

SOLUCIONES JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JUSTICIA JUVENIL.

**Juan José Márquez i Bonvehí. Fiscal Decano y Delegado de Menores,
Coordinador de la Sección de Menores de la Fiscalía de Barcelona.**

El presente trabajo trata del principio de oportunidad en la Jurisdicción de Menores, como no podía ser de otra manera, no hace más que recoger las indicaciones de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: “se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso, haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución (II, 9). Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro. La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado (II, 13)

SOLUCIONES JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JUSTICIA JUVENIL.

Juan José Márquez Bonvehí, Fiscal Decano y Delegado de Menores en la Fiscalía Provincial de Barcelona.

1. INTRODUCCIÓN.

La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORRPM) va dirigida a las chicas y chicos entre los catorce y dieciocho años, es decir, personas en plena adolescencia, y ¿quién en plena adolescencia no ha cometido actos de los que puede avergonzarse siendo adulto?, actos que, en ocasiones pueden estar tipificados en el Código Penal. ¿Quién no ha tenido discusiones y peleas en el Colegio o en el Instituto? ¿Quién no ha conducido una motocicleta o un ciclomotor que le dejó un amigo, y no tenía permiso para conducirlo? ¿Quién no se enfrentó de alguna manera con la autoridad? El firmante de este texto negará haber cometido ningún hecho ilícito penalmente, pero conoce personalmente abogados, jueces, fiscales, médicos, ingenieros y arquitectos que en su adolescencia fueron a algún gran almacén y cogieron lo que no era suyo, o pusieron petardos en fechas señaladas en buzones, o tuvieron peleas a puñetazos, o hicieron el vacío a alguna persona, o produjeron daños, o condujeron vehículos que cogieron a sus padres sin contar con su permiso..... ninguno de ellos fue condenado, ninguno de ellos, tras los castigos a los que fueron sometidos en el ámbito doméstico y familiar, reincidió en las conductas, y todos ellos llevan una vida plena como ciudadanos, sin que haya necesario que la Justicia les reprendiera o les “rehabilitara”.

Afortunadamente la LORRPM introdujo en España para los adolescentes y en el Derecho Penal el principio de oportunidad reglada, principio que ya recogía la Ley Orgánica 4/92. Ya son más de diez años de experiencia en su aplicación, para aquéllos que en su día pudieron ser reticentes a su implantación, se puede constatar que no ha habido ninguna hecatombe, ni ningún tipo de quejas generalizadas entre la ciudadanía.

Seguramente el legislador se atrevió a introducir el principio de oportunidad en la Jurisdicción de Menores porque está aceptado socialmente desde siempre; cuando se produce un delito o una falta cometidos por un menor es habitual que, antes de interponer ningún tipo de denuncia, el menor infractor y sus padres intenten llegar a alguna solución con el perjudicado, especialmente si todos ellos se conocen; es normal que la gente sea mucho más comprensiva y, conocedora de que el autor de la infracción es un menor, piensen que son “cosas de chiquillos” e intenten solucionar el problema por vías no judiciales.

Al fin, siendo la finalidad de la LORRPM la de educar y rehabilitar a los menores, si no es preciso actuar con éstos porque no hay una finalidad represiva, no hay obstáculos para que no necesariamente haya que llegar hasta un juicio.

Claro está, lo anterior presupone que no se trate de hechos de extrema gravedad, presupone también en cierta manera una sociedad donde las personas se conocen, una sociedad en la que no se judicialicen todas las conductas.

Siguiendo a Vicente Gimeno Sendra¹ “un ordenamiento procesal está informado por el principio de oportunidad cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer uso de su ejercicio, incoando el procedimiento o provocando su sobreseimiento. A su vez el principio de oportunidad puede ser “puro” o “bajo condición”: la primera fórmula existe cuando las partes son absolutamente dueñas de provocar la

¹ *Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal.* 3ª Edición. Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 1.990. Págs. 62 y ss.

finalización anormal del procedimiento y la segunda, si el sobreseimiento permanece bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas prestaciones”.

Pues bien, en nuestro ordenamiento, en materia de menores, existe la posibilidad de, ante una conducta constitutiva de delito o falta, no perseguirla, o, una vez iniciado el procedimiento, que éste finalice sin sentencia, o aun recayendo sentencia, que la medida impuesta no se cumpla, y, en todos los supuestos, que haya o no una condición (aunque esto último sea extraordinario).

En el Derecho Penal habido en nuestro país hasta el momento, siempre se ha regido, frente al principio de oportunidad, por el de legalidad en sentido estricto; como sea que el artículo 100 de la LECRIM señala que “de todo delito nace acción penal para el castigo del culpable”, se ha interpretado que de ello se deriva automática y necesariamente que de toda infracción penal ha de “castigarse” al culpable. Históricamente el principio de legalidad se basaba en la “plenitud del ordenamiento jurídico”, como el juez tenía que ser un intérprete automático de la ley, siempre que se dieran los presupuestos legales, tenía que condenar, como decía FEUERBACH “... sin preocuparse del sentido y espíritu de la ley, condenar si el sonido de la palabra condena y, si lo absuelve, absolver”. Los partidarios del principio de legalidad a ultranza aducen, además, el principio de “igualdad” previsto en el artículo 14 de la Constitución, con la consecuencia de que si un hecho es punible para una persona, también tiene que serlo para todos los demás ciudadanos.

Los criterios expuestos anteriormente pueden ser fácilmente rebatidos, un porcentaje mínimo de hechos delictivos son denunciados, y aún mucho menos son los que son condenados, de tal manera que, en la práctica, esa igualdad es puramente formal y/o utópica; y “castigo del culpable” no supone necesariamente que el “culpable” tenga que ser condenado tras su enjuiciamiento, puede y debe encontrarse vías alternativas al enjuiciamiento de todas las conductas, siempre y cuando, es evidente, se respete para todos el derecho de defensa y se aplique el principio de oportunidad en los casos taxativamente previstos por la ley, y sin discriminación alguna.

Así pues, el fundamento del principio de oportunidad lo encontramos en razones de interés social que pueden consistir en: 1) La escasa lesión social, como son todas “las bagatelas”, con ello se descongestiona la justicia penal, el sistema se utiliza en la República Alemana y en la Italiana; 2) El estímulo a la pronta reparación a la víctima, fomentando la transacción entre infractor y víctima, el sistema se utiliza en los países anglosajones, Bélgica y Noruega; 3) Evitar efectos criminológicos de las penas cortas privativas de libertad, sistema vigente en gran parte de los estados de Estados Unidos; 4) Obtener la rehabilitación del infractor mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación, sistema vigente en Francia; y podría incluso añadirse motivos extraños a la Jurisdicción de menores como sería el obtener la “reinserción social” de presuntos terroristas.

En nuestro ordenamiento jurídico, dejando al margen a la Jurisdicción de Menores, hay algunos indicios del principio de oportunidad: la institución de la conformidad, la denuncia en los delitos semipúblicos, la querrela en los privados, pero hay que reconocer que, en la práctica, en la Jurisdicción de adultos, no existe principio de oportunidad a día de hoy.

En el Derecho comparado las causas en las que se basan las autorizaciones legales para el no ejercicio de la acción penal pueden ser clasificadas en

- Por razón de la naturaleza del hecho delictivo: infracciones leves, mínima culpabilidad o antigüedad del hecho
- Por razón del autor: delincuente primario, delincuente juvenil o senil, infractor que es víctima al mismo tiempo, cambio positivo del comportamiento del infractor tras la comisión del hecho, conveniencia de una medida rehabilitadora y no punitiva, sumisión voluntaria a un tratamiento rehabilitador

- Por razón de las relaciones entre infractor y víctima: parentesco, reparación voluntaria del daño, restitución de la cosa, delito provocado por la víctima
- Por razón del interés general: la escasa lesión social causada, necesidad de estimular la pronta reparación del hecho, evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, favorecer un proceso ágil y sin dilaciones.

Como veremos, en nuestro ordenamiento todos estos motivos pueden encontrarse en la plasmación del principio de oportunidad en la Jurisdicción de Menores.

Para todos los supuestos previstos en la LORRPM hay una regla general: quedan excluidos de la aplicación del principio de oportunidad todos los delitos de carácter grave, en estos supuestos necesariamente deberá incoarse expediente, necesariamente deberá dictarse sentencia (condenatoria si se practica prueba de cargo suficiente) y necesariamente la condena deberá cumplirse. Ahora bien, ¿qué se entiende a día de hoy por delito grave? la respuesta sería fácil, bastaría con recordar el artículo 13 del Código Penal, es decir, los que se castigan con pena grave, y por tanto acudir al artículo 33.2 del mismo texto, pero hay que recordar que la redacción actual del Código Penal no es la que había cuando se aprobó la LORRPM, actualmente se entiende como pena grave la superior a los cinco años de prisión, pero cuando entró en vigor la LORRPM, la noche del 12 al 13 de enero de 2.001, la pena grave era la superior a los tres años de prisión.

A día de hoy es una cuestión pacífica a nivel doctrinal, se entiende por delito grave aquél que está sancionado con una pena grave, pena que se entiende, en abstracto, sin tener en cuenta ni el grado de su ejecución, ni las circunstancias del hecho o del delincuente, ni el grado de su participación (pero podría plantearse si realmente es lo mismo un homicidio consumado, que uno intentado, que uno intentado en el que concurriera una eximente incompleta de legítima defensa.....)

Como suele ocurrir, cuando el legislador modificó el Código Penal mediante Ley Orgánica 15/2.003, de 25 de noviembre, en ningún momento pensó la trascendencia que ello tendría para la Jurisdicción de Menores, hasta aquel momento caían fuera del principio de oportunidad la mayoría absoluta de los robos con violencia y de las lesiones, y todos los robos con fuerza en casa habitada (por poner tres ejemplos); a partir de la reforma del Código Penal en todos los robos con violencia y con fuerza, así como en las lesiones (salvo las especialmente agravadas), es teóricamente posible la aplicación del principio de oportunidad en algún momento del procedimiento, lo que, para todo el que trabaja en la Jurisdicción de menores, todo hay que decirlo, es considerado de forma positiva y agradece el habitual olvido del legislador en materia de Justicia Juvenil.

Si quiere buscarse la fundamentación legal del principio de oportunidad en materia de menores en los tratados internacionales, debe recordarse el artículo 40.3.b) de la Convención de los Derechos del Niño, que trata de la conveniencia de tratar extrajudicialmente a los menores delincuentes; las Reglas de Beijing, cuya Regla 6 trata del ejercicio de las facultades discrecionales en la justicia de menores, la 11 trata de la remisión de los casos, o la 11.2 donde faculta tanto a la policía, como al Fiscal, como a otros organismos para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial; la Recomendación número R (87)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a los Estados Miembros sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, y en la II, 2, se alienta los procedimientos de desjudicialización y mediación y la participación de los servicios o comisiones de protección de la infancia en la aplicación de estos procedimientos, o la Recomendación R (2008) 11 del Consejo de Europa donde se establecen reglas europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, y donde se incentiva la Justicia restaurativa. Igualmente destacable la Declaración de Belfast (16) 2006 que exige otorgar preferencia al principio de oportunidad y a que los Estados miembros aporten los recursos necesarios; y por la amplitud de la regulación La Observación General número 10 de los Derechos del Niño, hecha en

Ginebra sobre la Convención de los Derechos del Niño, en el Comité de los derechos del niño 44º periodo.

