

# **POLÍTICA CRIMINAL Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL**

## ***Un análisis comparativo entre los modelos español y brasileño***

Prof. Dr. Emiliano Borja Jiménez  
Prof. Dr. César Chaves Pedron\*

**Sumario:** 1.-Introducción - 2. La delincuencia juvenil como problema social y político – 3. Los sistemas de respuesta a la delincuencia juvenil – 4. Características del moderno sistema de justicia penal juvenil - 5. Introducción a la Ley Penal del Menor en España – 6. Procedimiento de la Ley Penal del Menor: 6.1. Competencias; 6.2. Desarrollo del proceso - 7. Aspectos criminológicos de los menores causados por el procedimiento: 7.1. Perjuicio respecto de adultos; 7.2. Necesidad del uso de la mediación y conciliación – 8. Sistema de medidas: 8.1. Medidas de internamiento; 8.2. Otras medidas; 8.3. Sentido de la imposición de las medidas; especial referencia al interés del menor - 9. Conclusiones; 10. Bibliografía.

### **1. Introducción**

Uno de los problemas que más preocupa a la ciudadanía de cualquier país es el concerniente a la inseguridad ciudadana motivada por un creciente número de delitos. Sin duda alguna, cuando los pilares básicos de la convivencia comienzan a temblar porque el individuo no se siente seguro, el poder público se ve en la obligación de recurrir al Derecho Penal (entendido en sentido amplio, sustantivo, procesal, jurisdiccional, penitenciario y policial) para mantener la convivencia pacífica de los sujetos y de los grupos que éstos integran en una comunidad dada. Pero el uso por parte del Estado de la violencia legítima a través del aparato punitivo no puede ser indiscriminado, sino que tiene que regirse por criterios de eficacia dentro del respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Dichas garantías constituyen límites a la estrategia política de lucha contra el crimen que no pueden ser superados en ningún sistema democrático. Nos encontramos, una vez más, ante el conocido binomio libertad-seguridad, con los consiguientes problemas que ocasiona el avanzar en uno u otro sentido de estos dos polos: A mayor libertad, menor seguridad; a mayor seguridad, menor libertad.

Si sostener este equilibrio entre derechos individuales y mantenimiento de las condiciones básicas de la convivencia es difícil con carácter general, todavía se hace más complicado cuando los sujetos que perpetran hechos punitivos son menores de edad. Pues aquí la actividad punitiva tiene un freno en el respeto a las garantías de los jóvenes infractores como ciudadanos, y en otras consideraciones, como el interés superior del niño, en atención a su corta edad.

En el presente seminario, los autores de las respectivas ponencias van a realizar, en primer lugar, un examen político-criminal de la respuesta que en el moderno Estado social y democrático de Derecho se ha establecido ante el fenómeno de la delincuencia juvenil como problema social. En segundo lugar, se llevará a cabo un análisis de los modelos de justicia penal juvenil que proporcionan dos países como España y Brasil.

---

\* Catedráticos da Universidad de Valencia (España)

Con ello se quiere ofrecer una visión más amplia y real de esta problemática, teniendo presente sus fundamentos y actualidad político-criminal con carácter general, y sus específicas manifestaciones en dos sistemas jurídicos cuyos respectivos Estados nos unen hoy aquí: Brasil y España.

## **2. La delincuencia juvenil como problema social y político**

La delincuencia juvenil representa para todo Estado un grave problema. Pues un relevante sector de la criminalidad, al que es necesario hacerle frente, es perpetrado por personas que reúnen la característica de su juventud, Pero precisamente esta cualidad, la corta edad del infractor, obliga al Estado a tomar cautelas a la hora de reaccionar frente al hecho delictivo.

Y, en efecto, una respuesta enérgica del poder punitivo puede fácilmente transformar lo que aparentemente es una solución fácil en un nuevo problema, de dimensiones insospechadas. Puede “etiquetar” de por vida al sujeto infractor como “delincuente”, conduciendo su destino a la carrera criminal, con lo que ello supone tanto para la propia persona del condenado como para la misma sociedad, que soportará en el futuro las consecuencias de esa vida abocada al delito. Hay razones de peso, por tanto, para entender que el Derecho Penal de los adultos no se puede aplicar en idéntica medida a los jóvenes transgresores.

La primera justificación que aconseja un trato diferente del sistema penal ante estos sujetos, radica en el grado incompleto de imputabilidad que manifiestan. Por su corta edad y sus específicas características psicobiológicas, adolecen de la capacidad suficiente para comprender el alcance del hecho antijurídico perpetrado, o para actuar conforme a esa comprensión. Pero aun cuando se demostrase que el sujeto ha adquirido ese conocimiento al igual que un adulto, siempre le faltaría esa experiencia de la vida, esa sabiduría de los años que, de no existir, dificulta la conciencia personal de la significación antijurídica de sus actos ilícitos.

Otra no menos relevante justificación de la necesidad de un específico derecho penal juvenil viene determinada, como ya se ha señalado líneas arriba, por el sensible proceso de formación como persona por el que transcurre la existencia del menor de edad. Su personalidad está evolucionando constantemente, sin que quede todavía sólidamente asentada. El proceso educativo sigue manteniéndose inconcluso. Su futuro laboral, salvo raras excepciones, todavía será indefinido. En el ámbito social, su círculo de amistades irá variando con cierta frecuencia. Incluso desde la perspectiva sentimental, lo normal es que no haya encontrado todavía una relación estable. Si se aplicase en tales supuestos una medida punitiva, que puede ser adecuada para un adulto ante la perpetración de unos hechos similares, el Estado actuaría cruel e ilegítimamente, pues el daño que implica siempre la aplicación de una sanción penal, se multiplica cuando se trata de un sujeto con semejantes características. Si no se mide bien la reacción punitiva del Estado ante el menor de edad, se corre el riesgo de transformar una “aventura”, un “pecado de juventud”, un “acto de inmadurez”, una infracción provocada en gran parte por el tránsito del sujeto por esa etapa de la vida, en una de las peores tragedias de su existencia. En muchas ocasiones, el mero transcurso del tiempo hacia la madurez supone un “pasar página” en la vida del joven infractor que actuará en el futuro como cualquier otro ciudadano. Pero si el sistema penal reacciona de forma retributiva y con finalidades de prevención general, recurriendo a los criterios e instituciones del Derecho Penal de los adultos, es posible que, sin darse cuenta, convierta a un menor con problemas en un auténtico delincuente habitual. No obstante, tampoco se puede olvidar que el Estado tiene la obligación de tutela de los bienes jurídicos esenciales para la convivencia social, incluso

frente a las conductas de los más jóvenes de la comunidad. Por ello han existido diversos sistemas para poder conciliar todos estos intereses enfrentados entre sí en muchas ocasiones.

### **3. Los sistemas de respuesta a la delincuencia juvenil**

Históricamente, sobre todo en la legislación penal española, se ha establecido una doble regulación de la responsabilidad penal del menor de edad. Si el joven tenía capacidad de discernimiento o una determinada edad, se sometía al régimen del Derecho Penal tradicional, con alguna especificación. Si por el contrario, carecía de dicha capacidad de discernimiento o no superaba esa edad marcada por la Ley, le era aplicable un régimen jurídico especial, que normalmente ha coincidido con la doctrina de la situación irregular o sistema tutelar, al que se hará referencia más adelante.

