

EJERCICIO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES. SUPUESTOS LEGALES. CUESTIONES PRÁCTICAS Y DIRECTRICES DE LA FGE.

Francisco M. García Ingelmo

Fiscalía General del Estado.

Fiscal adscrito al Fiscal de Sala Coordinador de Menores

Curso: Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas.

Madrid, del 29 al 31 de marzo de 2017



Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO: 1.-INTRODUCCIÓN 2.-CONCEPTO DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD 3.- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES 3.-1 FUNDAMENTO 3.-2 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. DERECHO COMPARADO 3.-3 ANTEDECENTE LEGISLATIVO: LO 4/1992 4.-MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LORPM 5.-DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN (art. 18 LORPM) 5.-1 PRESUPUESTOS LEGALES 5.-1.1 Delitos menos graves sin violencia o intimidación y delitos leves (faltas) 5.-1.2 No comisión anterior de hechos de la misma naturaleza 5.-2 PRESUPUESTOS FORMALES 5.-2.1 Decreto motivado en diligencias preliminares 5.-2.2 Notificación del decreto a ofendidos o perjudicados 5.-2.3 Notificación del decreto a representantes legales del menor investigado 5.-2.4 Traslado a la entidad pública de protección de menores 5.-3 DOCTRINA Y PAUTAS DE LA FGE 5.-3.1 Hecho aislado desprovisto de factores criminógenos 5.-3.2Tiempo transcurrido o mayoría de edad 5.-3.3 Consideración de la víctima y satisfacción de perjuicios patrimoniales 5.-3.4 Unificación de criterios en Juntas de Sección y mediante visado 5.-3.5 Conveniencia de recibir declaración al investigado 5.-4 INCIDENCIA PRÁCTICA. ESTADÍSTICAS FGE 6.- SOBRESIEMIENTO DEL EXPEDIENTE POR CONCILIACIÓN, REPARACIÓN O ACTIVIDAD EDUCATIVA EXTRAJUDICIAL (art. 19 LORPM) 6.-1 PRESUPUESTOS LEGALES 6.-2 PRESUPUESTOS FORMALES 6.-3 PETICIÓN DE SOBRESIEMIENTO O CONTINUACIÓN DEL EXPEDIENTE 6.-4 DOCTRINA Y PAUTAS DE LA FGE 6.4.1 Puntualidad del hecho. Referencia a algunos delitos recomendados y otros no recomendados 6.4.2 Valoración positiva de resarcimiento patrimonial 6.4.3 Petición de sobreseimiento, conforme 19.4 LORPM en caso de postura irrazonable de víctima 6.-5 INCIDENCIA PRÁCTICA. ESTADÍSTICAS FGE 7.-SOBRESIEMIENTO DEL EXPEDIENTE CONFORME AL ART. 27.4 LORPM 7.-1 PRESUPUESTOS LEGALES Y FORMALES 7.-2 DOCTRINA Y PAUTAS DE LA FGE 7.-3 INCIDENCIA PRÁCTICA. ESTADÍSTICAS FGE 8.-PROBLEMA DERIVADOS DE LA OPOSICIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR AL SOBRESIEMIENTO CONFORME ARTS 19 Y 27.4 LORPM. PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA DE LA FGE 9.-EXCLUSIÓN DE OTROS OPERADORES DISTINTOS AL FISCAL DEL EJERCICIO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD 10.-SOBRE LA CONVENIENCIA O NO DE EJERCITAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARCIALMENTE EN UN MISMO PROCEDIMIENTO 11.-PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CUANDO RESULTAN IMPUTADOS MAYORES Y MENORES DE EDAD 12.-BREVE COMPARATIVA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LORPM Y LECRIM

BIBLIOGRAFÍA.....41-42

RESUMEN: *En este trabajo se realiza un estudio de las diferentes manifestaciones del principio de oportunidad en la LORPM (arts18, 19 y 27.4). Se desarrollan los presupuestos legales y procedimentales de las distintas variantes, incidiendo en los principales problemas planteados en la práctica y en las soluciones y pautas dadas desde la FGE, a través de Circulares, Instrucciones y Dictámenes del Fiscal de Sala Coordinador de Menores. Se termina con una breve comparativa respecto a la regulación del principio de oportunidad introducido recientemente por LO 1/2015 en la LECrim.*

1.- INTRODUCCIÓN

El principio de oportunidad tiene su origen, propiamente dicho, en la doctrina procesal penal, pero donde ha tenido más amplio desarrollo, hasta el punto de ser uno de sus principios informadores, es en el ámbito de la Justicia Juvenil.

Ligado al principio de intervención mínima, su objetivo es desjudicializar en la medida más amplia posible la intervención con los menores infractores.

Desde que entró en vigor la LO 5/2000, las Secciones de Menores han hecho un uso profuso de las distintas variantes del principio de oportunidad previstas en la LORPM. Es más, como se mencionará *infra*, existía una interesante experiencia previa acumulada durante la vigencia de la LO 4/1992 (reformadora del Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948), aplicando las posibilidades desjudicializadoras, ciertamente más limitadas, que esa legislación permitía.

En la actualidad, para hacerse una primera idea de la importancia del juego del principio de oportunidad en nuestra legislación baste con decir, como más adelante se detallará, que las diligencias preliminares que el Fiscal archiva por desistimiento del art. 18 LORPM (una de las variantes de dicho principio) superan el 11% sólo en los últimos años, a nivel nacional. Y de los expedientes que se incoan, las cifras de los archivados por las llamadas soluciones extrajudiciales (arts. 19 y 27.4 LORPM) se sitúan entre el 24-26 % aproximadamente.

Tales porcentajes de desjudicialización resultan elocuentes, si bien debe matizarse, como también se dirá más adelante, que hay importantes diferencias territoriales entre unas provincias y unas Comunidades y otras, en función de los recursos que las entidades públicas dedican especialmente a mediaciones y reparaciones extrajudiciales.

En este trabajo se pretende dar una visión global de esas distintas manifestaciones del principio de oportunidad en la LORPM, de la experiencia práctica de estos años, y de la doctrina y propuestas de reformas legislativas formuladas desde la FGE.

Recientemente también la LO 1/2015, de 30 de marzo ha incorporado, de una forma que podríamos tildar de tímida, el principio de oportunidad reglada a nuestro Derecho procesal penal, en el art. 963 y ss de la LECrim.

Previamente se impone realizar unas breves consideraciones para situar debidamente la cuestión, y delimitar claramente qué es y en qué consiste, desde el punto de vista procesal, el principio de oportunidad.

2.- CONCEPTO DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

No es infrecuente cuando se discute repetidamente en torno a un concepto o idea que terminen por desdibujarse sus perfiles.

Tal es lo que ocurre, a veces, con el principio de oportunidad. Al respecto señala DE LA OLIVA SANTOS: ¹ *Con frecuencia se entiende el principio de oportunidad con gran amplitud y vaguedad. Así entendido, engloba y significa tantas y tan diversas cosas, que, en realidad, no significa nada claro y seguro.*

Una definición que puede servir como punto de partida es la que da este mismo autor en la obra citada: “el principio de oportunidad es aquél en cuya virtud el deber estatal de imponer penas no habría de ser cumplido (o el denominado *ius puniendi* satisfecho), siempre según los criterios legales, en todo caso en que concurriesen sus presupuestos (esto es, ante toda conducta calificada de delictiva y punible), sino que estaría condicionado al poder atribuido al Ministerio Fiscal (u órgano oficial similar) para disponer, bajo condiciones precisamente especificadas en la ley (la llamada “oportunidad reglada”) o con amplio arbitrio, del ejercicio y del modo de ejercicio de la acción penal, independientemente de que se hubiese conocido la existencia de un hecho de apariencia punible y de que apareciesen unos presuntos autores del mismo”.

Muy concisa y exacta, en el terreno de las definiciones, es la que se plasma en la Recomendación número 18 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa²: *la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado.*

Se trata, pues, de un concepto acuñado en el ámbito procesal penal, donde se presenta, con frecuencia, como una alternativa o excepción al principio de legalidad, que afecta sobre todo a la intervención del Ministerio Público dentro del proceso³.

En lo que afecta a la actuación del Fiscal, este principio se contrapone, antes que al principio de legalidad, al llamado principio de *indisponibilidad* o *irrenunciabilidad* de la acción penal (art. 105 LECrim.).

La introducción de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal sólo puede ser en el marco de una serie de condiciones o presupuestos previamente fijados por la Ley (“oportunidad reglada”), como se resalta en la primera de las definiciones transcrita. Así supone una verdadera excepción al aludido principio de *indisponibilidad* o *irrenunciabilidad* de la acción penal (art. 105 LECrim.)⁴, pues para el Fiscal “la acción constituye un poder jurídico que

¹ Del manual *Derecho Procesal Penal* (EDITORIAL UNIVERSITARIA RAMÓN ARECES), DE LA OLIVA SANTOS y otros autores.

² Esta Recomendación sugiere a los Estados miembros la adopción o ampliación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, conforme al contexto histórico y a la Constitución de cada uno de los Estados, con el fin de paliar retrasos en el curso de los procesos penales y acelerar y simplificar la justicia penal.

³ Vid. ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.

⁴ “Ello es así pues el Ministerio Fiscal, aun cuando en nuestro ordenamiento jurídico no tenga el monopolio del ejercicio de la acción penal, tiene encomendada, conforme a la Constitución (Art. 124-1) y a su Estatuto Orgánico (Art. 1), la función de ser el promotor institucional de la “acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público”. Ese interés público, a cuya satisfacción se subordina la actuación del Fiscal en el proceso penal, no es otro que el que se identifica con el ejercicio del denominado “*ius puniendi*”, como una potestad atribuida en exclusiva al Estado y sobre la que el Fiscal carece de poder alguno de disposición. Dentro de nuestro marco constitucional no cabe que el Fiscal deje de promover una acusación o desista de una acusación ya iniciada cuando concurren los presupuestos legales de un tipo penal y exista autor conocido; la única posibilidad de hacerlo queda vinculada no a un juicio de voluntad del Fiscal, sino de legalidad, para interesar el sobreseimiento o retirar la acusación a falta de tipo penal o por no estar suficientemente probado el hecho o la participación. El único límite al ejercicio del *ius puniendi* vendría dado por el principio de legalidad”.

necesariamente ha de ejercitar en presencia de cualquier conducta subsumible en el tipo de un delito que no sea sólo perseguible a instancia de parte”⁵.

El debate sobre el principio de oportunidad al margen de la Justicia Juvenil, hasta la LO 1/2015, era una cuestión de *lege ferenda*, no de *lege data* pues, en puridad, no existía manifestación alguna de dicho principio, en el sentido antes expuesto, dentro de nuestro derecho positivo⁶.

Lo más asimilable, hasta la LO 1/2015, al principio de oportunidad, es la facultad del Fiscal de querrellarse o denunciar, en los delitos de agresiones, abusos o acosos sexuales, *ponderando los legítimos intereses en presencia*, conforme al art. 191 del CP

3.- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES

3.-1 FUNDAMENTO

Dentro de los Ordenamientos penales juveniles, el principio de oportunidad lejos de suscitar la polémica que en el campo procesal penal -donde nace conceptualmente- ha sido adoptado como verdadero principio informador, sin suscitar controversia alguna, sino la más amplia aquiescencia, tanto a nivel teórico como en la práctica.

Esa relativamente fácil acomodación del principio de oportunidad dentro de los sistemas modernos de Justicia juvenil se ha visto favorecida en opinión de SORIANO IBAÑEZ, BENITO⁷ y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, CONSUELO⁸ muy particularmente por:

- Los planteamientos de la criminología de fines del siglo pasado en los que se recurre al “carácter episódico” y de la “escasa gravedad” de la criminalidad juvenil, para legitimar el principio de la diversificación, y tratar de evitar o reducir la reacción estatal, como innecesaria frente a conductas antisociales que se consideran fenómenos propios de la edad que desaparecen espontáneamente en los adultos. En este discurso, la no-intervención logra

extraído de un trabajo anterior sobre la materia: GARCIA INGELMO, Francisco Manuel. El Fiscal y el Principio de oportunidad en la ley 5/2000. Estudios jurídicos Ministerio Fiscal, VI-2000”

⁵ Vid. DE LA OLIVA (op cit).

⁶ Vid PABLO A. LANZAROTE MARTINEZ, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en su interesante trabajo sobre el tema, *La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva* (publicado en Revista del Ministerio Fiscal, número 3, enero-junio 1996), afirma que no existe expresión alguna, *strictu sensu*, de este principio en el Proceso Penal Español, rechazando que pueda considerarse, en particular, como una de sus manifestaciones, la de la institución de la *conformidad* y ello a pesar de la opinión en contra de una buena parte de la doctrina procesalista (así, GIMENO SENDRA, MARCHENA, ARMENTA DEU, ALMAGRO NOSETE, ELADIO ESCUSOL), puesto que, como argumenta, “la actuación del principio de oportunidad debe venir referido al momento inicial del proceso, a la facultad de no instar el comienzo del mismo, por cuanto consiste en la posibilidad atribuida al órgano de la acusación pública de no ejercitar la acción iniciadora de aquél (...)” pues la institución de la conformidad obedece más bien a razones de “economía procesal que a objetivos de política criminal”, basándose esta última institución en la “idea del consenso como uno de los principios inspiradores del proceso penal con una predominante finalidad de contribuir a la descarga de los órganos judiciales al eliminar parte del procedimiento” (...) Oportunidad y consenso no son términos sinónimos, ni responden a idénticos planteamientos, aun cuando participen de algunos objetivos comunes.

⁷ BENITO SORIANO IBAÑEZ, *La fase de instrucción en el procedimiento de responsabilidad penal del menor. Especial referencia al principio de oportunidad* (Seminario de especialización en reforma y protección de menores, CEJ, Madrid 2012)

⁸ CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA, Curso on line de Menores, I Tema (CEJ, 2014)

ejercer sobre el destinatario de la norma una mayor presión, en tanto le hace ver que la sociedad alberga una fuerte esperanza de que en el futuro se mantendrá dentro del comportamiento apropiado.

- La necesidad de conjugar el modelo de responsabilidad, con el interés del menor y el carácter educativo de la respuesta penal obliga a debilitar e incluso suprimir ciertos límites orientados a satisfacer las demandas vindicativas y preventivo generales que rigen incondicionalmente en el ámbito de los adultos.

En algún trabajo anterior sostuvimos⁹ que el fundamento del ejercicio del principio de oportunidad, por parte del Ministerio Fiscal, está ligado, en parte, al interés público que ha de defender el Fiscal (arts. 124.2 CE y 2 EOMF), que en este caso no coincide con el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino con otro interés público preferente, en este caso, como criterio de actuación, el interés del menor. Ese interés del menor puede determinar que no se promueva expediente ante la levedad del hecho cometido, o que se resuelva el ya iniciado mediante una solución extrajudicial. SORIANO IBÁÑEZ, BENITO disiente, en parte, de este planteamiento¹⁰.

3.-2 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. DERECHO COMPARADO

Los instrumentos internacionales en materia de Justicia juvenil contienen mandatos inequívocos sobre la necesidad de introducir mecanismos desjudicializadores dentro de las legislaciones penales de los distintos países.

En tal sentido, deben citarse:

- Las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia del Menor aprobadas por la Asamblea de las Naciones Unidas, las llamadas Reglas de Beijing, de 29 de noviembre de 1985, que en su regla 11, en relación a la 14.1, establece que se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes (Corte, Tribunal, Junta, Consejo, etc.) para que los juzguen oficialmente.
- Igualmente el Art. 40.3 de la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece en su apartado b, que los Estados partes examinarán “siempre que sea apropiado, la conveniencia de tratar a los niños sin recurrir a los procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las salvaguardas jurídicas”.

⁹ GARCIA INGELMO, FRANCISCO M., , *El Fiscal y el principio de oportunidad...* (op. Cit.)

¹⁰ “No compartimos, como han defendido algunos autores¹⁵, que el fundamento del principio de oportunidad sea el interés del menor. Para estos autores si el Ministerio Fiscal puede dejar de promover la acción de la justicia en determinados supuesto, es porque el interés público que debe de defender por exigencia del art. 124 C.E. no es el ligado al ejercicio del *ius puniendi*, como en el derecho penal de adultos, sino que el interés público relevante en el procedimiento de menores no es otro que el interés del menor. A nuestro entender, tal como esta concebida la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal del menor, el Fiscal también ejercita el *ius puniendi* del Estado, lo que ocurre es que ese precepto también le exige, “ ... procurar ante estos, los tribunales, la satisfacción del interés social”, siendo aquí donde podría apoyarse la aplicación del principio de oportunidad sin que suponga una contraposición al principio de legalidad que debe de presidir toda su actuación.” BENITO SORIANO IBÁÑEZ (op. cit)

- De la misma manera, la Recomendación n° R(87) 20 de las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia de menores de 17 de setiembre de 1987, insta a los Gobiernos de los Estados miembros a revisar su legislación y su práctica con miras a alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a todos los niveles, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello.

