

LA LEY 5/2000, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES EN ESPAÑA *

Eva M^a Martínez Gallego

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero,¹ era una necesidad impuesta por lo establecido en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, –sobre la reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores–; en la moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994, y en el Artículo 19 de la vigente Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Con esta Ley se define un nuevo marco jurídico para la exigencia de la responsabilidad penal de los menores de edad, pues como bien señala la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, “es entendible que en todas aquellas ocasiones en que la infracción penal tiene por sujeto activo a un menor de edad, el ordenamiento jurídico module su respuesta y adapte el tratamiento jurisdiccional de aquel injusto a las singularidades que definen el grado de madurez del autor”.

El modelo que con esta ley se instaura puede ser calificado de responsabilidad, con un marcado carácter proteccionista y educativo.²

* La autora es profesora de la Universidad de Salamanca, España, y fiscal de la misma ciudad, ponencia presentada durante el Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Monterrey, Nuevo León, octubre de 2005.

¹ Desde ahora LORPM.

² Sobre el modelo de la Ley y los debates doctrinales puede verse Fierro Gómez A. “La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial, determinación de la edad, identificación

Sistema que respeta, como no puede ser de otro modo, tanto las Recomendaciones de Beijing de 1985 sobre las condiciones mínimas de tratamiento de menores delincuentes,³ como las dos Recomendaciones del Consejo de Europa sobre esta materia: la Recomendaciones nº 87 sobre las “respuestas sociales a la delincuencia juvenil” y la Recomendaciones nº 88 sobre “las respuestas sociales a la conducta delictiva de menores pertenecientes a familias migrantes”.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

La primera cuestión a abordar es su ámbito de aplicación, pues de acuerdo con el Artículo 1 sólo lo será para aquellos menores con edades comprendidas entre los 14 y los 18 años. Esta elección de poner la frontera en los 14 años supone que todo acto, por delictivo que sea, si es cometido por un menor de esta edad será remitido al Servicio de Protección de la infancia de la Comunidad Autónoma correspondiente, archivándose las diligencias que han llegado a la Fiscalía de Menores. La fijación de esta edad obedece exclusivamente a criterios de política criminal, pero hubiera podido ser cualquier otra, pensemos en los 12 años que figuraban en la Ley orgánica 4/1992 o en los 13 años que aparecían en el Anteproyecto del Gobierno. Sencillamente, hubo que tomar una decisión; hasta qué edad se está dispuesto a prescindir de una intervención penal. Dicho ésto, creemos que cualquier debate sobre la madurez o no de un menor a una determinada edad es innecesario. Así pues, una vez que se remitan las diligencias a la Entidad Pública, será ésta la que habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel menor de 14x años conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

Por otro lado, el mismo precepto, en el apartado segundo, establece la posibilidad de que se aplique también a personas de entre 18 y 21

del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, 2002, tomo I, págs, 387 y ss.

³ Recomendaciones que de acuerdo con su Artículo 2.1 serán aplicadas “a los delincuentes juveniles sin distinción alguna, especialmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra especie, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación”.

años, de acuerdo con lo que establece el Artículo 4 de la misma ley,⁴ si bien en virtud de la Disposición Transitoria Única de la Ley 9/2002, de modificación del Código Penal y Código Civil, sobre sustracción de menores, se deja en suspenso hasta enero de 2007. A este respecto, hay que destacar que el Anteproyecto de reforma de la ley del menor, aprobado por el Consejo de Ministros el día 7 de octubre de 2005, prevé la derogación definitiva de la posibilidad de que se aplique la citada norma a los jóvenes de entre 18 y 21 años, si bien habrá que esperar unos meses para ver si finalmente esto sucede.

Así, el “menor” al que se refiere la Ley será el mayor de 14 y menor de 18 años, teniendo en cuenta ésta en el momento de la comisión del ilícito penal.⁵ Cómputo que, por otro lado, se hará de momento a momento, de acuerdo con los principios inspiradores del Derecho Penal, siendo de aplicación lo dispuesto en el Artículo 375 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, cuando no bastare con el DNI, pasaporte o cualquier otro documento identificativo y subsistieren dudas sobre la edad del sujeto, se traerá al Expediente la Certificación literal de su nacimiento donde se exprese la hora en que nació. Este aspecto presenta dificultades cuando estamos ante un menor extranjero del que no tenemos ninguna documentación. En estos casos, debemos acudir al Artículo 35 de la Ley

⁴ De acuerdo con este artículo, ello es posible cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico, así lo declare expresamente mediante auto. Si bien, establece una serie de condiciones para ello, éstas son:

- 1) Que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.
- 2) Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos o faltas imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o que debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 136 del Código Penal.
- 3) Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe.

⁵ El Artículo 5.3 de la LORPM señala que “las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores”.

Orgánica 4/2000, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social, modificada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, que señala expresamente que cuando la minoría de edad de un extranjero no pueda ser establecida con seguridad, esta circunstancia se pondrá inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal que “dispondrá la determinación de edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”. En la práctica la forma más habitual es la prueba oseométrica.⁶

Si una vez realizada ésta, se tuvieran todavía dudas sobre la edad del sujeto infractor, se estará a expensas de la Circular 1/2000, de la Fiscalía General del Estado, que establece criterios de interpretación en caso de duda. Así, señala que “si pese al diligente agotamiento de los medios de prueba, subsiste la duda razonable acerca de la minoría de edad del inculcado habrá de aceptarse la remisión a la Fiscalía de Menores, pues ante el riesgo potencial de sujetar a un menor de edad a un sistema procesal y penal legalmente improcedente, debe optarse por la solución menos arriesgada, que es la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad penal de menores”.

LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA LORPM. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Una vez centrado el ámbito de aplicación de la norma, es preciso señalar los principios sobre los que se asienta, pues se ha de partir de un concepto extrajurídico que informa y determina las consecuencias de la aplicación de la misma. Esto es, el “interés superior del menor”, que está presente en toda la Ley y que responde a la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 1989, que España ratificó el 30 de diciembre de 1990.⁷

⁶ Sobre esta cuestión puede verse Fernández Olmo, I. “El fiscal de menores de guardia: problemas prácticos. Relaciones con la policía judicial y los juzgados de guardia”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, 2002, tomo I, pág. 478 y ss.

⁷ Sobre ello puede verse, Pantoja García, F. “La naturaleza jurídica de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, monográfico dedicado a la *Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2000, tomo VI, p. 15 y ss.