En el ingente material de la Fiscalía General del Estado son escasas las menciones al principio de oportunidad en materia de menores, por su importancia cabe destacar la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2.000, pero más por ser la primera que desarrolló la LORRPM, que por su contenido, posteriormente no vuelve a haber referencias hasta la Instrucción 10/2.006 sobre el Acoso Escolar, importante porque, aun centrada en este tema, hace amplias interpretaciones sobre el desistimiento y las soluciones extrajudiciales, extrapolables en su gran parte al resto de faltas y delitos menos graves. Finalmente, las Conclusiones de las Reuniones de Fiscales Especialistas de menores de 2.008 en Segovia y de 2.009 en León, tratan la materia y aportan criterios generales de actuación: escuchar a la víctima; potenciar estas soluciones ante situaciones de acoso escolar, violencia doméstica y de género; no aplicación si el menor precisa de una medida; evitar dilaciones; potenciar el uso del principio de oportunidad; posibilidad de aplicación parcial para unos menores; que el Fiscal inste su aplicación...

Hay que recordar que los textos mencionados y la propia exposición de motivos de la LORRPM consideran que la respuesta penal es la *ultima ratio* en el tratamiento de los menores delincuentes, y que preferentemente se debe mostrar la reprochabilidad social de su conducta por caminos distintos a los de un procedimiento que termine en Sentencia. Debe señalarse también que la Legislación internacional de menores es de aplicación directa en el procedimiento de menores (artículo 1.2 de la LORRPM), de manera que, ante cualquier duda que pueda plantearse, ésta deberá resolverse de acuerdo con lo dispuesto en la legislación internacional referida.

En la Jurisdicción de adultos el Borrador de Proyecto de Código Procesal Penal, siguiendo otras recomendaciones de la legislación internacional, prevé con bastante amplitud el principio de oportunidad en distintas fases del procedimiento, pero poco puede decirse por el momento en tanto no vaya más allá de la fase actual.

Lo que sí tendrá trascendencia inmediata será la próxima eliminación de las faltas, convirtiendo gran parte de ellas en delitos ahora llamados “leves”, lo que, en el fondo no afectará al principio de oportunidad, ya que lo que ahora es falta, si sigue siendo típica, pasará a llamarse delito leve, pero sí llevará como consecuencia que se “ampliarán” los plazos para poder instruir, ya que los plazos de prescripción se alargarán substancialmente, de tres meses a un año, y con ello desaparecerá el temor que, en procedimientos en los que se está aplicando el principio de oportunidad, dejen de prescribir.

Para todo Fiscal debe ser objeto de especial preocupación la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, menores o no, de tal manera que el principio de oportunidad jamás podrá aplicarse con criterios de discriminación, bajo ningún concepto se trata de aplicar el principio de oportunidad para un chico de “buena familia”, porque “no necesita” la imposición de una medida, y, en cambio, para un chico “desfavorecido” no aplicar el principio de oportunidad porque “necesita” que se le imponga una medida.

Al entender de quien firma este texto el principio de “no discriminación” supone que, ante iguales circunstancias, igual tiene que ser la solución adoptada para los menores contra los que pesa una denuncia, de tal manera que los requisitos exigidos en la LORRPM tienen que interpretarse de forma flexible, un ejemplo puede ayudar a entender lo que pretendo señalar: si un menor hurta un videojuego en unos grandes almacenes y es su primer hecho, no puede importar si el menor es de una familia estructurada o no, o si consigue o no buenas notas en los estudios, si su familia tiene o no ingresos económicos suficientes, lo contrario sería hacer una justicia para ricos y otra para pobres.

Lo anterior no quiere decir, bajo ningún concepto, que se aplique el principio de legalidad de forma automática, debe señalarse que en la Jurisdicción de Menores rige más la “equidad” que la “justicia”, hay que huir de una justicia formal que proporcione respuestas idénticas ante una conducta, porque ello produciría soluciones injustas y discriminatorias, sólo conociendo las circunstancias reales de todo menor y adaptando la respuesta jurídica impuesta a éste, por definición, un ser en evolución, es cuando se logrará alcanzar la verdadera Justicia. El que por un mismo hecho distintos menores tengan consecuencias diferentes, que para uno se haya desistido, para otro se haya practicado un programa de conciliación, un tercero haya sido condenado a libertad vigilada, y un cuarto a internamiento semiabierto suspendido al cumplimiento de una libertad vigilada, es algo que, sin conocer la Justicia Juvenil, sorprende a cualquiera, y puede parecer contrario al principio de igualdad, pero si de lo que se trata es de reintegrar al menor a la sociedad, sólo analizando las circunstancias concretas de cada menor y dando la respuesta concreta que necesite cada menor, se le tratará de forma justa, y sólo podrían ser tratados de forma igual si fueran iguales sus circunstancias, lo que, evidentemente, no suele ocurrir.

Equidad e igualdad son dos principios estrechamente relacionados, pero distintos. La equidad introduce un principio ético o de justicia en la igualdad. En definitiva, la equidad nos obliga a plantearnos los objetivos que debemos conseguir para avanzar hacia una sociedad más justa, y en el Derecho Penal de menores, como el objetivo es convertir al menor en un ciudadano consciente de sus derechos y obligaciones, sólo considerando al menor en todas sus circunstancias podrá lograrse la medida más justa. Una sociedad que aplicara la igualdad de manera absoluta en el Derecho Penal Juvenil sería una sociedad injusta, ya que no tendría en cuenta las diferencias existentes entre personas y grupos. Pero, al mismo tiempo, una sociedad donde las personas no se reconocieran como iguales, tampoco podría ser justa.

Gráficamente, la equidad o justicia del caso concreto, se la compara tradicionalmente con la regla de Lesbos, delgada, flexible y acomodada a la forma de los objetos que medía, contrapuesta en forma absoluta al legendario lecho de Procusto (igualdad formal), bandido de la mitología griega, que atraía a su casa a los viajeros para robarles y someterlos a suplicios atroces: les tendía sobre una cama de hierro y si sus piernas excedían los límites de ella, cortaba de un hachazo la porción sobrante y si por el contrario, las piernas resultaban más cortas, las estiraba hasta que dieran la longitud del macabro lecho.

Pretender aplicar a todos los menores por igual las mismas soluciones, con independencia de cuál sea su situación, su edad, sus experiencias, su formación, sería una aplicación injusta del Derecho, especialmente si de lo que se trata es de fomentar su “integración”, sólo actuando sobre aquellos factores en los que el menor padece carencias, y cada menor es un mundo distinto, será posible su plena incorporación con plena igualdad en la sociedad. Por ello el Fiscal debe analizar cada caso concreto, tanto por el hecho, como por el menor, y, tras un análisis de cada situación, intentar encontrar la solución más idónea al menor en concreto.

2. EL DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE

El desistimiento de la incoación del Expediente está regulado en el artículo 18 de la LORRPM y hay una mención más en el artículo 17.5 previendo su aplicación tras la detención del menor.

Bajo el título “Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en ámbito educativo y familiar”, el artículo 18 señala que “El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de

protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado. No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley”.

Y el artículo 17.5 incluye la posibilidad de desistir aunque el menor hubiere sido detenido y puesto a disposición del Ministerio Fiscal, una de cuyas posibles decisiones es “el desistimiento al que se refiere el artículo siguiente”.

Antes de entrar en los requisitos para que el desistimiento sea posible, hay que comprobar que se dan las condiciones para su aplicabilidad, con ello se quiere decir que no ante cualquier denuncia presentada ante el Ministerio Fiscal éste puede acordar el desistimiento, aunque se den los requisitos.

Es evidente que se precisa que el Ministerio Fiscal, el Fiscal en concreto, sea competente respecto de la materia que le ha llegado, nadie discutirá que no es posible desistir cuando se carece de competencia por razón del territorio, o por razón de la persona, un Fiscal de Barcelona no puede desistir por hechos cometidos en Guadalajara, ni ningún Fiscal puede desistir si el infractor tiene menos de catorce años o más de dieciocho. Sólo es posible desistir cuando se es competente para ello.

Un segundo presupuesto para poder desistir es que los hechos sean constitutivos de infracción penal, si no lo son, lo que procede es el archivo del procedimiento por sobreseimiento libre previsto en el artículo 637.2º de la LECRIM, así lo indica expresamente el artículo 18 de la LORRPM: “El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos constituyan delitos...o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales”. Y de forma parecida cuando falte algún requisito de procedibilidad o cuando concurra alguna excusa absolutoria: un hurto cometido por un menor a sus padres debe archivarse por excusa absolutoria, una falta de amenazas donde no hay denuncia no puede perseguirse porque falta un requisito imprescindible.

Un tercer presupuesto para poder desistir es que la responsabilidad criminal no se haya extinguido por cualquiera de las causas previstas en el artículo 130 del Código Penal, normalmente la prescripción. Si cuando tiene entrada en Fiscalía una denuncia, los hechos descritos en ella ya están prescritos (algo habitual en las lesiones relacionadas con accidentes de circulación), no puede desistirse aquello que ya no es perseguible.

Y desistir “algo” respecto de “alguien” presupone que hay “indicios racionales de criminalidad suficientes”, si concurren los motivos de sobreseimiento provisional previstos en el artículo 641.1º y 2º de la LECRIM, no debe acudir al Desistimiento. Este supuesto es el que más problemas puede ocasionar en la práctica, y en el que más “tentación” puede tener un Fiscal para su aplicación: es más fácil desistir que no investigar los hechos.

Sólo cuando el Fiscal se encuentra ante una denuncia por hechos respecto de los que es competente, que constituyen infracción penal, que no se han extinguido, y respecto de los cuales hay indicios suficientes para considerar responsable a un menor respecto de un hecho concreto con apariencia de infracción penal, es cuando deberá valorar si debe o no desistir.

Y para ello tiene que hacer un segundo nivel de análisis, donde hay dos nuevos requisitos:

- Por el tipo de infracción cometida: sólo es aplicable para faltas y para delitos menos graves sin violencia ni intimidación en las personas.

- Por los antecedentes del menor: siempre y cuando no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.

Por el tipo de infracción cometida quedan fuera del ámbito de aplicación del desistimiento todos los delitos con violencia o intimidación. Por tanto, en abstracto, sí entran dentro de su aplicación todos los delitos menos graves en los que se ha generado grave riesgo para la vida o integridad de las personas (al contrario de la previsión hecha en el artículo 9.2 para la aplicación de la medida de internamiento cerrado, lo que supone una cierta contradicción), los robos con fuerza en casa habitada, y, nos engañemos, seguramente más del noventa por ciento de las conductas previstas en el Código Penal.