Cumpliendo esas recomendaciones, en legislaciones de nuestro entorno (v. gr. Alemania, Italia, Portugal...), encontramos distintas manifestaciones del principio de oportunidad, semejantes al desistimiento del art. 18 o a las soluciones extrajudiciales del art 19 LORPM)¹¹.

3.-3 ANTEDECENTE LEGISLATIVO: LO 4/1992

Hasta el año 1992 la legislación vigente en materia de responsabilidad penal de los menores era la arcaica Ley de Tribunales Tutelares de Menores aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948 y su Reglamento. Se trataba de un confuso conglomerado de disposiciones administrativas y judiciales, donde se mezclaban los aspectos de reforma con los de protección del menor, y donde no existía ni un procedimiento propiamente dicho ni una instrucción, careciendo el Fiscal de una intervención relevante¹².

La STC 36/1991, de 14 de febrero, declaró inconstitucional el art.15 de la LTTM de 1948, pues en un Estado de Derecho resultaba inviable una norma que permitía la imposición de unas medidas restrictivas de derechos individuales-con independencia de su carácter educativo- al margen de un proceso y sin las garantías legales anejas al mismo.

La LO 4/1992, de 5 de junio, *sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores*, vino a cubrir el vacío legislativo que siguió a la sentencia. Esa Ley atribuye al Fiscal la función instructora, permitiéndole en su ejercicio un margen de discrecionalidad para archivar o instar el archivo de los expedientes conforme a criterios de oportunidad, en la línea de los Textos internacionales apuntados y el Derecho Comparado.

La Exposición de Motivos refería que al Fiscal *se le otorgan amplias facultades en orden a acordar la terminación del proceso con el objetivo de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo puede llegar a producir*. Su expresión legislativa más clara aparecía en el art. 15.1.6ª, que permitía al Juez dar por concluido el expediente, a petición del Fiscal, *atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima*.

¹¹ Véase *Derecho penal juvenil Europeo* (DYKINSON, 2005), de CARLOS VÁZQUEZ GONZÁLEZ

¹² Así, la Circular 3/1984 de la Fiscalía General del Estado constreñía los criterios de actuación del Fiscal en la jurisdicción de menores a una intervención plena en lo relativo a la facultad protectora (art. 3-7 E.M.F) , pero intervención muy limitada en las actuaciones realizadas en el ejercicio de la facultad reformadora: casos de ausencia de representación legal del menor; visitas a los centros de tratamiento ;y facultades genéricas que en virtud del art. 3-3 del Estatuto Orgánico le corresponden al Fiscal en toda clase de procesos.

La postura de la FGE en la Instrucción 1/1993 fue clara al respecto, instando a los Fiscales a aprovechar, en beneficio de los menores, las posibilidades desjudicializadoras del novedoso texto legal¹³.

4.-MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LORPM

Antes de enumerarlas, debemos partir de dos precisiones, en consonancia con lo indicado en Apdo II.

En primer lugar, sólo cabe hablar de principio de oportunidad, propiamente dicho, en la fase de instrucción, no en la de ejecución, ni tampoco en la de enjuiciamiento.

El principio de oportunidad consiste en la posibilidad de no iniciar un procedimiento o concluirlo a partir de una medida no impuesta judicialmente.

Por eso, no consideramos una manifestación de tal principio, en sentido estricto, la previsión contenida en el art. 51.3 LORPM: *...La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el art. 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.*

Con independencia de la escasísima incidencia práctica que ha tenido tal precepto, lo cierto es que en fase de ejecución el procedimiento ha concluido ya con la imposición de una medida al menor, por lo que tampoco puede cumplir uno de los objetivos prioritarios del principio de oportunidad: evitar el proceso y sus efectos aflictivos. Esa previsión legal supone más bien una de las diversas variantes del principio de flexibilidad en la ejecución de las medidas, característico igualmente de la legislación juvenil (vid. arts. 13 y 51 de la LORPM). Por tales razones, esa posibilidad, de uso muy residual, no va a ser objeto de estudio en el presente trabajo.

En segundo lugar, tampoco se deben confundir con el principio de oportunidad los supuestos contemplados en la LORPM de archivo de las diligencias por razones de legalidad, esto es, cuando el Fiscal archiva por sí las diligencias (art. 16.2) o interesa del Juez el sobreseimiento del expediente (art. 30.4 LORPM), por no ser los hechos constitutivos de delito o no existir autor conocido (arts. 779.1.1ª y 641.1 y 2 LECrim).

Al contrario, el juego del principio de oportunidad faculta al Fiscal para archivar las diligencias o solicitar del Juzgado el archivo de los expedientes cuando existan pruebas de la comisión de un delito y esté determinado el autor.

¹³ ...la naturaleza procesal del cauce dispuesto por la Ley Orgánica 4/92 no legitima, sin embargo, una actitud interpretativa de los señores Fiscales que condujera a un rígido automatismo en lo que pudiera reputarse el sometimiento procesal del menor por todo hecho injusto. Los textos internacionales reiteran de manera insistente algo que no puede ser olvidado. Y es que el proceso, por más exigencias garantistas que lo acompañen, no deja de ser un mal para quien puede llegar a carecer, en ocasiones, de la capacidad precisa para captar su genuina dimensión” (Instrucción 1/1993 FGE).

Así entendido, las manifestaciones del principio de oportunidad en la LORPM son:

- El desistimiento de la incoación de expediente (art. 18 de la LORPM.)
- El sobreseimiento del expediente por conciliación, reparación o cumplimiento de una actividad educativa extrajudiciales (art.19 LORPM que tiene su complemento en el art. 5 del Reglamento de la LORPM, aprobado por RD 1774/04, de 30 de julio).
- El sobreseimiento del expediente interesado por el Fiscal cuando el equipo técnico considere conveniente en su informe, en interés del menor, no continuar con la tramitación, porque se haya expresado suficientemente el reproche al menor a través de los trámites ya practicados, o porque fuera inadecuada cualquier intervención, debido al tiempo transcurrido desde la comisión (art. 27.4 LORPM)

Dentro de la instrucción el principio de oportunidad puede operar en dos momentos: cuando no se ha incoado expediente, en diligencias preliminares (desistimiento, art. 18) o una vez incoado expediente (el sobreseimiento del art. 19 o 27.4).

Como se indica en uno de los Dictámenes del Fiscal de Sala Coordinador de Menores:

“Las posibilidades desjudicializadoras que ofrece la LORPM, en aplicación del principio de oportunidad, se concretan en tres y son las previstas en los arts.18, 19 y 27.4 de la LORPM. En el desistimiento del art. 18 el Fiscal no llega a abrir expediente, limitándose a archivar las diligencias preliminares incoadas cuando hace uso de tal facultad.

Una vez abierto expediente de reforma, cabe que el Fiscal interese del Juzgado de Menores el sobreseimiento por razones de oportunidad. Tal petición puede fundarse en alguna de las opciones de “justicia reparadora” que habilita el art. 19 LORPM: conciliación, reparación o una actividad educativa extrajudicial.

Pero también puede solicitar el Fiscal el sobreseimiento a propuesta del Equipo Técnico, cuando éste considere conveniente en su informe, en interés del menor, no continuar con la tramitación, porque se haya expresado suficientemente el reproche al menor a través de los trámites ya practicados, o porque fuera inadecuada cualquier intervención, debido al tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. Este último supuesto es el consignado en el art. 27.4 LORPM”¹⁴.

Se examinarán a continuación, separadamente, cada uno de los supuestos, haciendo un estudio de sus presupuestos legales y de forma, con referencias a la doctrina de la FGE y a las estadísticas que reflejan su incidencia práctica.

A efectos doctrinales, sobre todo teniendo en cuenta que no se trata de un curso dirigido a especialistas, nos remitimos a los numerosos estudios, tanto en manuales como en trabajos monográficos, que tuvieron por objeto este tema, antes y después de la entrada en vigor de la LORPM. Buena parte de ellos constan publicados en los Estudios Jurídicos del CEJ¹⁵.

¹⁴ Dictamen 4/2013, *sobre criterios para solicitar el sobreseimiento del expediente conforme al art. 27.4 LORPM*

¹⁵ Por mencionar sólo alguna bibliografía, sin perjuicio de la citada hasta ahora: DE LA ROSA CORTINA, J.M. y DE URBANO CASTRILLO, E. *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Aranzadi, Madrid, 2001 y de los mismos autores *La Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a la L.O 8/06*, Aranzadi 2007; DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Revista General de Derecho, Valencia (Abril 2000) y del mismo autor *Comentarios a la*

5.-DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN (art. 18 LORPM)

Se trata de la expresión más *radical*¹⁶ del principio de oportunidad, pues atribuye al Fiscal instructor la facultad de renunciar a la incoación de expediente, siempre dentro de los presupuestos legales establecidos, pero sin que su valoración venga supeditada a una conducta del menor o a una propuesta del Equipo Técnico, como ocurre en los casos de los arts. 19 y 27.4 LORPM.

El enunciado de la norma habla textualmente de *Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar*. Curiosamente esa referencia al ámbito educativo y familiar es prácticamente lo único que queda de la redacción del Proyecto de 1998, cuyos términos eran mucho más restringidos y limitados¹⁷.

Legislación Penal de Menores (Últimas reformas legales de la L.O 8/06) Tirant Lo Blanch, 2007; POLO RODRIGUEZ, J.J. y HUELAMO BUENDÍA, A.J., *La nueva Ley penal del menor*, Colex, Madrid, 2000, 2ª ed. 2001 y 3ª edición actualizada a la L.O 8/06, Colex 2007; CUELLO CONTRERAS, J. *El nuevo Derecho penal de menores*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000; VENTURA FACI, R. y PELAEZ PEREZ, V. *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Colex, Madrid, 2000; CEZON GONZALEZ, C. *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Bosch, Barcelona, 2001; ORNOSA FERNANDEZ, M.R. *Derecho Penal de Menores*, Bosch, Barcelona, 2001; LANDROVE DIAZ, G. *Derecho Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel, *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento penal de menores*, Comares, Granada, 2002. MARTIN LOPEZ, Mª Teresa (Coord), *La responsabilidad penal de los menores, 2002*. Y en lo que respecta a artículos reseñar, entre otros: DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad penal de los menores, aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ III-2001; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, -“Cuestiones sobre la Instrucción Penal del nuevo Proceso de Menores”, *Revista General de Derecho*, año LVI, núm. 668 (Mayo 2000), -“El principio de oportunidad del fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos en la Ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas”; ; ESQUIVIAS JARAMILLO, José Ignacio, “El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de medidas”, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000*, CEJAJ, Madrid, 2000; GARCIA INGELMO, Francisco Manuel, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la LO 5/2000”, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000*, CEJAJ, Madrid, 2000; “El Fiscal y la instrucción en el procedimiento de menores”, *Curso sobre responsabilidad penal de menores*, CEJAJ-Junta de Andalucía, 2000; GISBERT JORDA, Teresa, “Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción”, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000*, CEJAJ, Madrid, 2000; BENITO SORIANO IBAÑEZ, *El principio de oportunidad* (Jornadas de especialización en el derecho penal de menores, CEJAJ 2002).

En cuanto a artículos anteriores que abordan este tema desde la perspectiva de la L.O 4/92 merece destacarse el de FELIX PANTOJA GARCIA, ANGEL MUÑOZ MARIN, CASTO PARAMO Y DE SANTIAGO y ANTONIO DEL MORAL GARCIA, en su trabajo publicado en *La Actualidad Penal*, año 1993, Tomo I, p.133 y siguientes, bajo el título de *La Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de Menores (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)*.

¹⁶ Esta expresión es empleada para describir el desistimiento por la Circular 9/2011 de la FGE, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*. Ya fue usada en trabajos anteriores (vid. GARCÍA INGELMO *El Fiscal y el principio de oportunidad...* (op. Cit) y también GARCÍA INGELMO F. *Principio de oportunidad: pautas de aplicación; Desistimientos; Soluciones extrajudiciales* (Ponencia en las Jornadas de Fiscales Especialistas de Menores de Segovia. 2 y 3 de Noviembre de 2008). En el mismo sentido, MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA (op. Cit)

¹⁷ El art. 18-1 del Proyecto decía:

El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación de expediente cuando, tratándose de menores de dieciséis años, los hechos denunciados puedan encontrar su corrección en el ámbito educativo familiar o comunitario,

5.- 1 PRESUPUESTOS LEGALES

Tal como está redactado el art. 18 de la LORPM son:

1º *Que los hechos constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas*

2º *Que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza*

Esos son los únicos límites legales exigidos.

5.1.1 Delitos menos graves sin violencia o intimidación y delitos leves (faltas)

- A las faltas (hoy delitos leves), no les es aplicable la limitación de la ausencia de violencia o intimidación en las personas.
- Respecto del delito, se exige:
 - ✓ Que sean menos graves atendiendo a su pena (arts. 13 y 33 del CP).
 - ✓ Que en su ejecución no se haya utilizado la violencia o intimidación en las personas.

La redacción del precepto no se ha modificado desde su promulgación, aunque el marco legal de lo que son delitos menos graves sí se haya visto alterado y, además, permanece, después de la reforma del CP por LO 1/2015, el término “faltas”, en lugar delitos leves.

El derecho penal de menores se configura dentro del mismo marco sustantivo del CP y leyes penales especiales que le sirven de referencia. Diversas reformas del CP han afectado por ello, de modo indirecto, a la aplicación de la LORPM.

Eso ocurrió con la LO 15/2003, de 25 de noviembre de reforma del CP. Al menos de modo hipotético alteró –ampliándolo– el marco legal establecido en el art. 18 LORPM, restringido a las faltas y a los delitos menos graves sin violencia o intimidación. Al promulgarse la LO 5/2000 estaba vigente la redacción original del artículo 33 del Código Penal que definía –entre otros– como delitos menos graves (art. 13 CP) los castigados con penas de prisión de seis meses a tres años; sin embargo, tras la LO 15/2003 ese concepto de delito menos grave se amplió a los

y a ello se comprometan los padres o representantes legales del menor, o los responsables de las correspondientes instituciones sociales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación, si procede, de lo establecido en el art. 3-1 de la presente Ley

Sin embargo, tras las enmiendas introducidas en su tramitación parlamentaria, el artículo quedó conformado en términos mucho más amplios, aumentando considerablemente los márgenes de actuación del Fiscal, pues, para empezar, no se restringe tan sólo a los hechos cometidos por menores de dieciséis años, sino que se extiende también a los mayores de esa edad, ni tampoco el archivo ha de estar supeditado necesariamente a esa corrección en el ámbito educativo y familiar que, con todo, y dado lo que consta en el enunciado y antecedente legislativo, no debe perderse nunca como punto de referencia a la hora de aplicar este artículo.

castigados con la pena de prisión de tres meses a cinco años, que pasó de ser pena grave a menos grave, conforme a la nueva redacción que dio al art. 33.3.a) CP¹⁸.

Respecto a la alusión a las “faltas” el Dictamen 1/2015, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, *sobre criterios de adaptación de la LORPM a la reforma del Código Penal por LO 1/2015*, si bien lamenta que no se hubiera realizado una adaptación del articulado de la LORPM a la reforma y aprovechado para alguna otra modificación legislativa (así en materia de prescripción), no considera problemático que se mantenga aún tal termino.

En la conclusión primera de dicho Dictamen, se resuelve la cuestión diciendo que:

La LO 5/2000 se encuadra dentro del marco penal sustantivo del CP y leyes penales especiales, siendo una ley de naturaleza básicamente procesal, por lo que, de conformidad con la Disposición adicional segunda y Disposición derogatoria única de la LO 1/2015, todas las alusiones a las “faltas” contenidas en el articulado de la LORPM y su Reglamento deben entenderse automáticamente sustituidas por la expresión “delitos leves”, como categoría de infracción penal que las reemplaza

5.1.2 No comisión anterior de hechos de la misma naturaleza

Esa “constancia de hechos anteriores” no debe tomarse en el sentido de la reincidencia del art. 22.8 del CP. No se trata en modo alguno que el menor “haya sido ejecutoriamente condenado” pues, para empezar, en el ámbito de menores, el concepto penal de reincidencia, como tal, sólo opera en el supuesto del art. 10-1-b, párrafos segundo y último de la LORPM. Se trata simplemente de tener un dato indicativo que sirva de orientación sobre si estamos ante un infractor primario o no, que es el aspecto esencial, a la hora de ejercitar esta potestad discrecional.