Éste ha sido, por ejemplo, el sistema que ha imperado en el ordenamiento jurídico español hasta la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores. A los mayores de 16 años y menores de 18 que hubieran perpetrado algún hecho constitutivo de delito, se les sometía al régimen jurídico-penal de los adultos, con la posibilidad de aplicar una medida de seguridad indeterminada o una atenuante cualificada. En la práctica siempre se elegía esta última posibilidad, porque representaba mayores garantías para el reo. A los infractores que no superaban esos 16 años, se les sometía a un régimen sancionador que respondía al modelo tutelar, hasta la entrada en vigor de Ley Orgánica 5/1992, de 5 de junio, de reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, texto refundido aprobado por Decreto 11 de junio de 1948, Ley Orgánica que, motivada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/91, de 14 de febrero, instauró el sistema de responsabilidad o justicia, al que también se hará referencia en los párrafos siguientes.

Evidentemente, aplicar el Derecho Penal de los adultos a sujetos que son todavía menores de edad, aunque superen los 16 años, constituye un grave error de política criminal por las razones apuntadas. De ahí que este sistema híbrido tienda a desaparecer.

Otro modelo de tratamiento de la responsabilidad del menor de edad infractor es el denominado sistema tutelar o sistema de la situación irregular.

Los fundamentos de este sistema se encuentran en el positivismo correccionalista. Se parte de la loable idea de tratar al menor de edad que ha perpetrado un hecho constitutivo de delito fuera del etiquetamiento de “delincuente” o “criminal”, para evitar de esta forma que quede señalado y marginado de la sociedad. El Estado, como el buen padre de familia, no puede “castigar penalmente” al joven infractor, sino que debe “corregirle” y “educarle” para que no se desvíe del buen camino y pueda en el futuro hacer una vida honrada en libertad.

Se parte también del método del positivismo criminológico. Al niño no hay que “castigarle”, sino “tratarle” para ayudarlo a superar los problemas que ocasiona su conducta desviada. Y dichos problemas pueden tener su origen tanto en la realización de ciertos actos que constituyen delitos, como en cualquier otra situación irregular (actos inmorales, comportamiento antisocial, pandillismo, mendicidad, etc.).

De esta forma, se confunden los ámbitos en los que el Estado procede a la sanción de conductas lesivas a determinados bienes jurídicos, con aquellos otros en los que el poder público procede a la tutela y protección del joven que se encuentra en peligro ante determinadas condiciones individuales o sociales. De este planteamiento fundamental, derivan

unos principios que han inspirado los denominados sistemas tutelares o de la situación irregular.

Una de las bases de este modelo, era la consideración del menor de edad como inimputable, lo cual implicaba que fuera irrelevante tanto la determinación de su capacidad de entender y de querer, como el tipo de hechos realizados. El Estado intervendría, (teóricamente) tutelando, bien cuando existiese una infracción de las leyes penales de los adultos, bien cuando el sujeto atentase contra ciertos valores sociales, o bien cuando éste se encontrase bajo determinadas condiciones que requiriesen de la protección de las instancias públicas. El menor era entonces considerado, en la medida en que era declarado como totalmente irresponsable, como mero objeto de la intervención estatal, y no como sujeto de derecho.

En consecuencia, las medidas sancionadoras y educativas se aplicaban sin tener presente el principio de legalidad de los delitos y de las penas. El carácter de esas medidas era educativo y tutelar, e iban dirigidas al logro de la recuperación moral del menor.

Coherente con estos fundamentos, y siguiendo los criterios de la Escuela Positiva en su versión correccionalista, las medidas no tenían por qué estar determinadas temporalmente en atención a la gravedad del hecho realizado. Su determinación y duración respondía exclusivamente a esas condiciones morales y sociales en las que se encontraba el infractor, y a los mecanismos y necesidades que debían conducir a la recuperación del menor para que éste hiciese vida honrada en libertad.

De igual forma, el procedimiento de menores no venía regido por un juez de carrera, pues el ámbito tutelar que inspiraba el proceso de menores no necesitaba de una autoridad en Derecho, sino de una persona responsable capaz de entender los problemas de la juventud y de la infancia, y facultada para proceder a su solución más racional. No era necesaria la actuación de ningún abogado defensor, pues el Estado no actuaba “contra” el menor, sino en su favor. Se trataba de un proceso inquisitivo en el que tampoco intervenía el Ministerio Fiscal, pues no había que “acusar” al infractor, sino que se intentaba “protegerle”. En este mismo sentido, no existían verdaderas medidas de investigación, pues la determinación exacta de los hechos no era tan relevante como la exploración de la personalidad problemática del adolescente trasgresor.

Pero en realidad, todas estas pretensiones de evitar emplear los términos y las instituciones penales sólo conducían a un encubrimiento hipócrita de una realidad punitiva que regía la intervención estatal ante las infracciones del menor de edad, y con ausencia de toda garantía para aquél. A lo que era un auténtico interrogatorio del menor, se le denominaba “exploración”, a la detención se le llamaba “retención”, a la reclusión se le bautizaba como “acogimiento”, pero lo cierto era que en este sistema el sujeto sufría un proceso inquisitivo, una restricción de derechos en el desarrollo del mismo, y, si llegaba el caso, una auténtica privación de libertad. Pero, como todo ello se hacía “por su bien” (aunque la merma de sus derechos era considerable), no gozaba de las garantías básicas que se le conceden a cualquier reo adulto. No existía el principio de legalidad, y por tanto, no existía un elenco de conductas taxativamente determinado que constituyese el ámbito de lo prohibido y lo sancionado. No existía el derecho a la defensa a través de letrado. No existía un límite al establecimiento de la clase y la duración de la medida a imponer. Todo ello condujo, como era inevitable, a abusos e injusticias que determinaron una evolución a un sistema que hoy viene inspirado por la normativa internacional y que se concreta en la mayoría de las modernas legislaciones de responsabilidad penal de los menores infractores.

El denominado sistema de responsabilidad, sistema de protección integral o sistema de justicia, constituye un modelo diametralmente opuesto al anterior, pero que salva gran parte

de los obstáculos que éste presentaba para afrontar un correcto tratamiento de la responsabilidad penal del menor infractor.

El sistema de justicia parte de la determinación de la responsabilidad del menor derivada exclusivamente de la perpetración de un hecho tipificable, según la legislación penal de los adultos, como delito. Por ello constituye un auténtico sistema de Derecho Penal, aun cuando en muchos casos no se quiera reconocer. Pues admite todas las garantías básicas del Derecho Penal de los adultos, pero se estructura a través de un modelo educativo-sancionador que le dota de una gran especialidad.