No se nos escapa lo abstracto que en ocasiones es dicho concepto, y la necesidad de adaptar el mismo al caso concreto.

Esta peculiaridad hace que si bien estemos ante una Ley de naturaleza penal, responda en realidad a una filosofía bien distinta, la educativa.⁸ La reacción jurídica dirigida al menor que ha cometido un hecho delictivo es una intervención de naturaleza exclusivamente educativa y no represiva. En este sentido, la Exposición de Motivos en el apartado Séptimo de la LORPM señala que “la presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares”.

Es más, se hace hincapié en que en este Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. “Interés que ha de ser valorado”, continúa la Exposición de Motivos, “con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia”.

Otros principios orientadores de esta singular responsabilidad penal de los menores infractores, que se derivan del apartado Sexto de la Exposición de Motivos⁹ son:

⁸ Véase Giménez-Salinas I Colomer, E. “Principios orientadores de la responsabilidad penal de los menores”, en *Responsabilidad penal de los Menores: una respuesta desde los derechos humanos*, Colección Jornadas sobre Derechos Humanos, núm. 5, Ararteko, 2001, p. 33 y ss.

⁹ “Como consecuencia de los principios, criterios y orientaciones a que se acaba de hacer referencia, puede decirse que la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente

- *Principio de intervención mínima*: el texto legal establece una amplísima posibilidad de no apertura de expediente alguno contra menores que han cometido actos delictivos, bien porque se haya producido pensemos corrección en el ámbito familiar, bien porque el menor esté dispuesto a reparar el daño causado.

Ello puede ser criticable al existir riesgos en la aplicación del principio de oportunidad, pero también puede proporcionar ventajas a las que luego nos referiremos.

- *Principio de Justicia reparadora*: la incorporación de estos principios permite que la nueva ley cumpla esa finalidad de reeducación del menor infractor que se había propuesto. Por ello, se potencia la conciliación de éste con la víctima siempre que sea posible y en su defecto, el compromiso de reparar el daño directa o indirectamente.

Ello es realmente una novedad, pues en el sistema penal tradicional, digamos de adulto, se aleja al delincuente, como bien señala Giménez-Salinas,¹⁰ de su posición natural frente a la víctima, pues la pena que se le impone por sus actos lo único que consiguen es aumentar la pasividad frente a ésta.

- *Principio de flexibilidad en la adopción y ejecución de la medida*: el elenco de medidas previstas por el legislador es amplísimo, siendo éstas ordenadas de mayor a menor gravedad, esto es, según la restricción de los derechos que hagan. Así pues, encontramos en primer lugar el internamiento en sus tres vertientes (régimen cerrado, semiabierto y abierto), internamiento terapéutico, tratamiento ambulatorio, asistencia a centros de día, permanencia de fin de semana en casa o en centro, libertad vigilada, prestaciones en beneficio de la comunidad, tareas socio-educativas o amonestación (Artículo 7 de la

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”.

¹⁰ “Principios orientadores de la responsabilidad...”, *op. cit.*, Giménez-Salinas señala cómo la Ley 5/2000, pretende, sin embargo, que autor, víctima y sociedad acepten la reparación del daño en este nuevo escenario.

LORPM). Medidas que pese a su exhaustividad no constituyen una lista cerrada.

Ni que decir tiene que, para que se pueda imponer cualquiera de estas medidas, rige el principio acusatorio, ya que el Juez de Menores no puede imponer una medida más restrictiva ni por un plazo superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal o la acusación particular (Artículo 8 de la LORPM).

Por otro lado, una de las novedades de la Ley es que en ese marco flexible, a la hora de aplicar medidas entran en juego elementos ajenos al hecho delictivo que dio origen a la causa. Así, la personalidad, situación personal, familiar, social del menor, sus necesidades etcétera... son factores a tener en cuenta.

- *Principio de cumplimiento en el propio territorio y competencia de las Entidades Autonómicas en materia de ejecución.* Este principio merece especial mención, por cuanto obedece a la necesidad de establecer en nuestro sistema penal de menores un principio que ya estaba reconocido en todos los Tratados Internacionales. Que el menor de una medida cumpla la medida impuesta en el lugar más próximo a su domicilio familiar, para evitar el desarraigo.

A este respecto, no podemos menos que mostrar nuestro malestar, pues si bien es loable la intención del legislador, eso luego no se ve reflejado en la práctica, pues existen graves problemas de logística. No existen suficientes centros, casas con grupos educativos, etcétera. en todas las Comunidades Autónomas, lo que conlleva que muchas veces las medidas se cumplan en lugares distantes de sus domicilios habituales, quedando este principio en papel mojado.

EL PAPEL PROTAGONISTA DEL MINISTERIO FISCAL

La mayor novedad de la LORPM es la atribución que se da al Ministerio Fiscal de la instrucción del procedimiento de menores (Artículos 6, 16 y 23). Instrucción que ha de seguir las pautas que se determinan en la *Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado*, Circular que vio la luz para hacer frente a muchos de los problemas interpretativos que la LORPM planteaba tras su aprobación si bien como en ella misma se reconoce, habría sido mejor esperar a que la Ley hubiera entrado en vigor para ver

los problemas que se pudieran plantear y así aportar posibles soluciones prácticas. Sin embargo, para evitar el riesgo de dispersión interpretativa se creyó más conveniente la redacción de la mencionada Circular.

El nuevo papel encomendado al Fiscal supone un verdadero reto, pues precisa de una adaptación organizativa, orientada a la defensa de los derechos de los menores, la vigilancia de las actuaciones y la observancia de las garantías del procedimiento, todo ello teniendo siempre presente el interés del menor infractor.¹¹ Así pues, su intervención es esencial, llegando a ser denominado “*dominus procedendi*”.

Es por ello que ha sido necesaria una reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para adaptar algunos aspectos orgánicos al principio de especialización que establece esta Ley.

En este nuevo sistema de Justicia penal de menores la instrucción se encomienda, como ya hemos señalado, al Ministerio Fiscal, pero ello obedece entre otras causas, a garantizar el cumplimiento de uno de los postulados planteados desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1991,¹² la preservación de la imparcialidad judicial. De este modo, el Juez de Menores limita su actuación a garantizar los derechos fundamentales afectados por la investigación y a efectuar el enjuiciamiento de la causa. Actuación de ambos órganos que desde el punto de vista orgánico no es jerárquica, es decir, la instrucción del Fiscal no está sujeta a revisión judicial directa en tanto que no concluya dicha fase.