La LORRPM se refiere a una especie de “pseudo-reincidencia”, el no haber cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza, si se interpreta dicha previsión como “reincidencia” *strictu sensu* ello llevaría al absurdo que siempre podría desistirse las reiteradas conductas cometidas por un menor porque nunca llegaría a ser condenado.

Las anteriores previsiones legales tienen que ser “cubiertas” por los acuerdos que se adoptan en cada una de las distintas Secciones de Menores, se trata de fijar criterios para que la actuación de la Sección sea coherente e igual para todos, ello tiene su fundamento en el principio de “unidad de actuación” que rige para el Ministerio Fiscal y respecto del que no es preciso dar más indicaciones.

Pueden fijarse multitud de criterios pero, al final, todo se reduce a actuar con sentido común, el criterio que cualquier abuela sin estudios utilizaría.

En la Sección de Menores de Barcelona, tras muchos años y acuerdos tomados internamente, se utilizan los siguientes criterios:

- Para las faltas: es posible siempre el desistimiento, para todas salvo para aquéllas que son contra las personas, en estos supuestos hay que estar a la forma en que se cometen los hechos: no es lo mismo una pelea entre dos chicos, que diez chicos contra uno solo (en este supuesto no cabe); no es lo mismo una pelea a puñetazos que una pelea donde se utilizan medios peligrosos, en este supuesto pese a que el resultado sea de falta, aunque no sea posible calificar como lesiones con medio peligroso intentada, no cabe el desistimiento; no es posible desistir ningún tipo de amenazas con armas, por mucho que el Código Penal prevea su posible tipificación como falta; no es posible desistir conductas en la que sería aplicable la agravante prevista en el artículo 22.4º del Código Penal (discriminación).
- Para los delitos: en los delitos patrimoniales es posible desistir sin ninguna excepción, especialmente cuando la tipificación como delito o falta depende de la “buena o mala suerte” del infractor, como ejemplo: quien hurta una cartera no sabe *a priori* si en su interior habrá más o menos de 400 euros; en el resto de delitos patrimoniales es posible desistir en principio, pero por acuerdo interno de la Sección no cabe el desistimiento en delitos con robo con fuerza en casa habitada, tampoco cabe en los delitos en los que se ha puesto en grave riesgo la vida o la integridad física de las personas, y por ello sería posible desistir en un pase de un “porro”, pero no en una papelina de cocaína; es posible desistir en un delito de “ocupación” de bien inmueble abandonado, pero no lo es, obviamente ante una ocupación violenta; es posible desistir por conducir una motocicleta o un ciclomotor, pero no lo es ante la conducción de un coche.

- Hechos cometidos con anterioridad: sobre ello la Ley no es especialmente clara, la interpretación que se ha efectuado en Barcelona es especialmente amplia, lo que provoca que se sea especialmente restrictivo para poder desistir. Se entiende “por hechos cometidos con anterioridad” que sobre el menor haya recaído con anterioridad otras denuncias, sin importar cómo terminaron éstas; es decir, si sobre el menor llegaron denuncias cuando tenía menos de catorce años procederá incoar expediente; si sobre el menor ha habido denuncias que terminaron archivadas, por la razón que fuere, en principio hay que incoar expediente, con independencia de si eran de la misma o distinta naturaleza. La única excepción a todo lo anterior es que haya transcurrido un tiempo “importante” entre ambas denuncias, aproximadamente un año. El porqué se interpreta con tal amplitud la expresión “hechos anteriores”, es por entender que, si el menor no precisa de ninguna respuesta, normalmente será posible la aplicación posterior del artículo 27.4 de la LORRPM, y, si la precisa, siempre será bueno para el menor incoar expediente, que el Equipo Técnico haga un informe sobre el menor, y tras el mismo, si no es preciso seguir actuando, se podrá archivar en un futuro.

Es discutido si también es un requisito el “título” del artículo, es decir, si se tiene que haber producido la corrección en el ámbito educativo y familiar, lo cierto es que, como tal, no aparece en el articulado, de tal manera que más parece un *desideratum* de la norma, o la finalidad de la misma, que requisito *strictu sensu*.

Pudiera entenderse que, para proceder al desistimiento, habría que analizar que se ha producido esta “corrección”, pero también puede entenderse que, en realidad, lo que la Ley pretende, es que cuando una acción es desistida se “deje” al ámbito educativo o familiar la respuesta a la infracción, sin exigir que efectivamente ésta se produzca.

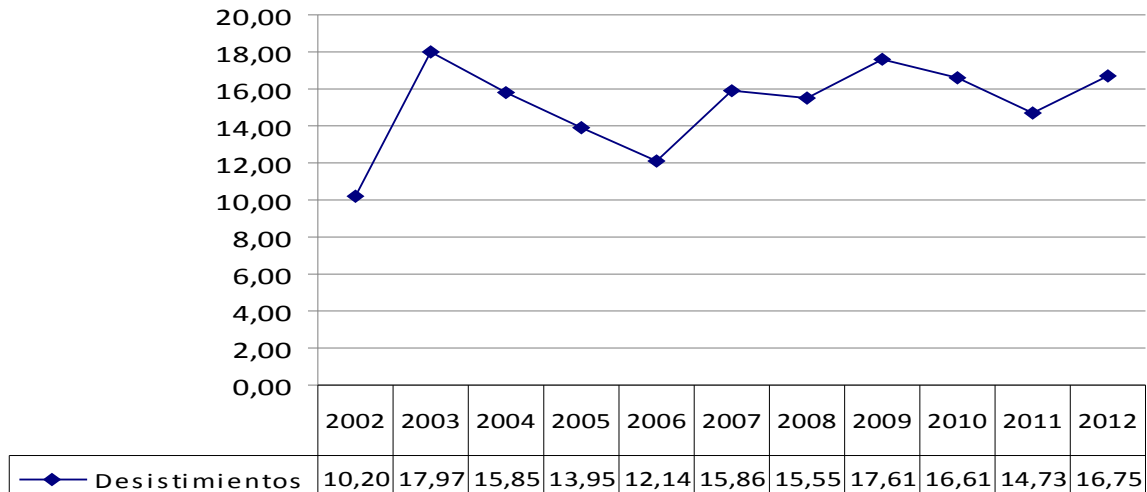
El artículo 18 de la LORRPM prevé que, en los procedimientos desistidos, se dé traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para que esta valore la situación del menor, y promueva las medidas de protección adecuadas a sus circunstancias, pero esta previsión ya fue interpretada por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2.000, que señaló que ello tiene que ser valorado por el Fiscal, quien sólo deberá remitir testimonio cuando la comisión de un hecho delictivo entraña una situación relevante de riesgo que “necesita de la activación de los recursos previstos en el Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1.996, citados en el artículo 3 de la Ley”, y ello porque no toda infracción menor, sobre todo si es aislada, precisa de la intervención de las entidades públicas de protección.

Ciertamente, en la aplicación del artículo 18 de la LORRPM, fuera conveniente que el Fiscal recibiera declaración al menor presuntamente infractor, pero ello no siempre es posible en las grandes Fiscalías, tanto por imposibilidad de medios materiales como personales, pero, es que, además, ello puede considerarse desproporcionado ante conductas nimias, y contrario al principio de “desjudicialización” que rige en la Jurisdicción de Menores.

El desistimiento es una posibilidad que se atribuye a quien ejerce la acción penal, pero no es una imposición para el Fiscal, y por supuesto no es un Derecho que tiene el menor. El Fiscal deberá, en cada caso concreto, valorar las circunstancias concurrentes para aplicar el desistimiento. Y, en la práctica, aunque no se haga público, al menos en Barcelona, ante los hechos señalados (faltas “no graves” y delitos sin especiales connotaciones ni gravedad), se está actuando con el criterio de “amnistía” ante el primer hecho, para todos los menores, y ello motivado especialmente por criterios de aplicación igual de la ley ante los menores.

Con todos estos criterios esta es la evolución del desistimiento en Barcelona en los últimos años:

Evolución Desestimiento en Porcentajes



El Ministerio Fiscal está obligado a notificar el desistimiento al menor y a sus representantes legales, aunque no lo diga expresamente el artículo 18 de la LORRPM, ello viene obligado indirectamente por la Ley al señalar que el desistimiento es “por corrección en el ámbito educativo y familiar”, para que los representantes legales del menor puedan “corregirle”, está claro que si los representantes legales del menor no se enteran de la denuncia, difícilmente podrán corregir al menor; y la obligación de notificar al menor deriva del derecho que tiene éste a conocer que ha habido una denuncia en su contra y a saber cómo ha terminado.

El deber de notificación abarca también, por expresa previsión del artículo 4 de la LORRPM, a los que puedan ser víctimas y perjudicados, momento en el cual debe informárseles, además, del derecho a ejercer las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

El Fiscal acuerda el desistimiento de la incoación del expediente, pero cabe plantearse “en” qué tipo de procedimiento, pensar que se desiste en un “expediente” que ya se ha incoado puede resultar absurdo, si se desiste de incoar un procedimiento es que no se ha incoado, motivo que llevó a la Fiscalía General del Estado (junto a la dición del artículo 22.1 c) de la LORRPM que habla de las “diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar”) a regular las llamadas “Diligencias Preliminares”.

Pero estas Diligencias Preliminares no están reguladas en ningún lugar, no son las Diligencias Preprocesales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no están previstas (al menos de forma expresa) en la LORRPM: no es que sean “ilegales”, pero no puede negarse que son “alegales”, es verdad que siempre se pensó que dichas Diligencias servirían sólo para poder hacer una investigación que permitiera abrir Expediente contra un menor, sólo cuando hubiere indicios claros de su participación en unos hechos punibles.

Pero, tras más de diez años de aplicación de la LORRPM, la existencia de las Diligencias Preliminares causa problemas que no pueden ser obviados: ¿cómo ejerce el menor el derecho de defensa en las mismas? ¿qué intervención tiene el letrado del menor en las diligencias que se

practican, si es que el menor tiene ya designado letrado?, a día de hoy ya está claro que nada de lo que hace el Fiscal en Diligencias Preliminares sirve para interrumpir la prescripción, ¿tiene el perjudicado derecho a obtener copia de las actuaciones?; si las Diligencias Preliminares están al margen del Expediente, y por tanto del control judicial, ¿cómo el Secretario Judicial comunicará a las víctimas y perjudicados todas las resoluciones que se adoptan por el Ministerio Fiscal que pueden afectar a sus intereses? el artículo 4 de la LORRPM así lo exige, y aunque también señala que el Ministerio Fiscal está obligado a comunicar, la previsión del legislador no es alternativa, no es que sea uno u otro, es que “en especial” el Ministerio Fiscal tendrá que hacerlo, pero la Ley también exige que lo haga el Secretario Judicial.

Y, si se trae esto a colación, es porque puede ocurrir que los perjudicados por el hecho delictivo no estén de acuerdo con el desistimiento, e incluso que el menor respecto del cual se ha desistido tampoco esté conforme con el desistimiento. En estos supuestos puede suceder dos situaciones, que pese a la disconformidad de víctimas y perjudicados, y/o menor, el Ministerio Fiscal haya actuado conforme a la legalidad y, como detentador de la acción penal, el desistimiento no sea discutible; pero también puede suceder que el Fiscal se haya equivocado y el supuesto no fuera desistible por no concurrir los requisitos legales.