La piedra angular de este sistema se encuentra en el reconocimiento de que el menor de edad es imputable, y por ello, responsable de sus actos. Se evita así la construcción del modelo con base en criterios paternalistas y moralistas que tantos atropellos provocó. Ello significa, por tanto, que el infractor ya no es considerado como objeto, sino como sujeto de derecho. De esta forma, al joven trasgresor se le está reconociendo su cualidad de persona, de ser racional, de individuo que goza de dignidad humana. Pero dicho reconocimiento implica afirmar su responsabilidad, y con ello, su imputabilidad. A partir de ahí se desarrollan los principios básicos sobre los que se construye su estructura fundamental.

Como modelo de responsabilidad que es, los ámbitos sancionadores y de protección se encuentran nítidamente diferenciados. Aquí se determinan exclusivamente las consecuencias jurídicas que se le asignan al sujeto para el caso de que se haya demostrado en el correspondiente proceso que éste ha sido responsable, a título de autor o partícipe, de la perpetración de un hecho que según la legislación penal de los adultos es calificado como delito. De ahí se deriva un modelo punitivo que admite todas las garantías del sistema penal común, con algunas especialidades.

Así, el principio de legalidad y de taxatividad de la conducta rige con toda su fuerza y relevancia. El proceso penal no se abrirá contra ningún menor si éste no ha perpetrado algún hecho constitutivo de delito. Las situaciones irregulares, las conductas desviadas, los comportamientos antisociales, no engendrarán jamás ninguna de las medidas educativo-sancionadoras previstas en los correspondientes textos legales.

Sin embargo, toda la actividad procesal que se origine a raíz de la comisión del hecho delictivo, viene presidida por el interés superior del menor y por los criterios básicos de la prevención especial. Es decir, el fin inmediato de toda medida aplicable al adolescente trasgresor no es otro que incidir en su persona, respetando al máximo su dignidad, para evitar que en el futuro éste perpetre nuevos hechos delictivos, para conseguir encauzar su comportamiento dentro de los cauces propios que merecen su formación educativa, social e individual como ser responsable que en el día de mañana va a tomar las riendas de su propio destino. De esta forma, se destierran algunos fines propios de las consecuencias jurídicas del Derecho Penal de los adultos, como la justificación de la imposición de la correspondiente medida en atención al mero castigo por el mal causado (retribución) o la evitación de la comisión de futuros hechos delictivos por parte de otros jóvenes que inhiben su comportamiento ilícito al sentirse amenazados por la posible aplicación de la sanción que viene representada en la imposición de la misma a un tercero (prevención general intimidatoria). El interés superior del menor centrado en la prevención especial constituye, pues, la piedra angular de todo el sistema de responsabilidad penal del joven infractor.

#### **4. Características del moderno sistema de justicia penal juvenil**

Como hemos destacado, a partir de aquí todas las garantías del Derecho Penal de los adultos, rigen en el ordenamiento jurídico de justicia juvenil. Resaltan, sin embargo, algunas consideraciones, que se concretan en los siguientes principios y presupuestos de este modelo.

Así, como hemos visto, todas las medidas se estructuran bajo el principio de prevención especial del *interés del menor*.

Principio de *especialización técnica*, en base al cual la imposición de cada una de estas medidas viene determinada, con carácter general, por un previo informe del equipo técnico correspondiente, que suele ser preceptivo, pero no vinculante para el correspondiente juez de menores.

Principio de *intervención mínima*, siendo que éste se conjuga en varias instituciones que intentan prescindir de los efectos propios de Derecho Penal retributivo, como la no apertura o suspensión del procedimiento por resarcimiento del daño o conciliación con la víctima, la suspensión de las medidas o la sustitución de las mismas, etc. Es decir, si se encuentran mecanismos de evitación de la aplicación de medidas restrictivas para el menor, si se consigue el mismo o semejante efecto que aplicando aquéllas, se utilizarán dichos mecanismos de suspensión, sustitución o anulación de las consecuencias jurídicas inicialmente previstas con carácter general.

En relación con lo expuesto, suele ser criterio común de las modernas legislaciones inspiradas en este sistema, la posibilidad de *diversidad y flexibilidad* en la aplicación y ejecución de las medidas, de tal forma que no existe una sanción específica según el hecho delictivo perpetrado, sino que el juzgador dispondrá de un amplio elenco de medidas que podrá imponer, sustituir, dejar sin efecto o modificar atendiendo a las condiciones personales del menor de edad y a la evolución del correspondiente tratamiento.

El sistema de justicia, de responsabilidad o de protección integral, constituye, como hemos señalado, un auténtico sistema de Derecho Penal juvenil, aun cuando esta etiqueta no sea del agrado de muchos. Por ello se estructura en torno a un auténtico proceso penal con todas las garantías constitucionales.

Existe una acusación formal que procede del Ministerio Fiscal, el cual, en la mayoría de las ocasiones, suele dirigir la fase de investigación (sistema acusatorio puro). La especialidad en materia de acusación, reside en el hecho de que muchas legislaciones (así, ley de responsabilidad penal de los menores española hasta la reforma de 2003) ni siquiera admiten la acusación particular, para evitar de esta forma que el menor de edad sea objeto del proceso en manos de los representantes legales de la víctima, con la grave incidencia que ello podría tener en el futuro desarrollo de su personalidad.

Por supuesto, es obligatoria la intervención de defensa letrada y el juez lo es de carrera, si bien con conocimientos especializados. El proceso penal también es un proceso especial que viene regido por el principio de contradicción e igualdad de las partes. Pero a diferencia del enjuiciamiento criminal común, no suele ser un proceso público. La razón de ello reside, una vez más, en la pretensión de la salvaguarda de la intimidad, del honor, de la imagen del menor en favor de su interés superior.

El moderno Derecho Penal juvenil, por tanto, se dirige en esta línea marcada por el sistema de justicia. La tendencia internacional viene subrayada nítidamente por estos fundamentos y principios. Tendencia que expresa la Resolución 40/33, de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre reglas mínimas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), la Recomendación 87 (20), de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la

delincuencia juvenil y la Convención de las Naciones Unidas de los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.

## 5. Introducción a la Ley Penal del Menor en España

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, trata de dar una respuesta sancionadora al menor infractor, pero con un contenido principalmente educativo; todo ello, respetando las garantías constitucionales<sup>1</sup>. La consideración de menor que atribuye la Ley es desde los catorce hasta los dieciocho años y, excepcionalmente, hasta los veintiuno<sup>2</sup>. La diferencia fundamental con la Lei N° 8.069, de 13 de Julho de 1990 de Brasil es que la edad en la que se aplicará es desde los doce hasta los dieciocho años (art. 2 en relación con el art. 104).

La exposición de motivos de la citada Ley declara, bien a las claras, el sentido interpretativo que debe reinar en su aplicación. Llegados a este punto nos gustaría resaltar, principalmente, la nítida referencia hecha por el legislador en cuanto a la idea que debe presidir la imposición de las medidas al menor infractor. Ésta no es otra, como se vio con anterioridad, que el interés del menor. Por tanto, el carácter de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor no es retribucionista, como lo sería el propio Código penal de adultos, sino que debe buscarse, fundamentalmente, en el interés del menor (Exponendo II, punto 7 de la Exposición de Motivos).