El Fiscal, investido ahora de una pluralidad de funciones, es el principal responsable del adecuado funcionamiento del sistema penal de menores. Es, como señala la Memoria del Fiscal General del Estado¹³ “Director

¹¹ Como señala la propia Circular 1/2000, esa proximidad del Fiscal hacia el menor de edad forma parte de una consolidada trayectoria histórica que se recoge expresamente en el Artículo 3.7 del EOMF.

¹² Señala Cuello Contreras, J., en *El nuevo Derecho Penal de Menores*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 2000, págs. 19 y 20 sobre esta sentencia que “constituyó un éxito del Derecho Procesal español, pero ha sido catastrófica para los menores, pues el día que se dictó nació el Derecho Penal de menores en España. Un concepto inexistente hasta entonces entre nosotros y de más que dudosa eficacia en los países que lo pusieron de moda (los anglosajones), vino a sustituir al régimen de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, un régimen legal paternalista, autoritario y clerical, claramente superado y absorbido por la labor desarrollada a través de las Comunidades Autónomas en el ámbito donde fueron ubicados estos menores, el bienes social, que viene funcionando bastante bien, sin necesidad del Derecho Penal de menores”.

¹³ Memoria presentada al inicio del año judicial, Madrid, 2005, p. 335.

funcional de la Policía judicial, titular de las facultades inherentes al principio de oportunidad previo al expediente, instructor del expediente, garante de los derechos del menor sometido a proceso, promotor de la acción penal, salvaguardia de los derechos de las víctimas y controlador en última instancia de la legalidad y sometimiento al superior interés del menor de la fase de ejecución de las medidas”. Quizás demasiado poder en una sola figura. Son muy gráficas las palabras de Delgado Nevares cuando señala que el Fiscal de Menores ocupa una “posición singular, esquizofrénica, acusa al menor pero en su interés”.¹⁴

Merece traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 206/2003, de 1 de diciembre, que fortalece especialmente la posición del Fiscal en el procedimiento de menores. Dice expresamente, entre otras cosas, que “... se atribuyen las funciones instructoras al Ministerio Fiscal... si bien le están vedados los actos puramente jurisdiccionales, que la Constitución encomienda expresamente a Jueces y Magistrados... la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía. En efecto, se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial... que ejerce sus funciones, conforme al Artículo 124.2 CE, con sujeción en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad... todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad”.

Retomando la cuestión de la instrucción competencia del Fiscal, de acuerdo con el Artículo 16.2 de la LORPM, el Ministerio Fiscal practicará las diligencias que estime oportunas para dos cosas:

- Para la comprobación de los hechos denunciados.
- Para determinar la edad del menor.

A tal efecto, dirige personalmente la investigación, comprobando ambos extremos e impulsando el procedimiento. Sin embargo, tan amplias facultades tienen algunos límites, pues si bien ordenará a la policía judicial que practique las actuaciones que sean necesarias para la comprobación de los extremos referidos, no puede practicar diligencias que sean

¹⁴ Delgado Nevares, L. “La Fiscalía en la LO 5/2000. Algunas cuestiones en la instrucción del procedimiento de menores”, en *Responsabilidad penal de los Menores: una respuesta desde los derechos humanos*, Colección Jornadas sobre Derechos Humanos, nº 5, Ararteko, 2001, pág. 84.

restrictivas de los derechos fundamentales del menor, aunque si lo estima oportuno puede solicitar la práctica de éstas al Juez de Menores, que será quien las autorice en su caso. Tal autorización pone de relieve el carácter excepcional de estas diligencias, que no serán otras que las relativas al secreto de las comunicaciones, la integridad e intimidad personal en ciertas actuaciones de exploración del menor, etcétera.

Se consideran diligencias restrictivas de los derechos fundamentales de los menores: la entrada y registro en lugar cerrado, la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, así como los registros personales, cacheos y toma de muestras orgánicas del menor.¹⁵

Conviene recordar que en este procedimiento a quien corresponde la defensa de los derechos del menor infractor es al Ministerio Fiscal que debe actuar siempre en interés de éste, comprobando que se observen todas las garantías del procedimiento.

EL NUEVO MARCO LEGAL LA DETENCIÓN DE LOS MENORES

La posible detención de un menor ha de responder al espíritu del Artículo 37.b de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que señala que “ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento, o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará como medida de último recurso y durante el periodo más breve posible”.¹⁶

Así, la detención de un menor sólo puede ser llevada a cabo en los casos en que ésta sea estrictamente necesaria, respondiendo siempre a criterios de proporcionalidad y racionalidad.

Una vez producida la detención de un menor infractor hay que señalar que ésta presenta particularidades frente a la detención de una persona mayor de edad. De este modo, si un mayor de edad puede estar

¹⁵ Sobre estas diligencias restrictivas de los derechos fundamentales puede verse el trabajo de Huéllamo Buendía, A.J. “Derecho Penal de menores”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, 2002, tomo I, p. 374 y ss.

¹⁶ Asimismo, ha de tener en cuenta el contenido del Artículo 7 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y el Artículo 6 de la Recomendación 87 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

detenido durante un máximo de 72 horas para hacer las averiguaciones que sean necesarias, en el caso de un menor de edad el tiempo se reduce considerablemente, pues sólo se conceden 24 horas de plazo máximo para que esté en las dependencias policiales. Una vez transcurrido dicho plazo, bien se le pone en libertad bien se pone a disposición del Ministerio Fiscal, para que antes de que se cumplan las 48 horas desde su detención, esto es otras 24 horas desde que se le pone a su disposición, lo ponga en libertad o a disposición judicial, solicitando la adopción de una medida cautelar.

Este plazo de 48 horas desde la detención en ocasiones ha sido criticado por quienes entienden que es excesivo y desaconsejable, para los menores desde el punto de vista educativo, por cuanto supone que el menor tenga que dormir en un calabozo. Opinión que no compartimos pues la práctica ha demostrado que, en los que podemos llamar “delincuentes primerizos”, la mala experiencia de una noche de calabozo ha servido de escarmiento suficiente para que entiendan lo reprochable de sus actos. Calabozo que por otro lado no es frecuente, pues normalmente son remitidos a centros de protección hasta que se dilucida si se solicita o no medida cautelar.