Desde la entrada en vigor de la LORPM, para verificar ese extremo, se han consultado los antecedentes que obran en las bases de datos de las Fiscalías de diligencias preliminares o expedientes que previamente se le hubiesen abierto al menor, con independencia que estén en

¹⁸ Sería mucho esperar del legislador, tras años de frenéticos cambios legislativos en el CP que pudiera sopesar que los efectos de tales mutaciones pueden repercutir en otro campo del ordenamiento jurídico penal como es la jurisdicción de menores. Es cierto que, al menos a nivel teórico, el abanico de delitos menos graves –siempre sin violencia o intimidación- susceptibles de desistimiento quedó ampliado, permitiendo acoger infracciones más graves de las concebidas al promulgar la L.O 5/00.

El ejemplo quizá más fácil y llamativo, el robo con fuerza en casa habitada. Antes de la reforma del Código Penal por L.O 15/2003 no era susceptible de desistimiento, por ser delito grave al estar penado en el art. 241 del CP con prisión de dos a cinco años; sin embargo, tras la reforma esa misma pena correspondería a un *delito menos grave*, por lo que cabría el desistimiento.

Sin embargo, es deseable que el ejemplo anterior quede circunscrito a un terreno puramente hipotético, sin que deba perderse de vista en ningún momento, como criterio orientativo, el propósito inicial del legislador (me refiero al legislador de la LORPM, claro) que no contó con que esos delitos fueran susceptibles de desistimiento. La conclusión, a mi juicio, sería que debe desecharse la posibilidad de desistimiento para este tipo de casos, de los que resulta paradigmático el robo en casa habitada, pues por su gravedad, inquietud que genera y peligrosidad que revela en quien lo comete resulta inapropiado de todo punto para el desistimiento (vid. op GARCÍA INGELMO F. *Principio de oportunidad: pautas de aplicación...*).

En ese sentido la Memoria de 2012 de la FGE hace referencia a que en Barcelona se acordó en Junta de Sección excluir de la posibilidad de desistimiento a los robos con fuerza en casa habitada o en establecimiento abierto al público.

trámite o se hubiesen archivado por ser menor de catorce años, falta de indicios de la comisión del ilícito, o desistimiento.

Cuestión distinta es que tales bases y aplicaciones informáticas presenten múltiples deficiencias y no estén comunicadas entre sí, de manera que en ninguna Sección provincial es posible conocer los antecedentes de causas que se le hayan abierto a un menor en la Fiscalía de otra provincia, aunque sean provincias de la misma Comunidad Autónoma¹⁹.

La literalidad del art. 18 LORPM cuando exige que "el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza", abre la posibilidad al desistimiento cuando el menor tuviera antecedentes por hechos de naturaleza diversa.

A esta posibilidad se refirió en términos restrictivos la Circular 9/2011 de la FGE, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*. A propósito de esa expresión dice textualmente:

Sin embargo, la norma en este punto debe ser interpretada con prudencia y a partir de la consideración de que el desistimiento es un beneficio pensado para infractores primarios. De ese modo, la posibilidad de aplicar el desistimiento a quien le consten antecedentes, reviste carácter excepcional, pues no tendría sentido que partiendo de una estricta literalidad del precepto se favorezca a quien vaya acumulando diligencias abiertas por diferentes tipos penales²⁰.

Cuando el menor tenga antecedentes de la misma naturaleza, conforme al art. 18, el Fiscal deberá incoar expediente, aunque, como señala el propio precepto, puede actuar conforme a lo previsto en el art. 27.4 LORPM, que luego examinaremos.

5.-2 PRESUPUESTOS FORMALES

5.-2.1 Decreto motivado en diligencias preliminares

La Circular 9/2011, de la FGE describe el desistimiento como *la variante más radical²¹ del principio de oportunidad*, porque *el procedimiento aún no se ha "judicializado"*, y *su conclusión depende tan sólo de la decisión del Fiscal instructor, siempre dentro de los presupuestos legales*.

Esa es una de las características más relevantes y que, desde luego, la diferencian del principio de oportunidad introducido en la LECrim por la LO 1/2005. Es una decisión que el Fiscal toma

¹⁹ Las Memorias de la FGE de la última década reiteran una y otra vez los múltiples defectos de la gran mayoría de las aplicaciones informáticas (ya dependan del Ministerio, en las CA sin competencias transferidas, o de la respectiva CA), que además han quedado obsoletas y no permiten extraer datos estadísticos fiables, ni los pedidos desde la FGE, algunos de los cuales se computan manualmente. Como excepción, por su adecuado funcionamiento y actualizaciones, debe destacarse el programa Atlante II de la Comunidad Canaria.

²⁰ Así se recogía ya en las Conclusiones de las Jornadas de Delegados de Menores celebradas en Segovia el 3y 4 de noviembre de 2008, en la Conclusión II-2-5^a: "El desistimiento debe ser un beneficio para el infractor primario. No tiene sentido que partiendo de una estricta literalidad del precepto se "premie" a quien vaya acumulando diligencias abiertas por diferentes tipos penales".

²¹ Vid. Nota 16

en unas diligencias de las que no conoce la autoridad judicial y en las que no cabe personación de las partes, unas diligencias de carácter preprocesal, conocidas como preliminares.

Una descripción sucinta de lo que son las diligencias preliminares y un resumen de toda la doctrina de la FGE, a propósito de las mismas, la encontramos en el Apdo. II.1 (*La prescripción en las diligencias preliminares*) de la Circular 9/2011 de la FGE:

“La Circular 1/2000 de la FGE, *sobre criterios de aplicación de la LO 5/2000*, les dio definitiva carta de naturaleza, asumiendo la terminología general de Diligencias Preliminares, que se deben incoar en todo caso de recepción de *notitia criminis*.

Tales Diligencias Preliminares pueden ser el vehículo procedimental a través del cual el Fiscal, sin necesidad de una investigación previa, en función de las circunstancias del caso, proceda al archivo de las actuaciones por razones de legalidad si entendiera que el hecho no fuera constitutivo de delito, o siendo menor el autor, éste no fuera conocido (art. 16.2 LORPM en relación a 779.1.1a de la LECrim); si el autor o autores fueran todos de edad inferior a los catorce años (art. 3 LORPM); si se reputase prescrito el hecho (art. 15 LORPM); o para la remisión de las actuaciones al órgano competente si el Fiscal no lo fuera (art. 21 LORPM).

En otros casos las Preliminares, con apoyo legal en los arts. 773.2 LECrim y 5 del EOMF, constituyen el soporte procesal de una investigación previa. Despejadas las dudas iniciales, puede acordarse el archivo por alguno de los motivos de legalidad antes apuntados, o por razones de oportunidad si, concurriendo los presupuestos legales, se estimase procedente el desistimiento previsto en el art. 18 LORPM. O por el contrario, después de esa investigación, el Fiscal puede acordar la incoación de Expediente, transformando las iniciales Diligencias si el archivo, por razones de oportunidad o legalidad, no fuere procedente.

Sin embargo, la ausencia de conocimiento jurisdiccional de esas diligencias de investigación, unida a una limitación innegable de derechos para los intervinientes (que carecen de facultades de personación, aunque el imputado deba declarar con letrado conforme art. 5.2 EOMF), les confiere un cierto hábito inquisitivo. De ahí que la doctrina de la Fiscalía General del Estado (Circulares 1/2000 y 1/2007) haya instado a los Fiscales a un uso prudente y restrictivo de las Diligencias Preliminares, recomendando no prolongarlas más de lo estrictamente preciso, sin perjuicio del límite legal de seis meses fijado en el art. 5 del EOMF²².

El decreto que se dicte debe contener una motivación, que será más o menos sucinta, según las circunstancias y complejidad del caso.

A la necesidad de motivar estos decretos de desistimiento se refería ya la FGE, en la Circular 1/2000, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*.²³

Aunque la Ley no se refiera a este requisito de la motivación, resulta ineludible conforme al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) que vincula igualmente al Fiscal²⁴.

²² Como consecuencia de ese carácter preprocesal, la Circular 9/2011 llega a la conclusión que las diligencias preliminares -y más después de la reforma del art. 132.2 CP por LO 5/2010,- carecen de efectos interruptivos de la prescripción.

²³ Es uno de los requisitos cuya cumplimentación exige la Inspección de la FGE, como se infiere de sus actas de visita y que no siempre se observa en la práctica.

El decreto dictado por el Fiscal, acordando el desistimiento, no es susceptible de recurso, como no lo son el resto de los decretos dictados ya fuera en preliminares o en expedientes en el procedimiento de menores.

En las diligencias preliminares, además, no cabe la personación de las partes²⁵.

Por tanto, aunque deba notificarse a la víctima el decreto acordando el desistimiento, no cabe recurso contra el mismo, pues ni es posible la personación, ni tampoco que recurra la víctima no personada, no siendo aplicables aquí las previsiones de la reciente Ley 4/2015, *del Estatuto de la Víctima*, de 28 de abril.

A este último respecto, el Dictamen 1/2016, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, *sobre adaptación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, al ámbito de la Justicia Juvenil*, señala:

“La Ley 4/2015 reconoce también en el art. 12.2 el derecho de la víctima a recurrir las resoluciones de sobreseimiento, “conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso”. Este derecho tiene luego su plasmación concreta en los arts. 636 y 779.1.1ª, *in fine*, de la LECrim.

Del propio tenor gramatical del artículo se deduce que es un derecho que, aunque independiente de la personación, sólo es posible en el contexto de un procedimiento judicial, mientras que las diligencias preliminares, en cuanto diligencias de investigación, tienen un carácter preprocesal.

Siguen vigentes, por tanto, las consideraciones que, respecto a esta misma cuestión, se consignaban en la Circular 1/2000 de la FGE (Apdo. X.1 *Inadmisibilidad de recurso frente a los decretos del Ministerio Fiscal*) y Circular 4/2013 (Apdo. IX.2, *Recursos contra las resoluciones del Fiscal*).

No obstante, según las circunstancias y gravedad del asunto, cuando la víctima hubiera manifestado en preliminares su intención de personarse, o concurra cualquier otro motivo relevante, puede valorarse por el Fiscal, aunque aprecie motivos para acordar el sobreseimiento conforme al art. 16.1 LORPM, la posibilidad de solicitarlo del Juez de Menores tras incoar expediente, habilitando así al perjudicado para que pueda recurrir y personarse en el expediente abierto.”

5.-2.2 Notificación del decreto a ofendidos o perjudicados

²⁴ Con frecuencia este deber de motivar no se observa escrupulosamente, recurriéndose a modelos de plantilla de las distintas aplicaciones, sin realizar una motivación individualizada del caso. Es una de las observaciones que más se reiteran en las actas de inspección de la Inspección de la FGE y las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia. De ahí que, recientemente, en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores celebradas en Madrid los días 24 y 25 de octubre de 2016 se volviera a reiterar esa necesidad de motivar los decretos, no sólo de desistimiento, sino aquellos por los que se ejercitan el resto de variantes de principio de oportunidad previstas en la LORPM. En concreto la Conclusión I.3ª de dichas Jornadas: *se procurará una mejor e individualizada motivación de los decretos en los que se acuerde el desistimiento (art. 18 LORPM) o se solicite el sobreseimiento al amparo de los arts. 19 y 27.4 LORPM, proporcionada a la entidad de cada asunto.*

²⁵ Así resulta de su naturaleza preprocesal y se ha reiterado en la doctrina de la FGE. La Circular 4/2013 de la FGE, *sobre las diligencias de investigación* (Apdo. XI): “...no son trasladables a las diligencias de investigación del Fiscal las disposiciones de la LECrim relativas a la posibilidad de personación de la acusación particular o popular. El reconocimiento de tales instituciones tiene su marco natural en un proceso judicial, no estando previstas y siendo por tanto un cuerpo extraño para las diligencias de investigación del Fiscal, como también lo son para las diligencias preliminares de las Secciones de menores de Fiscalía o para los atestados instruidos por la Policía Judicial”.

En el mismo sentido la reciente Consulta 1/2015, *sobre el acceso a lo actuado en las diligencias de investigación por quien invoca un interés legítimo*, y en el ámbito de menores las Circulares 1/2000 y 9/2011 de la FGE

El art. 18 de la LORPM obliga a notificar tal resolución, lo mismo que el art. 16 *in fine*, de la LORPM, impone la notificación de todas las resoluciones que dicte el Fiscal acordando el archivo de las diligencias.

En el caso del desistimiento es esencial tal notificación, aunque no quepa recurso, a efectos civiles, por si la víctima quiere acudir a la jurisdicción civil ordinaria para solicitar indemnización por los perjuicios irrogados.

La notificación deberá contener también una fundamentación sucinta de los motivos del desistimiento acordado²⁶.

5.-2.3 Notificación del decreto a representantes legales del menor investigado:

²⁶ “La necesidad de notificar a las víctimas las resoluciones de archivo se plasma en el art. 6.1 a) de la Directiva 2012/29/UE. El art. 7.1 a) del EVD incorpora este deber, pero matizado por la remisión a lo dispuesto en el art. 5.1 m) del mismo Cuerpo Legal, que subordina el derecho a recibir información de la causa penal a la solicitud de la víctima en tal sentido, deduciéndose de su literalidad que si no se interesa expresamente no existe el deber legal de realizar la notificación.

Paradójicamente la LORPM es menos restrictiva en este punto, pues los arts. 16.2 *in fine* y 18 párrafo primero, *in fine*, imponen taxativamente al Fiscal el deber de notificar a los denunciantes y ofendidos las resoluciones de archivo y desistimiento respectivamente. Así se viene haciendo hasta ahora, de conformidad con la Circular 1/2000 de la FGE.

También era menos restringido el art. 779.1.1ª LECrim que obligaba al Juez de Instrucción a notificar, en todo caso, el archivo de las diligencias previas, hasta su modificación por la Ley 4/2015, que viene a vincular ahora la notificación a la existencia de solicitud previa conforme a su art. 5.1 m).

La variación legislativa está en consonancia con lo dispuesto en el art. 6.4 de la Directiva, que otorga preeminencia a la voluntad del ofendido en este punto: *el deseo de las víctimas de recibir o no información será vinculante para las autoridades competentes, a menos que sea obligatorio facilitar esa información en virtud del derecho de la víctima a participar de manera activa en el proceso penal. Los Estados miembros permitirán a las víctimas cambiar de opinión al respecto en cualquier momento, y tendrán en cuenta dicho cambio.*

Esa declaración de voluntad *ab initio*, en la mayoría de los casos, se recabará en el atestado. Hacer depender las notificaciones a los perjudicados de la previa formalización de un formulario burocrático, rellenando o dejando en blanco un casillero –como frecuentemente ocurrirá en la práctica-, no parece que sea la solución ideal desde la óptica de la seguridad jurídica y de las garantías –precisamente- de los derechos de las víctimas.

Por ello, salvo que conste por manifestación expresa –en el atestado o en las actuaciones de Fiscalía- la oposición de la víctima a recibir información sobre la causa, las resoluciones de archivo y desistimiento, en diligencias preliminares, deben ser notificadas a víctimas y denunciantes, de conformidad con lo prevenido en los arts. 16.2, *in fine*, y 18 párrafo primero, *in fine*, LORPM.

Respecto al contenido de esas comunicaciones debe tenerse en cuenta el art. 6.3 de la Directiva 2012/29/UE que requiere que se incluyan *los motivos o un breve resumen de los motivos de la decisión* y el art. 7 de la Ley 4/2015 que dispone que deben contener *al menos, la parte dispositiva de la resolución y un breve resumen del fundamento de la misma.*

En aplicación de esa normativa las comunicaciones a las víctimas de los decretos de desistimiento y archivo deberán recoger una sucinta motivación de los argumentos que sustentan la decisión del Fiscal.

Lo anterior conecta directamente con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y con las exigencias de motivación de las resoluciones de archivo y desistimiento consignadas en la Circular 1/2000 de la FGE.

El contenido de tales notificaciones, no obstante, deberá respetar escrupulosamente la intimidad de los menores que aparezcan como presuntos infractores, suprimiendo cualquier dato que pueda identificarles, congruentemente con la doctrina de la FGE expresada en la Instrucción 1/2007, *sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores.*” (vid. Dictamen 1/2016, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores *sobre adaptación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, al ámbito de la Justicia Juvenil*)

La LORPM, ciertamente, no prevé que el decreto de desistimiento sea notificado a los progenitores o representantes legales del menor encartado en las diligencias.

Sin embargo, tal comunicación se antoja necesaria, en todo caso, para evitar que los padres, tutores o adultos responsables del menor desconozcan que éste haya cometido una infracción punible.

En la práctica diaria, cuando recibía declaración a menores a quienes se les había incoado su primer expediente, tuve oportunidad de constatar, con frecuencia, las caras de asombro de los progenitores al mostrarles la hoja de consulta de antecedentes del menor extraída de la base de datos de Fiscalía. Muchas veces los padres manifestaban desconocer por completo antecedentes anteriores archivados por desistimiento o por no haber cumplido los menores catorce años en el momento de comisión del hecho. Fuera sincero o no ese desconocimiento o la extrañeza que mostraban, lo cierto y verdad es que tales archivos no se le habían notificado muchas veces.