Otra característica importante de la actual Ley Penal del Menor es la facultad concedida al instructor<sup>3</sup> de acordar la terminación del proceso con la intención de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que éste pueda llegar a producir en el menor (Exposición de Motivos: motivo I punto 2º).

Estas características, tan importantes y que brevemente estamos esbozando, no supone olvidar a la víctima, pues, existe una amplia referencia a ésta para que pueda ser reparada por el daño causado por el menor infractor. La posibilidad de reclamación de indemnización pasa por un procedimiento rápido y sin apenas formalidades, separado del procedimiento en el que se le va a imponer la medida oportuna al menor. Además, se considera a los padres, o cualesquiera otros representantes legales del menor, responsables solidarios.

## 6. Procedimiento de la Ley Penal del Menor

### 6.1. Competencias

Como ya hemos apuntado anteriormente, la instrucción en el procedimiento de menores es facultad del Ministerio Fiscal. Por tanto, queda en sus manos la posibilidad de tomar decisiones trascendentes:

<sup>1</sup> Véase COLÁS TURÉGANO, A. *La responsabilidad penal del menor de edad*, Madrid 2002, pp. 28 y 29.

<sup>2</sup> Esta posibilidad se encuentra en *vacatio legis* hasta el 2007.

<sup>3</sup> La legislación española concede la facultad instructora al Ministerio Fiscal. El desarrollo del contenido competencial se tratará más adelante.

- Admitir o denegar la práctica de pruebas del letrado del menor y de la acusación particular si la hubiere (arts. 25 y 26.1 LORPM).
- Incoación del expediente (art. 16 LORPM).
- Desistimiento de la incoación del expediente (art. 18 LORPM)<sup>4</sup>.
- Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.
- Solicitud de medida cautelar al Juez de Menores (art. 28 LORPM).
- Conclusión del expediente con proposición de prueba y de medidas para la fase de audiencia ante el Juez de Menores (art. 30 LORPM).

Las competencias del Ministerio Fiscal se amplían en la fase de ejecución de la medida, pues, se le da traslado de la evolución de ésta e informe lo que considere conforme a derecho.

En resumen, podemos establecer que las competencias atribuidas al Ministerio Fiscal son las propias del Juez Instructor en adultos, creando un agravio comparativo que será expuesto más adelante.

Por lo que respecta a la legislación de Brasil, se encarga de instruir el Juez de Menores (art. 146 en relación con los arts. 152 – que hace una remisión a la leyes generales incluido sistema de recursos - y 153 de la Lei N° 8.069, de 13 de Julho de 1990). Respecto del Ministerio Fiscal, tiene entre sus competencias las de promover y seguir los procedimientos por infracciones de los menores, aunque la instrucción corresponde al Juez de Menores, salvo procedimientos administrativos que sí podrá instruirlos (art. 201 Lei N° 8.069). También le compete al Ministerio Fiscal la remisión como exclusión del proceso antes de iniciarse el procedimiento judicial (art. 201 en relación con el art. 126 Lei N° 8.069). Al ser la citada Ley sancionadora y protectora, también le compete al Ministerio Fiscal la intervención en procedimiento de protección (arts. 200 a 205 Lei N° 8.069).

Por lo que respecta al Juez de Menores, sus competencias son de contenido decisorio, exceptuando la fase de instrucción<sup>5</sup>:

- En la fase de Audiencia decide sobre la admisión de pruebas para su práctica (art. 34 LORPM).
- Dicta la sentencia del procedimiento de menores (arts. 38 y ss LORPM).
- Puede decidir sobre la suspensión de la ejecución de la medida (art. 40 LORPM).
- Controla la ejecución de la medida (art. 44 LORPM).
- Decide sobre la adopción de medidas cautelares hasta el momento de la sentencia (art. 28 LORPM).

En todo caso, el Juez de Menores actúa como garante de las libertades y derechos del menor<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Debe incoar expediente obligatoriamente cuando el menor haya cometido un delito grave o empleando violencia o intimidación en las personas, o también cuando haya cometido anteriormente otros hechos de la misma naturaleza.

<sup>5</sup> Únicamente interviene en la fase de instrucción para decidir sobre la imposición de alguna medida cautelar respecto del menor hasta el momento de la Audiencia.

<sup>6</sup> En este sentido, ORNOSA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> Rosario. El Juez de Menores en la fase de instrucción del proceso penal de menores. Relaciones Fiscalía-Juzgado. En *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. AA. VV. Cuadernos de Derecho Judicial III-2001, Madrid 2001, p. 197.

Las decisiones del Juez de Menores, tanto en lo referente a la medida cautelar<sup>7</sup>, como la sentencia e incidencias de ejecución del fallo, son recurribles en apelación ante la Audiencia Provincial del lugar donde se encuentra el Juzgado de Menores (art. 41 LORPM).

Posteriormente, al Recurso de Apelación, contra las sentencias dictadas por los Jueces de Menores cabe el recurso de Casación para unificación de la doctrina (art. 42 LORPM).<sup>8</sup>

Por último, en cualquier caso siempre existe la posibilidad del Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>9</sup> por la posible vulneración de derechos fundamentales.

## 6.2. Desarrollo del proceso

El proceso de menores se inicia desde que el Ministerio Fiscal tiene noticias de la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor. Esta *noticia criminis* puede ser a través de denuncia o de atestado policial. Respecto de la intervención policial, tenemos que hacer hincapié en que debe estar especializada, y que puede practicar detención sobre el menor, pero que durará como máximo veinticuatro horas, transcurridas las cuales lo dejará en libertad o lo pasará a disposición del Ministerio Fiscal. Una vez se ha practicado la detención se deberá avisar al legal representante del menor y será asistido en las dependencias policiales por un abogado. Semejantes garantías aparecen recogidas en la Lai N° 8.069 en los arts. 106 y 107.

Una vez llega el atestado policial al Ministerio Fiscal, éste incoará el expediente y explorará al menor en presencia de su legal representante y de un abogado. Después de leídos los derechos que le asisten al menor se le explorará, y una vez finalizada la citada exploración el Ministerio Fiscal decidirá si le deja marchar con su legal representante, o por el contrario, le pide al Juez de Menores que adopte una medida cautelar.

En los casos en que el Ministerio Fiscal solicita al Juez de Menores la adopción de una medida cautelar, se celebra una vista en la que el Juez escuchará al Fiscal, al Equipo Técnico<sup>10</sup>, a la Entidad Pública si se ha solicitado medida de internamiento y, por último, al letrado del menor. Posteriormente el Juez de Menores dicta un auto motivado en el que decide sobre la medida solicitada por el Ministerio Fiscal (el máximo de duración de la medida cautelar de internamiento será de tres meses prorrogados otros tres). Contra esta resolución cabe, potestativamente, Recurso de Reforma que resolverá el mismo Juez y posteriormente Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial. La medida cautelar de internamiento en Brasil es hasta sentencia con un máximo de cuarenta y cinco días (art. 106 Lei N° 8.069).