Si se trata de un error, como sea que el Decreto donde se acuerda el desistimiento no es una resolución judicial firme, en tanto no hayan prescrito los hechos, debe entenderse que el Decreto es perfectamente revisable por el Fiscal y puede dejarlo sin efecto. Pero si la víctima discrepa de la calificación efectuada respecto de los hechos por el Fiscal (por ejemplo, falta o delito de amenazas), o el menor imputado considera que contra él no había prueba alguna y pretende un sobreseimiento por no quedar acreditada su autoría y no un desistimiento, que, no nos engañemos, no deja de presuponer que es culpable, ¿qué vía le cabe a las personas que discrepan del acuerdo del Fiscal?

Si el desistimiento se realizara “dentro de” el Expediente, no hay ninguna duda, el Juez podría decidir si el Fiscal se atuvo a los requisitos para desistir, y su resolución podría ser revisada incluso por la Audiencia, pero como sea que las Diligencias Preliminares son “alegales”, están al margen del procedimiento, se desconoce qué posible solución aportar, como no sea la prevista en el artículo 644 de la LECRIM, la queja al superior jerárquico, o, acudir a un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Fiscal, de costosa, larga y dificultosa práctica.

En la vida real son pocos los supuestos que se dan, pero haberlos haylos, en estos casos lo más prudente es dejar sin efecto el desistimiento e incoar expediente, de tal manera que los perjudicados puedan personarse y ejercer sus derechos, y el menor, si no estuviere de acuerdo con el desistimiento, defender su pretensión.

Caso distinto es si es posible dejar sin efecto un decreto de desistimiento cuando se conozca que las circunstancias del menor han cambiado, ello puede ocurrir porque lleguen nuevos datos a la Fiscalía con posterioridad a la fecha en la que se acordó el desistimiento, o puede ocurrir que el menor continúe delinquiendo con posterioridad, en ocasiones será innecesaria la reapertura del anterior procedimiento, pero en ocasiones no habrá más remedio que hacerlo, por ejemplo en delitos continuados, lo que, desde luego, no está prohibido en ningún lugar de la Ley.

El artículo 18 de la LORRPM, al hablar del desistimiento por incoación dentro del ámbito educativo o familiar, está abriendo la vía a otras posibilidades aún no suficiente exploradas en nuestro país.

En los países nórdicos es habitual y está previsto legalmente que la Policía realice funciones de mediación entre infractor y agresor, de tal manera que en una parte de los hechos delictivos de los que tiene noticia el Ministerio Fiscal, ya se ha producido la conciliación entre las partes, o se

está en vías de ello. En España, como tal, no está regulado en ningún lugar, pero no habría inconveniente alguno en su aplicación, y en la práctica sucede todos los días. Es habitual en lugares rurales, especialmente cuando interviene la Guardia Civil que ésta realice funciones de mediación entre la víctima y el infractor. Si el problema ha sido resuelto, o se está en vías de ello, no habría inconveniente alguno en aplicar el artículo 18 de la LORRPM.

De igual manera, en muchos Ayuntamientos, al menos de Catalunya, incluso en ciudades de gran población como l'Hospitalet del Llobregat, los programas de conciliación a nivel municipal funcionan a día de hoy de forma habitual, y, si bien dichos programas están pensados para las infracciones administrativas, es sabido que gran parte de las conductas englobadas en faltas administrativas concurren con conductas de carácter penal: conductas incívicas, gamberradas, hechos relativos a la seguridad vial, daños, pintadas... en todos estos supuestos, si el Fiscal tiene noticia de que la infracción ha sido corregida en el ámbito "propio" del menor, su familia, su escuela, su municipio, no puede haber inconveniente alguno en desistir de incoar Expediente.

Lo mismo ocurre en Catalunya en el ámbito escolar, en todas las Escuelas e Institutos de Catalunya se han llevado a cabo campañas de formación e información sobre la mediación y la conciliación en el ámbito escolar, a día de hoy es habitual que, gran parte de conductas que podrían ser tipificadas con arreglo al Código Penal, se resuelvan en el ámbito escolar, es claro que en estos supuestos, si el Fiscal tiene constancia que la infracción ha sido resuelta en el ámbito escolar, el expediente deberá ser desistido.

Incluso en conductas que pudieran ser consideradas de acoso escolar, siempre que no sean supuestos de gravedad, en muchísimas ocasiones lo conveniente es incoar Diligencias Preliminares y oficiar al Instituto para conocer cómo se ha reaccionado y qué se está haciendo desde el ámbito escolar antes de proceder o no a la incoación del Expediente. La experiencia práctica es que, si no estaba iniciado ya el procedimiento de conciliación en el ámbito escolar, tras la "incitación" de la Fiscalía, el procedimiento se inicia y suele terminar con resultados excelentes.

El desistimiento de la incoación del Expediente por parte del Fiscal no supone un acto inocuo para el menor, sin pensar ya no en que se haya producido la detención del menor (artículo 17.5 de la LORRPM) lo que habrá supuesto la privación de libertad del menor por un tiempo, son efectos del desistimiento, en primer lugar, la denuncia contra el menor será registrada en los archivos de la Sección de Menores lo que tendrá efecto para él si recaen nuevas denuncias; en segundo lugar, la denuncia y su archivo serán notificadas no sólo al menor, sino también y muy especialmente a sus representantes legales, de quienes se espera que den una respuesta a lo sucedido; y en tercer lugar, el archivo de la denuncia será notificada al perjudicado y víctima, quien podrá dirigirse contra el menor y sus representantes civiles para reclamar civilmente lo que corresponda ante el Juzgado de Primera Instancia.

Como el perjudicado y víctima puede reclamar civilmente ante el Juzgado de Primera Instancia, con ello se garantiza que no queden lesionados sus derechos a reclamar lo que les corresponda.

3. CONCILIACIÓN O REPARACIÓN ENTRE EL MENOR INFRACTOR Y LA VÍCTIMA DURANTE LA INVESTIGACIÓN

El artículo 19 de la LORRPM trata del Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, el propio título ya está distinguiendo dos posibilidades, una es la “conciliación” y la otra es la “reparación”.

Por “conciliación” la Real Academia de la Lengua Española entiende el “acuerdo de los litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado”, y por “conciliar” entiende “el componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí”, unido a lo anterior iría la llamada “mediación” que el mismo Diccionario define como “la acción y efecto de interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”, frente a este concepto está la “reparación” que se define como “desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria”.

Como puede observarse una cosa es la reparación y otra la conciliación, son conceptos distintos, la conciliación puede venir porque previamente haya habido una reparación, pero no es imprescindible que vayan juntas, al igual que puede haber una reparación y no haberse conseguido una conciliación. Es importante tener en cuenta la diferencia de ambos conceptos porque puede llegarse al archivo del expediente por cualquiera de los dos motivos, aunque no concurren ambos, como ya veremos más adelante.

La regulación de la conciliación y de la reparación están previstas en los artículo 19 y 27.2 y 3 de la LORRPM, así como en el artículo 5 (modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales) y 8.7 (obligación de la Administración de poner a disposición del Fiscal los programas necesarios para llevar a cabo dichas soluciones) del Reglamento de la citada Ley, en el plano nacional, y en el plano internacional, entre otras, en el ya citado artículo 40.3 b) de la Convención de los Derechos del Niño; las Reglas 6 y 11 de las Reglas de Beijing; y las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (87) 20, sobre reacciones sociales frente a la delincuencia juvenil: la mediación como medio de evitación de la pena privativa de libertad en Derecho Penal Juvenil, Recomendación (83) 7 sobre la mediación como fórmula de sustitución de la pena privativa de libertad, Recomendación (85) 11 sobre posición de la víctima en el proceso penal: consideración de los esfuerzos de reparación del delito por el culpable, Recomendación (87) 18, sobre simplificación de la Justicia Juvenil: mediación y reparación como estrategias de evitación del proceso penal.

Intentando detallar paso a paso el procedimiento, debe empezarse precisamente por esto, ¿en qué procedimiento puede el Ministerio Fiscal desistir? la pregunta puede parecer que carece de sentido, es en el marco de un “expediente”, así lo establece la Ley cuando señala que puede desistirse de “continuar” el expediente, por tanto éste ya se inició. Pero, como se ha señalado anteriormente, no habría inconveniente alguno y no está prohibido legalmente que el proceso de conciliación o reparación se efectúe en el marco de unas Diligencias Preprocesales, al no estar reguladas, nada lo impide.

El ámbito de aplicación también es claro, está prohibido para los delitos graves, y puede aplicarse en todo tipo de delitos menos graves y faltas, pero siempre y cuando concurren dos requisitos:

- de modo particular, la falta de violencia o intimidación grave en la comisión de los hechos
- y además, bien que el menor se haya conciliado con la víctima, bien que haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o perjudicado, bien que se haya comprometido a cumplir una actividad educativa propuesta por el equipo técnico.

El concepto de delito menos grave o falta está claro, ¿pero qué se quiere decir con falta de violencia o intimidación grave en la comisión de los hechos? porque salvo interpretaciones basadas en el sentido común, poco puede decirse, si la violencia fuera grave, entendiendo por “grave” la

definición prevista en el Código Penal, sobraría el concepto, ya estaría excluido por la exclusión de los delitos graves. Realmente la LORRPM es un tanto vaga en su definición, lo que sí hace es establecer criterios que debe tener en cuenta el Fiscal, de ahí esa expresión de “en particular”, pero en supuestos donde la actividad reparatoria del menor haya sido muy importante, la víctima se haya dado por satisfecha, y no haya previsión de reiteración de nuevos hechos delictivos, nada debe impedir que la actividad reparadora permita el desistimiento, pese a que se entienda que los hechos han sido graves.

El segundo punto distingue, por un lado la conciliación con la víctima, haya habido o no reparación, y por otro lado la reparación, la cual la Ley no exige que se haya producido “ya”, puesto que se permite el “compromiso” de su realización futura lo que supondrá una suspensión del procedimiento; y esta reparación efectiva o en compromiso, puede ser bien sea en favor de la víctima, bien sea en favor de la Comunidad. Este último punto es muy importante porque hay multitud de delitos donde no hay ni perjudicado ni víctima: delitos contra la salud pública, delitos contra el orden público, delitos contra la seguridad vial, ... en todos estos supuestos el titular del bien jurídico protegido es la Comunidad, no un particular. Si la reparación sólo fuere posible en los delitos con un perjudicado particular no sería posible desistir más que en un pequeño número de supuestos. Cuando el titular del bien público protegido por la norma penal es la Comunidad, el menor puede reparar, pero deberá hacerlo a través del compromiso del cumplimiento de una actividad educativa (artículo 27.2 de la LORRPM).