Para salir al paso de tales situaciones, recientemente, se abordó este tema en las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores celebradas en Madrid los días 24 y 25 de octubre de 2016. Se concluyó que debía notificarse en todo caso el desistimiento a los padres o representantes legales del menor, para generalizar así una buena práctica que ya se venía observando en algunas Secciones de Menores, tal como se reflejaba en diversos informes elaborados por Fiscalías provinciales para la Memoria anual de la FGE.

En concreto se plasmó en la Conclusión II. 16^a:

Aunque el art. 18 LORPM no lo exige, el desistimiento debe notificarse a los representantes legales de los menores, para evitar que ignoren por completo tal circunstancia.

Idéntica precaución debe adoptarse cuando se archive, conforme al art. 3 LORPM, para los menores de edad inferior a catorce años (conclusión 6^a Jornadas de Toledo 2011).

5.-2.4 Traslado a la entidad pública de protección de menores

Lo mismo que en el art. 3 de la LORPM se prevé aquí que el Fiscal remita a la entidad pública de protección los particulares necesarios para que pueda actuar dentro de su ámbito.

Sin embargo, pese a la taxatividad, tanto del art. 18 como del art. 3, en la práctica las Secciones de Menores han seguido las indicaciones de la FGE de no remitir testimonios en todos los casos de archivo a las entidades públicas, a fin de evitar una burocratización y un innecesario “papeleo”, sino sólo en aquellos en que se constaten indicios de riesgo o desamparo que puedan justificar ulteriores actuaciones de protección²⁷.

En el ámbito de una delincuencia específica, toda la relacionada con el llamado “acoso escolar”, la Instrucción 10/2005 de la FGE, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*, dispone también, aunque no lo prevea la LORPM que, tratándose de hechos leves por los que se pueda acordar el desistimiento deberá remitirse testimonio a la Dirección

²⁷ Conforme la Circular 1/2000 de la FGE: “No toda infracción menor, sobre todo si es aislada, implica la concurrencia de una situación de riesgo que necesite de la activación de los recursos previstos en el CC y en la Ley Orgánica 1/1996 citados en el art. 3 de la Ley”

del centro escolar para que adopte las medidas oportunas en relación a las víctimas y victimarios²⁸.

5.-3 DOCTRINA Y PAUTAS DE LA FGE

Ya se han hecho diversas alusiones incidentales a la doctrina de la FGE a propósito de puntos concretos.

Inicialmente la Circular 1/2000, no sentó unas pautas generales respecto a casos o delitos en que pudiera proceder el ejercicio de las facultades ligadas al principio de oportunidad.

La Instrucción 2/2000, *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías...*, se remitió, en tal aspecto, a los acuerdos que se fijen en las Juntas de Fiscales de Sección de cada Fiscalía: *especialmente resulta conveniente fijar criterios uniformes para adoptar las soluciones previstas en los artículos 18 y 19 de esta Ley. Y a efectos de unificar criterios al visado del Coordinador o Delegado de Menores, visado que la referida Instrucción estima conveniente realizarlo en los supuestos de desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 de la Ley Orgánica 5/00).*

Tras abordarse estos temas en distintas Jornadas de Delegados de Menores (especialmente Segovia 2008 y también León 2009), se concretaron algunas pautas por vía de Conclusiones aprobadas por el FGE.

La Circular 9/2011 de la FGE, en su Apdo. IV. 5. *Archivos por ejercicio del principio de oportunidad (arts. 18, 19 y 27.4 LORPM)*, desarrolla algunos criterios generales para la aplicación de estas potestades, partiendo eso sí, de la imposibilidad de establecer un catálogo cerrado de infracciones:

La idea de un elenco o catálogo de delitos apropiados para el uso de estas facultades parece contraria a la razón de ser del principio de oportunidad en el Sistema de Justicia Juvenil, cuyas intervenciones se deciden no sólo en función del delito o falta cometido, sino también de las circunstancias del menor infractor. De esta forma, el Fiscal instructor puede moverse libremente dentro de los límites reglados de los artículos 18 y 19 de la LORPM.

Con posterioridad se han dado nuevas orientaciones en algunos Dictámenes específicos del Fiscal de Sala Coordinador de Menores (Dictamen 4/2013, *sobre criterios para solicitar el sobreseimiento del expediente conforme al art. 27.4 LORPM*; Dictamen 1/2014, *sobre pago de indemnizaciones y consignación de cantidades en las soluciones extrajudiciales*). En otros se realizan referencias incidentales a propósito de otros temas o en relación a la repercusión de las últimas reformas legislativas (Dictamen 1/2015, *sobre criterios de adaptación de la LORPM a la reforma del Código Penal por LO 1/2015* o el Dictamen 1/2016, *sobre adaptación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, al ámbito de la Justicia Juvenil*)

²⁸ “Si no existe reiteración y atendida la levedad de la conducta denunciada los hechos no son susceptibles de calificarse mas que de una simple falta cabrá acordar el desistimiento del art. 18 LORPM. En estos casos pese a no estar expresamente previsto, el desistimiento habrá de acompañarse de una simultánea remisión de testimonio de lo actuado a la dirección del centro docente” (Instrucción 10/2005 de la FGE, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*)

En otras ocasiones se trata el tema en relación a determinados tipos delictivos, como en la aludida Instrucción 10/2005 (acoso escolar), o en la Circular 1/2010 de la FGE, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de menores contra sus ascendientes*, o en el Dictamen 7/2012, *sobre criterios de actuación en supuestos de violencia de género*.

En relación al desistimiento, la mencionada Circular 9/2011 recomienda atender a determinadas variables o pautas generales, que son las siguientes:

5.-3.1 Hecho aislado desprovisto de factores criminógenos

“Como pauta general, la infracción adecuada al desistimiento será un hecho aislado que, por su propia naturaleza, no denote la presencia en el menor de factores criminógenos subyacentes, de riesgo social y de repetición de esa infracción penal u otras más graves, sino que responda más bien a una conducta antisocial puntual, propia de la adolescencia.

En definitiva, deberá tenerse presente que la finalidad del legislador es dejar al margen del procedimiento de menores la llamada *criminalidad de bagatela*, los hechos delictivos de menor importancia, para los que resulta innecesaria otra intervención si el menor es o ha sido corregido dentro del ámbito educativo y familiar en que se desenvuelve”.

5.-3.2 Tiempo transcurrido o mayoría de edad

“Uno de esos factores es el tiempo transcurrido desde que el hecho se hubiese cometido. Una intervención tardía muchas veces puede ser desaconsejable, tal como se desprende del art. 27.4 LORPM. De igual manera, y como otra manifestación más del transcurso del tiempo, la circunstancia de haber alcanzado la mayoría de edad el encartado será relevante a la hora de decantarse por la aplicación del desistimiento y evitar la aplicación extemporánea a un mayor de edad de medidas, soluciones y recursos concebidos para menores.”

5.-3.3 Consideración de la víctima y satisfacción de perjuicios patrimoniales

“También han de pesar en la reflexión consideraciones victimológicas. Cuando se trate de hechos con víctima individualizable, como regla general, es conveniente recibirle declaración para ponderar debidamente la decisión que ha de adoptarse.”

Los perjuicios, patrimoniales o no, irrogados por la infracción, serán un factor digno de consideración a la hora de decantarse o no por el desistimiento. Es cierto que ni el art. 18, ni tampoco el art. 19, relativo a las soluciones extrajudiciales, aluden en ningún momento a la satisfacción de las responsabilidades civiles como elemento condicionante para el ejercicio de esas potestades por el Fiscal. A ello debe añadirse que una hipotética petición indemnizatoria por parte del perjudicado, en caso de desistimiento (art. 18) o archivo (conforme al art. 19 LORPM), sólo podrá articularse en la vía civil ordinaria (Circular 1/2007 FGE). Pero no cabe duda que el haber satisfecho las responsabilidades civiles a favor de la víctima o del perjudicado, o haberle procurado debida satisfacción —si el perjuicio no fuera pecuniario— es un elemento a valorar positivamente de cara al desistimiento.”

5.-3.4 Unificación de criterios en Juntas de Sección y mediante visado

“La concreción, por lo demás, de pautas más específicas para ejercitar esas facultades y a fin de mantener la necesaria unidad de criterio dentro de cada Fiscalía, debe realizarse a través de las Juntas de Sección, como indicaba la Instrucción 2/2000, teniendo en cuenta la *problemática específica de la criminalidad en el territorio*. Las actas de dichas Juntas deberán luego remitirse al Fiscal de Sala

Coordinador de Menores en cumplimiento de lo previsto en la Instrucción 3/2008 *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*.

De cara a la unidad de criterio cobra aquí especial importancia el visado. La propia Instrucción 2/2000 entendía que *resulta conveniente realizarlo en los supuestos de desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 de la LO. 5/00)*.²⁹

5.-3.5 Conveniencia de recibir declaración al investigado:

La conveniencia de recibir declaración al menor investigado, antes de acordar el desistimiento, como tal no se menciona expresamente entre las pautas generales recogidas en la Circular 9/2011 FGE.

Más que criterio, requisito o pauta, la toma de declaración del menor, antes de desistir o no, supone una buena práctica que permite un “cara a cara” del Fiscal con el menor, constatar su arrepentimiento o no por el hecho, por ejemplo, y hacerse una idea más aproximada de su situación personal y familiar. Sirve, asimismo, para informar al menor de las consecuencias de su conducta y para que sus padres tengan puntual conocimiento de la infracción cometida, evitando que la ignoren por completo como se mencionó *supra* (vid Apdo 5.-2.3).

Las Memorias de la FGE vienen haciéndose eco de cómo en muchas Secciones, antes de acordar el desistimiento del art. 18 LORPM, se procura recibir declaración a los menores implicados para así conocerles de primera mano y que perciban “una llamada de atención” sobre su conducta inadecuada, tratando así de desarrollar una labor preventiva.

No puede establecerse como un requisito necesario en todo caso pues, aún siendo muy conveniente tomar esa declaración, debe tomarse en consideración el volumen de trabajo, plantilla y necesidades del servicio de cada lugar. En las Secciones de las grandes capitales (Madrid, Barcelona) se antoja tarea casi imposible tomar declaración a cada menor para el que se pretenda desistir por un delito leve de hurto, dada la frecuencia ingente con que se cometen por adolescentes esas infracciones penales en las grandes urbes. Por el contrario en Secciones correspondientes a pequeñas o medianas capitales de provincia sí parece que puede ser tarea asumible antes de acordar el desistimiento para cualquier clase de infracción³⁰.

²⁹ También en las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores celebradas en Madrid del 24 al 25 de octubre de 2016 se volvió a reiterar la necesidad de visado en los desistimientos y demás decretos relacionados con el ejercicio del principio de oportunidad, al constatarse en las inspecciones que con frecuencia el visado se limitaba a los escritos de alegaciones del art. 30.1 LORPM. En concreto en la Conclusión I.4ª: *El visado de los Delegados, fundamental para garantizar la unidad de actuación, no se limita a los escritos de alegaciones, sino que se extiende también a los desistimientos en preliminares (art. 18 LORPM) y peticiones de sobreseimiento en expedientes de reforma (arts. 19, 27.4 y 30.4 LORPM), dictámenes de competencia, recursos, y control de los escritos relativos a peticiones de libertad o internamiento cautelares (Instrucción 2/2000 e Instrucción 3/2008 de la FGE)*.

³⁰ El esfuerzo desplegado en numerosas Secciones de Menores para recibir declaración a todos los menores imputados para los que luego se desiste ha sido alabado desde la FGE. Así en la Memoria de la FGE correspondiente a 2011 se dice que:

“...se ha seguido ejercitando por las Secciones de Menores la facultad prevista en el 18 de la LORPM. Si bien para el ejercicio de dicha potestad no se precisa recibir declaración al menor que resulte imputado en Fiscalía, hay que seguir destacando el notorio esfuerzo desarrollado en numerosas Secciones, algunas correspondientes incluso a provincias con importante volumen de trabajo, para recibir declaración en muchos casos a los menores imputados y también a quienes resultasen perjudicados. En este apartado cualquier mención concreta de Fiscalías resultaría injusta, pues acarrearía omisiones inevitables, pero sí debemos destacar, como se hace en no pocas Memorias, que

En cualquier caso, es una buena práctica a observar siempre que resulta posible y como tal se reflejó en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores celebradas en Madrid los días 24 a 25 de octubre de 2016. En concreto en la Conclusión II.17^a:

Siempre que fuera posible, por razones de política criminal, conviene oír en declaración al menor investigado aunque se vaya a acordar el desistimiento, a fin de evitar transmitirle una sensación de impunidad.

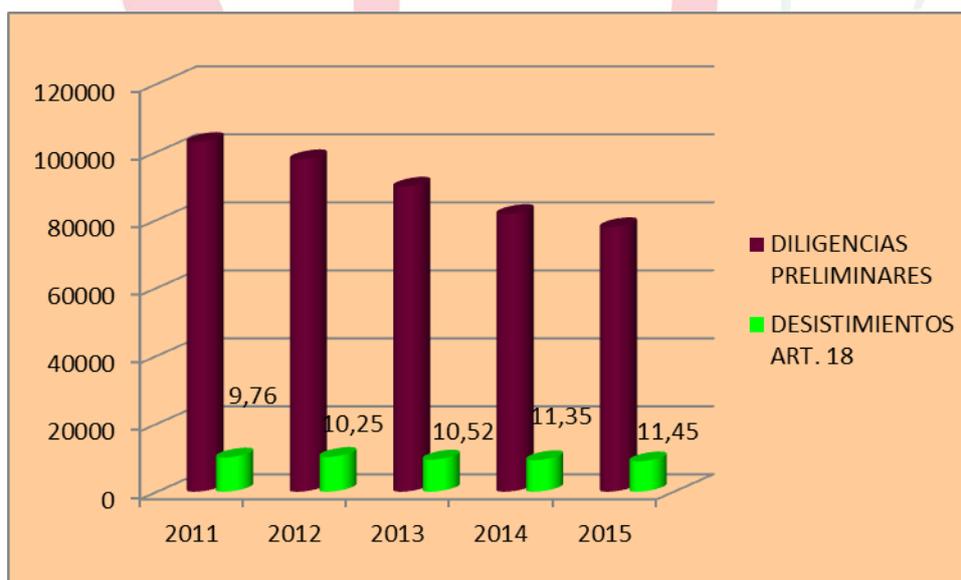
5.-4 INCIDENCIA PRÁCTICA. ESTADÍSTICAS FGE

Las cifras estadísticas y los análisis sobre el desistimiento (y el resto de manifestaciones del principio de oportunidad), se recogen en las Memorias de la FGE.

Los primeros años de la década pasada coincidieron con el inicio de la vigencia de la LORPM y con las cifras porcentuales más altas en cuanto a desistimientos.

La razón de esas cifras iniciales, a buen seguro, estuvo en la situación transitoria de aquellos años y el trabajo acumulado por la remisión masiva a las Secciones de Menores de causas abiertas en los Juzgados de Instrucción contra menores de 16 y 17 años, conforme a la legislación vigente antes del 13 de enero de 2001. Así, en el año 2002 sobre el total de diligencias preliminares incoadas se hizo uso del desistimiento en un 18'33 % de los casos y en 2003 en un 17'54 %. A partir de ahí se inicia un descenso paulatino, llegando a porcentajes del 12'41% en 2009.

Los porcentajes se han estabilizado durante el último lustro entre el 9-11% pues fueron: 11'72% en 2010; 9'76 % en 2011; 10'25% en 2012; 10'52% en 2013; 11'35% en 2014 y 11'45 % en 2015.



el motivo de oír en declaración al imputado obedece a razones conscientes de política criminal, a fin de evitar la posible sensación de impunidad del menor, con lo que ello supone de efecto preventivo. No menor importancia tiene el que se trate de conseguir frecuentemente con ese llamamiento que el menor (o sus padres), además, se hagan cargo de las posibles responsabilidades civiles derivadas antes de archivar las diligencias”

Sí debe decirse que se aprecian grandes diferencias entre distintas provincias, que implican un uso ciertamente desigual de esta facultad, pues mientras que en unas sobrepasa el 20% en otras apenas alcanza el 3%³¹.

6.-SOBRESEIMIENTO DEL EXPEDIENTE POR CONCILIACIÓN, REPARACIÓN O ACTIVIDAD EDUCATIVA EXTRAJUDICIAL (art. 19 LORPM)

En el art. 19 (lo mismo que en el 27.4 de la LORPM) se prevé que el Fiscal interese del Juez el archivo del expediente incoado en atención a una serie de situaciones que se van a analizar.

A diferencia de los desistimientos, el escenario procedimental es distinto, la causa se ha “judicializado”, pues ya ha sido incoado expediente con todo lo que implica (notificación al menor, nombramiento de abogado defensor, comunicación al Juzgado, notificación al perjudicado, necesidad de que el menor sea visto por el equipo técnico para emitir un informe etc.). La consecuencia, además, es que en estos casos el Fiscal no archiva el expediente por sí, sino que lo interesa del Juzgado.

