartado siguiente de dicho artículo establece que *los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.* Aquí se refleja el principal cometido de los jueces como garante de derechos, misión que argumenta la necesidad de recabar autorización judicial en aquellos supuestos en que deban practicarse actos que incidan en el ámbito de derechos fundamentales de las personas (ya sean los derechos de la víctima, del menor infractor o de cualquier persona afectada). Por otro lado, tal y como establece el artículo 124 CE, el MF es competente, entre otras cosas, para promover la acción de justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos.

Con todo esto, lo que se pretende conseguir es garantizar la existencia de un proceso objetivo e imparcial al desligarse las funciones de investigar (encomendada al Fiscal de menores) y de autorizar la afectación de derechos (encomendada al Juez de menores), evitando de esta forma que se vulnere el derecho a un proceso con todas las garantías y la protección constitucional de los derechos fundamentales.¹²²

Por otro lado, cobra especial relevancia en este apartado el artículo 28 de la LORPM. Dicho artículo de la ley supone una manifestación del principio de legalidad en la jurisdicción de menores. Es el exponente máximo de dicho principio habida cuenta que el juez de menores dada la instrucción del procedimiento de menores por el fiscal, actúa como el máximo exponente de juez de garantías. Ya que la instrucción de los procedimientos los lleva desde el comienzo hasta el final el fiscal de menores, el cual practica todas las diligencias, desde que el menor es detenido y se lo ponen a su disposición o sin estar detenido una vez que se le toma declaración como investigado si el fiscal decide que es necesario una medida cautelar, sólo la podrá solicitar al juez de menores. Es decir, el fiscal a pesar de ser el instructor del procedimiento, al no tratarse de un órgano jurisdiccional y en aras de salvaguardar dicho principio de legalidad y no

¹²² Esta necesidad viene recogida expresamente en el artículo 40.2. en su apartado b), subapartado iii) de la CDN, el cual establece que la causa deberá ser dirimida por una autoridad u órgano imparcial.

conculcar los derechos fundamentales, solicita del juez de menores la adopción de medidas cautelares, para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctimas.¹²³

Por ello es importante hacer mención a tal artículo de la ley, en el que se garantizan todos los derechos fundamentales previstos en la constitución y dicho juez de menores actúa como juez de garantías, dado que el fiscal a pesar de llevar a cabo toda la instrucción del procedimiento, la decisión de privación de libertad en el caso de internamiento o privación de aproximación en el caso de alejamiento, solo puede ser peticionada al juez de menores el cual resolverá por auto motivado.¹²⁴

Una vez que un menor es puesto a disposición del fiscal de guardia de menores en los casos que esté detenido o sin estar detenido cuando le llega el atestado correspondiente al fiscal de guardia de menores, este después de tomarle declaración al menor como investigado y en su caso practicado las pruebas que estime pertinentes, puede interesar la adopción de una medida cautelar. Dicha medida cautelar que se peticiona determina que una vez peticionada al juzgado de menores, dicho juzgado abre la pieza de medidas cautelares y el juez de menores dicta la correspondiente providencia acordando la celebración de la comparecencia inmediatamente después de las diligencias antes señaladas y realizadas por el fiscal de menores. En la comparecencia que se celebra, se le informa por el juez de menores de los hechos que han motivado la celebración de la comparecencia y los derechos que le asisten, y se cita en dicha comparecencia al equipo técnico, a la entidad pública y al fiscal de menores.¹²⁵

¹²³ Fiscal. Área especializada: Menores. Documentación y normativa. DICTAMEN 4/2016, sobre la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales del art.23.3 LORPM.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

De ahí que el artículo 28 señala que el fiscal *de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, 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. Dichas medidas podrán 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 juez de menores oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de reforma de menores, informaran sobre la naturaleza de la medida cautelar, y resolverá mediante auto motivado sobre lo peticionado en especial consideración el interés del menor. Para la adopción de la medida cautelar se atenderán la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales, sociales del menor, la existencia de un peligro de fuga y especialmente si el menor hubiera cometido con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza, etc.¹²⁶

En consecuencia, dada la redacción del artículo 28, siempre estarán salvaguardados los derechos fundamentales de los menores y, por ende, el principio de legalidad.

¹²⁶ LO 5/2000, 12 de enero, art.28. *Cit.:1.*

5. CONCLUSIÓN

A raíz del estudio y análisis que se observa a lo largo de este trabajo, es posible extraer una serie de conclusiones fundamentales:

1- La LORPM ha supuesto un gran cambio respecto al sistema que regía tiempo atrás. Gracias a esta ley, los menores gozan de todas las garantías en Derecho. Asimismo, la creación de esta ley orgánica supone la agrupación de todos los aspectos penales y procesales del sistema del Derecho Penal de los menores en un mismo texto legislativo, sin perjuicio de la existencia de la LECrim y el CP como normas complementarias de aquella. Se trata de un sistema de responsabilidad separado del de adultos, tal y como se pide desde la CDN y otras fuentes internacionales.