El artículo 19.2 de la LORRPM define qué se entiende legalmente por conciliación, y señala que la conciliación se produce “cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas”. En este punto algún autor afirma que el menor infractor “debe reconocer los hechos que se le imputan”², lo cierto es que la Ley no va tan lejos, y seguramente exigir que el menor reconozca los hechos, así, tal cual, podría llevar a perjudicarlo en su derecho de defensa si el procedimiento de conciliación terminara en fracaso. La LORRPM lo que obliga al menor es que reconozca que ha causado un “daño”, “que se disculpe ante la víctima” y que “esta acepte sus disculpas”, es decir, pide que el menor se “disculpe” ante la “víctima”, y que reconozca que ha cometido “un daño”. Debe entenderse que esto no es lo mismo que reconocer los hechos que se le imputan, el menor puede reconocer parte de los hechos, el menor puede reconocer que obró mal pero no reconocer todo lo que se le imputa y querer igualmente “discularse”. Aunque el reconocimiento no sea total, aunque el reconocimiento sea justificándose en cierta manera, la Ley no está exigiendo que el menor acepte ni la calificación jurídica efectuada por el Ministerio Fiscal, ni todas las circunstancias del hecho, lo que exige la Ley es que el menor acepte que obró mal, que así lo reconozca, que le pida “perdón” a la víctima, y que ésta acepte sus disculpas. Estamos ante conceptos que se salen de la imputación efectuada por el Fiscal, pero este apartarse de conceptos jurídicos *strictu sensu* no conlleva ningún problema, debe recordarse que estamos ante soluciones “extrajudiciales”, en un procedimiento donde rige el principio de “desjudicialización”, donde ni víctima ni infractor se rigen por las reglas del procedimiento penal, y donde de lo que se trata es de obtener el “acuerdo de los litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado” mediante el “componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí”, en los términos de la Real Academia de la Lengua.

Ciertamente si el menor se disculpa, reconoce que obró mal, pero la víctima no acepta sus disculpas, la conciliación habrá fracasado y el procedimiento no podrá ser desistido por esta razón, ahora bien, si se dan los requisitos previstos en el artículo 27.4 de la LORRPM, nada impedirá que se pueda desistir en base a este otro motivo.

² p.ej. Alberto Manuel López López, “La Ley Penal del Menor y el Reglamento para su aplicación”, Editorial Comares, 2ª Edición, 2.007, Granada.

Por “reparación” el artículo 19.2 de la LORRPM señala el “compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva”. No debe confundirse “reparación” con el pago de la responsabilidad civil, ambos suelen coincidir en la mayoría de los supuestos, pero no siempre es así, la propia Ley especifica que “todo ello”, refiriéndose a la reparación, “sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil”, así que es perfectamente posible que el menor haga algo por y para la víctima, pero que el tema civil quede “aparcado”. Ello, además de otras posibles explicaciones, tiene su justificación en que no se trate de que esta institución esté pensada para los que poseen bienes suficientes para pagar, en este caso tendríamos una justicia para ricos y otra para pobres, y además, como de todos es sabido, quienes acaban respondiendo y quien paga la responsabilidad civil normalmente son los padres y no el propio menor.

La Ley distingue entre el compromiso de la actividad reparadora, es decir, una promesa de realizar una actividad, y lo que es el cumplimiento efectivo de la misma; el cumplimiento efectivo es imprescindible para dar por buena la reparación, si ésta no se ha llevado a cabo habrá que esperar al resultado de la misma; luego, requisito del desistimiento por reparación es que ésta se haya llevado a cabo, así lo establece expresamente el artículo 19.5 de la LORRPM cuando señala que “en el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente”. Esta previsión legal no había dado problemas hasta fechas recientes en las que, tras la modificación del artículo 132 del Código Penal en cuanto a la prescripción, ha llevado a algunas Audiencias Provinciales a considerar que la ejecución de un programa de reparación no interrumpe la prescripción, de tal manera que, ante una falta, la reparación no podrá durar más de tres meses, lo que, para cualquiera que trabaje en la Jurisdicción de Menores sabe perfectamente que, en muchas ocasiones, es imposible.

El Equipo Técnico se configura en el proceso de conciliación como “mediador”, así se establece en el artículo 19.3, con la misma palabra, y debe informar al Ministerio Fiscal del desarrollo del programa y del grado de cumplimiento.

En la Ley se prevé que cuando la víctima fuere menor de edad (supuesto muy frecuente) o incapaz, el compromiso debe ser asumido por su representante legal “con la aprobación del Juez de menores” (artículo 19.6 de la LORRPM), y, aunque no se acaba de entender la desconfianza del legislador tanto ante los representantes del menor o incapaz, como ante el propio Fiscal que debe velar por los intereses de todos, infractores y víctimas, así como del propio compromiso de reparación, lo cierto es que en la práctica, tras más de diez años de aplicación de la Ley, nunca se ha visto que el Juez de Menores haya intervenido alguna vez en un proceso de reparación, como no sea para posteriormente archivar el Expediente por reparación, convalidando con ello los acuerdos previamente alcanzados. De tal manera que puede afirmarse que podría eliminarse dicha previsión legal en futuras reformas, por completamente inútil ³⁴

Si la conciliación o la reparación es positiva, o no lo ha sido por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal “dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones” según establece el artículo 19.4 de la LORRPM. La

³ Ya la Ilma. Sra. Magistrada Doña Maria Rosario Ornos Fernández, en su artículo “*El Juez de Menores en la fase de instrucción del procedimiento penal de menores. Relaciones Fiscalía-Juzgado*” (*La Responsabilidad penal de los menores. aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial III-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2.001) señalaba que “Lo que no es tan lógico es que, a su vez, el Juez de Menores deba aprobar tal compromiso, ya que se trata de una mediación que se está produciendo en la fase de instrucción y ante el Ministerio Fiscal que tiene como una de sus funciones estatutarias la defensa de los menores e incapaces y de la legalidad, por lo que hubiese sido perfectamente posible que dicho compromiso se aprobase directamente por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que, una vez finalizada la conciliación o reparación, se solicite por el Ministerio Fiscal al Juez de Menores el sobreseimiento de lo actuado conforme regula el apartado 4 de este art. 19.”

primera pregunta que se puede plantear ante esta redacción es si es vinculante para el Fiscal la petición de conclusión. En este punto cabe remontarse más arriba y recordar que la Ley obliga a valorar “en particular” la falta de violencia o intimidación graves (artículo 19.1 de la LORRPM), de tal manera que, si pese a que se ha producido la conciliación o reparación, el Fiscal entendiere que la violencia o intimidación fueron graves, no puede dar por buena la conciliación o la reparación, sin perjuicio de que las tenga en cuenta en su escrito de alegaciones; de igual manera, si la conciliación o reparación no han sido posibles por causas ajenas a la voluntad del menor, habrá que analizar a qué se han debido dichas causas, no definidas por el legislador. De tal manera que no puede entenderse que el Ministerio Fiscal actúe de forma “obligada”, a lo que sí está obligado es a valorar la conciliación o reparación, y si considera que los hechos revisten una gravedad especial, o que la actuación del menor no ha sido suficiente, puede y debe continuar con el Expediente.

Ahora bien, y ¿cuál es la tramitación concreta del procedimiento de conciliación o reparación? el artículo 5 del Reglamento de la Ley lo detalla y exige la “presencia” de letrado que asista al menor. Esta previsión, impecable desde el punto de vista del derecho a la defensa, tiene como inconveniente que en multitud de supuestos el procedimiento puede retrasarse por los trámites para la designa de letrado al menor en el Expediente y su posterior comunicación al Equipo Técnico, también es cierto que el artículo 5.2 del Reglamento exige que se cite al menor y a su letrado, lo que no exige es que esté efectivamente presente en el procedimiento de conciliación, lo que, de hecho, muchas veces sucede ya que no comparece.

Cuando el Ministerio Fiscal incoa un Expediente a un menor siempre debe “requerir del Equipo técnico, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos” (artículo 27.1 de la LORRPM), en este momento el artículo 5.1 del Reglamento atribuye al Fiscal la posibilidad *motu proprio* o a petición del letrado del menor, de apreciar la posibilidad de solicitar del Equipo Técnico un informe sobre la conveniencia de adoptar una solución extrajudicial, ahora bien, la LORRPM parece que establece que no es el Fiscal a quien le corresponde esta función, ya que el artículo 27.2, 3 (y también 4) de la LORRPM a quien atribuye esta función es al Equipo Técnico: “el Equipo Técnico podrá proponer”, “El Equipo Técnico informará ... sobre la posibilidad de...”, en la práctica, al menos en la Sección de Menores de Barcelona, el tema no da problemas, cuando el Ministerio Fiscal solicita del Equipo Técnico el Informe, ya adelanta si, por la imputación que se hace al menor, el procedimiento puede terminar siendo desistido o no desde el punto de vista jurídico, y si, pese a que el procedimiento pudiera concluir por conciliación o reparación, a pesar de todo, el Fiscal necesita un informe completo sobre la situación del menor, puesto que el artículo 27.3 in fine de la LORRPM señala que, si ha habido reparación o conciliación, no es preciso la elaboración del informe completo (“no será preciso elaborar un informe de las características y contenidos del apartado de este artículo”).

El Reglamento permite que la víctima o perjudicado participen directa o personalmente en el procedimiento, o bien de forma indirecta, siempre y cuando se deje constancia de lo acordado y de lo decidido por la víctima.

La participación del Ministerio Fiscal no debiera ser nunca directa, en la Ley se regula sus funciones al instar, supervisar y validar el procedimiento, pero ni la Ley ni el Reglamento prevé una intervención directa del mismo, ello tiene su explicación en que se trata de una solución “extrajudicial” y por definición, la posición del Fiscal debe permanecer alejado al mismo. Es el Equipo Técnico quien hace las funciones de “mediador”, aproximando posturas, proponiendo en su caso, pero de ninguna manera “imponiendo” ninguna solución. Es el propio menor quien tiene que

- ante todo responsabilizarse por lo que ha hecho desde un punto de vista “social” y no “jurídico”
- asumir las consecuencias de sus actos

- disculparse, y/o hacer una actividad reparatoria ante la víctima, y/o hacer una actividad reparatoria ante la Comunidad, (y lo deseable es que fuera él mismo quien señalara qué quiere hacer y que no fueran los otros quienes le marcaran lo que debe hacer).
- asumir que, pese a que haya habido conciliación o reparación, no tiene garantizado que el Fiscal desistirá de continuar con el expediente.

Por otro lado, la víctima no está obligada de ninguna manera a participar en el procedimiento, puede comparecer ante el Equipo Técnico o no, puede hacerlo con encuentro con el menor o no (artículo 5.1 d) y e) del Reglamento).

El procedimiento de conciliación y reparación es horizontal entre las partes, nada les viene obligado, el trato es personal, el menor se responsabiliza por lo que ha cometido con el compromiso de no reincidir y la víctima obtiene una satisfacción, ya que, normalmente, lo único que ésta pretende es saber por qué le ha ocurrido lo que le ha ocurrido, que la dejen tranquila y perder el miedo, es extraño que haya víctimas con ánimo de venganza.