Por otro lado, hay que mencionar siquiera brevemente las posibles incidencias de la detención,¹⁷ esto es, por ejemplo, los cacheos que se han de practicar a un menor y que se deben hacer respetando siempre los derechos fundamentales de éste y siempre como medida de seguridad para el propio menor y las fuerzas actuantes, quitándole siempre cualquier objeto que pudiera hacer peligrar su integridad física, su seguridad o la de quienes le custodian. Respecto a la posible inmovilización de un menor durante su detención, hay que decir que sólo excepcionalmente se le esposará, cuando existan razones fundadas objetivamente para temer por su vida, la de los agentes o exista riesgo de fuga.

¹⁷ Reseñas como el registro de identificación fotográfica o dactilar no se podrán llevar a cabo cuando el menor esté implicado en la comisión de actos que tengan la consideración de faltas.

EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA MEDIDA
CAUTELAR DE INTERNAMIENTO

De acuerdo con el Artículo 28 de la LORPM, sólo cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir la acción de la justicia por el menor presunto autor de éste, el Ministerio Fiscal podrá solicitar a la Autoridad Judicial la adopción de medidas cautelares, para la custodia y defensa del menor expedientado.

De entre las posibles medidas que se pueden solicitar –libertad vigilada, convivencia con grupo educativo o familia–, la más grave es, evidentemente, el internamiento del menor, pues implica sacarlo de su medio habitual para colocarlo en un espacio, en un ambiente en el que existe una jerarquía con los educadores, con los compañeros, y donde se trabaja con él dentro de una estructura de normas en las que se emiten informes de seguimiento periódicos. Eso sí, al ser una medida restrictiva de derechos, su adopción también es restrictiva.

Los criterios que justifican la adopción de la medida cautelar de internamiento¹⁸ son: la gravedad de los hechos, la repercusión de éstos y la alarma social producida, por supuesto, todo ello teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales del menor.

Es más, dicho internamiento no tiene por qué ser en régimen cerrado, sino que como se solicita para la custodia del menor, para su defensa y en su propio interés, es posible adoptarlo en régimen abierto o semiabierto.

El plazo máximo legalmente establecido por el que se puede imponer esta medida de internamiento es de tres meses, prorrogable a petición del Ministerio Fiscal por otros tres meses, salvo que se apruebe el anteproyecto recientemente aprobado, en el que se prevén 6 meses prorrogables otros tres meses más.

Para la adopción de estas medidas cautelares se requiere la solicitud del Ministerio Fiscal, normalmente en un escrito similar al de las alegaciones que se presenta en el acto del Juicio Oral, y que puede interponer en cualquier momento, poniendo al menor supuesto infractor a disposición del Juez de Menores. Así, es imprescindible celebrar una

¹⁸ Fernández Olmo, I. “El fiscal de menores de guardia: problemas prácticos. Relaciones con la policía judicial y los juzgados de guardia”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, 2002, tomo I, p. 490 y ss.

“comparecencia” en la que se dé cumplimiento al apartado d) del Artículo 22.1 de la LORPM, esto es, que el menor sea oído por el Juez antes de adoptar esta medida. Al mismo tiempo, el Fiscal y el letrado del menor podrán proponer cuantas pruebas consideren necesarias, siempre y cuando se puedan llevar a cabo en el mismo acto de la comparecencia o dentro de las 24 horas siguientes.¹⁹

ALGUNOS APUNTES DEL PROCEDIMIENTO PENAL DE MENORES

Una vez que llega a la Fiscalía de Menores la denuncia por hechos presuntamente cometidos por “menores de edad”, y existen indicios de que son constitutivos de falta o delito, se abren Diligencias Previas a los efectos de llevar a cabo la investigación de los hechos denunciados.

En esta primera fase del procedimiento, llama la atención que el legislador no ha previsto de forma expresa que se lleve a cabo obligatoriamente el interrogatorio del menor acusado. O lo que es lo mismo, se plantea la duda de si es o no posible incoar el expediente de reforma sin haber oído al inculcado. Sobre esta cuestión existen dos opiniones enfrentadas.

De un lado, están quienes opinan que no parece imprescindible dicho interrogatorio para abrir el correspondiente expediente, máxime, dicen, si el menor prestó declaración en dependencias policiales con todas las garantías. De otro, están los que consideran que estamos ante una diligencia de obligado cumplimiento, pues constituye parte del derecho de defensa que consagra la Constitución.²⁰

Si acudimos a la letra de la Ley en busca de una solución a esta cuestión, tan sólo encontramos el Artículo 26.2 que establece que “cuando el letrado del defensor del menor solicite o proponga al fiscal instructor que se tome declaración a su defendido, el Ministerio Fiscal estará obligado a la práctica de esta diligencia”. Así, del tenor de la norma se desprende

¹⁹ Sobre esto, puede verse, Fernández Olmo, I. “El fiscal de menores de guardia: problemas prácticos. Relaciones con la policía judicial y los juzgados de guardia”, en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, 2002, tomo I, p. 492 y ss

²⁰ Puede verse Delgado Nevares, L. “La Fiscalía en la LO 5/2000. Algunas cuestiones en la instrucción del procedimiento de menores”, en *Responsabilidad penal de los Menores: una respuesta desde los derechos humanos*, Colección Jornadas sobre Derechos Humanos, nº 5, Ararteko, 2001, p. 90 y ss.

que si el abogado defensor no solicita la práctica de esta diligencia, eso queda a criterio del Ministerio Fiscal.

Ello, a nuestro juicio, sería vulnerar un derecho constitucional que tiene reconocida toda persona inculpada en hechos delictivos cuando es mayor de edad, y no parece lógico que en caso de que estemos ante un menor de edad un derecho fundamental se interprete restrictivamente. Es más, criterios de prudencia hacen que en la práctica se realice el interrogatorio del menor en todos los casos.