No puede establecerse, no obstante, una rígida delimitación entre los supuestos en que procede el desistimiento y aquellos en que sería conveniente alguna de las llamadas soluciones extrajudiciales³² del art. 19, ya que entre una y otra manifestación del principio de oportunidad existen “vasos comunicantes” o puntos de conexión. En no pocos casos el desistimiento puede ser insuficiente, porque el hecho precise de una respuesta al infractor desde la jurisdicción de menores, pero puede ser excesiva una respuesta judicial con la celebración de una audiencia y todo lo que conlleva. En estas situaciones la salida natural puede ser alguna de estas medidas extrajudiciales.

Este tipo de “soluciones”, a diferencia de los desistimientos, suelen tener gran aceptación social, especialmente por parte de las víctimas, que aprecian que se les tiene en cuenta y no se les soslaya, como tradicionalmente ha venido ocurriendo dentro del Derecho Penal³³,

³¹ Aunque exista una tendencia a acudir menos al desistimiento en las Fiscalías con menor volumen de asuntos, si se comparan los distintos porcentajes se aprecia un uso más bien desigual de esta facultad entre las distintas Secciones. Por poner sólo algunos ejemplos de datos correspondientes al año 2012: Córdoba (2’9%); Cádiz (5%); Sevilla (6’5%); Málaga (20’10 %); Soria (5’8%); Teruel (16’17 %); Navarra (12%); Zaragoza (14’6%); Álava (27’97%); Guipúzcoa (17’13 %); Vizcaya (8’90 %); Barcelona (16’75 %) y Madrid (23’18%).

³² Decimos “llamadas” pues aunque se digan extrajudiciales implican necesariamente la incoación de un expediente judicial.

³³ La mediación o justicia reparadora, como ideología surgida en los años 70 dentro de la doctrina penalista, supuso traer a un primer plano el papel que a la víctima le debía corresponder en el proceso penal. Como se ha dicho, se trataba de “una experiencia relativamente nueva como forma, pero muy vieja en el sistema penal. En efecto, en casi todos los Códigos encontramos preceptos que atenúan la responsabilidad penal cuando el autor de los hechos está dispuesto a reparar el daño causado y si esto no puede ser, al menos, a disminuir el daño producido. Pero la característica más importante de la mediación no es sólo la reparación del daño sino la lucha por reducir la intervención penal formal. *Todo aquello que puede ser reparado fuera del sistema no debe entrar en él*” *Menores privados de libertad, Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ, 1996)*. Véase *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado* de ESTHER JIMÉNEZ –SALINAS COLOMER, citando a Schroll, H.V “*Konfliktregelung in der österreichischen Praxis...*”

Este tipo de ideas ha ido calando poco a poco en el Derecho Penal moderno si bien con más fuerza dentro de los sistemas penales juveniles, dadas las características de estos últimos. Se ha dicho de esta clase de soluciones, en la aplicación que se ha venido haciendo de ellas, que tienen una gran aceptación social, pues toman en consideración la opinión y voluntad de la víctima. En el derecho penal juvenil otra de sus ventajas repetidas es que sirve, desde la

ofreciéndoles la posibilidad de ser resarcidas y obviando al tiempo el proceso, con la carga de victimización secundaria que lleva implícita. Y desde la perspectiva del infractor la última ventaja apuntada es esencial, permitiéndole evitar el procedimiento y juicio ulterior, con toda la carga que puede suponer para el menor y, de paso, para su familia.

Cuando se opta por ellas, se renuncia al proceso, pero no a la necesaria intervención educativa que se procurará articular por medios de naturaleza extraprocésal.

Por el Equipo Técnico, adscrito a Fiscalía y a los Juzgados (e integrado por un educador, un psicólogo y un trabajador social) siempre que se incoe expediente se examina al menor y se emite informe psicosocial. En estos casos, además, el cometido del ET no se limita a estudiar la posibilidad de que se realice una actividad reparadora o de conciliación, sino que se extiende a las funciones de mediación y a informar al Fiscal sobre los compromisos adquiridos y el grado de cumplimiento de los mismos (art 19.3 LORPM).

La toma de iniciativa para proponer la realización de alguna de las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM puede corresponder al equipo técnico (art. 27.3 LORPM), pero también el Fiscal, en su calidad de instructor del expediente (arts. 16 y 23.1 LORPM), puede proponer al ET que valore tal posibilidad. Ambas opciones se reconocen en el art. 5 del Reglamento de desarrollo de la LORPM aprobado por RD 1774/2004, de 30 de julio.

El art. 19 contempla tres comportamientos a realizar por el menor expedientado, con intervención del ET, que exterioricen su intención de solucionar el conflicto creado con su conducta:

- La conciliación supone, conforme a la Exposición de Motivos, *que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor*, de manera que como luego dice el art. 19, el menor “reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y esta acepte sus disculpas”.
- La reparación va más allá de esa satisfacción psicológica, pues precisa además que *el menor ejecute el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado* (Exposición de Motivos), concretándose en el artículo ese compromiso del menor con la víctima o perjudicado en *realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva*.
- La actividad educativa³⁴: que el menor se comprometa *a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe* (art. 19-1, último inciso).

perspectiva del menor infractor, para que éste en algunos casos tome conciencia de las consecuencias de sus actos, enfrentándole a ellas, y en otros casos para evitar que sobrevalore en exceso la gravedad de los hechos -como a veces ocurre- y se generen en el menor sentimientos de culpa.

En concreto, en nuestra legislación de menores fue introducida la reparación en la L.O 4/92 en la nueva del art. 15-1-6º, párrafo 2º, así como la propuesta de reparación extrajudicial del art. 16-1, párrafo 3º de la L.T.T.M

³⁴ A “esta posibilidad de desarrollar una actividad educativa como forma de concluir el expediente ... ni siquiera se la menciona en el enunciado del precepto, en el que tampoco encontramos una definición de la misma, ni aparece resaltada en la Exposición de Motivos como ocurría con aquéllas. Diríase que está como “escondida”, pues aparte de la alusión antes referida, no se la vuelve a mencionar en adelante más que en el nº 5 del artículo que consigna que *en el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el*

6.-1 PRESUPUESTOS LEGALES

El art 19 LORPM exige los siguientes requisitos:

- Que se trate de un *delito menos grave o falta*, caracterizado por la falta de violencia o intimidación graves. Con esa última expresión se amplía un tanto el elenco de infracciones que pueden sobrepasarse en relación al art. 18. A propósito de los delitos menos graves y las “faltas” nos remitimos a todas las consideraciones efectuadas *supra* en el Apdo. V.-1.1 y en el Dictamen 1/2015, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, citado en ese epígrafe.
- *Atender a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor*. Para esto último, que supondrá una valoración de la situación del menor, será de especial interés el informe del equipo técnico.

6.-2 PRESUPUESTOS FORMALES

Concurriendo, pues, los dos requisitos previos antes expuestos, cabrá la posibilidad, de acudir a esta vía, pero habrán de observarse también los siguientes requisitos formales:

- Conforme al nº 6 del artículo *en los casos en los que la víctima del delito o falta fuese menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el*

Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente. Incluso llama aún más la atención que pareciendo que, en este caso, la ley en el 19-1, último inciso, antes transcrito, deja la iniciativa al equipo técnico para proponer el desarrollo de una actividad de esta índole, sin embargo, la vuelve a silenciar en el art. 27-3 cuando se dice que *el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que este efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley...*

¿Qué debe entenderse entonces por “actividad educativa”? Creemos que la misma se debe identificar en cuanto a su contenido con la medida recogida en el art. 7-1-K) de la Ley, esto es, la *Realización de tareas socio-educativas*. Dicha medida constituye una de las novedades -positivas, a nuestro entender, por las posibilidades que puede abrir de la nueva legislación. En la Exposición de Motivos (III-19) se explicita mucho mejor en qué consiste y cuáles son sus objetivos:

La realización de tareas socio-educativas consiste en que el menor lleve a cabo actividades específicas de contenido educativo que favorezcan su reinserción social. Puede ser una medida de carácter autónomo o formar parte de otra más compleja. Empleada de modo autónomo, pretende satisfacer necesidades concretas del menor percibidas como limitadoras de su desarrollo integral. Puede suponer la asistencia y participación del menor a un programa ya existente de la comunidad, o bien a uno creado ad hoc por los profesionales encargados de ejecutar la medida. Como ejemplos de tareas socio-educativas se pueden mencionar las siguientes: asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo; participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etc. (vid. GARCIA INGELMO, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la LO 5/2000”).

No obstante, BENITO SORIANO matiza al respecto con acierto que: “si bien estamos de acuerdo con que la medida de realización de tareas socio-educativas puede servirnos para hacernos una idea de en que puede consistir una intervención educativa, resulta peligroso asimilar este tipo de soluciones adoptadas al amparo del principio de oportunidad con las medidas recogidas en el art. 7, y debe de evitarse cualquier acercamiento a considerar este supuesto como una medida ya que existe el riesgo de que sin un fallo de culpabilidad se imponga al menor una reacción similar a la propia de la medida de realización de tareas educativas, tal como ocurre en otros países donde por vía de desjudicialización pueden imponerse verdaderas sanciones” (SORIANO IBAÑEZ, BENITO *El principio de oportunidad* (Jornadas de especialización en el derecho penal de menores, CEJAJ 2002).

presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores. Este último requisito de la aprobación judicial es algo cuya necesidad, ciertamente, no se entiende, sin bien, en la práctica, no ha dado problemas y ha carecido de virtualidad.³⁵

- Aunque la LORPM no lo recoja, conforme al art. 5.1 del posterior Reglamento de la LORPM, deben ser citados los representantes legales del infractor, lo que es lógico puesto que es un derecho del menor (art. 22.1.e LORPM).
- Igualmente el art. 5.1 del Reglamento obliga a citar al letrado defensor del menor, en consonancia con la LORPM que trata de garantizar la asistencia jurídica y el derecho de defensa desde el mismo momento de la incoación del expediente (art. 22 n°1.b y 2).

6.-3 PETICIÓN DE SOBRESEIMIENTO O CONTINUACIÓN DEL EXPEDIENTE

En los casos del art. 19 LORPM, si la conciliación se lleva a efecto o si la reparación o actividad educativa se cumplen satisfactoriamente, se concluirá por el Fiscal el expediente y se remitirá al Juzgado con la correspondiente petición de sobreseimiento.

El Juez habrá de acordarlo, en todo caso, si no existe acusación particular personada, de conformidad con el principio de postulación (art. 8 LORPM). Se han suscitado problemas prácticos (tanto en los supuestos del art. 19 como en los del art. 27.4 LORPM) cuando existe una acusación particular personada que no esté de acuerdo con el sobreseimiento solicitado, a pesar de haberse cumplido por el menor los compromisos contraídos conforme al art. 19. Este problema se desarrollará luego en el Apdo. 8.

Puede ocurrir también, no obstante, que la conciliación no sea posible o que el menor infractor no cumpla con los compromisos contraídos y no realice la reparación o actividad educativa. El archivo por esta vía está condicionado al cumplimiento satisfactorio de los compromisos adquiridos, de manera que si se incumple se continuará con la tramitación del expediente (art. 19.5 LORPM) hasta su conclusión y remisión al Juzgado con un escrito de alegaciones solicitando se le imponga una medida judicial (art. 30.1 LORPM).

Quedan a salvo aquellos casos en que la conciliación o los compromisos no pudieran ejecutarse por causas *ajenas a la voluntad del menor*. En esta hipótesis el Fiscal puede solicitar igualmente el archivo (art. 19.4 LORPM). Se comprenden aquí los supuestos (frecuentes en la práctica) en que, no obstante la actitud conciliadora del menor, la víctima se muestre reacia a aceptar esas disculpas, sin que el Fiscal aprecie razones de suficiente entidad para que el ofendido adopte esa postura. Esta es una de las situaciones, como se verá en el siguiente epígrafe, que menciona expresamente la Circular 9/2011 de la FGE, ofreciendo pautas de actuación.

No obstante el sobreseimiento, el perjudicado puede acudir a la vía civil ordinaria para el resarcimiento del perjuicio pecuniario irrogado. También puede llegar a un acuerdo con el infractor sobre la responsabilidad civil, al margen de los compromisos de reparación (último inciso del 19.2 LORPM).

³⁵ Ya fue objeto de numerosas censuras en el Anteproyecto de Ley. Así, FELIX PANTOJA GARCIA, en su trabajo *El Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores. La posición del Ministerio Fiscal en el proceso* (Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Tomo VII, año 1997).

6.-4 DOCTRINA Y PAUTAS DE LA FGE

Por las razones expresadas en el Apdo. 5.-3 los criterios sentados por la FGE sobre la aplicación del art. 19 LORPM son también generales, pues no es posible –ni deseable- tratar de abarcar la inagotable casuística que puede presentarse.

6.4.1 Puntualidad del hecho. Referencia a algunos delitos recomendados y otros no recomendados

Señala la Circular 9/2011 FGE que en las soluciones extrajudiciales del art. 19 LO 5/2000:

“...puede encontrarse a menudo la vía natural de solución de ciertas manifestaciones delictivas que son reflejo de problemas sociales como el acoso escolar, o de fenómenos como la utilización de Internet y las nuevas tecnologías para la comisión o difusión de delitos.

En los frecuentes casos de conducción de un vehículo de motor o ciclomotor careciendo del permiso o licencia correspondientes (art. 384, párrafo segundo CP), cabe el desistimiento en caso de inexistencia de antecedentes, procurando transmitir al menor el reproche que su conducta merece; pero cabe también incoar un expediente instando al propio tiempo del Equipo Técnico que evalúe al menor proponiendo como solución extrajudicial, conforme al artículo 19, la realización, como actividad educativa, de un curso de seguridad vial.

Por ello debe potenciarse aún más la utilización de estas soluciones extrajudiciales, promoviendo la creación de los recursos correspondientes en aquellos lugares en que no existieran³⁶”.

Enuncia así algunas manifestaciones delictivas para las que, *a priori*, podría resultar bastante aconsejable, aunque, como en el caso del desistimiento, matiza que las infracciones cometidas deberán ser puntuales y que tal opción deberá descartarse cuando el hecho o circunstancias del menor revelen una problemática delincuencia:

“...como pauta general, en todos los casos, antes de acordar la desjudicialización deberá atenderse a la propia finalidad de esta opción, diseñada para ofrecer respuesta puntual a infracciones, igualmente puntuales, cometidas por menores. Este tipo de respuesta no sería la adecuada cuando las circunstancias concurrentes en los hechos o la situación del menor demanden medidas de intervención global sobre el mismo”.

Si bien la Circular 9/2011 no alude a ningún tipo delictivo que, cumpliendo los requisitos legales, entienda desaconsejable para las soluciones extrajudiciales, sí se encuentran menciones específicas en la Circular 1/2010 de la FGE, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de menores contra sus ascendientes* o en el Dictamen 7/2012, *sobre criterios de actuación en supuestos de violencia de género*. La primera desaconseja explícitamente las soluciones extrajudiciales para los casos de violencia contra los ascendientes, considerando *residual* esa opción. Por su parte, el Dictamen 7/2012, en esa misma línea, estima aún más excepcional esa vía para la violencia de género, abriendo la puerta únicamente para

³⁶ De los informes para las Memorias de la FGE resulta que en los fenómenos delictivos mencionados (acoso escolar, cyberbullying, delitos cometidos mediante nuevas tecnologías, y delitos contra la seguridad vial -por conducir sin permiso-) se acude con gran frecuencia a las soluciones del art. 19 LORPM, con gran eficacia práctica.

casos aislados, en beneficio de la víctima y supeditada al compromiso del infractor de no volver a comunicarse con ella³⁷.

6.4.2 Valoración positiva de resarcimiento patrimonial

Según la Circular 9/2011:

“Aunque el resarcimiento patrimonial al perjudicado tampoco esté contemplado como condición para la aplicación de las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM, puede ser un elemento muy a tener en cuenta para impulsarlas en los casos en que constase su abono efectivo o existiese una voluntad real de llevarlo a cabo.”

6.4.3 Petición de sobreseimiento, conforme 19.4 LORPM en caso de postura irrazonable de víctima

Pero a renglón seguido, la misma Circular previene frente a actitudes irracionales por parte de las víctimas que puedan bloquear la situación, recomendando en tales casos pedir el sobreseimiento conforme al art. 19.4 LORPM:

“Esta afirmación debe matizarse, pues si se detectase riesgo de que el proceso del art. 19 pudiese frustrarse a consecuencia de posturas irrazonables de los perjudicados, o porque éstos vinculasen su aceptación a que se satisfagan pretensiones económicas desmedidas, cabrá la posibilidad de interesar el sobreseimiento en beneficio del menor que abre el art. 19-4 (...cuando una u otros —conciliación y reparación- no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor).”