Frente a este procedimiento horizontal, el enjuiciamiento ante el Juez, el clásico, es vertical, al menor le puede “caer” una condena, pero no tiene por qué responsabilizarse por lo que ha cometido, puede adoptar una postura completamente pasiva en el procedimiento. ¿Y qué decir de las víctimas? en el procedimiento judicial clásico, no se trata sólo de que será citada multitud de veces (en Comisaría, en Fiscalía o en los Juzgados) es que, además, será amenazada con multas y sanciones si no comparece, el trato será impersonal, se la hará esperar horas y horas, el día del juicio, si es que no se suspende multitud de veces y si no hay un juicio con conformidad del que probablemente nadie le explicará lo ocurrido, deberá pasar por el interrogatorio del letrado del imputado, el cual, como es lógico, intentará que se contradiga o que parezca que miente, con suerte obtendrá una sentencia en la que se la reconozca como víctima, pero de la que muy probablemente nunca cobrará nada.

¿Hay alguna duda de qué procedimiento es más ventajoso, tanto para el menor infractor como para la víctima?

El procedimiento de conciliación y de reparación es aplicable a todo tipo de menores, aunque posean antecedentes y por tanto no sean primarios. Es verdad que cuando se trata de menores no primarios puede ser más conveniente continuar con el Expediente y obtener una condena por la cual se imponga al menor una medida, pero ello no es óbice para que, ante determinados menores y ante determinados hechos, lo más conveniente pueda ser participar en un programa de conciliación. Como siempre, en la Justicia Juvenil, hay que estar al caso concreto: para un menor que vive en un Centro de protección, si tiene incidentes con los educadores con los que convive, por muchos antecedentes que tenga por hechos ajenos al Centro, siempre será más conveniente conciliarse con los educadores que no la imposición de una nueva medida.

¿Y ante delitos de extrema gravedad? ¿Está prohibida la conciliación o la reparación? En ningún lugar de la Ley se prohíbe, lo que se establece en el artículo 19.1 de la LORRPM es la imposibilidad de desistir del procedimiento, pero no se prohíbe la realización de un programa de conciliación o reparación que, si su resultado es positivo, deberá tenerse en cuenta en el momento de imposición de la medida y que, además, permitirá fomentar la conformidad posterior. Piénsese en un delito de homicidio o asesinato intentado, además cometido entre personas que se conocen y que tienen relación, si es posible obtener la conciliación o la reparación, ¿qué inconveniente hay?. Seguramente ello ocurrirá de forma muy ocasional, pero siempre puede haber un caso en el que sea adecuado al caso concreto, y por tanto ni la conciliación ni la reparación pueden ser vetadas, por grave que sea el hecho.

El procedimiento, si ha sido positivo, y si el Fiscal lo convalida, da lugar a la conclusión del Expediente, éste lo remite al Juzgado quien ¿está obligado a sobreseer o puede oponerse a la conclusión por conciliación o mediación? Si bien es un supuesto de laboratorio, algunos se han dado, por ejemplo, ante delitos menos graves donde la reparación no ha sido posible por causas ajenas a la voluntad del menor, y el Informe ha sido positivo, pero hay acusador particular que no se muestra conforme con dicho informe, en estos supuestos el Juez debe y puede analizar que se han dado los presupuestos exigidos en la Ley, y si es así, como sea que el monopolio de la acción penal corresponde al Ministerio Fiscal y la Ley le otorga el principio de oportunidad, el Juez de Menores no puede hacer otra cosa que ratificar la decisión del Fiscal. Es evidente que distinto sería la respuesta si el Fiscal no hubiere respetado los requisitos legales.

La Audiencia de Barcelona por ejemplo en el Auto de 1 de junio de 2.011, Rollo 369/2.011, Juzgado de Menores número 5 de Barcelona, recogiendo una Doctrina ya consolidada en la Audiencia y que ha continuado posteriormente señala: *“La recurrente muestra su disconformidad con el sobreseimiento y archivo acordado por el Juez de menores, lo que nos lleva a examinar la posición que ocupa la Acusación Particular dentro del procedimiento de menores. Esta Sala, en auto de fecha 15 de mayo de 2008 (Ponente Ilmo. Sr. Grau) examinó dicha cuestión en el siguiente sentido: “Como es sabido, la redacción originaria de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores concedía el monopolio en el ejercicio de la acción penal al Ministerio Fiscal, permitiendo en algunos casos que los perjudicados por el delito pudieran participar en el proceso, aunque sin otorgarles la consideración de parte. La exposición de motivos de dicha Ley justificaba dicha decisión diciendo que se pretendía impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares y, en un momento posterior, se dice que no existe ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor. Sin embargo, la Ley Orgánica 15/2003 modificó el contenido del art. 25 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores introduciendo la Acusación Particular en el proceso de menores. Debe destacarse que en dicha reforma, aparte del art. 25 ya mencionado, tan solo se modificó el art. 8 para disponer que el Juez de Menores no puede imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. En consecuencia, se introdujo la acusación particular dentro del proceso penal de menores pero se mantuvo inalterado el procedimiento, lo que provocó algunas disfunciones evidentes. En este sentido, el Auto de esta misma Audiencia Provincial de fecha 17 de mayo del año 2005 (JUR 2005\ 169745) ya se dijo que “esta modificación, por olvido o precipitación del legislador, no afectó a otros preceptos de la Ley 5/2000, que permanecieron inalterados, cuya estricta aplicación supondría la vulneración del espíritu de la modificación, pues haría ilusoria esa intervención de la acusación particular en todos los trámites. Así, cuando se regula la conclusión de la fase de instrucción y la fase de audiencia, no se ha tenido en cuenta a la acusación particular y se le veda cualquier posibilidad de intervención. El art. 30.4 sólo prevé la solicitud de sobreseimiento por parte del Ministerio Fiscal; el art. 31 únicamente prevé el traslado al letrado del menor; y el art. 33 igualmente, tal solo contempla la petición del Ministerio Fiscal y el escrito de alegaciones del letrado del menor.” En la misma resolución, se concluía que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado, tiene el carácter de norma supletoria (disposición final primera de la Ley Orgánica 5/2000), por lo que se estimaba que debía darse intervención a la acusación particular en esta fase de conclusión de la instrucción del mismo modo que el art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena que se le dé traslado de las actuaciones para solicitar la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa y, una vez cumplido este trámite, deberá el Juez de Menores, con libertad de criterio, adoptar alguna de las decisiones previstas en el art. 33 de la Ley Orgánica 5/2000. Dicha discordancia adquiere especial relevancia cuando*

entra en juego el llamado principio de oportunidad. Como es sabido el principio de oportunidad confiere al titular público de la acción penal la potestad para disponer de la misma, aunque esté acreditada la comisión de un hecho punible por una persona, debiendo destacarse que en estos casos no se amplían las facultades del órgano judicial, sino que se limitan, fortaleciéndose las facultades del Ministerio Fiscal. Son expresiones de dicho principio de oportunidad la posibilidad de que el Ministerio Fiscal acuerde no incoar el procedimiento penal de menores (art. 18 LO RPM) o los supuestos de desistimiento por corrección en el ámbito educativo y familiar o por resarcimiento anticipado o conciliación con el infractor)art. 19 LO RPM). Parece claro que la reforma del art. 25 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores en nada afectaba a las facultades atribuidas al Ministerio Fiscal por el art. 18 de dicho texto legal, toda vez que, en estos casos, al no haberse incoado el procedimiento, tampoco cabía personación del acusador particular, debiendo destacarse que en estos casos tampoco existe ninguna intervención del Juzgado de Menores puesto que no llega a iniciarse el proceso penal propiamente dicho. Mayores problemas planteaban los casos de desistimiento previstos en el art. 19 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, discutiéndose por la doctrina si seguían manteniéndose íntegramente las facultades del Ministerio Fiscal o si, en dichos casos, la acusación particular podía oponerse al desistimiento solicitado por el Ministerio Fiscal. A nuestro entender, para resolver dicha cuestión e interpretar correctamente el alcance del art. 25 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores es necesario analizar el contenido de la última reforma de dicha ley, operada por la Ley Orgánica 8/2006. La Ley Orgánica 8/2006 da una nueva redacción al art. 31 del texto legal a fin de regular la intervención de la acusación particular y dispone que “recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos relevantes para el proceso remitidos por el Ministerio Fiscal, el secretario del Juzgado de Menores los incorporará a las diligencias, y el Juez de Menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual el secretario judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formules sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes”. En el mismo sentido la Ley también ha reformado el art. 26 de la LO RPM, referido a las diligencias que las partes pueden proponer al Ministerio Fiscal durante la instrucción del expediente, haciendo mención expresa a la parte que ejercita la acción penal. De la misma forma, también se da una nueva redacción al art. 19 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, concretamente al apartado segundo de dicho precepto, debiendo destacarse que en su nueva redacción sigue siendo una facultad exclusiva del Ministerio Fiscal la de pedir el desistimiento, sin que en dicho trámite se otorgue ninguna intervención a la acusación particular, por lo que debemos concluir que, en estos casos, la petición de la acusación particular solicitando la continuación del procedimiento carece de relevancia. En consecuencia, el Juzgado de Menores, tal y como establece el art. 33.c) de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, deberá proceder al archivo por sobreseimiento de las actuaciones cuando el Ministerio Fiscal solicite el desistimiento”, supuesto que concurre en el presente caso”.

4. EL ARTÍCULO 27.4 DE LA LORRPM

El artículo 27.4 de la LORRPM señala “Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad

pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor”.

Así pues son dos los motivos previstos en el artículo para permitir el desistimiento en la continuación del procedimiento:

- haber sido expresado suficientemente el reproche a través de los trámites ya practicados
- dado el tiempo transcurrido desde los hechos, ser inadecuada para el menor cualquier intervención

Empezando por este último motivo, es decir, el haber transcurrido excesivo tiempo desde que ocurrieron los hechos, lo verdad es que, a día de hoy, con los bravos plazos de prescripción previstos en el artículo 15 de la LORRPM, y la actual regulación de dicha institución en el artículo 132 del Código Penal, es casi inimaginable que pueda concurrir dicha causa, pero hay que reconocer que, especialmente en los momentos iniciales de vigencia de la LORRPM, fue de amplia aplicación por cuanto eran múltiples los expedientes incoados que tuvieron su origen en procedimientos originarios en los Juzgados de Instrucción, no prescritos, pero por hechos de una antigüedad excesiva.

Debe tenerse en cuenta que la rapidez de la Justicia es siempre importante, pero mucho más cuando se trata de menores, la percepción del tiempo no es igual para todas las personas, cuanto más joven se es, el tiempo transcurre con mucha mayor lentitud, y, al contrario, cuando mayor se es, el tiempo transcurre con mucha mayor lentitud. De tal manera que viene a ser absurdo juzgar a un menor por hechos transcurridos hace mucho tiempo, el menor que comparecerá el día del juicio ya no será el mismo que aquél pudo cometer el hecho delictivo. Así que, en abstracto, la causa prevista en la Ley es perfectamente loable.

