

LA EXCLUSIÓN DEL PROCESO DE MENORES: ESPAÑA Y BRASIL

Roberto BARBOSA ALVES

Fiscal del Ministerio Público
del Estado de São Paulo

Doctor en Derecho Procesal por
la Universidad Complutense de Madrid
rbarbosaalves@uol.com.br

RESUMEN

En España, la Ley Orgánica 5/2000 pone la actividad de instrucción en manos del fiscal, quien también ejerce, con exclusividad, la acción destinada al enjuiciamiento de menores. La ley permite la aplicación de la oportunidad y de la conformidad. La oportunidad se manifiesta a través del desistimiento de la incoación del expediente en favor de la corrección del menor en el ámbito educativo y familiar y en las hipótesis de conciliación y reparación. La conformidad del menor con la medida solicitada se dirige a una calificación que el Ministerio Fiscal debía formular, respeto al principio de legalidad. En Brasil, la Ley 8069/90 contiene hipótesis de oportunidad y conformidad. El fiscal puede excluir el proceso, atendiendo a ciertas circunstancias, u ofrecer al menor el cumplimiento de medida no privativa o restrictiva de libertad.

Palabras clave: España, Brasil, menores, conformidad, oportunidad.

ABSTRACT

In Spain, Organic Act 5/2000 gives Attorneys the power to rule a case and it is up to them to judge minors as well. Here it applies by law the principles of opportunity and adequacy. Opportunity comes when rejecting incoation of the file favouring the bettering of behaviour of the minor within a family and academic environment as well as in case of conciliation and amendment. The minor's agreement on the given measure addresses at qualifying after the Ministry says to, always in compliance with the law. In Brazil, Act 8069/90 comprises both opportunity and conformity. Attorney here may exclude procedures, depending on circumstances or offer the minor the possibility to meet off imprisonment measures.

Keywords: Spain, Brazil, minors, acceptance, opportunity.

ZUSAMMENFASSUNG

In Spanien legt das Staatsgrundgesetz 5/2000 die Ausübung des gerichtlichen Ermittlungsverfahren in die Hände des Staatsanwalts, welcher wiederum die Verurteilung von Minderjährigen in exklusiver Instanz ausübt. Das Gesetz erlaubt die

Anwendung der «zweiten Chance und Zustimmung». Die «zweite Chance» äußert sich darin, das die Staatsanwaltschaft auf die Anordnung der Ausübung von Zwangsmaßnahmen verzichtet zugunsten der Besserung des Minderjährigen im erzieherischen und familiären Umfeld, beruhend auf der Annahme der Versöhnung und Wiedergutmachung. Die Zustimmung des Minderjährigen zur beantragten Maßnahme führt zu einer Bewertung, welche die Staatsanwaltschaft in Bezug auf das Prinzip der Gesetzlichkeit aussprechen soll. In Brasilien, ist es das Gesetz 8069/90, welches die Annahme der «zweiten Chance und der Zustimmung» beinhaltet. Der Staatsanwalt kann diesen Vorgang ausschließen, in dem er gewissen Umständen Rechnung trägt, oder dem Minderjährigen Maßnahmen anbietet, die keinen Freiheitsentzug oder Freiheitseinschränkungen umfassen.

Schlüsselwörter: Spanien, Brasilien, minderjährige, zustimmung, zweite chance.

SUMARIO: I. EL PROCESO DE MENORES EN ESPAÑA.—1. Consideraciones generales.—2. El proceso y su exclusión.—II. EL PROCESO DE MENORES EN BRASIL.—1. Consideraciones generales.—2. El Ministerio Público en el proceso de menores.—3. Fase preliminar.—4. Exclusión del proceso.—5. Iniciación del proceso.—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PROCESO DE MENORES EN ESPAÑA

1. Consideraciones generales

La normativa internacional, en especial la Convención de los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing, ha inspirado una nueva regulación legislativa del proceso español de menores. La legislación debería diseñar un enjuiciamiento dotado de las garantías procesales previstas en la Constitución que fuese ejercido por órganos especializados y tendente a una prevención especial dirigida al bienestar del menor.

Tales directrices fueron plasmadas por el legislador en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, Ley de Menores).