2- La existencia de este texto legislativo ha supuesto la posibilidad de que los diferentes profesionales competentes en la jurisdicción de menores puedan llevar a cabo diferentes actuaciones especializadas con los menores infractores tratando de buscar un equilibrio entre la educación, la resocialización del menor y el castigo.

3- Debido al margen de discrecionalidad y flexibilidad presente en este sistema de justicia de menores, tanto a lo largo de todo procedimiento como finalmente en las decisiones judiciales prevalece el interés superior del menor. Se trata del principio inspirador de la Ley Orgánica 5/2000 y en general, pilar fundamental del resto de principios que deben estar presentes a lo largo del proceso.

Esto se debe a que respetar los principios que rigen las medidas imponibles al menor infractor es requisito imprescindible para lograr imponer al menor una medida más adecuada a sus circunstancias personales, familiares y sociales.

4- Lo que pretende la jurisdicción de menores en la fase de instrucción y cometido de los fiscales (a diferencia del proceso de adultos, donde el Juez de Instrucción es quien instruye, en el proceso de menores el instructor del proceso es el Fiscal) y los jueces de menores junto con los equipos técnicos es que los menores que pasan por la jurisdicción de menores no acaben en la jurisdicción de adultos, es decir, se pretende que la medida o las medidas impuestas sirvan para reeducar al menor, cortar y frenar su carrera delictiva,

reorientar su comportamiento y, para aquellos supuestos en que el menor tenga alguna adicción o alteración conductual, pueda ser tratado. Se trata de un enfoque educativo de las medidas y, en general, del sistema.

5- Por último, la ley de responsabilidad penal del menor se caracteriza entre otras particularidades por su condición de disposición sancionadora, si bien aboga por el establecimiento de medidas y no penas de responsabilidad jurídica a los menores infractores. Tanto la elección de la medida a imponer como su posterior ejecución deben inspirarse en el principio del interés superior del menor. Las medidas que se imponen a los menores infractores son un “traje a medida” para ellos, ya que se valora siempre la situación personal y familiar del menor y lo que sea más conveniente y beneficioso para su reeducación personal, si bien respetando los principios de legalidad y el artículo 9 de la LORPM. Esto significa que el principio de legalidad opera de un modo peculiar: en general, opera de forma discrecional al no establecer correspondencia directa entre la comisión de una conducta y una respuesta concreta (art. 9 LORPM); si bien existen casos de importante gravedad en los que prima la búsqueda de proporcionalidad entre el hecho y la sanción como en el derecho penal de adultos (art. 10.2 LORPM).

6. BIBLIOGRAFÍA

- Beccaría, Cesare, *Dei delitti e delle pene* (1.ª ed. anónima, 1764).
- Blanco Barea, J. Ángel “Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español”. *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, n.8, 2008.
- Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, traducción de Rozo Acuña, E., Temis, Madrid, 1997.
- Colas Turégano, Asunción, *Derecho Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- Cruz Ocón García de la, Juan, “Singularidades procesales y problemas prácticos de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, en *Redur*, nº12, 2014.
- Cuesta Arzamendi de la, José Luis, Blanco Cordero, Isidoro, “El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores en España”, en *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2006.
- Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, Feijoo Sánchez, Bernardo José y Pozuelo Pérez, Laura, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Pamplona: Thomson Civitas, 2008.
- Díaz Martínez, Manuel, *La instrucción en el proceso penal de menores*, Madrid, Colex, 2003.
- Díez-Picazo, Luis, “El principio de legalidad penal en la Constitución Española”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 3/2001 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2001.
- Dünkel, Frieder en “Reacciones en los campos de la administración de Justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea”. *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-9670, Nº. 3, (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales / María del Rosario Ornos Fernández (dir.)), ISBN 84-89230-58-7.
- Fiscal. Área especializada: Menores. Documentación y normativa. Conclusiones fiscales delegados menores del año 2011.
- Fiscal. Área especializada: Menores. Documentación y normativa. Conclusiones fiscales delegados menores del año 2016.