El segundo motivo, el que los trámites practicados ya hayan expresados suficientemente el reproche al menor por su conducta, tiene su origen no en conceptos jurídicos, sino simplemente en el sentido común, cuando a un menor se le incoa un expediente, lo habitual es que haya un “movimiento” a nivel familiar para situarse ante la nueva situación, es habitual que la familia dé una respuesta sin esperar al resultado del juicio, el menor puede haber sido detenido y ello habrá provocado una crisis en su familia, se le escuchará en Comisaría o en Fiscalía, o en ambas sedes, se le designará un letrado, será citado ante el Equipo Técnico y deberá comparecer bajo la advertencia de ser detenido si no lo hace, el Equipo Técnico contrastará la información con la familia, con la escuela y con el medio social en el que se mueve el menor. Es habitual que, tras pasar por el Equipo Técnico, se derive al menor hacia algún recurso si no tiene ningún tipo de ocupación, o se le derive a un tratamiento psicológico si lo precisa, o a toda la familia se la derive a una terapia familiar. En estos supuestos, la respuesta que se puede llegar a obtener tras un juicio deviene inútil, ya se han detectado las carencias que el menor posee, y ya se está actuando en las mismas, si lo que se busca en la Jurisdicción del menor es la educación del mismo, ya se ha conseguido la pretensión legal, ir más allá carece de sentido.

Para poder apreciar el desistimiento previsto en el artículo 27.4 de la LORRPM se precisa que estemos ante la imputación de una falta o de un delito menos grave, sin violencia o intimidación especialmente grave, con las mismas consideraciones que se han hecho para el desistimiento por conciliación o reparación.

La propuesta de aplicación corresponde en exclusiva al Equipo Técnico, el Ministerio Fiscal no puede proponer el desistimiento basado en el artículo 27.4 de la LORRPM si no obra previamente la propuesta del Equipo Técnico, pero dicha propuesta no es vinculante, así se establece expresamente cuando la Ley utiliza la palabra “podrá”. Y, cuando el Ministerio Fiscal acuerda este desistimiento, puede remitir testimonio de lo actuado a la entidad pública de

protección, en este artículo expresamente se señala “en su caso”, es decir, sólo cuando el Ministerio Fiscal valore su necesidad.

Debe insistirse en que no se trata de que las medidas previstas en la LORRPM no se apliquen a los menores de familias “estructuradas” a los que no es necesaria la imposición de una medida educativa, de lo que se trata es que, para cualquier menor, sea cual sea su origen y condición, si ya ha transcurrido un tiempo excesivo desde que sucedieron los hechos, o por los trámites efectuados ya se ha expresado el reproche a su conducta, es posible el desistimiento. No se trata de una justicia de ricos y otra de pobres.

El Fiscal debe velar para que la aplicación de dicho artículo no suponga una impunidad en las conductas de los menores, es poco discutible que cuando se ha producido una conciliación con la víctima o el menor ha reparado ya se ha dado una respuesta, pero en el artículo 27.4 de la LORRPM la respuesta es mucho más difusa, hay que controlar que efectivamente se haya producido el “reproche” a la conducta del menor.

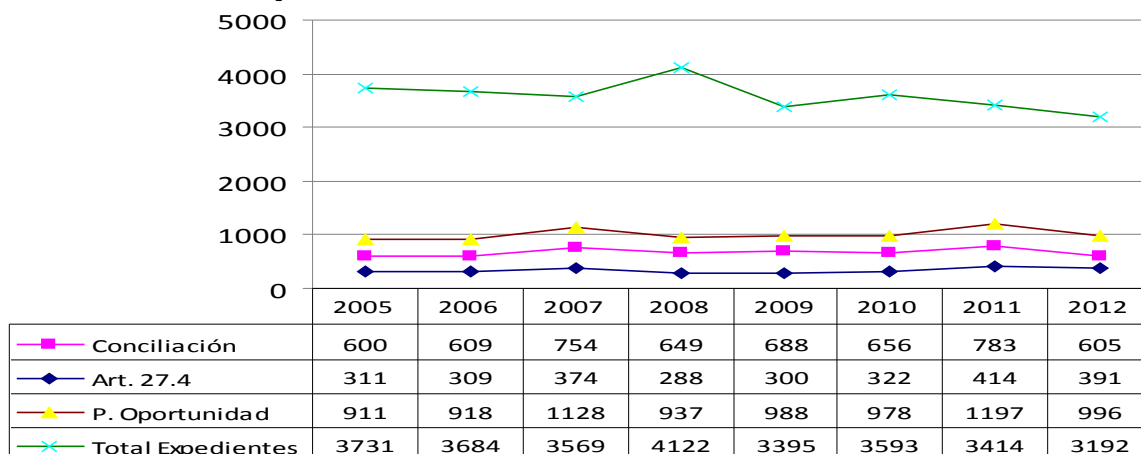
Pero, al igual que al hablar del desistimiento de la continuación del expediente por conciliación, se trataba de la necesidad de que la conciliación se hubiere producido o que el perjudicado aceptara las disculpas, y que sin ello, no era posible desistir, con la única salvedad que ello no hubiere sido posible por causas ajenas a la voluntad del menor, también es cierto que, cuando el menor ha hecho objetivamente todo lo posible para reparar o conciliarse, pero no ha conseguido la conciliación ni la víctima ha aceptado las disculpas, pese a que, para cualquier observador imparcial ello hubiere sido posible, siempre sería posible apreciar el artículo 27.4 de la LORRPM por considerar que con todos los trámites realizados ya se ha expresado el reproche al menor. De tal manera que el artículo 27.4 de la LORRPM se configura como una figura subsidiaria del artículo 19, cuando falla alguno de los requisitos de éste.

Además, en la aplicación del artículo 27.4 de la LORRPM, el Ministerio Fiscal posee una mayor información a la hora de acordar el desistimiento, recuérdese que en el artículo 27.3 se establece que cuando hay actividad reparadora o conciliación no es precisa la elaboración de un “informe” “sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley”, en cambio cuando el Equipo Técnico propone la aplicación del artículo 27.4 su informe tiene que ser completo, e incluir todas las variables previstas en el artículo 27.1 de la LORRPM.

Así pues, cuando al Ministerio Fiscal le llega la propuesta de desistimiento del Equipo Técnico basada en el artículo 27.4 de la LORRPM, deberá valorar si el delito permite su aplicación, si el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos es excesivo o si por los trámites efectuados ya se ha dado un “reproche” suficiente al menor, y si el menor precisa o no de una medida educativa atendido el informe sobre el mismo. Sólo si se dan los tres presupuestos es cuando podrá solicitar el archivo de las actuaciones.

En la actuación práctica de una Sección de menores importante, como es la de Barcelona⁴, la evolución de su aplicación ha sido la siguiente:

Evolución Principio de Oportunidad en Expedientes de Reforma en totales



⁴ En lo referente a la aplicación del desistimiento por conciliación, reparación o artículo 27.4 en Catalunya son interesantes las publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada de la Generalidad de Catalunya, en concreto su Boletín 52 de Estadística Básica, un estudio sobre la reincidencia en el programa de mediación y reparación de menores:

http://www.gencat.cat/docs/Justicia/Home/Àmbits/Formació,%20recerca%20i%20docum/Biblioteca%20i%20publicacions/Publicacions/Butlletí%20Justidata/Butlletins%20en%20línia/Justidata_52.pdf

La explicación a la Estadística anterior se encuentra en el Boletín 56 de Difusión de búsquedas:

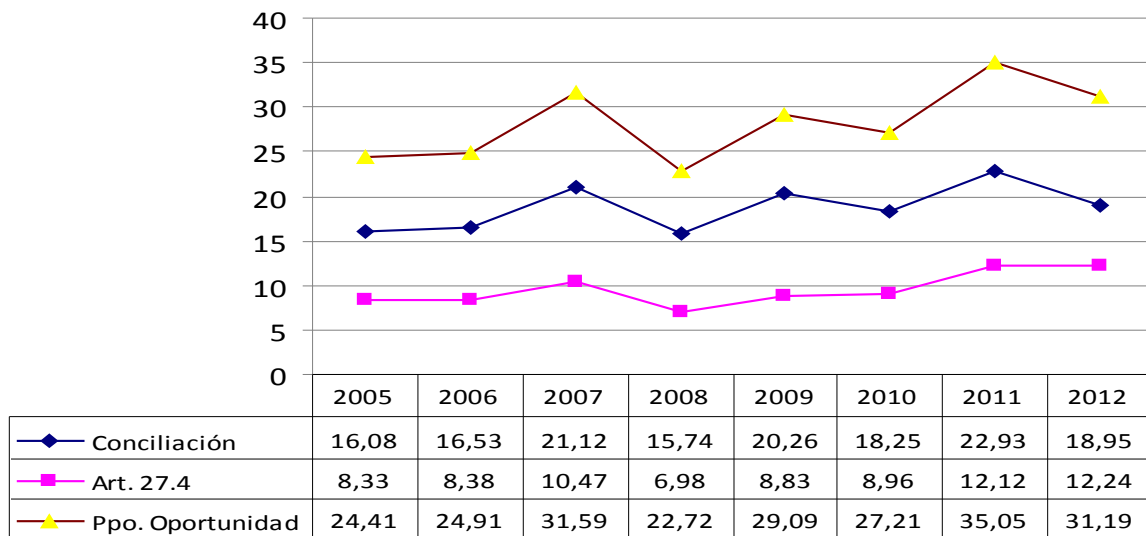
http://www.gencat.cat/docs/Justicia/Home/Àmbits/Formació,%20recerca%20i%20docum/Biblioteca%20i%20publicacions/Publicacions/Butlletí%20Invesbreu/Butlletins%20en%20línia/Invesbreu_56.pdf

En dichos estudios, además de romper con el tópico de que Catalunya está en la “vanguardia” de estas soluciones, ya que pasan por delante Comunidades como Aragón o Castilla la Mancha, se estudia especialmente las variables que llevan a un menor que ha participado en programas de reparación o conciliación a reincidir, en Catalunya, en 2.011, un 26,1 %, muy superior al 15,3 % cuando se ha desistido por aplicación del artículo 27.4 de la LORRPM, y algo más bajo que los menores que han sido condenados a amonestación (un 30,5%) o prestaciones para la comunidad (31,6%).