6.-5 INCIDENCIA PRÁCTICA. ESTADÍSTICAS FGE

Los porcentajes de expedientes sobreseídos, conforme a los arts. 19 y 27.4 LORPM se sitúan entre el 22-26% a lo largo de los últimos cuatro años (26'03% en 2012; 22'47% en 2013; 25'48% en 2014 y 24'25% en 2015).

³⁷ Circular 1/2010, Conclusiones 12ª y 13ª: “12ª No cabrá aplicar el desistimiento del art. 18 LORPM, teniendo en cuenta que normalmente concurrirá violencia o intimidación, -lo que ya excluye la posibilidad de su utilización- y además a la vista de que en estos casos precisamente es la corrección en el ámbito familiar la que falla estrepitosamente.

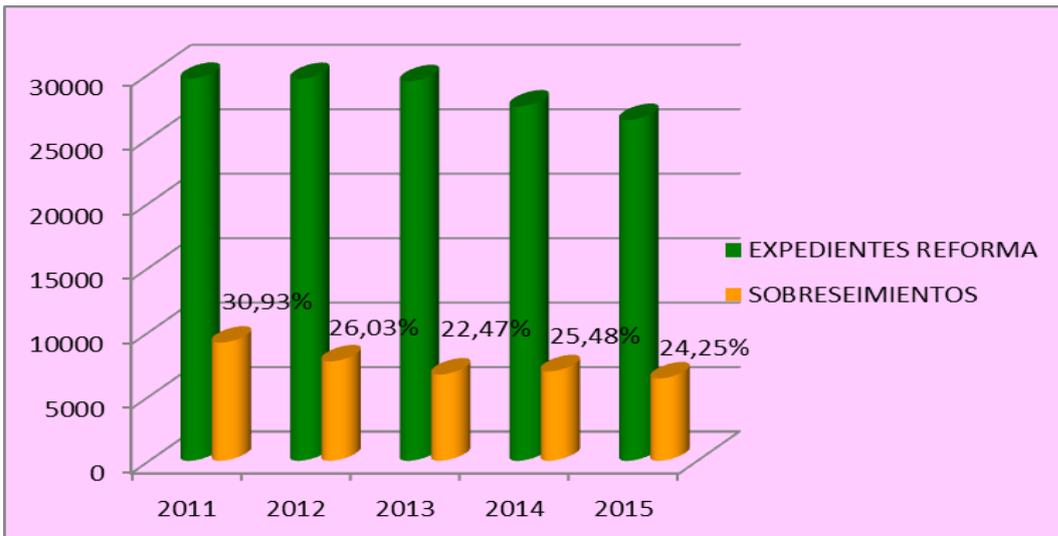
13ª Cabrá, residualmente y en los supuestos de menor entidad, aplicarse una reparación extrajudicial pues, acompañada de algunas obligaciones para el menor, en supuestos con pronóstico favorable, puede ser una solución idónea, siempre susceptible de ser revocada si el denunciado incumple sus obligaciones. En todo caso, tal solución deberá ir precedida y avalada por un riguroso estudio de la situación familiar.”

Dictamen 7/2012, Conclusiones 3ª y 4ª: “3ª Está excluida, por razones de estricta legalidad, la facultad de desistimiento en todos los tipos de delitos relacionados con la violencia de género (arts 153.1 –lesiones-, 171.4 y 5 y 172.2 –amenazas y coacciones leves- y 173.2 CP –maltrato habitual-).

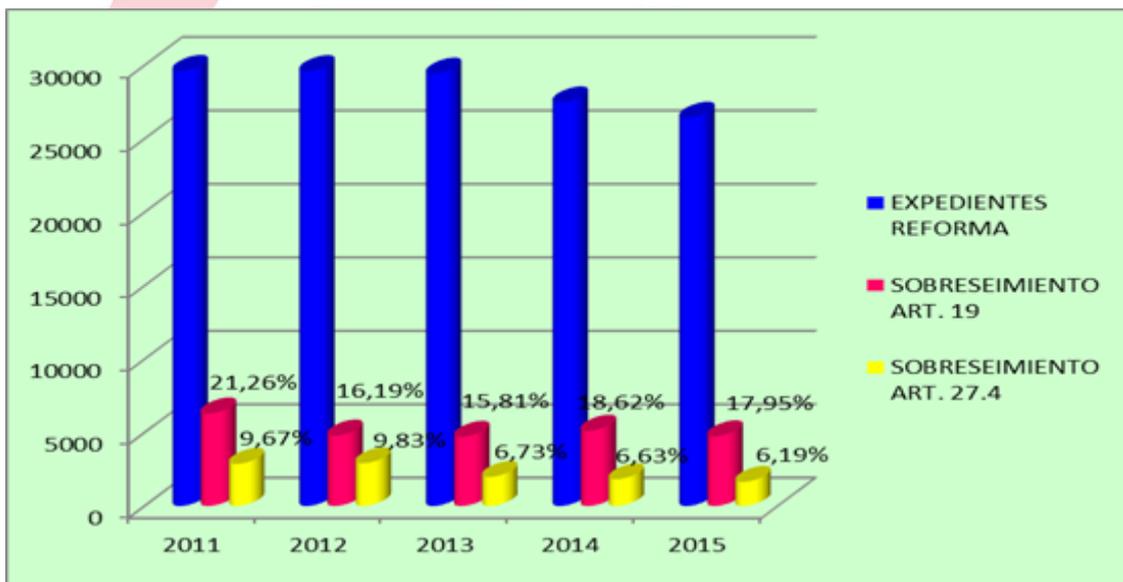
Sólo cabría el desistimiento, una vez verificadas las circunstancias concurrentes, en los supuestos de faltas de vejación injusta del art. 620.2 CP. También procedería el archivo en este caso, pero por razones de legalidad, si la propia víctima no quisiera continuar con la denuncia o no la interpusiera, por ausencia del presupuesto de procedibilidad del art. 620.2 CP.

4ª Las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM tendrán carácter absolutamente excepcional y, descartada la conciliación sin más, quedarán condicionadas a un previo y riguroso estudio de las circunstancias concurrentes que las justifiquen en cada caso concreto.

Se supeditará su aplicación siempre al interés de la víctima, al compromiso del infractor de no comunicarse con ella en el futuro y a la realización actividades o trabajos extrajudiciales relacionados con su infracción (técnicas de control y resolución de conflictos, formación en igualdad, etc.)”



Si se trata de expedientes sobreesidos sólo conforme a las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM, la media de los últimos cuatro años se sitúa entre el 15-18%. (16'19% en 2012; 15'81% en 2013; 18'62% en 2014 y 17'95 % en 2015).



También se observan importantísimas diferencias en cuanto al uso de estas facultades entre unas Comunidades Autónomas y otras en función de la mayor o menor dotación de recursos destinados por las diferentes entidades públicas competentes³⁸.

³⁸ Esas diferencias territoriales y penuria (o inexistencia en algunas Comunidades y provincias) en cuanto a la dotación de recursos para la realización de soluciones extrajudiciales se ha reiterado en las Memorias de la FGE, haciéndose eco de las quejas transmitidas por las Secciones en sus Informes anuales para la elaboración de tales Memorias.

7.- SOBRESEIMIENTO DEL EXPEDIENTE CONFORME AL ART. 27.4 LORPM

7.-1 PRESUPUESTOS LEGALES Y FORMALES

El archivo por este motivo se basa en una propuesta en tal sentido por parte del ET que, tras un estudio de las circunstancias del menor, puede concluir que:

- No resulta conveniente al interés del menor la continuación del expediente por haber sido expresado suficientemente el reproche que merece su conducta a través de los trámites ya practicados
- Que por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos resulte inadecuada para el interés del menor cualquier intervención³⁹

Como presupuesto legal previo es preciso que la infracción cometida reúna las condiciones del art. 19.1 LORPM (*delitos menos graves, caracterizados asimismo por la falta de violencia o intimidación graves*).

La iniciativa puede partir del ET, pero también puede ser el Fiscal quien la tome y solicite del ET que emita un informe al respecto, si apreciase que puede concurrir alguna de las dos situaciones que contempla el precepto⁴⁰.

La propuesta de sobreseimiento irá igualmente dirigida al Juez, a quien remitirá el expediente concluso.

El Fiscal puede cursar también, si entendiera que procede, los particulares correspondientes a la entidad pública para que actúe en protección del menor.

Aunque el artículo no lo diga, se entiende que quedan siempre a salvo las acciones civiles que puedan asistir a los perjudicados, a los que habrá de notificársele el archivo por este motivo.

7.-2 DOCTRINA Y PAUTAS DE LA FGE

Aún mostrando una valoración positiva sobre el fundamento de esta variante del principio de oportunidad (vid. nota 39), la doctrina de la FGE acerca del art. 27.4 LORPM, contenida en Circulares o Instrucciones, ha resultado escasa, más allá de alguna alusión en la Circular 1/2000 y un breve apartado de la Circular 9/2011

³⁹ Respecto al fundamento de estos motivos de archivo, la Circular 9/2011, de la FGE, señala que "...la posibilidad de sobreseimiento por haber sido el *reproche ya expresado suficientemente* es plenamente congruente con los principios de esta jurisdicción en la que han de evitarse al menor, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el proceso pudiese llegar a producirle, en la certeza de que, para muchos menores, el verse sometido a un expediente de reforma constituye ya corrección suficiente.

También es general el convencimiento sobre la ineficacia o inconveniencia de intervenciones tardías o extemporáneas."

⁴⁰ Conforme a la Circular 9/2011, FGE: "Pese a no estar previsto ni en la LORPM ni en su Reglamento, puede el Fiscal en su condición de instructor y defensor del interés superior del menor, proponer al Equipo Técnico que informe sobre las soluciones desjudicializadoras del art. 19 (conciliación, reparación, actividad educativa)"

Esa escasez, unida a cierta dispersión de criterios y a la utilización excesiva de esta facultad que, como se observó desde la FGE, hacían algunas Secciones, motivaron el Dictamen 4/2013 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, *sobre criterios para solicitar el sobreseimiento del expediente conforme al art. 27.4 de la LORPM*.

En ese Dictamen se concretan y analizan los presupuestos objetivos de dicho sobreseimiento (inidoneidad de la intervención por transcurso del tiempo y/o suficiencia del reproche dirigido al menor), así como los trámites procedimentales adecuados, catalogándose como residual esa facultad e indicando que su uso debe ceñirse, estrictamente, a las dos situaciones que contempla el artículo, y siempre que no procedan las otras opciones desjudicializadoras previstas en la LORPM (arts. 18 y 19).

El Dictamen citado establece pautas restrictivas para el ejercicio de esta potestad, pues *en línea de principio, el sobreseimiento por la vía del 27.4 LORPM no puede ser concebido ni como una alternativa a las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM, ni como sustitutivo de las mismas*.

Al tiempo, invita a los Fiscales a *extremar el rigor en su aplicación toda vez que esta posibilidad legal habilita la conclusión del expediente sin que el menor reciba una respuesta a su conducta en forma de medida correctora, extrajudicial o judicial*.⁴¹

⁴¹ El Dictamen 4/2013 citado termina con las siguientes conclusiones:

“1ª El sobreseimiento del 27.4 LORPM no puede ser concebido ni como una alternativa a las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM, ni como sustitutivo de las mismas.

Esta variante del principio de oportunidad debe catalogarse como residual, limitándose su uso, estrictamente, a las dos situaciones que contempla el artículo, y siempre que no procedan las otras opciones desjudicializadoras previstas en la LORPM (arts. 18 y 19).

2ª La escasa o nula dotación de equipos de mediación o recursos destinados a la realización de soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM, no justifican per se que los supuestos en que estén indicadas se deriven sin más para su archivo por la vía del art. 27.4 LORPM.

Cuando concurren semejantes condicionantes deberá sopesarse la posibilidad de solicitar la apertura de audiencia, interesando una medida judicial puntual de medio abierto (servicios en beneficio de la comunidad o tareas socioeducativas) y evitar –si es posible– la contienda judicial a través de la conformidad previa contemplada en el art. 32 LORPM.

3ª Los Sres. Fiscales deben extremar el rigor en la aplicación del art. 27.4 LORPM, toda vez que este precepto habilita la conclusión de expedientes sin que el menor reciba una respuesta a su conducta en forma de medida correctora, extrajudicial o judicial.

4ª Para solicitar el sobreseimiento por considerar inadecuada cualquier intervención para el interés del menor, debido al tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos, deberán concurrir cumulativamente:

a) Transcurso de un período de tiempo dilatado que supere con exceso los parámetros temporales de instrucción habituales. No se deberá apreciar cuando la tardanza se deba a la estrategia de defensa o la propia actitud obstruccionista del menor imputado.

b) Objetivación en el expediente de los efectos del paso del tiempo, que hagan inadecuada la intervención con el imputado (desarrollo de un trabajo o actividad que no realizara en la fecha del hecho; deshabitación de tóxicos; entorno socio-familiar diverso; rebasar la mayoría de edad, etc.).

5ª Para interesar el sobreseimiento fundado en que no es conveniente al interés del menor continuar el expediente, por haber sido expresado suficientemente el reproche que merece su conducta a través de los trámites ya practicados será preciso:

a) La propuesta de archivo del Equipo Técnico en términos claros y expresivos de las razones que en el caso concreto desaconsejen la continuación del procedimiento o una solución extrajudicial.

b) La suficiencia del reproche objetivada en datos obrantes en el expediente, más allá de las manifestaciones del Equipo Técnico:

7.-3 INCIDENCIA PRÁCTICA. ESTADÍSTICAS FGE

Los porcentajes en cuanto al ejercicio de esta facultad y las valoraciones constan en las Memorias de la FGE de los últimos años.

Se archivaron conforme a este artículo el 9'67 % de los expedientes incoados en 2011; el 9'83 % en 2012; 6'73% en 2013; 6'63% en 2014 y 6'19% en 2015.

Se aprecia así una línea clara de descenso en los últimos años como consecuencia de la aplicación de las pautas del Dictamen 4/2013 referido.

Con todo, se sigue apuntando desde la FGE que en algunas Secciones aún se aprecia un uso excesivo de esa facultad, por inercias adquiridas o por carecer de recursos para la realización de soluciones extrajudiciales.

8.- PROBLEMAS DERIVADOS DE LA OPOSICIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR AL SOBRESEIMIENTO CONFORME ARTS. 19 Y 27.4 LORPM. PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA DE LA FGE

-
- Entre esos datos objetivos cobra especial relevancia el reconocimiento de los hechos, sin el que no debe solicitarse el sobreseimiento por este motivo.
 - La satisfacción de eventuales responsabilidades civiles puede ser un factor favorable al sobreseimiento por esta causa, si concurren el resto de presupuestos.

c) Una ponderación de la proporcionalidad del archivo al desvalor de la acción y sus resultados, en evitación de tratamientos diversos a menores con circunstancias semejantes que hubieran cometido los mismos delitos.

6ª Aunque la LORPM no mencione expresamente esa hipótesis, ni tampoco el Reglamento, el Fiscal, en su condición de instructor y defensor del interés superior del menor, puede tomar la iniciativa y solicitar del Equipo Técnico, bajo su dependencia funcional (art. 27.1 LORPM), que emita un informe valorando la posibilidad de sobreseimiento conforme al art. 27.4 LORPM.

7ª Lo dispuesto en el art. 27.4 LORPM, sólo es de aplicación en fase instructora, pues supone una forma de concluir el expediente que se remite al Juzgado con la petición de sobreseimiento. No cabe en ningún caso su ejercicio por el Fiscal en fase de audiencia, ni pretender sustentar retiradas de acusación que se funden en ese motivo.

8ª Todos los proyectos de decreto interesando el sobreseimiento conforme al art. 27.4 LORPM estarán debidamente motivados (Circular 1/2000 FGE) y serán visados por el Fiscal Delegado de la Sección o, en su caso –según la organización interna de cada Fiscalía- por el Fiscal Jefe Provincial (Instrucción 2/2000 y 3/2008 FGE).

9ª Los Sres. Fiscales Delegados cuidarán de garantizar el principio de unidad de actuación, coordinando la actividad de los distintos Fiscales de la Sección entre sí y con los Equipos Técnicos, para evitar que, sin perjuicio del tratamiento individualizado que debe recibir cada menor, se adopten soluciones contrapuestas en situaciones muy semejantes.

10ª Puesto que la mayoría de las aplicaciones no distinguen automáticamente los datos de sobreseimientos conforme al art. 19 LORPM, de los del art. 27.4 LORPM, los Sres. Delegados tomarán oportuna nota de los visados de proyectos de decreto conforme a este último precepto, desglosando y cuantificando así los archivos por uno y otro motivo en los informes para la Memoria anual de la FGE.