Una vez explorado el menor, con adopción de medida cautelar o sin ella, se practicarán las diligencias de prueba que considere el Ministerio Fiscal, a su propia instancia o a petición de los letrados de la defensa del menor y de la acusación particular si la hubiere.

Las garantías procesales en la Lei N° 8.069 vienen recogidas en los artículos 110 y 111, con asistencia letrada y control judicial.

<sup>7</sup> En este caso se puede interponer, potestativamente, el Recurso de Reforma para que resuelva el mismo Juez de Menores y después el recurso de Apelación.

<sup>8</sup> Este recurso sólo se podrá interponer cuando se hayan impuesto medidas, a mayores de dieciséis años, por hechos de extrema gravedad, con violencia o intimidación en las personas, grave riesgo para la vida e integridad física de las personas (reglas 4ª y 5ª del art. 9 LORPM).

<sup>9</sup> En aplicación de la normativa procesal y constitucional general.

<sup>10</sup> En ese momento se entrevista brevemente con el menor y su legal representante e informa de la medida que considera más adecuada para el menor.

Durante la tramitación del expediente, el Equipo Técnico hará un informe sobre la situación del menor (familiar, social, psicológica, laboral, educativa, etc.) y propondrá la medida que considere más apropiada para el interés de éste (art. 27 LORPM)<sup>11</sup>. No obstante, la defensa o la acusación particular, si la hubiere, pueden solicitar una pericial, en el mismo sentido, realizada por personas distintas al Equipo Técnico. Pero el principal problema se plantea cuando, recomendada una medida por el Equipo Técnico, pasan varios meses hasta el momento de la fase de Audiencia, pudiendo haber variado las circunstancias del menor y no siendo, en ese momento, la medida propuesta por el Equipo Técnico la que mejor se ajusta ahora a las necesidades del menor. En estos casos, cuando el menor está internado o en libertad vigilada no hay problema porque existen informes actualizados que reflejan la situación del menor en ese momento. El verdadero problema se plantea cuando el menor no está internado o en libertad vigilada, pues, ya no existe una aportación de informe del Equipo Técnico que refleje la situación actual de aquél. La solución a este problema es difícil si se pretende que el Equipo Técnico, presente en la Audiencia, informe en ese momento sobre la evolución del menor, cuando realmente no tiene elementos valorativos. Por otro lado, parece que el problema se pueda resolver si en estos casos, el letrado defensor solicita, en el escrito de alegaciones, como prueba pericial, un nuevo informe del Equipo Técnico. Habitualmente el Juez de Menores no admite esa prueba, pero ya puede ser motivo de recurso porque la medida que deberá imponer el Juez se deberá basar en el interés del menor.

Si el Ministerio Fiscal no ha desistido o no ha sobreseído el expediente por conciliación, lo concluirá y solicitará al Juez de Menores la fase de Audiencia con proposición de prueba y de medida definitiva a adoptar. Posteriormente el letrado de la acusación particular, si la hubiere, hará su escrito de alegaciones, y finalmente el letrado de la defensa del menor hará el escrito de defensa con proposición de prueba.

El Juez de Menores decidirá sobre la admisión de las pruebas solicitadas por las partes y señalará día para la Audiencia<sup>12</sup>.

La fase de Audiencia se celebra con lectura del escrito de acusación, exploración del menor (primero las acusaciones y después el letrado del menor), interrogatorio de los testigos propuestos y admitidos (en estos casos, primero interroga la parte que los propone y después las otras partes personadas). Finalmente, las partes pueden preguntar al representante del Equipo Técnico que se hallará presente en la Sala sobre la medida que más conviene al menor, y por último, las partes hacen sus informes finales con la petición final. Después de la fase de Audiencia, el Juez de Menores dicta sentencia<sup>13</sup>.

## **7. Aspectos criminológicos de los menores causados por el procedimiento**

### **7.1. Perjuicio respecto de adultos**

---

<sup>11</sup> El Equipo Técnico está compuesto por personas de los distintos ámbitos de las Ciencias del comportamiento (psicólogos, trabajadores sociales, pedagogos, etc.); en este sentido véase GONZÁLEZ CANO, M<sup>a</sup> Isabel. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, AA. VV., Sevilla 2002, p. 199.

<sup>12</sup> También podrá, el Juez de Menores, decidir sobre el sobreseimiento o archivo de las actuaciones y la remisión al Juez competente cuando considere que él no lo es. Todo ello de manera motivada.

<sup>13</sup> En régimen de recursos contra las sentencias del Juez de Menores ha quedado expuesto en el punto anterior.

Uno de los factores que más puede perjudicar a un menor y que, por tanto, más potencia su marco de referencia criminológico, es que resulte perjudicado respecto de los adultos, en la comparativa procedimental. Dicho de otra forma, en situaciones procesales comparables, el menor no puede resultar perjudicado, tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional español en Sentencia 61/1998 de 17 de marzo. Pues bien, aun así, existen agravios comparativos respecto de adultos, como son:

- Pruebas en instrucción. La decisión de admisión o no en menores compete al Ministerio Fiscal y contra esta resolución no cabe recurso alguno. En cambio, en adultos el Juez Instructor debe resolver mediante auto motivado la inadmisión de una prueba propuesta por la defensa, este auto es recurrible en Reforma y Apelación. Por tanto, el menor queda evidentemente perjudicado al no poder ser recurrida la resolución del Ministerio Fiscal que deniegue la práctica de alguna prueba en instrucción propuesta por su defensa.
- Para la adopción de una medida cautelar de internamiento (art. 28 LORPM), como uno de los motivos sigue considerando la repercusión y alarma social, tal y como se hacía en la ley procesal de adultos para acordar una prisión preventiva. En la ley procesal de adultos (Ley de Enjuiciamiento Criminal – Lecrim.- art. 503) ya desapareció tal motivo porque se cuestionaba su constitucionalidad. Pues bien, en menores sigue existiendo el referido motivo y, peor aún, se sigue utilizando para fundamentar la adopción de una medida cautelar de internamiento<sup>14</sup>

Como podemos observar, y pese al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el perjuicio que se causa al menor en situaciones procesales comparables es sustancial; potenciándose, así, el llamado marco de referencia criminológico del menor infractor que abunda en su comportamiento delictivo.

Una cuestión que también potencia el perjuicio del menor en situaciones comparables con adultos es la posibilidad de la presencia de la acusación particular con plena participación de propuesta de pruebas y medidas a imponer. Entendemos que perjudica al menor, puesto que, pese a existir también en adultos, en menores se busca, fundamentalmente, el interés del mismo. Pretensión totalmente distinta a la Ley de adultos que tiene un carácter eminentemente retribucionista (sobre todo tras las últimas reformas operadas). La posibilidad de acusación particular<sup>15</sup> supone el desequilibrio de fuerzas en el proceso del menor debido a la actitud retribucionista que generalmente busca el letrado de la víctima<sup>16</sup>, dificultando que se lleve a cabo una aplicación más ecuánime de la Ley del Menor.