- Fiscal. Área especializada: Menores. Documentación y normativa. Conclusiones fiscales delegados menores del año 2018
- Fiscal. Área especializada: Menores. Documentación y normativa. DICTAMEN 4/2013 sobre criterios para solicitar el sobreseimiento del expediente conforme al art. 27.4 LORPM.
- Fiscal. Área especializada: Menores. Documentación y normativa. DICTAMEN 4/2016, sobre la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales del art.23.3 LORPM
- Garcia de Tiedra Gonzalez, Javier, “Significado, origen y garantías del principio de legalidad” (Junio 13, 2013).
- Gimeno Sendra, Vicente/Moreno Catena, Víctor/Cortes Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal. Proceso penal*. Tirant Lo Blach. Valencia, 1993.
- Gómez Hidalgo, J.I., “Estudio de las medidas establecidas en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de menores”, en *Revista Baylio*, nº 4, 2004.
- Gómez Recio, Fernando, “La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. n.437, 2000.
- Hassemer, Winfried; “La Persecución Penal. Legalidad y Oportunidad”, *Revista Jueces para la Democracia*, Edición especial, Madrid. 1989.
- Iniudicando, “El principio de legalidad”, *Diálogo Jurídico* (disponible en EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD – DIÁLOGO JURÍDICO (dialogojuridico.blog); última consulta Octubre 2022).
- Jiménez Díaz, M. José, “Menores y responsabilidad penal: el debate se reabre”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, nº 49, 2015.
- Libano Beristain, Arantza, *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales*. Adaptado a la reforma del Código Penal. El principio de legalidad, J.M. Bosch Editor, 2011,(disponible en El principio de legalidad - Introducción. Los principios de legalidad, oficialidad, oportunidad y dispositivo - Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la reforma del Código Penal - Libros y Revistas - VLEX 343362866; última consulta octubre 2022).
- Lorca Navarrete, Antonio María, “La legislación procesal penal del menor en la Unión Europea: el caso francés”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 14, 2002.

- M. García Ingelmo, Francisco, “Ejercicio del Principio de Oportunidad en la Jurisdicción de menores. Supuestos Legales. Cuestiones prácticas y directrices de la FGE”, *Fiscal, Área especializada: Menores, Documentación y normativa, Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas*, Madrid, 2017.
- Montero Hernanz, Tomás, *La privación de libertad de menores y los estándares internacionales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- Montesquieu, De l’esprit des loix, 1748.
- Mora Alarcón, José Antonio, *Derecho penal y procesal de menores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Nieto Luengo, María, “Beneficios e inconvenientes (perjuicios) de la instrucción del proceso penal de menores por el Ministerio Fiscal”, *Revista de Derecho UNED*, 2011.
- Ornosá Fernández, María Rosario, *Derecho penal de menores*, 4ª edic., Bosch, Barcelona, 2007.
- Ortega Navarro, Rafael Carlos, *El Régimen Jurídico del menor privado de libertad en los centros de internamiento de menores infractores*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.
- Rosa Cortina de la, José Miguel, “Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la Fiscalía General del Estado y jurisprudencia”, ponencia actualizada del trabajo publicado en 2003 en la revista *Tribunales de Justicia* (disponible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/276941/Ponencia+José+Miguel+de+la+Rosa+Cortina.pdf/03ba0690-dd8b-410a-2aeb-5d48ffa75339?t=1562241458963> ; última consulta enero 2023).
- Rousseau, J-J, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762.
- Roxin, Claus, *Derecho procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio Maier. Ediciones del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000.
- Salom Escrivá, Juan-Salvador, “La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores”, *Justicia Penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- Sánchez García de Paz, Isabel en “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal*, nº 33, septiembre de 2000.
- Sánchez García de Paz, Isabel, “La reforma de la Ley Penal del menor por la L.O 8/2006”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, N.º 15, 2008.
- Valero-Matas, Jesús A, “Violencia juvenil: apariencia o realidad. Cifras y tendencias”, Universidad de Valladolid/GIR Trans Real Lab, (disponible en 9._violencia_juvenil._apariencia_o_realidad._cifras_y_tendencias.pdf (injuve.es); última consulta octubre 2022).
- Vargas Gallego, Ana Isabel, “Principio de legalidad. Principio de oportunidad”, *Revista de Jurisprudencia*, el 15 de junio de 2019, (disponible en <https://elderecho.com/principio-de-legalidad-principio-de-oportunidad>; última consulta noviembre 2022).
- Velarde Rodríguez, Jaime A., “El principio de legalidad en el Derecho Penal”, *Lex-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*. (disponible en <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.44>); última consulta noviembre 2022).
- Viana Ballester, Clara, “La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores”, en *Revista Penal*, N.º 13, 2004.

Jurisprudencia

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1ª, núm.178/2005, de 15 de julio de 2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 14/2021, de 28 de enero de 2021.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 36/1991, de 14 de febrero de 1991. (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991).
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 93/2019, de 20 de febrero de 2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 751/19, de 13 de marzo de 2019.

Normativa

- Asamblea General de la ONU, "Declaración Universal de los Derechos Humanos," 217 (III) A (Paris, 1948), <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>).
- Constitución Española, (BOE núm. 311, de 29/12/1978).

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950. (BOE número 243, de 10 de octubre de 1979).
- Dictamen 1/2012, sobre la duración de la medida de alejamiento en el sistema de justicia juvenil.
- Dictamen 6/2013, sobre pautas de aplicación de la medida de convivencia con persona, familia o grupo educativo.
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. (BOE 10 de octubre de 1979).
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. (BOE 30 de abril de 1977).
- Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (BOE, 11 de junio de 1992)
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 13 de enero de 2001).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).
- ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, disponible en esta dirección: CDN (un.org).
- 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 (BOE, 30 de agosto de 2004).