Practicadas todas las pruebas que el Ministerio Fiscal ha entendido como necesarias y suficientes en las Diligencias abiertas, se abre ante este órgano un amplio abanico de posibilidades, puede:

- Archivar las actuaciones porque entienda que los hechos no constituyen delito alguno o constituyéndolo no tienen autor conocido.
- Archivar las actuaciones porque entienda que los hechos denunciados constituyen delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o bien constituyen faltas (Artículo 18 de la LORPM). En tales casos, se dará traslado de lo actuado a la Entidad Pública de Protección de menores, actuando ésta como si estuviéramos ante menores de catorce años.²¹
- Desistir de la incoación del Expediente cuando estemos ante menores de dieciséis años y los hechos puedan encontrar corrección en el ámbito familiar, educativo o comunitario, siempre que a ello se comprometan sus padres, los representantes legales o los responsables de las instituciones sociales. En este sentido, tanto el archivo como el desistimiento necesitan que el menor no haya cometido hechos de la misma naturaleza anteriormente.
- Desistir de continuar con el Expediente si éste ya se ha incoado, cuando el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a ésta o al perjudicado por el delito, o cuando se haya comprometido a cumplir una actividad educativa propuesta por el Equipo técnico en su informe (Artículo 19.1 de la LORPM).

²¹ Hay que tener en cuenta que si el menor ha cometido hechos de similar naturaleza con anterioridad, el Ministerio Fiscal se encuentra obligado a incoar el Expediente.

A estos efectos, el legislador no ha dejado nada a la interpretación pues señala expresamente qué se entiende por cada uno de estos términos. Así, se entenderá producida la *conciliación*, “cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas”; y por *reparación del daño*, “el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva”.

- Incoar el Expediente de Reforma contra el menor inculpado, en cuyo caso ha de dar cuenta al Juzgado de Menores para que inicie las diligencias de trámite correspondiente (Artículo 16.3 de la LORPM).

La incoación del Expediente de reforma es, ante todo, un verdadero acto procesal de imputación ya que en él se informa al menor de su carácter de imputado, de la infracción delictiva que se le imputa y, finalmente, de los derechos que le asisten. Entre ellos destaca, de un lado, el derecho a designar un abogado que lo defienda o a que si, lo desea, le sea designado de oficio; y, de otro, el derecho a entrevistarse con él de forma reservada. En este sentido, ello modifica las normas sobre el tratamiento policial de menores, que impedía esta entrevista hasta que se habían concluido las diligencias, impidiendo así que el letrado hiciera indicaciones al menor. Esta modificación se llevó a cabo en virtud del interés superior del menor que preside toda esta legislación.

Es de reseñar que se ha de incoar un Expediente por cada hecho ilícito, independientemente de que en su comisión hayan participado un menor o varios, pudiendo, eso sí, acumularse varios expedientes cuando entre los hechos delictivos que constituyan su objeto exista conexión. Así lo dispone el Artículo 20.1 de la LORPM que establece que “el Ministerio Fiscal incoará un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de hechos delictivos conexos”. En estos casos, la ley introduce una importante especialidad, pues si existen delitos conexos, se antepone el domicilio del menor para determinar la competencia del Juzgado que ha de conocer del asunto.

Una vez concluida la instrucción, el Ministerio Fiscal, si se incoa el expediente, lo notificará al letrado del menor y éste será remitido al Juzgado de Menores, junto con la pieza de convicción, si existiera, y el escrito, de alegaciones donde se hará mención expresa de los hechos

acaecidos; la valoración jurídica de los mismos; el grado de participación del menor; una breve reseña, dice el Artículo 30 de la LORPM, de las circunstancias personales y sociales de éste (datos que se obtienen del informe del Equipo Técnico); y la proposición de una medida, con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejan. Es en ese momento que se propondrán las pruebas que se estimen oportunas para su pretensión procesal.

Por su parte, el Juzgado, una vez que los recibe, los incorpora a sus diligencias y procede a abrir el trámite de Audiencia, para el cual deberá dar traslado al letrado del menor del escrito de alegaciones del Fiscal, con el fin de que formule en el plazo legalmente establecido su escrito de alegaciones. A este respecto, es necesario señalar que la LORPM no contiene ninguna prohibición expresa en ralción a que no se puede celebrar el acto del juicio oral en ausencia del menor, lo que ha llevado a la Fiscalía a admitir, sin embargo, de forma excepcional, el enjuiciamiento en ausencia del menor, si bien, se ha de reconocer que en la práctica esta posibilidad no se lleva a cabo en muchas provincias, lo que provoca suspensiones y retrasos.

Al margen de ello, la resolución judicial que pone fin al procedimiento de menores, si es condenatoria debe ante todo sustentar el por qué de la medida que se impone al menor;²² es decir, debe contener los argumentos en relación a los fines u objetivos que se pretenden alcanzar con ella, respetando siempre el interés del menor.

EL EQUIPO TÉCNICO

El Equipo Técnico juega un importante papel en el proceso penal de menores;²³ se compone de educadores, psicólogos y trabajadores sociales que se entrevistan con el menor supuesto infractor y que realizan una valoración global de los aspectos más destacables de la vida de éste. En este sentido, es importante tener en cuenta: la valoración respecto a si el entorno familiar del menor favorece o no el proceso de adaptación

²² Se debe señalar que son muy frecuentes las conformidades en este tipo de procesos; de hecho la estadística global de la Fiscalía General del Estado refleja la enorme dimensión cuantitativa de las conformidades, con porcentajes muy superiores a los de la jurisdicción de adultos.

²³ La Memoria de la Fiscalía General les imputa el ya tradicional factor de retrasos y dilaciones en la subjurisdicción de menores.

psicosocial del joven, siendo fundamental tanto el nivel de implicación de éstos como la disposición de recursos para asumir sus responsabilidades educativas.

Igualmente, se han de señalar las características de la personalidad del joven (aptitudes y actitudes); capacidades (asunción de responsabilidad ante sus actos); su posición ante las normas (interiorización normativa), sobretodo a la hora del hecho cometido; si es algo aislado fruto de las circunstancias o el entorno o si, por el contrario, es su forma habitual de comportamiento; la existencia o no de necesidades socioeducativas; y las posibilidades reales que existen en el entorno social del joven para afrontarlas.

En este informe el Equipo Técnico hace una propuesta de intervención socioeducativa sobre el menor infractor, para el caso de que resulte condenado, detallando lo más relevante de los aspectos de la misma. Hay que recordar que no siempre obtendremos una propuesta de medida; es posible, conforme al Artículo 27.3 y 4 de la LORPM, que si “lo estima conveniente y en interés del menor”, puede proponer que éste “efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima... con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad”, o, incluso, proponer que no continúe el expediente, por haber sido suficiente el reproche al menor a través de los trámites que ya se han practicado, o porque entiendan que la intervención es ya inadecuada dado el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo.