## 7.2. Necesidad del uso de la mediación y conciliación

<sup>14</sup> GONZÁLEZ CANO, M<sup>a</sup> Isabel. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, AA. VV., Sevilla 2002, p. 207, espera que sea declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

<sup>15</sup> Cuestión totalmente distinta a la posibilidad de reclamar la indemnización correspondiente en la pieza separada de responsabilidad civil, algo que está contemplado desde el inicio en la LORPM, pero que no supone intervenir en la instrucción del expediente con las consecuencias que de ello se derivan.

<sup>16</sup> El equilibrio de fuerzas es lo que, según el derecho anglosajón, proporciona un juicio justo (*Fair Trial*). En este sentido, véase, FLETCHER, G. P. *Las víctimas ante el jurado*, traducción realizada por Medina Ariza, J.J. y Muñoz Aunión, A., Valencia 1997, pp. 212 y ss.

Un factor necesario para que disminuya la conducta antisocial del menor es evitar que tenga una imagen de sí mismo como infractor y mala persona. A tal efecto, consideramos que cuando más incida en el menor el procedimiento penal, más potenciará la imagen peyorativa que éste tiene de sí mismo, produciéndose la estigmatización del infractor<sup>17</sup>. Por todo ello, entendemos que la posibilidad de conciliación, prevista en el la LORPM (art. 19) debe ser un recurso de máxima utilización por el Ministerio Fiscal. El efecto positivo que pueda causar en el menor es el reconocimiento del hecho cometido y la reparación o perdón pedido a la víctima, responsabilizándose de su infracción y evitando las consecuencias perniciosas del proceso penal<sup>18</sup>. Comparativamente con la legislación brasileña, podemos decir que parece contemplarse esta posibilidad del sobreseimiento del expediente en la remisión para exclusión del proceso (arts. 126). Significativamente podemos señalar aquí la medida de la obligación de reparar el daño (arts. 112 y 116 Lei Nº 8.069 de 13 de julho de 1990), puesto que requiere una reparación patrimonial a favor de la víctima. En este caso, aunque el proceso penal parece que ha acabado con sentencia y, por tanto, se ha desarrollado plenamente, sí que se puede conseguir del menor una responsabilización por el acto cometido y una posible empatía hacia la víctima con valoración del daño causado.

No obstante, en el proceso español se utiliza de forma poco frecuente, pese a la Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, pretende evitar esa victimización aludida con las consecuencias negativas de orden físico, psíquico, social y material, y en la número 17) establece literalmente: “fomentar la experiencias (de ámbito nacional o local) de mediación entre delincuente y su víctima, y evaluar los resultados examinando, en particular, en qué medida se preservan los intereses de las víctimas”, y que por tanto conseguiría un doble beneficio: 1) Para el menor infractor evitaría el proceso penal y la estigmatización; 2) La victimización secundaria de la víctima. Además, en el art. 40.3 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, se insta a los Estados parte a adoptar, siempre que sea apropiado y deseable, “medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y garantías legales”. La misma idea inspira la Regla 11 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, donde se establece que “se examinará la posibilidad de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes”<sup>19</sup>. Sería deseable que en la práctica se recurriese más a esta solución por todos los argumentos expuestos, pero la verdadera praxis revela una intención más sancionadora que educativa por parte del intérprete de la Ley.

Con el sistema de mediación y conciliación se recuperaría, además, el papel de la víctima en el proceso penal<sup>20</sup>, no sometiéndola a los excesivos y lentos trámites burocráticos, interrogatorios agresivos y las innumerables comparecencias por las posibles suspensiones de la Audiencia (tal y como se produce generalmente en la práctica). No obstante, debe apuntarse

<sup>17</sup> Véase ALBRECHT, P. A. *El derecho penal de menores*, traducción realizada por Juan Bustos Ramírez, Barcelona 1990, p. 50.

<sup>18</sup> Véase, en este sentido, TAMARIT SUMALLA, J. M. La mediación reparadora en la Ley penal del menor. En *Justicia penal de menores y jóvenes*, AA. VV., Valencia 2002, p. 57.

<sup>19</sup> Más ampliamente ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup>. C. Alternativas al procedimiento y la ejecución de las medidas en la Ley Orgánica 5/2000. En *El nuevo derecho penal juvenil español*, AA. VV., Zaragoza 2002, pp. 202 y 203.

<sup>20</sup> Véase JIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado. En *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1996, p. 63.

que existe la posibilidad de conciliación como compensación moral del menor a la víctima y reparación del daño que, además de la reparación psicológica, debe acompañar la material<sup>21</sup>.

## 8. Sistema de medidas

### 8.1. Medidas de internamiento

Debemos comenzar el presente apartado destacando que el internamiento de menores debe llevarse a cabo respetando la Convención de los Derechos del Niño de 1989, las reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad aprobadas por la ONU el 14 de diciembre de 1990 y las Reglas de Beijing aprobadas por la ONU en 1985.

En primer lugar debemos hacer referencia a la medida de internamiento en régimen cerrado (art. 7.1 a) LORPM). Es la más dura que se contempla en la legislación de menores, por ello debe ser la que mayores garantías registre tanto en su imposición como en su ejecución<sup>22</sup>. En el cumplimiento de esta medida residirán en el centro, en un módulo distinto al de los menores en otro régimen de internamiento, y deberán realizar actividades educativas, formativas, laborales y de ocio, tratando de fomentar los contactos del menor con su familia y los agentes sociales de su entorno para evitar los efectos negativos del internamiento<sup>23</sup>. Esta medida sólo se puede imponer al menor cuando haya cometido un hecho delictivo mediante violencia o intimidación o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas (art. 9.2ª LORPM).

En los casos de cumplimiento de una medida de internamiento en régimen cerrado el menor no sale del módulo donde se encuentra, salvo para realizar actividades deportivas en las instalaciones del Centro de Menores y con la supervisión de los educadores.

Muy semejante resulta la medida de internamiento prevista en la Lei N° 8.069 artículos 121 a 125. Las diferencias fundamentales estriban en la duración, pues, se prevé que sea un máximo de tres años sin distinguir la edad (art. 121,3º) (dentro de los márgenes establecidos en la Lei citada). Además, se establece que se producirá la libertad necesariamente cuando la persona internada haya cumplido los veintiún años de edad (art. 121,5º), mientras que la legislación española sólo contempla la posibilidad de que el Juez de Menores, cuando la persona alcance los veintitrés años y le quede por cumplir medida de internamiento, oído el Ministerio Fiscal, determine que la persona finalice el cumplimiento en un Establecimiento Penitenciario de adultos, sometiéndose al régimen de la legislación penitenciaria (art. 15 LORPM).

Internamiento en régimen abierto (art. 7.1 c) LORPM). En este supuesto el Centro es el domicilio habitual del menor y realiza todas las actividades fuera del mismo. No obstante, esta medida no se usa de manera adecuada en la práctica por las dificultades de encontrar recursos suficientes en el exterior<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Así lo expone ampliamente COLÁS TURÉGANO, A. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>22</sup> En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 80.