11ª No deben confundirse los supuestos del art. 27.4 LORPM con las situaciones en que un proceso de conciliación o reparación (art. 19 LORPM) se frustre debido a posturas irrazonables o pretensiones económicas desmedidas de los perjudicados, pues, conforme a lo dicho en la Circular 9/2011 de la FGE, en estos casos deberá pedirse el sobreseimiento según lo prevenido en el art. 19.4 LORPM, y así debe reflejarse en la estadística.

El entronque de la acusación particular dentro del proceso de la LORPM ha generado tensiones normativas, cuyas soluciones hermenéuticas no son siempre fáciles, ni uniformes.

Uno de los problemas de más calado, y del que dan cuenta buena parte de las Secciones de Menores en sus informes para la Memoria anual, es el que se presenta cuando una acusación particular se opone a la petición formulada por el Fiscal, en uso de las potestades de los arts. 19 y 27.4 de la LORPM, instando del Juzgado el sobreseimiento del expediente, por haberse realizado satisfactoriamente alguna solución extrajudicial o porque, con arreglo al informe del ET, entiende que procede el sobreseimiento en interés del menor.

En estos casos, la corriente mayoritaria, dentro de la “jurisprudencia menor” de las Audiencias Provinciales, opta por estimar que procede el sobreseimiento, entendiendo que las facultades ligadas al principio de oportunidad de los arts. 19 y 27.4 de la Ley son competencia exclusiva del Fiscal, no cabiendo oposición por parte de la acusación particular. El Juez, por su parte, únicamente puede controlar que concurren los presupuestos legales para su ejercicio.

Sin embargo, no todas las Audiencias Provinciales y Juzgados de Menores lo han entendido así, puesto que algunos órganos jurisdiccionales, en estos casos, han acordado la apertura de audiencia sólo a instancia de la acusación particular.

Para salir al paso de este problema, por parte de la FGE se hizo una propuesta de reforma legislativa incluida en la Memoria de 2014, *de los arts. 19 y 27.4 de la LORPM para excluir expresamente la posibilidad de oposición de la acusación particular al archivo legalmente acordado*.⁴²

⁴² Se reproduce a continuación, en su integridad, la mentada propuesta:

“Reforma de los arts. 19 y 27.4 de la LORPM para excluir expresamente la posibilidad de oposición de la acusación particular al archivo legalmente acordado:

En la Memoria correspondiente a 2011 se proponía como reforma legislativa la del art. 25 de la LORPM, para que la personación de la acusación particular se efectuase en Fiscalía, en lugar de en el Juzgado de Menores como hasta ahora, poniendo fin a las disfunciones que allí se exponían.

Sin embargo, no es el único problema práctico derivado del entronque en la LORPM de la acusación particular, tras la reforma del art. 25 por LO 15/2003. Dicha reforma modificó la figura híbrida del coadyuvante sin acción que contemplaba el art. 25 en su primitiva redacción, para dotar a los perjudicados personados de idénticas facultades a las de la acusación particular en la LECrim. Una de las relacionadas en el propio texto del art. 25 de la LORPM es la *instar la imposición de medidas a las que se refiere esta ley* (art. 25 b).

Ante este cambio legislativo la Circular 1/2007 de la FGE preveía que, al introducirse una acusación particular con plenos derechos procesales, era técnicamente posible que llegara a convocarse audiencia contrariando la solicitud de sobreseimiento del Fiscal, si la acusación particular formulaba alegaciones. Para esta eventualidad, se recomendaba a los Sres. Fiscales interesar del Juzgado traslado para formular, en tales casos, escritos de alegaciones en sentido absolutorio, fundamentando con detalle su posición procesal.

Ahora bien, aún admitiendo como técnicamente factible esa posibilidad, hay que diferenciar aquellos casos en que el sobreseimiento se produce a instancia del Fiscal por el juego del principio de oportunidad, conforme a los arts 19 o 27.4 de la LORPM, de aquellos supuestos en que la solicitud del Fiscal se basa en motivos de legalidad, conforme al art. 30.4 de la LORPM.

En la segunda de las hipótesis, el motivo del sobreseimiento solicitado por el Fiscal se apoya en lo previsto en los arts 641.1 y 641.2 de la LECrim, esto es, por no reputar debidamente acreditados los hechos o la participación en los mismos de quienes hubiesen resultado imputados. En esta clase de supuestos, no se suscitan dudas sobre la legitimidad de la acusación particular para sostener por sí misma la acción penal en la jurisdicción de menores.

Distintos son los casos en que el Fiscal solicita el sobreseimiento del expediente por razones de oportunidad. Puede ser con base en el art. 19 de la LORPM, por haberse realizado satisfactoriamente por el menor expedientado la conciliación, reparación o actividad educativa extrajudicial; o puede ser apoyado en lo dispuesto en el art. 27.4, esto es, a instancia del equipo técnico por entender suficiente el reproche transmitido al menor con los trámites del procedimiento, o por estimarse inadecuada la intervención debido al tiempo transcurrido.

En los casos referidos en último lugar, esto es, el sobreseimiento interesado por el Fiscal al amparo de lo dispuesto en los arts 19 o 27.4 LORPM, no puede reconocerse que la acusación particular tenga idénticas facultades para sostener por sí sola la acusación y, desde luego, una interpretación sistemática de los preceptos que la regulan conduce a diferente conclusión.

Las facultades derivadas del ejercicio del llamado principio de oportunidad se atribuyen en exclusiva al Ministerio Fiscal en los arts 18, 19 y 27.4 de la LORPM. En los casos de desistimiento del art. 18 es el Fiscal quien decide, concurriendo los presupuestos legales, el archivo de las diligencias incoadas.

Correlativamente, en los casos de los arts. 19 y 27.4, aun existiendo un expediente abierto que posibilita la personación del perjudicado y aunque éste pudiera formular oposición, dicha potestad sigue correspondiendo únicamente al Fiscal, por lo que admitir que el procedimiento pudiera sostenerse únicamente a instancia de la acusación particular supondría cercenar y desnaturalizar el juego del principio de oportunidad, tal y como está concebido por la LORPM.

A lo anterior habría que añadir otras consecuencias aún menos deseables desde la perspectiva del interés del menor y de la pura coherencia procesal. Especialmente, en aquellos casos del art. 19 LORPM en que el menor podría ejecutar satisfactoriamente una reparación o actividad educativa a la que se hubiera comprometido –entre otros motivos para evitar la audiencia- viéndose luego sometido a juicio, a instancias de la acusación particular. Esta clase de hipótesis supondrían, incluso, un quebranto del principio *non bis in idem*.

Tras la reforma de la LORPM por LO 8/2006, se modificaron el art. 26 (equiparación de acusación particular a defensa en cuanto a pruebas denegadas en instrucción), o el art. 31 (traslado de alegaciones del Fiscal a la acusación particular), e incluso la redacción del último inciso del art. 19.2. Pero quedó incólume el resto del contenido del art. 19 LORPM, sin introducir intervención alguna de la acusación particular, de lo que se infiere, en todo caso, la voluntad del legislador de no alterar la configuración de ese precepto en cuanto que atribuye al Fiscal en exclusiva la facultad de decidir sobre la adopción de las soluciones extrajudiciales ahí contempladas.

Esta solución es por la que se decanta mayoritariamente la llamada jurisprudencia *menor* emanada de las Audiencias Provinciales. Así, entre otros, los Autos nº 17/2011, nº 105/2010, o nº 124/2010, de la Secc.4ª AP Madrid; los Autos nº 421/2011, nº 327/2011, 337/2011 o 1014/2012 de la Secc.3ª AP Barcelona; Auto nº 142/11, Secc.3ª AP Córdoba; o Auto nº 34/2011, Secc. 1ª AP Jaén, resoluciones todas ellas que consideran que la acusación particular no tiene intervención y su oposición carece de efectos en estos casos.

Con todo, se ha observado que, en la práctica y en algunos lugares, han recaído resoluciones en sentido opuesto, admitiendo que, en los casos de los arts. 19 y 27.4 de la LORPM, sí puede oponerse la acusación particular y sostener la acusación por sí. Estas divergencias se explicarían porque, si bien de la interpretación sistemática de la LORPM se infiere la solución contraria a la intervención de la acusación particular, las sucesivas reformas de la LORPM en este punto tampoco excluyen expresa y nítidamente una interpretación distinta.

En las Jornadas anuales de Fiscales Delegados de Menores, celebradas los días 16 y 17 de octubre 2013 en Madrid, en la sede de la FGE, el tema fue objeto de debate, recogiendo como segunda de las conclusiones, aprobadas luego por el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, la siguiente:

La LORPM atribuye al Fiscal en exclusiva la facultad de decidir sobre la adopción de las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM y sobre la posibilidad de sobreseimiento prevista en el art. 27.4 de la misma Ley, careciendo de relevancia la oposición de la acusación particular, que sólo podría impugnar la decisión si no se cumpliesen los presupuestos de legalidad requeridos en tales normas.

No obstante, a la vista de algunas resoluciones judiciales en sentido opuesto, admitiendo la oposición de la acusación particular y que pueda sostener por sí sola la acusación en tales supuestos, la Unidad Coordinadora de Menores someterá a la consideración del FGE propuesta de reforma legal para descartar expresamente en esos casos la intervención de la acusación particular como único sostén del ejercicio de la acción, sin perjuicio del derecho de audiencia que el art. 25 f) LORPM le reconoce.

Por ello, cerrando el círculo de propuestas de reforma en cuanto a la regulación de la acusación particular, se propone la revisión de los arts 19 y 27.4 de la LORPM, para descartar expresamente la intervención de la acusación particular como único sostén del ejercicio de la acción en esos casos, sin perjuicio del derecho de audiencia que el art. art. 25 f) LORPM reconoce al acusador particular en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.

En esta línea, aunque no entre propiamente en el fondo del problema, debe mencionarse también la STC Sala 2ª, nº 23/2016, de 15-2-2016. Se somete a consideración del TC el auto dictado por un Juez de Menores acordando el sobreseimiento por solución extrajudicial del art. 19 LORPM a instancia del MF y desestimando la petición de la acusación particular que pretendía llegar a juicio. Para el TC no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación particular cuando se acuerda el sobreseimiento conforme al art. 19 LORPM, ponderando los intereses en conflicto y el “interés superior del menor” conforme a la LORPM y los Convenios internacionales sobre Justicia juvenil.

A propósito de este tema, existe también un pronunciamiento reciente de la Unidad Coordinadora de Menores de la FGE, en relación a la aplicación supletoria o no de la Ley 4/2015 del EV a estos supuestos. Se plantea la cuestión de si el perjudicado podría recurrir por sí el sobreseimiento en estos casos, aunque no estuviera personado.

La postura del Dictamen 1/2016, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores *sobre adaptación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, al ámbito de la Justicia Juvenil* niega esa posibilidad de recurso y de aplicación supletoria de la LEV, apoyándose en la propia Directiva 2012/29/UE, como argumento adicional a los ya expresados en la propuesta de reforma legislativa de 2014:

En la práctica debería ser una situación infrecuente, pues las soluciones extrajudiciales del art. 19 deben contar, normalmente, con la aquiescencia de la víctima, que por ese motivo puede obviar la personación.

No obstante, si se diera el caso, no se estima que a la víctima le asista ese derecho, y debe rechazarse el recurso, por los motivos antes reseñados, ya que las facultades del principio de oportunidad corresponden en exclusiva al Fiscal.

Pero además, como argumento añadido, la Directiva 2012/29/UE, en su art. 11.5, dispone que las previsiones relativas al derecho de las víctimas a pedir la revisión no se aplicarán a la decisión del fiscal de no llevar a cabo el procesamiento si dicha decisión tiene como resultado un arreglo extrajudicial, en la medida en que el Derecho nacional lo prevea.

9.-EXCLUSIÓN DE OTROS OPERADORES DISTINTOS AL FISCAL DEL EJERCICIO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Relacionado con el Apdo. anterior está el tema que se aborda a continuación.

Se resaltaba antes esa exclusividad en relación a las acusaciones particulares y la irrelevancia de su oposición a las decisiones del Fiscal de pedir el sobreseimiento conforme al art. 19 o 27.4 LORPM, siempre que concurren los presupuestos legales, según la tesis mantenida desde la FGE.

Solamente cabría un control jurisdiccional referido en exclusiva a la observancia de los presupuestos legales previstos en el art. 19 LORPM para el ejercicio de esta facultad por el Fiscal, esto es, que se trate de un delito menos grave o falta, sin violencia o intimidación graves. Sólo podrá rechazarse así el sobreseimiento por el Juez de Menores cuando no se diesen tales presupuestos (ejemplo, si se pretendiera el sobreseimiento del art. 19 para un delito castigado con pena grave conforme a los arts. 13.1 y 33.2 CP).”

Sin embargo, esa exclusividad se debe preconizar igualmente respecto al resto de operadores del procedimiento.

Nos referimos con esta última aseveración a que al Juez de Menores, por ejemplo, le está vedado por Ley el ejercicio del principio de oportunidad e igualmente a la Policía.

Por más que parezca evidente, más aún en la alusión que se hace a la Policía, se trae a colación porque, en la práctica, se han constatado situaciones en que algún Juez e incluso algún Cuerpo de Policía Local han pretendido arrogarse, de diferentes formas, el uso de esa potestad exclusiva y excluyente del Fiscal.

Se trata, empero, de situaciones aisladas y afortunadamente corregidas en su mayoría.

La Memoria de la FGE correspondiente al año 2014 menciona el AAP de Málaga, Sec. 8ª nº 350/2013, de 31 de mayo, que revoca un sobreseimiento acordado sin petición del Fiscal; la AP de Málaga recuerda en esa resolución que la LORPM otorga en exclusividad el principio de oportunidad al Ministerio Fiscal. Esa misma Memoria alude a otros dos autos de la AP de Guipúzcoa recaídos en el año 2013, estimando sendos recursos de Fiscalía y revocando los dictados por el Juzgado de Menores que pretendían sobreseer por vía del art. 19 LORPM sin propuesta del MF.

Respecto a la cuestión de la Policía Local, en concreto de alguno de los denominados Agentes Tutores de esos Cuerpos, en su informe para la Memoria anual, el Fiscal Delegado de la Sección de Menores de Baleares informó ampliamente de las gestiones realizadas a lo largo del año 2014 para erradicar la realización de “mediaciones y prácticas restaurativas” por Agentes Tutores de la Policía Local, por considerarlo un exceso de atribuciones y una intromisión en el ámbito de actuación propio de la jurisdicción de menores⁴³.

En las últimas Jornadas de Fiscales Delegados de Menores (Madrid, 24-25 de abril de 2016), a propósito de lo acaecido en Baleares, se planteó el tema de tales prácticas policiales, dejando sentado tras debate, como principio básico de actuación frente a ellas, que a la Fiscalía le compete en exclusiva el ejercicio del principio de oportunidad y las prácticas restaurativas. Lo anterior se tradujo en la Conclusión II.18ª, del siguiente tenor literal

Deben erradicarse cualesquiera prácticas de mediaciones o actuaciones restaurativas, auspiciadas al margen de la Fiscalía, como las que se han detectado en determinados lugares practicadas por los denominados “Agentes tutores” de alguna Policía Local, por lo supone de exceso de atribuciones e intromisión en el ámbito de actuación propio de la jurisdicción de menores.

⁴³ Vid referencia en la Memoria de la FGE del año 2015

10.-SOBRE LA CONVENIENCIA O NO DE EJERCITAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARCIALMENTE EN UN MISMO PROCEDIMIENTO

Por ejercicio parcial debe entenderse la opción, cuando concurran varios menores imputados, de acordar para unos el archivo (art. 18 LORPM) o pedir sobreseimiento (arts. 19 y 27.4 LORPM), mientras que para otro u otros se incoaría o continuaría el expediente hasta solicitar una medida judicial

La respuesta afirmativa a tal ejercicio parcial parece, en pura teoría, irrefutable pues en la jurisdicción de menores debe primar la consideración de las circunstancias específicas de cada menor.

Así, para unos menores puede proceder el desistimiento y para otros no, en función de los antecedentes que pudiera tener cada cual. De la misma forma se puede entender que unos menores libremente asuman su responsabilidad y realicen una reparación del art. 19 LORPM, beneficiándose de tal posibilidad y que para otros, que no acepten o para los que no sea conveniente la reparación, pueda continuar el expediente y celebrarse audiencia contradictoria.

La postura mayoritaria parece ser ésta y en cierto modo también la de la FGE, vista la conclusión I.2ª de las Jornadas de Delegados de Menores de León 2009:

2º Es admisible llevar a cabo procesos de mediación parciales, cuando en un mismo expediente de reforma estén implicados menores en los que concurran todas las circunstancias y requisitos para llevar a cabo de forma viable dicho proceso y otros respecto de los que no quepa la solución extrajudicial. La imposibilidad existente respecto de unos no tiene por qué constituir un obstáculo para el resto de menores, de forma que en dichos supuestos puede solicitarse el sobreseimiento parcial del expediente respecto de los menores que han culminado el proceso y formularse el correspondiente escrito de alegaciones respecto de los que no ha sido posible dicha solución.