El informe que resulta de la intervención del Equipo Técnico es un documento relativo a la intimidad tanto personal como familiar del menor supuesto infractor y, parece lógico que de él tenga conocimiento tanto el Ministerio Fiscal como el Juez de Menores, pues el primero deberá tener en cuenta lo que el informe contiene, para solicitar la medida que más se adecue al interés de ese concreto menor, y el segundo debe conocerlo para imponer una u otra medida.²⁴ Lo que no parece tan lógico es que si hay acusación particular personada en el procedimiento, se le dé traslado de este informe, pues hay que tener presente el contenido del Artículo 18 de la Constitución Española que reconoce el derecho a excluir a terceros del conocimiento de datos de la vida personal o familiar de

²⁴ Sobre este tema puede verse, Gómez Recio, F., “El acusador particular en la Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores. Reflexiones tras la reforma efectuada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, en *Derecho Procesal Penal*, septiembre, 2004.

naturaleza privada. Es más, el Tribunal Constitucional ha sido constante al negar que se pueda vulnerar este derecho con motivo de un procedimiento judicial.

Si ello es así en caso de estar ante una persona mayor de edad inmersa en un proceso judicial, mayores deberían ser las garantías cuando de un menor se trate, máxime si en ese informe se refiere a la situación psicológica, educativa y familiar del menor. No parece razonable, a nuestro juicio, que la acusación particular conozca de dichos datos cuando el menor no ha sido juzgado y mucho menos condenado. No son datos relevantes para “esa parte” a los efectos de la medida que va a solicitar, porque difícilmente pretenderá la reeducación del menor infractor, más bien, y ello es lógico, la satisfacción moral por el daño sufrido y la correspondiente indemnización, si a ella hubiera lugar.

Debemos reconocer que en la práctica la acusación particular conoce el contenido del Informe, si bien creemos que, del mismo modo que el Artículo 25 de la LORPM señala, la acusación particular no puede proponer pruebas relativas a la situación psicológica, educativa, familiar o social del menor, ello sería suficiente para justificar la negativa al acceso a dicha información.

REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS A MENORES INFRACTORES

Partiendo de que en esta legislación, digamos especial, de la responsabilidad penal de los menores debemos desterrar de nuestro vocabulario la palabra “pena”, lo que se impone a los jóvenes infractores son “medidas” adoptadas de acuerdo con el principio de flexibilidad, al que ya nos hemos referido anteriormente, hay que precisar que la aplicación de las mismas está sujeta a ciertas reglas que el legislador se ha ocupado de precisar en un extensísimo Artículo 9 de la LORPM.

A este respecto, cuando nos encontremos ante hechos que hayan sido calificados como faltas, las medidas que se pueden imponer se ven restringidas a las de amonestación, permanencia de fin de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad –con un límite de duración de cincuenta horas– y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas.

Asimismo, la medida de internamiento en régimen cerrado, al ser la más restrictiva de los derechos, se reserva exclusivamente para aquellos casos en los que, según dice el Artículo 9.2 de la LORPM, “se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas”. Por otro lado, para que no quedara ninguna duda, el legislador añadió en la regla sexta de este mismo precepto que las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con esta medida.

Igualmente, se establecen plazos máximos de duración de las medidas, plazo que con carácter general es de dos años, si bien para los trabajos en beneficio de la comunidad y las permanencias de fin de semana no pueden superarse ni 100 horas ni ocho fines de semana, respectivamente. Plazos que tienen excepción cuando se den acumulativamente las condiciones siguientes: a) que el menor tuviese dieciséis años cumplidos en el momento de la comisión de los hechos; b) que el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o integridad de las mismas; y c) que el Equipo Técnico aconseje en su informe la imposición de una medida de duración superior al máximo de tiempo previsto en la regla anterior. En estos casos, la medida podrá durar un máximo de cinco años, los trabajos en beneficio de la comunidad hasta doscientas horas, y las permanencias de fin de semana podrán llegar a dieciséis.

En relación a estos plazos máximos de cumplimiento hay que resaltar la duda que ponía de manifiesto la propia Circular 1/2000, respecto de los casos de condena al cumplimiento de más de una medida. Es decir, si éstos se referían a cada una de las medidas impuestas o al total de cumplimiento de todas las medidas impuestas en un mismo procedimiento. Lo cierto es que la locución “la duración de las medidas” en plural parece abogar, como dice la Circular, por la segunda interpretación.

Más allá de éstas y otras reglas de aplicación y ejecución de las medidas impuestas a un joven infractor, hay que señalar que lo habitual es imponer trabajos en beneficio de la comunidad, medida que precisa, para que se lleve a cabo, de la participación de la comunidad, esto es, del Ayuntamiento, las asociaciones, las organizaciones no gubernamentales entre otras, que son las que realmente permiten la ejecución de las mismas. Si no hay dónde cumplir la medida, no tiene sentido su imposición.

Por otro lado, en relación con las medidas de tratamiento terapéutico y ambulatorio, hay que decir que son las únicas que pueden imponerse en caso de que se aprecie alguna de las circunstancias eximentes del Artículo 20.1º, 2º o 3º del Código Penal. De hecho, ello se contempla expresamente en el Artículo 29, relativo a las medidas cautelares en los casos de exención de responsabilidad.²⁵

Llama la atención que el legislador ha distinguido dos actuaciones. De un lado, el tratamiento de anomalías o alteraciones psíquicas y, de otro, el tratamiento de las adicciones, por ejemplo, a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas. Así, en el primero de los casos, la propia patología del menor obliga a prescindir de la opinión de éste, que no es capaz de prestar un válido consentimiento, para imponerle una medida de esta naturaleza. Sin embargo, respecto del tratamiento de deshabitación a las adicciones se precisa, como no puede ser de otra manera para que sea efectivo, el consentimiento del menor para entrar en un programa de este tipo. Es por ello que el legislador ha previsto que en caso de negativa del menor, el Juez de Menores habrá de imponer otra medida adecuada a las circunstancias (Artículo 7.1 d y e de la LORPM).

EL ESPEJISMO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

Como algún autor ha puesto de relieve, la introducción de la acusación particular en el proceso de menores es la historia de una rendición,²⁶ pues la redacción originaria de la LORPM excluía la acusación particular con la

²⁵ Artículo 29 de la LORPM: “si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º ó 3º del Artículo 20 del Código Penal vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones...”. Igualmente, el Artículo 5.2 de la LORPM establece que a los menores en quienes concurren las circunstancias del Artículo 20.1º, 2º y 3º del CP le serán aplicables, dice, las medidas terapéuticas del Artículo 7 de esta Ley.