<sup>23</sup> Véase, BERNAL ESTEBAN, D. “Las medidas de internamiento: diversos regímenes y su ejecución” en *El nuevo derecho penal juvenil español*, AA. VV., Zaragoza 2002, pp. 125 y 126.

<sup>24</sup> Véase CERVELLÓ DONDERIS, V. *La responsabilidad penal del menor*, Madrid 2002, p. 169.

Otra medida de internamiento es la de régimen semiabierto (art. 7.1 b), en virtud de la cual, los menores residirán en el centro, pero podrán realizar las actividades educativas, formativas, laborales y de ocio fuera del Centro de Menores. Esta medida pretende la toma de responsabilidad por parte del menor<sup>25</sup>. El régimen de vida en este tipo de internamiento es mucho más flexible que en el cerrado y, por tanto, el menor tiene una mayor posibilidad de contacto con el exterior con menor control por parte del Centro. Si no fuera posible que el menor realizase las actividades fuera del Centro, esta situación no puede convertirse en un régimen cerrado encubierto, o dicho de otra forma, que se le aplique el régimen propio del cerrado, pues, tal situación sería totalmente ilegal<sup>26</sup>. En muy parecidos términos está prevista en la Lei N° 8.069 (art. 120).

El internamiento terapéutico (art. 7.1 d) LORPM) está previsto para los menores que necesitan un tratamiento psiquiátrico o de desintoxicación. Se puede aplicar sola o como complemento de otra medida. Parecida es la medida de protección de tratamiento médico, psiquiátrico y psicológico, sólo que de forma ambulatoria u hospitalaria (art. 101.V por remisión del art. 113 de la Lei N° 8.069), además del posible tratamiento de desintoxicación (art. 101.VI Lei N° 8.069).

La medida de permanencia de fin de semana en Centro (art. 7.1 g) LORPM) puede ser considerada como internamiento, pues, es privativa de libertad y se debe ingresar en un Centro durante un máximo de treinta y seis horas (desde la tarde o noche del viernes hasta la tarde del domingo).

Las medidas podrán durar un máximo de dos años cuando el menor no haya cumplido todavía los dieciséis años y un máximo de cinco cuando ya haya alcanzado esta edad, con excepciones como los delitos de terrorismo, en donde el internamiento en régimen cerrado podrá durar hasta cinco años máximo para los menores de dieciséis años y hasta diez años máximo para los mayores de dicha edad. Semejantes límites parecen olvidar el interés del menor y el carácter de *ultima ratio* de la medida más grave privativa de libertad<sup>27</sup>, además de sustituir los claros criterios de prevención especial resocializadora de la legislación penal juvenil por otro de naturaleza retributiva.

## 8.2. Otras medidas

Existe otra gran variedad de medidas que no son tan estigmatizadoras como las de internamiento, aunque contemplan cierta privación de libertad: Permanencia de fin de semana en domicilio (art. 7.1 g) LORPM) con las mismas características que la de permanencia en Centro, solo que se cumplirá en el propio domicilio del menor.

Además, podemos destacar la medida de libertad vigilada (art. 7.1 h) LORPM), donde el menor seguirá unas pautas socio-educativas que controlará un profesional y con el que el menor deberá entrevistarse regularmente. Pero el infractor no sólo deberá atender a la obligación indicada, sino que también deberá asistir a la escuela, centro de formación profesional o lugar de trabajo. Parece una propia contradicción hablar de libertad y, a su vez, de vigilada, por ser términos opuestos. El contenido que se dé a la vigilancia convertirá a la medida en educativa y, por tanto, adecuada con la finalidad perseguida, o por el contrario se

<sup>25</sup> BERNAL ESTEBAN, D. op.cit., p. 126.

<sup>26</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. op. Cit., p. 81.

<sup>27</sup> En este sentido, véase, CERVELLÓ DONDERIS, V. op. cit., pp. 166 y 167.

transformará en una fiscalización de las actividades del menor<sup>28</sup>. Además, se pueden imponer un elenco de normas de conducta al menor (art. 7.1 h) LORPM). Muy parecida es la medida de Libertad Asistida (arts. 118 y 119 Lei N° 8.069), sólo que en este caso se establece una duración mínima de seis meses.

En la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad (art. 7.1 j) LORPM), el menor deberá realizar actividades de interés social no retribuidas durante las horas que determine el juez. Esta medida tiene el precedente de la *community service order* del derecho inglés. Pretende un doble objetivo, evitar el internamiento del menor y conseguir su integración social<sup>29</sup>. En el mismo sentido (art. 117 Lei N° 8.069), aunque aquí se establece una jornada semanal de ocho horas en fines de semana y festivos para no entorpecer el desarrollo escolar del menor. En el Reglamento que desarrolla la LORPM (en España) se establece la necesidad de flexibilizar en cuanto a los días en que debe llevarse a cabo para no interrumpir la actividad escolar del menor. No obstante, se regula una jornada laboral máxima de cuatro horas diarias si el trasgresor es menor de dieciséis años y de ocho horas diarias si es mayor de dicha edad.

Por último, existen otro tipo de medidas, como privativas de derechos (conducir, porte de armas), inhabilitación, y también las educativas (convivencia con otra persona, familia o grupo educativo y realización de tareas socio-educativas, comparativamente con la Lei N° 8.069 existe un elenco de medidas en el art. 101). La amonestación es otra medida consistente en la advertencia del Juez de Menores; igual que la Advertencia regulada en el art. 115 Lei N° 8.069. Finalmente encontramos el tratamiento ambulatorio psiquiátrico o de desintoxicación.

### 8.3. Sentido de la imposición de las medidas; especial referencia al interés del menor

Las medidas deben ser impuestas única y exclusivamente en interés del menor. Tal y como exponíamos en el inicio, por venir así expresado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores y, también, en su artículo 7.3<sup>30</sup>. No se trata de establecer una proporcionalidad entre la gravedad del hecho cometido y la medida, sino que se busca potenciar la superación de las carencias que han hecho del menor un infractor penal. Por ello, la elección de la medida debe estar basada en informes técnicos de ciencias no jurídicas<sup>31</sup>. En cambio, la legislación de Brasil (Lei N° 8.069, de 13 de Julho de 1990), establece la posibilidad de imponer la medida teniendo en cuenta la capacidad de cumplirla del menor, sus circunstancias y la gravedad del hecho (art. 112,1º).

La elección de la medida es fundamental para el futuro desarrollo del menor, pues, una medida inadecuada producirá efectos estigmatizantes y desocializadores en éste, acentuando su carácter asocial e infractor. Pensemos, sobre todo, en las medidas privativas de libertad,

<sup>28</sup> En este sentido se manifiesta con mucho acierto CERVELLÓ DONDERIS, V. op. cit. p. 154.

<sup>29</sup> Más ampliamente CERVELLÓ DONDERIS, V. op. cit. p. 158. Añade MARTÍN SÁNCHEZ, A. “Las medidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, op. cit. p. 445, que la prestación debe estar relacionada con el bien jurídico lesionado.

<sup>30</sup> Véase ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de derecho penal (parte general y parte especial)*, Valencia 2004, p. 382. Establecen los citados autores que el interés del menor como eje de la elección de la medida es un principio rector de la Ley.