El estudio completo, en versión castellana, puede consultarse en el siguiente enlace:

http://www.gencat.cat/docs/Justicia/Home/Àmbits/Formació,%20recerca%20i%20docum/Recerca/Catàleg%20d'investigacions/Per%20ordre%20cronològic/2011/reincidencia_programa_mediacio/reincidencia_program_mediacio_sencer_cast.pdf

Evolución Principio de Oportunidad en Expedientes por porcentajes



Las mismas consideraciones que se han efectuado sobre el desistimiento en la continuación del expediente por conciliación o reparación, en cuanto a si el Juez de Menores está obligado a archivar el expediente cuando el Ministerio Fiscal hace uso de dicha facultad, son aplicables al desistimiento previsto en el artículo 27.4 de la LORRPM, sólo puede hacer un control de legalidad, no de “oportunidad”, es decir, el Juez puede revisar que se trate de un delito donde sea aplicable el desistimiento, puede analizar que haya una propuesta del Equipo Técnico, puede analizar incluso si se ha dado un “reproche” a la conducta del menor, pero lo que no puede hacer es denegar un desistimiento instado por el Ministerio Fiscal si éste reúne los requisitos legales, ni aunque haya una acusación particular personada que pretenda lo contrario. El desistimiento previsto en el artículo 27.4 de la LORRPM es una facultad exclusiva del Ministerio Fiscal.

5. LA CONCILIACIÓN CUANDO HA FINALIZADO LA INSTRUCCIÓN.

Una última posibilidad está prevista en la LORRPM, el artículo 51.3, en él se señala que: “La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 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”. Dicho artículo tiene que ser completado con el artículo 15 del Reglamento de la Ley que, en ocasiones, parece contradecir lo que la Ley señala.

Los hechos delictivos en los que es posible su aplicación son los mismos que hemos visto en cuanto al desistimiento en la continuación del expediente, sólo es posible para las faltas o delitos menos graves sin especial violencia ni intimidación.

Pero este tipo de desistimiento está mucho más restringido en su aplicación que durante la instrucción del expediente, la ley menciona exclusivamente la “conciliación”, no la “reparación”, de

tal manera que parece excluirla, y como la referencia es que la conciliación tiene que serlo con la “víctima”, también parece claro que quedan excluidas las actividades reparatorias en favor de la Comunidad. Ciertamente puede ocurrir que, a través de una actividad reparatoria, se haya conseguido la “conciliación” con la víctima, pero aquí lo que prima es que el menor reconozca el “daño” causado, se disculpe ante la víctima, por tanto, no es posible su práctica sin contar con la anuencia de ésta, y que además, la víctima acepte las disculpas, es decir, no basta la reparación.

Ahora bien, el Reglamento hace mención a que el menor manifieste “su voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, o de repararles por el daño causado”, de tal manera que deja entender que la conciliación puede producirse “a través de la reparación”, pero, entendiendo que el Reglamento no puede ir contra lo dispuesto en la Ley, creo que hay que aceptar que lo que la Ley prevé es la “conciliación”, en el mismo sentido que es definida por la propia Ley, y que la reparación del daño causado puede ser motivo para que se dé la reparación, pero no puede entenderse autónomamente de aquélla.

Pero no basta con que la “conciliación” se lleve a cabo, el motivo de conclusión tiene que ser propuesto bien por el Ministerio Fiscal, bien por el letrado del menor. Evidentemente quien estará mucho mejor situado para proponerla será el propio letrado del menor, el Ministerio Fiscal normalmente desconocerá la posible existencia de esta causa. No se prevé que el Juez de Menores pueda “proponerla” él mismo *motu proprio*.

El Reglamento, por el contrario, considera que es el menor quien “manifiesta” la intención de conciliarse o reparar, el menor señala su intención al Equipo Técnico y éste lo comunica tanto al Fiscal como al Juez; nada dice el Reglamento de que se comunique al letrado (no se sabe si por olvido del legislador, o porque se presupone que el menor está en contacto directo con su letrado, lo que, si fuera así, sería desconocer la realidad).

El Reglamento añade que el Equipo Técnico realizará las funciones de “mediación” entre el menor y la víctima, “informará de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento”, compromisos que “no pueden suponer una alteración del régimen de cumplimiento de la medida impuesta” y, si el menor estuviere internado, todo “sin perjuicio de las salidas que para dicha finalidad pueda autorizar el juzgado de menores competente”.

Una vez propuesta la conciliación por el Fiscal o el letrado del menor, el Juez deberá “oír” al Equipo Técnico, así como a la entidad pública de protección o reforma de menores. No regula la Ley cómo se producirá esta “audición”, aunque lo deseable es que se hiciera en vista, aunque sólo sea porque el Juez está obligado por el artículo 22.1.d) de la LORRPM a escuchar al menor, y, no sólo al menor, deberá como mínimo notificarse al perjudicado y víctima el procedimiento de conclusión por conciliación iniciado, ya que el artículo 4 de la LORRPM obliga a que a éstos se les comunique “cualquier” resolución que pueda afectar a sus intereses.

Una vez que el Juzgador ha escuchado a todas las partes, puede dejar sin efecto la medida que acordó, siempre y cuando, dándose todos los requisitos anteriores, “juzgue que dicho acto”, refiriéndose a la conciliación en si misma, “y el tiempo de duración de la medida ya cumplida”, es decir, tiene que haberse iniciado el cumplimiento de la medida, no parece posible si no fuera así, “expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”, por tanto, tiene que hacer un juicio de valor y analizar si, valorando la gravedad de los hechos, la culpabilidad del menor, y su esfuerzo en conciliarse con la víctima, se ha dado respuesta suficiente al hecho cometido.

El Juez de Menores resolverá mediante Auto, contra el cual caben los recursos previstos en la LORRPM (artículo 51.4 de la LORRPM).

Debe recordarse que, especialmente, en aquellos lugares donde hay varios Jueces de Menores, el encargado de la Ejecución de la medida será el primero que le hubiere condenado y

estuviere ejecutando la medida (artículo 12 de la LORRPM), de manera que podría ocurrir que el Juez que dejara sin efecto la medida por conciliación fuera uno distinto de aquél que condenó al menor.

La aplicación práctica de este artículo ha sido escasa hasta el momento, al menos en la Sección de Menores de Barcelona, y los intentos que ha habido han resultado infructuosos en su mayoría. La explicación a lo expuesto puede venir dada porque, una vez que el menor ya ha sido condenado, pierde todo “aliciente” para la conciliación, ya ha pasado por el juicio, ya ha sido condenado, ya tiene antecedentes penales, ya está obligado a indemnizar al perjudicado, ¿qué va a ganar con conciliar? la condena le ha venido impuesta, puede o no haber aceptado su responsabilidad, puede o no haber aceptado haber causado un “daño”, pero él mismo ya no dispone del procedimiento.

Si en la conciliación el menor se configura como sujeto “activo”, en el enjuiciamiento el menor es más “objeto” del procedimiento que otra cosa.

Puede plantearse en qué momento procesal puede producirse la conciliación prevista en el artículo 51.3 de la LORRPM; es verdad que el artículo menciona el en “cualquier momento”, lo que permitiría pensar que, efectivamente, puede ocurrir en cualquier momento: investigación, fase intermedia, fase de enjuiciamiento, fase de ejecución.

Está claro que este artículo no puede ser aplicable por innecesario durante la instrucción del Expediente por parte del Ministerio Fiscal. Por el contrario, tanto por ubicación sistemática dentro de la Ley, como porque la Ley menciona que la medida impuesta por el Juez ya ha sido iniciada, no hay duda que el artículo sólo es aplicable durante la Ejecución. La duda podría plantearse de si es posible su aplicación durante la Fase Intermedia, es decir, desde el final de la Instrucción hasta el acto de celebración de la Audiencia.

Es algo bastante habitual que, desde el final de la instrucción del Fiscal, hasta el día de la Audiencia, se produzca la conciliación efectiva entre el menor infractor y la víctima; en muchas ocasiones el Equipo Técnico remite el expediente al Fiscal, e informa al mismo tiempo que se ha iniciado un programa de conciliación. Lo coherente sería que el Fiscal paralizara el expediente en espera de la finalización del programa, pero como sea que los plazos de prescripción son extremadamente breves en la LORRPM, y que la interpretación que algunas Audiencias Provinciales han hecho de la prescripción sea especialmente “estricta”, especialmente por considerar que la elaboración de un programa de conciliación no interrumpe ni paraliza el plazo de prescripción, no le es posible al Fiscal paralizar el procedimiento, ello sería lo mismo que permitir que el Expediente prescribiera, debe presentar escrito de alegaciones con independencia de si se está o no realizando la conciliación.

De manera que sucede que, bien antes de la Audiencia, bien en la misma Audiencia, se tiene noticia de que el menor se ha conciliado con la víctima. Como se ha señalado, no parece posible la aplicación del artículo 51.3 de la LORRPM porque éste parte de que ya se ha impuesto una medida al menor y que se ha iniciado su cumplimiento. Tampoco parece posible la aplicación directa del artículo 19 o 27.3 de la LORRPM, porque estos presuponen que el procedimiento aún no ha sido remitido al Juzgado de Menores.

Y, una vez abierta la fase de Audiencia, equivalente de la de Enjuiciamiento para los procedimientos de adultos, sólo es posible terminar el procedimiento mediante Sentencia, bien absolutoria, bien condenatoria. Así pues, parece haber un vacío legal cuando la conciliación se produce entre la remisión que hace el Ministerio Fiscal del expediente al Juzgado y el momento en que éste dicta Sentencia (condenatoria, evidentemente).

El sentido común y, sobre todo, el interés del menor, debiera llevar a buscar algún tipo de solución. Es evidente que el menor tiene interés en no ser condenado, es evidente que la víctima que

ya se ha conciliado con el menor no tendrá interés en que el procedimiento siga adelante, ¿es educativo hacer pasar al menor por un enjuiciamiento que objetivamente ya no es necesario?

En la práctica estos temas suelen resolverse mediante una conformidad en la que se impone al menor la mínima de las medidas, normalmente una amonestación, pero el menor ya habrá sido condenado, tendrá antecedentes, y se habrá ido contra el principio de la desjudicialización.

Quizás fuera posible una solución a lo expuesto, como sea que el procedimiento supletoriamente aplicable en la Jurisdicción de Menores es el abreviado, y que éste se remite a su vez al procedimiento ordinario, podría ser aplicable lo previsto en el artículo 746.6º de la LECRM, es decir “cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones substanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria”, remitiendo el Juez de Menores nuevamente el Expediente al Ministerio Fiscal para “completar” la Instrucción. La conciliación con la víctima entre el fin de la Instrucción y la celebración de la Audiencia es un cambio de las circunstancias en las que iba a celebrarse el juicio: el menor ha pedido disculpas, ha reconocido el “daño” cometido, y la víctima o perjudicado ha aceptado sus disculpas, ya no se está discutiendo la totalidad de la imputación, ciertamente no se trata de que se requieran nuevos medios o elementos de prueba, pero sí que sería preciso “completar” la instrucción en cuanto a que el Fiscal cuenta ahora con un motivo para desistir con el que no contaba anteriormente, y que si hubiere conocido con anterioridad, podría haberle llevado a solicitar el sobreseimiento del Juzgado.

Si se considerare aplicable esta posible “remisión” del expediente nuevamente al Fiscal, éste nuevamente, con plena disposición sobre el expediente, siempre y cuando se dieran los requisitos previstos en la Ley en el artículo 19, podría solicitar ahora sí, con nuevos datos, el sobreseimiento al Juzgado de Menores, evitando con ello tanto la estigmatización del menor como impidiendo nuevas molestias a la víctima.