²⁶ Por ejemplo, Gómez Recio, F. “El acusador particular en la Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores. Reflexiones tras la reforma efectuada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, en *Derecho Procesal Penal*, septiembre, 2004.

excepción de las acciones civiles, pues como ya se ha señalado el propósito de la Ley es reeducar al menor infractor y, a tal fin, no tiene sentido permitir que la víctima intervenga en el proceso ya que, como es lógico, no pretenderá nunca la imposición de una medida atendiendo al interés del menor delincuente, sino una sanción que satisfaga el daño sufrido.

Las críticas a esta opción del legislador no se hicieron esperar, se estaba “despreciando” a la víctima que no puede personarse en el proceso. Por ello, el Artículo 25 de la LORPM fue modificado por Ley 15/2003, de 25 de noviembre, introduciendo esta figura con facultades sustancialmente idénticas a las que tiene en cualquier proceso penal de adultos.

¿Cómo se articuló la reforma? Pues como bien ha señalado Gómez Recio,²⁷ con un legislador imaginativo y sobretodo con “alevosía parlamentaria”, pues el acusador particular entra en escena no con un anteproyecto de ley informado por el Consejo General del Poder Judicial, con su posterior tramitación parlamentaria, sino que “nace” como enmienda del Senado a otra Ley de modificación del Código Penal.

Este nacimiento, no precedido por una gestación adecuada, sólo puede tener como resultado incoherencias y problemas en la práctica, pues la modificación de un solo precepto, dando cabida a una nueva figura en todo un proceso penal de menores, hubiera precisado, a mi entender, de una revisión completa del texto normativo que haga realmente efectiva su incorporación al proceso.

No entrando en el análisis de quiénes se encuentran legitimados para personarse como acusación particular,²⁸ merece al menos señalar que no se trata de igual forma al “perjudicado” en el procedimiento, pues se produce la siguiente paradoja: el perjudicado tiene legitimación para ejercitar la acción civil pero, sin embargo, no tiene legitimación para personarse en el proceso penal, cuando en ocasiones, la acción civil va a depender de que exista una resolución judicial condenatoria.

Por otro lado, se amplía la posible personación a todo tipo de delitos, cualquiera que sea la entidad y naturaleza de la infracción, frente a la redacción original de la Ley que la limitaba a determinados delitos. Sin

²⁷ “El acusador particular en la Ley...”, *op. cit.*, p. 2.

²⁸ En tal sentido la ley señala que pueden personarse, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres o herederos, así como los representantes legales, si son menores o incapaces, dejando fuera a los cónyuges de la víctima u otros perjudicados, mientras que la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a la figura del “perjudicado”.

embargo, este cambio es tan sólo un espejismo, pues no podemos obviar el principio de oportunidad que rige la LORPM. Recordemos que en el Derecho Penal ordinario o de adultos, el Ministerio Fiscal se encuentra obligado, en cuanto conoce de la comisión de un delito, a ejercitar correspondiente acción penal, sin embargo, en el proceso penal de menores se encuentra facultado para no ejercitar la acción sancionadora cuando el interés del menor infractor así lo aconseje, aun cuando existan pruebas de que éste ha cometido un delito. La única excepción al principio de oportunidad se da cuando estamos en presencia de delitos especialmente graves.

Así, ¿dónde queda realmente la posibilidad del ofendido de personarse en el proceso penal de menores?, ¿en qué procedimiento se puede personar si el Ministerio Fiscal decide no iniciarlo, por ejemplo, porque así lo aconseje el informe del Equipo Técnico por las circunstancias personales del menor infractor? Realmente es una posibilidad que no existe, máxime si tenemos en cuenta que la decisión del Fiscal no es un acto recurrible ante el Juez de Menores pues, de un lado, no estamos ante un órgano jurisdiccional y, de otro, el Juez de Menores no es un superior jerárquico del primero que pudiera revisar esa decisión. En resumen, la acusación particular sólo tiene posibilidad de actuación cuando el Fiscal de Menores decida incoar el Expediente de Reforma, cualquier otra interpretación es un mero espejismo.

PLAZO DE ENTRADA EN VIGOR

El legislador fue consciente de la problemática que la entrada en vigor de este Texto suponía, —especialización de Jueces y Fiscales, Equipos técnicos, creación de Centros, entre otros—. Es por ello que la Disposición Final Séptima de la LORPM estableció que entraría en vigor al año de su publicación, esto es, el 13 de enero de 2001.

Durante este plazo de *vacatio legis* aquellas Comunidades Autónomas que tuvieran competencia respecto de la protección y reforma de menores, debían adaptar su normativa para una adecuada ejecución de las funciones que esta Ley les otorga. En definitiva, fue un plazo para adecuar los medios materiales y personales al nuevo escenario.

¿El resultado? El previsible; al ser un problema de inversión presupuestaria, no todas las Comunidades Autónomas hicieron el mismo

esfuerzo, lo que ha generado en la práctica desigualdades en función del territorio en que nos encontremos. En este sentido, en la Memoria del Fiscal General del Estado de 2005 se ponen de manifiesto “las grandes diferencias entre los medios disponibles para ejecutar las medidas previstas en la LORPM en las diferentes Comunidades Autónomas, habiéndose producido avances en algunas de ellas (País Vasco, Cataluña, Madrid) y estancamientos en otras, cuando no graves disfunciones”.²⁹

VALORACIÓN TRAS 4 AÑOS DE APLICACIÓN Y LÍNEAS
DE REFORMA A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE
LEY APROBADO EL 7 DE OCTUBRE DE 2005

Desde que la LORPM entró en vigor, en 2001, la valoración que podemos hacer de ella es claramente positiva, si bien llama la atención que en tan poco tiempo ya haya sido reformada en alguna ocasión y actualmente exista un Anteproyecto de Reforma aprobado en Consejo de Ministros de 7 de octubre de 2005.

La presión social por recientes sucesos, el incremento de la delincuencia juvenil en las grandes ciudades, sobretudo a manos de bandas juveniles,³⁰ así como casos de acoso escolar con finales muy trágicos, han llevado al legislador a plantear una reforma del Derecho Penal de los Menores.