<sup>31</sup> Así lo expone CERVELLÓ DONDERIS, V. op. cit. p.113. También, sobre la intervención del equipo técnico, AGUIRRE ZAMORANO, P. Medidas aplicables en la legislación de menores. En *Menores privados de libertad*, cit., p. 202.

donde se dificulta la normal relación con los miembros de la familia y con el entorno habitual del menor, acentuado su desocialización por el distanciamiento del Centro de Menores en el que sea internado, pues, aunque sea preceptivo el internamiento en el Centro más cercano a su domicilio (art. 56.2 e) LORPM), dependerá de las plazas libres en cada uno. No en vano, tanto a la vista de las medidas cautelares, como en la Audiencia, en que también sean solicitadas, está presente el representante de la Entidad Pública para informar del Centro del Menores en el que se le podrá internar.

La medida que le sea impuesta al menor debe estar fundamentada, única y exclusivamente, en la posibilidad de incidir positivamente en su desarrollo personal, valorando todos los ámbitos (social, familiar, educativo, laboral, formativo de ocio, etc.), sin que se deban hacer ulteriores consideraciones sobre la gravedad del hecho o la situación de la víctima, pues en el primer caso sólo puede operar como límite máximo de medida a imponer, y en el segundo, porque ya existe la previsión oportuna en orden a su reparación.

## 9. Conclusiones

La delincuencia juvenil constituye un problema de seguridad ciudadana en la moderna sociedad del Siglo XXI. Frente a ella, tanto a nivel nacional como desde la perspectiva internacional, se ha intentado responder con diferentes sistemas para conciliar el mantenimiento de la convivencia pacífica en la comunidad, los derechos fundamentales del individuo y el respeto a los particulares intereses del menor infractor.

El denominado sistema tutelar, con loables pretensiones paternalistas de protección al niño, ha fracasado en su modelo de intervención positivista y correccionalistas por confundir los planos de trasgresión y protección y conducir a una violación de las garantías fundamentales del menor en comparación con la justicia penal de los adultos.

El actual sistema que mejor concilia seguridad ciudadana y respeto de los derechos del niño infractor es el denominado sistema de justicia o de responsabilidad. En él se reconoce la responsabilidad penal del menor de edad, pero se establece un conjunto de principios y medidas especializadas que se fundamentan en el interés superior del niño, y que se acomodan a las específicas características de este tipo de sujetos trasgresores de la ley penal de los adultos.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, mantiene una concepción plausible en términos generales, pero la aplicación práctica de ésta, en algunos casos, llega a desvirtuar su pretensión.

Existe una mayor dificultad de defensa para el menor, durante la instrucción, que en el procedimiento de adultos; concediendo, por tanto, una gran facultad decisoria al Ministerio Fiscal. Como ya expusimos anteriormente, es difícil entender la imposibilidad del letrado del menor de recurrir una denegación de prueba propuesta en la fase de instrucción, limitándose enormemente el derecho de defensa.

Por otro lado, la imposición de la medida debe estar basada en el interés del menor, que se refleja en el informe del Equipo Técnico. Entonces deberíamos preguntarnos por qué las peticiones de medidas que realiza el Ministerio Fiscal suele ser bastante más elevada que la propuesta del referido Equipo Técnico. La respuesta se antoja evidente, se aplica el concepto propio del proceso penal de adultos, algo que contraría visiblemente la LORPM.

Las medidas de internamiento pueden llegar a ser excesivamente largas, lo que dificulta el cumplimiento de la finalidad de la LORPM. Además, se contemplan excepciones

que empeoran la situación comentada. El régimen de internamiento previsto en el Reglamento se asemeja sensiblemente al régimen penitenciario, dejando traslucir el tratamiento inadecuado que el menor está recibiendo en la aplicación de la LORPM.

No existe una aplicación con la habitualidad deseable de la mediación o conciliación, agravando, así, los efectos perniciosos que produce en el menor su implicación en el proceso penal. La reticencia que en muchos casos se observa del Ministerio Fiscal para remitir el expediente a mediación o conciliación, está basada en el temor de la reacción de la víctima. Idea errónea, pues la víctima debe otorgar su consentimiento.

El paso del menor por el proceso penal está siendo tan duro e intenso que choca frontalmente con el espíritu de la LORPM. Esta irrespetuosa aplicación sólo trae consecuencias negativas en la evolución de los menores que han pasado por el procedimiento penal.

Por último, debemos destacar las posibilidades que se están concediendo a la acusación particular en el proceso. Es más que dudoso que la acusación particular, en la solicitud de medida a imponer, tenga presente el interés del menor.

## 10. Bibliografía

AGUIRRE ZAMORANO, P. Medidas aplicables en la legislación de menores. En *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.

ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup>. C. Alternativas al procedimiento y a la ejecución de las medidas en la Ley Orgánica 5/2000. En VV.AA. *El nuevo derecho penal juvenil español*. Zaragoza, 2002.

ALBRECHT, P-A. *El derecho penal de menores*. Barcelona, 1990.

APARICIO BLANCO, P. *Política Criminal y delincuencia juvenil en Política Criminal* (Direc. LARRAURI PIJOAN, E.). Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999; págs. 149 y ss.

BERNAL ESTEBAN, D. Las medidas de internamiento: diversos regímenes y su ejecución. En VV.AA. *El nuevo derecho penal juvenil español*. Zaragoza, 2002.

CERVELLÓ DONDERIS, V. *La responsabilidad penal del menor*. Madrid, 2002.

COLÁS TURÉGANO, A. *La responsabilidad penal del menor*. Madrid, 2002.

FLETCHER, G. P. *Las víctimas ante el jurado*. Valencia, 1997.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado. En *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ CANO, M<sup>a</sup>. I. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*. VV.AA. Sevilla, 2002.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de derecho penal (parte genral y parte especial)*, Valencia, 2004.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*. Publicaciones del Grupo de Estudios de Política Criminal (Documentos, 5), 2000.

MAPELLI CAFFARENA, B. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*. VV.AA. Sevilla, 2002.

MARTÍN SÁNCHEZ, A. Las medidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores. En *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. Cuadernos de Derecho Judicial III-2001. Madrid, 2001.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. R. El juez de menores en la fase de instrucción del proceso penal de menores. Relaciones fiscalía-juzgados. En *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. Cuadernos de Derecho Judicial III-2001. Madrid, 2001.

ORTS BERENGUER, E. *Compendio de derecho penal (parte genral y parte especial)*. Valencia, 2004.

TAMARIT SUMALLA, J. M. La mediación reparadora en la Ley penal del menor. En *Justicia penal de menores y jóvenes*, AA. VV., Valencia 2002.

TIFFER, C./LLOBET, J. *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*. San José de Costa Rica, 1999.

URRA PORTILLO, F. J. *Respuesta social al joven infractor. Metalegislación en Política criminal comparada: hoy y mañana* (Direc. BERISTAIN IPIÑA, A.). Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. Madrid, 1998, págs. 209 y ss.