Sin embargo, aunque sea *admisible* como dice la conclusión transcrita, el tema entiendo que es opinable pues, a título personal, diré que muchas veces en la práctica opté por lo contrario, por evitar el ejercicio de parcial del principio de oportunidad, fundamentalmente para eludir los numerosos problemas prácticos (procesales, de responsabilidad civil...) que puede acarrear, tal como expresé en un trabajo anterior⁴⁴.

⁴⁴ *Principio de oportunidad: pautas de aplicación; Desistimientos...* Segovia. 2008 op. cit): “Entiendo que es opinable y la postura anterior me merece todo el respeto, lo cierto es que soy decididamente partidario de lo contrario, esto es, que como pauta general si en unas diligencias preliminares figuran menores con antecedentes y sin ellos, sintiéndolo mucho, se incoa para todos expediente, y de la misma manera si en un expediente con varios coimputados unos aceptan la reparación y otros no, como suele decirse: “café para todos”, es decir, se concluye con alegaciones para todos los menores y todos a audiencia.

Y las razones de lo anterior no son fruto de un capricho personal, sino de los inconvenientes que he comprobado que en la práctica irroga o puede acarrear la tesis contraria.

Para empezar, la más significativa de las ventajas de la reparación consistente en la “extrajudicialidad” se esfuma si tiene que acudir de todas formas al juicio el menor que hubiese reparado y fuese citado.

Y quizá el problema más grave estriba, precisamente, en la peculiar posición procesal que, en la celebración de la audiencia, pasaría a ocupar el menor para quien se hubiera desistido o hubiera ejecutado la reparación o se hubiese beneficiado del sobreseimiento al amparo del art. 27-4. No han sido infrecuentes los casos en la práctica en que el menor para el que se ha desistido o archivado el expediente acude a la audiencia, normalmente citado por la

11.-PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CUANDO RESULTAN IMPUTADOS MAYORES Y MENORES DE EDAD

La entrada en vigor de la LO 1/2015, que incorpora la posibilidad de archivo por principio de oportunidad en los arts. 963 y ss LECrim para los delitos leves, plantea, cuando en la causa estén implicados adultos y menores, la necesidad de coordinación dentro de Fiscalía para evitar soluciones contradictorias en una y otra jurisdicción.

El tema fue abordado en las Jornadas de Delegados de Menores de Madrid de 2015⁴⁵, adoptándose las siguientes conclusiones (IV.- 1ª y 2ª)

1ª La posibilidad de ejercitar el principio de oportunidad respecto a los adultos, introducida en el art. 963.1 LECrim por la LO 1/2015 para los delitos leves, aconseja, en los supuestos en que concurran imputados mayores y menores de edad, establecer mecanismos de coordinación entre las Secciones de Menores y las Secciones penales de las Fiscalías, a fin de evitar posibles soluciones dispares y agravios comparativos, en cumplimiento de lo previsto en la Circular 9/2011 de la FGE (Apdo. IV. 4. Instrucción de causas cuando resultan imputados mayores y menores de edad).

2ª Sin perjuicio de esa deseable coordinación, debe tenerse en cuenta que, atendiendo al superior interés del menor, las facultades del principio de oportunidad son mucho más amplias en la LORPM que en la LECrim y que ese interés del menor y la apreciación particularizada de sus antecedentes y circunstancias personales deben primar en cada caso, aunque ello pueda determinar una solución divergente respecto a los adultos implicados en el mismo hecho.

defensa, y miente descaradamente para exculpar al coimputado que se sienta en el banco. Y lo hace porque sabe que él ya ha “pagado” su responsabilidad en el asunto y la mentira en la vista tampoco va a tener ninguna consecuencia porque, ¿cuál es su posición procesal? ¿Es ahora la de un testigo o sigue siendo un imputado que no tiene obligación de decir verdad? Desde luego no parece que se le pueda exigir, en modo alguno, la responsabilidad derivada del falso testimonio, porque su situación procesal no es la de un testigo, aunque en calidad de tal se le cite a la vista, sino de un “híbrido procesal” semejante a la del enjuiciado previamente que declara en el juicio que se celebra para los demás acusados y respecto al que habría que tener en cuenta todos los argumentos y consideraciones contenidos en la Consulta 1/2000 de la FGE

Problemas procesales aparte, las vistas en que se producen tales contingencias constituyen un espectáculo lamentable, diría que bochornoso, sin temor a exagerar, teniendo en cuenta que se trata de menores, y que con el desistimiento se intentó, evitar su paso por los Juzgados, lo mismo que con la reparación, además de educarle, yéndose de esta forma tan buenos propósitos al traste.

A lo anterior pueden añadirse los inconvenientes prácticos que supone en las reparaciones estar esperando a que uno o varios menores ejecuten las reparaciones, mientras que para los otros se hacen alegaciones. Pero soslayando esto último, que tendría una importancia menor, no son menores las consecuencias que para estos supuestos tendrá la reforma del régimen de la responsabilidad civil introducido en la L.O 8/2006, porque entonces ¿tiene sentido que a algunos se les exija responsabilidad civil en la audiencia de menores, mientras que para reclamar a los desistidos, o a los que hubieran reparado, el perjudicado deba acudir a la vía civil ordinaria? Creo que no.

En conclusión: mi opinión es que si no se puede desistir para todos los coimputados se incoe expediente para todos; y si no todos aceptan realizar la reparación, habría que dirigir contra todos el escrito de alegaciones. El único inconveniente es que todos irán a juicio, pero eso no quiere decir que no se individualice la responsabilidad de cada uno, que en menores es mucho más factible que en la jurisdicción ordinaria, solicitando la medida adecuada a las circunstancias personales de cada cual y recortando llegado el caso tales medidas para que la restricción de derechos sea mínima, pudiendo quedar incluso en una simple amonestación.”

⁴⁵ Se presentó una ponencia relacionada con este tema, abordando este problema concreto: *Incidencia de las últimas reformas legislativas en la justicia juvenil* (CEJ 2015) MARTA VIÑUALES LORIENTE

12.- BREVE COMPARATIVA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LORPM Y LECRIM

Omnis comparatio mala, pero aquí casi se puede decir que no hay lugar para la comparación.

La regulación del principio de oportunidad en la LORPM –como se anticipó al principio y se deduce de esta exposición- por su amplitud y consecuencias nada tiene que ver con la muy limitada manifestación legislativa introducida en el art. 963 y ss de la LECrim por la mencionada LO 1/2015, de 30 de marzo.

La propia Circular 1/2015 de la FGE, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*, después de consignar que la LO 1/2015 atribuye al Fiscal la potestad de instar la terminación anticipada, a renglón seguido hace notar significativamente que:

La técnica legislativa empleada no resulta, sin embargo, adecuada a la trascendencia de la reforma, pues la potestad del Fiscal aparece meramente aludida al regular los actos del Juez de Instrucción subsiguientes al acuerdo de incoación del procedimiento en el trámite de enjuiciamiento inmediato.

Esa es la primera y reveladora diferencia, pues si en la LORPM el protagonismo del Fiscal, en cuanto instructor, es absoluto, aquí –a pesar de ser también quien insta el archivo- aparece en segundo plano, pues es el Juez quien debe darle traslado previo en todo caso. Depende, pues, de la decisión judicial.

Así lo indica también la propia Circular 1/2015 FGE:

En definitiva, la primera decisión que adopta el Juez de Instrucción es la de incoar el procedimiento para enjuiciamiento del delito leve, decisión que implica un juicio positivo de relevancia penal de los hechos objeto de atestado o denuncia y de su propia competencia para enjuiciarlos.

La siguiente decisión, relativa al sobreseimiento de la causa o, en su caso, a la celebración o señalamiento del juicio oral, es una decisión que presupone la previa evacuación de informe por el Ministerio Fiscal.

Nada que ver, pues, con el sistema de la LORPM donde el Juez de Menores permanece al margen de los desistimientos del art. 18 LORPM que decreta el Fiscal por sí, sin que tampoco conozca el Juez, previamente, los expedientes sobre los que luego se insta el sobreseimiento conforme a los arts. 19 o 27.4 LORPM.

La posibilidad de una conciliación o reparación, al modo del art. 19 LORPM, con beneficios que implican estas soluciones de “justicia reparadora” no está presente. En palabras de la misma Circular:

La reforma ha optado, en consecuencia, por un principio de oportunidad tasada o reglada, en el que el Fiscal no es libre para adoptar la decisión que le parezca, sino que debe ceñirse a los

supuestos establecidos en la ley, y puro, en la medida en que la efectividad del archivo no va a quedar condicionada al cumplimiento por parte del sujeto pasivo del procedimiento de condiciones, medidas o reglas de conducta durante un periodo de tiempo determinado, sino que operará de forma inmediata.

En definitiva, sería algo parecido al desistimiento del art. 18 LORPM, pero que no acuerda el Fiscal, sino el Juez, previa petición del Fiscal.

Eso en el plano procedimental, porque en el sustantivo la LECrim se circunscribe a los delitos leves, mientras que la LORPM es incomparablemente más amplia, pues abarca los delitos leves, pero también, como se ha visto, los delitos menos graves sin violencia o intimidación (desistimiento art. 18 LO 5/2000), e incluso los delitos menos graves, con violencia o intimidación, si éstas no son graves (art. 19 LO 5/2000).

Esquemáticamente, se pueden sintetizar las diferencias en la siguiente tabla comparativa:

LORPM	LECRIM
<ul style="list-style-type: none"> • Iniciativa absoluta del Fiscal • El Juez está al margen (art. 18) y tampoco conoce el Juez, previamente, los expedientes sobre los que luego se insta el sobreseimiento conforme a los arts. 19 o 27.4 LORPM • El art 19 supone prácticas de “justicia restaurativa” • La LORPM abarca delitos leves, pero también menos graves sin violencia o intimidación (art. 18) y menos graves sin violencia o intimidación graves (arts 19 y 27.4) 	<ul style="list-style-type: none"> • El Fiscal depende de que le dé traslado el Juez • El Fiscal recibe traslado, evacúa informe y el Juez decide • No prevé la posibilidad de una conciliación o reparación, al modo del art. 19 LORPM • La LECrim se circunscribe a los delitos leves

Es cierto –volviendo al principio de este epígrafe- que no se deben establecer comparaciones, pues por lógica la regulación del principio de oportunidad forzosamente debe ser más amplia en la LORPM, al ser uno de los principios informadores y esenciales de los sistemas de justicia juvenil.

Con todo, y haciendo una valoración provisional, seguimos pensando, igual que cuando se publicó la mencionada LO 1/2015, que la tímida incorporación del principio de oportunidad introducida en la LECrim, se enmarca dentro del convulso contexto de frenéticas –y en buena parte desafortunadas- reformas legislativas que experimentó nuestro ordenamiento jurídico penal y procesal a lo largo del año 2015.

Como la mayoría de esas reformas no fue fruto de una reflexión sosegada, sino más bien de la premura e improvisación. No se aprovechó la ocasión de regular por primera vez en la LECrim el principio de oportunidad de forma más profunda y ambiciosa, dando cabida, por ejemplo, a diferentes soluciones propias de la mediación o justicia reparadora.

Por eso, puedo atreverme a seguir vaticinando, luego de un año de vigencia, que el principio de oportunidad tal y como se regula y concibe en la LECrim, respecto a los infractores adultos, va a tener una repercusión práctica más bien escasa.

La lectura la Memoria anual de la FGE correspondiente a 2016, en el apartado que dedica a la incidencia del principio de oportunidad tras la reforma la LECrim, confirma, por el momento, ese escaso impacto.

Dice textualmente esa Memoria que: *...un buen número de Fiscalías coinciden en considerar que lo que inicialmente parecía una herramienta novedosa que iba a dar bastante juego ha cedido ante el trabajo rutinario de los juzgados, siendo su uso muy escaso. Muchos Juzgados no pasan ningún procedimiento para informe previo, realizando el señalamiento a juicio oral de forma directa, decidiéndose por el Fiscal la aplicación del principio de oportunidad en el propio acto del juicio oral por delito leve, lo cual no responde a la previsión del Legislador que pretendía el uso de esta herramienta para aliviar a los Juzgados de la carga de asuntos en los que no existe interés público en su punición...*⁴⁶



⁴⁶ Vid Cap. V.1.8 .A continuación hace un resumen del parecer de las distintas Fiscalías, terminando con una reflexión significativa de la Fiscalía de Madrid, compartida por otras Fiscalías provinciales: *Señala la Fiscalía de Madrid, coincidiendo con otras Fiscalías que en realidad el ejercicio del principio de oportunidad y sus consecuencias en relación a la sanción penal de la conducta correspondiente, es prácticamente igual a lo que se venía realizando en la celebración de los anteriores juicios de faltas, en los que ya se tenía en cuenta para pedir o no la absolución del denunciado circunstancias tales como la incomparecencia de las partes al juicio o la falta de reclamación del denunciante e incluso la escasa entidad del hecho, entre otras circunstancias a valorar en el propio acto del juicio y que en realidad suponía ya el ejercicio implícito del principio de oportunidad ahora establecido, atendiendo en la práctica a las mismas circunstancias que deben valorarse en la actualidad a tales efectos.*

Mi reflexión personal es que para este viaje quizá no hacían falta alforjas.

BIBLIOGRAFÍA

Derecho Procesal Penal (EDITORIAL UNIVERSITARIA RAMÓN ARECES), DE LA OLIVA SANTOS y otros autores)

ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.

PABLO A. LANZAROTE MARTINEZ, *La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva* (publicado en Revista del Ministerio Fiscal, número 3, enero-junio 1996),

BENITO SORIANO IBAÑEZ, *La fase de instrucción en el procedimiento de responsabilidad penal del menor. Especial referencia al principio de oportunidad* (Seminario de especialización en reforma y protección de menores, CEJ, Madrid 2012)

CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA, Curso on line de Menores, I Tema (CEJ, 2014)

Derecho penal juvenil Europeo (DYKINSON, 2005), de CARLOS VÁZQUEZ GONZÁLEZ

DE LA ROSA CORTINA, J.M. y DE URBANO CASTRILLO, E. Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, Aranzadi, Madrid, 2001 y de los mismos autores La Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a la L.O 8/06, Aranzadi 2007

DOLZ LAGO, M.J., La nueva responsabilidad del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero), Revista General de Derecho, Valencia (Abril 2000) y del mismo autor Comentarios a la Legislación Penal de Menores (Últimas reformas legales de la L.O 8/06) Tirant Lo Blanch, 2007

POLO RODRIGUEZ, J.J. y HUELAMO BUENDÍA, A.J., La nueva Ley penal del menor, Colex, Madrid, 2000, 2ª ed. 2001 y 3ª edición actualizada a la L.O 8/06, Colex 2007

CUELLO CONTRERAS, J. El nuevo Derecho penal de menores, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000

VENTURA FACI, R. y PELAEZ PEREZ, V. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Colex, Madrid, 2000

CEZON GONZALEZ, C. La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, Bosch, Barcelona, 2001

ORNOSA FERNANDEZ, M.R. Derecho Penal de Menores, Bosch, Barcelona, 2001

LANDROVE DIAZ, G. Derecho Penal de Menores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel, La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento penal de menores, Comares, Granada, 2002.

MARTIN LOPEZ, M^a Teresa (Coord), La responsabilidad penal de los menores, 2002.

DE LA ROSA CORTINA, La responsabilidad penal de los menores, aspectos sustantivos y procesales, Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ III-2001

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, - “Cuestiones sobre la Instrucción Penal del nuevo Proceso de Menores”, Revista General de Derecho, año LVI, núm. 668 (Mayo 2000)

GARCÍA INGELMO F. *Principio de oportunidad: pautas de aplicación; Desistimientos; Soluciones extrajudiciales* (Ponencia en las Jornadas de Fiscales Especialistas de Menores de Segovia. 2 y 3 de Noviembre de 2008)

GARCIA INGELMO, Francisco Manuel, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la LO 5/2000”, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000, CEJAJ, Madrid, 2000

GARCIA INGELMO, Francisco Manuel “El Fiscal y la instrucción en el procedimiento de menores”, Curso sobre responsabilidad penal de menores, CEJAJ-Junta de Andalucía, 2000

GISBERT JORDA, Teresa, “Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción”, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000, CEJAJ, Madrid, 2000

BENITO SORIANO IBAÑEZ, El principio de oportunidad (Jornadas de especialización en el derecho penal de menores, CEJAJ 2002).

FELIX PANTOJA GARCIA, ANGEL MUÑOZ MARIN, CASTO PARAMO Y DE SANTIAGO y ANTONIO DEL MORAL GARCIA, *La Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de Menores (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)*. La Actualidad Penal, año 1993, Tomo I, p.133 y siguientes.

MEMORIAS DE LA FGE años 2009 a 2016