Las cifras que se reflejan en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2004, en comparación con los años anteriores son contundentes. Se cometieron 15 mil 371 delitos de lesiones en 2004, frente a 14 mil 86 de 2003 y 14 mil 992 de 2002. Asimismo, fueron 10 mil 185 los

²⁹ Memoria..., *op. cit.*, p. 336.

³⁰ En cuanto a las bandas juveniles, destaca el incremento de éstas en las grandes ciudades como Madrid, Barcelona o Valencia, si bien la más característica la forman los *Latin Kings*, banda juvenil de carácter violento integrada principalmente por hijos de inmigrantes ecuatorianos. En ciudades como Madrid se están implantando medidas sociales, educativas y policiales para tratar de erradicarlas. Medidas, todas ellas, que han de afrontar un reto importante, estamos ante menores que pertenecen a familias de inmigrantes que llegaron a España en busca de mejores condiciones de vida, que suelen tener precarias condiciones de trabajo y que han delegado la educación de sus hijos a las escuelas, donde éstos se enfrentan con una nueva cultura y una sociedad con poca mentalidad de integración, por lo que el sentimiento de frustración les lleva a unirse en grupos de jóvenes inmigrantes en los que se sienten fuertes.

robos cometidos con violencia o intimidación, frente 8 mil 956 de 2003 y los 8 mil 217 de 2002. Se incrementaron notablemente los delitos contra la libertad sexual y contra la vida, observándose sólo un ligero descenso en robos y hurto de vehículos.

Las líneas de la reforma que pretende el legislador para poner freno a este incremento de la delincuencia juvenil se pueden agrupar en los siguientes bloques:

1. *Refuerzo de la protección de la víctima.* En este aspecto, la reforma aborda las siguientes cuestiones:

- a) Derecho de la víctima ha ser informada de todo lo que afecte a sus intereses, se encuentre personada o no en la causa.
- b) *Si la víctima es menor de edad y estamos en presencia de delitos contra la libertad sexual, se pretende evitar la confrontación visual entre víctima y agresor.* En este aspecto, la reforma que se propone no lo es sólo de la LORPM sino también de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues implica modificar también la normativa sobre la comparecencia de los testigos menores de delitos sexuales, quizá como respuesta a algún caso reciente en el que las víctimas, niñas menores de edad, han tenido que declarar en la vista delante de su agresor sexual.

Así, la propuesta del legislador se encamina a que el Juez evite en estos casos la confrontación visual entre ambas partes, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esa prueba.³¹ El problema será, quizá, que exista una dotación presupuestaria que la haga posible.

- c) *Se introducen las medidas de alejamiento y prohibición de comunicación* en los supuestos de acoso, en el colegio de los agresores con sus víctimas. Así, el *bullying* pasa a ser tratado como un delito.

Respecto a la medida de alejamiento, ésta implica la prohibición de aproximarse a la víctima, a cualquier lugar en el que ésta se encuentre, así como

³¹ Tan honda es la preocupación del legislador por este tema, entendemos por la alarma social existente, que se prevé la entrada en vigor de este aspecto al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier sitio frecuentado por ella. La prohibición de comunicarse abarca tanto a la víctima como a sus familiares y otras personas que pudiera determinar el Juez, impidiendo que se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático, telemático, escrito, verbal o visual.

Respecto del acoso escolar destaca la Instrucción 10/2005, de la Fiscalía General del Estado, que tiene como objetivo acabar con la impunidad de los acosadores por medio de 21 medidas.³²

d) *Agilización en el pago de las indemnizaciones al unir el proceso penal y el civil*; esto es, la apertura del proceso de responsabilidad civil al mismo tiempo que el Juez de Menores dispone la apertura del Procedimiento penal principal. De este modo se consigue que se produzca una resolución judicial simultánea en ambos casos.

2. *Endurecimiento de las medidas que se imponen a los menores infractores*. La justificación de esta medida, que es radicalmente contraria al espíritu de la LORPM,³³ la encuentra el gobierno en la necesidad de sancionar con mayor firmeza los delitos más graves cometidos por menores.³⁴ En este aspecto, aunque el incremento general de las penas de internamiento será de 12 meses, en aquellos casos en los que el delito fuera homicidio, asesinato, agresiones sexuales o violaciones, el límite máximo puede incrementarse incluso en tres años más sobre los ocho que preveía la LORPM.

Igualmente, la duración de las medidas cautelares se incrementa, de los tres meses prorrogables por otros tres, se pasa a hasta seis meses prorrogables por otros tres más.

3. *Posibilidad de que un joven que al cumplir los dieciocho años podía cumplir la medida de internamiento en un Centro de menores, si se estima que no responde a los objetivos propuestos, podría pasar a cumplirla en*

³² En la intervención que hizo al respecto el Fiscal especial del Menor, D. Luis Navajas, habló de “Tolerancia cero frente al acoso escolar”.

³³ Circunstancia que ya ha puesto de manifiesto públicamente D. Pedro Núñez Morgades, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, y cuya opinión compartimos. Él señala que este incremento es fruto de la presión social que sufre el gobierno, pero que con ello no se favorece la recuperación del menor.

³⁴ En este sentido, es posible ordenar el internamiento de menores por delitos como el tráfico de drogas o la tenencia ilícita de armas, tan común en las bandas juveniles.

un Centro Penitenciario común para adultos. De este modo, serán los Jueces de Menores los encargados de decidir en qué casos los mayores de 18 años siguen cumpliendo el internamiento en un Centro de Menores.

Esta posibilidad es, a nuestro juicio, un fraude al espíritu de la LORPM, pues si debemos tener en cuenta la edad del menor en el momento de la comisión del hecho delictivo, a los efectos de poder aplicarle los beneficios de una legislación como es la de menores frente al Derecho penal de adultos, cómo podemos llegada su mayoría de edad ejecutar la medida impuesta, cumpliendo una pena de prisión de libertad en un Centro penitenciario de adultos. Ello es, como ha señalado el Defensor del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid, Pedro Núñez Morgades, “una malversación de fondos y decirle al menor que lo damos por perdido”.

4. *Mejoras Técnicas*. El anteproyecto también prevé mejoras de este tipo para elevar el nivel de funcionamiento del sistema penal de menores vigente. De este modo, se señala que el Fiscal será el encargado de nombrar al abogado de oficio que deberá atender al menor, agilizando así el procedimiento.