La Ley de Menores adopta un modelo procesal destinado al enjuiciamiento de hechos penalmente típicos practicados por los menores. Se trata de una verdadera *ley de enjuiciamiento criminal de menores* que adopta un procedimiento peculiar y utiliza todo el sistema de garantías constitucionales del proceso penal. Entre dos modelos posibles de tratamiento —el administrativo y el jurisdiccional— optó el ordenamiento jurídico por el modelo de justicia de menores.

2. El proceso y su exclusión

A) Fase de instrucción

El art. 16 de la Ley de Menores establece que *corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el art. 1 de esta Ley*. Con arreglo a tales conceptos, la Ley de Menores se refiere a una efectiva actuación *instructora* del fiscal. La fase de instrucción incluye la práctica de las diligencias que el fiscal estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos y de sus autores, pero no se limita a una *investigación*, sino que en ella el fiscal «tiene como objetivo la acreditación de los hechos, la participación del menor en los mismos, proponiendo medidas concretas de contenido educativo y sancionador, procurando siempre el beneficio del menor»¹.

Con ello, la Ley de Menores establece una verdadera dirección de la instrucción —y no solo de la investigación— por parte del fiscal. Al fiscal le corresponde agotar las posibilidades de investigación y resolver la conclusión del expediente, que, en su caso, remitirá al Juzgado para la celebración de audiencia (art. 30.1). Es decir, el fiscal se configura como auténtico *dueño* de la fase intermedia, pues de él va a depender la decisión sobre la continuación del procedimiento con la imputación subjetiva, anticipando al *juicio de Audiencia* el *juicio de acusación*².

B) Procedimiento

El cauce de la instrucción contiene dos momentos distintos. El primero se refiere al conocimiento de la *notitia criminis*, mientras que el segundo comienza con la incoación del expediente.

Notitia criminis

La Ley de Menores determina que el conocimiento de la existencia de un hecho de apariencia delictiva debe ser comunicado al fiscal para la

¹ J. J. POLO RODRÍGUEZ y A. J. HUÉLAMO BUENDÍA, *La nueva ley penal del menor*, Madrid, Colex, 2000, p. 30.

² *Ibid.*, p. 35.

investigación. Cualquier persona puede informar, mediante denuncia, la existencia de un delito al fiscal (art. 16.2). El fiscal es, pues, el único *destinatario* de la *notitia criminis* en el proceso de menores, ya que a él le corresponde privativamente la iniciativa procesal (art. 25). En la hipótesis de concretarse la *notitia criminis* en una denuncia, el fiscal deberá dictar un decreto que la admita o no a trámite (art. 16.2 de la Ley de Menores). La admisión de la denuncia, como regla general, determina la incoación del expediente, mientras que su inadmisión tiene como consecuencia el archivo de las actuaciones.

La incoación del expediente

Admitida a trámite la denuncia, el fiscal debe resolver sobre la incoación o no del expediente contra el menor. Para informarse mejor de los hechos puede previamente determinar las diligencias que estime oportunas (art. 16.2, parte final). Efectuadas tales actuaciones, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al juez de menores (art. 16.3).

El fiscal deberá permitir al letrado del menor que vea el expediente (art. 23.2 de la Ley de Menores). El letrado, a su vez, podrá proponer la práctica de las diligencias que estime oportunas. El fiscal deberá dictar auto admitiendo o no tales diligencias (art. 26 de la Ley de Menores).

Conclusión de la instrucción

La instrucción concluye con una resolución formal del fiscal que deberá ser comunicada al letrado del menor. Con esta pieza, el fiscal presentará un escrito de alegaciones y propondrá la prueba que estime necesaria (art. 30 de la Ley de Menores).

C) *Exclusión del procedimiento*

La aplicación de la oportunidad o de la conformidad en la fase preprocesal tiene como consecuencia la exclusión del procedimiento. De una u otra manera, la acción penal no será propuesta por el Ministerio Fiscal. La Ley de Menores establece diversos supuestos de exclusión del procedimiento.

El desistimiento de la incoación del expediente

El desistimiento supone la aplicación de una medida de protección al menor. En este caso, rige el principio de oportunidad para el fiscal, principalmente porque el desistimiento constituye la opción por la corrección en el ámbito educativo y familiar.

Los requisitos que el art. 18 de la Ley de Menores establece para el desistimiento son: *a)* que los hechos constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o bien que constituyan faltas, y *b)* que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.

La consecuencia del desistimiento es mantener la intervención sobre el menor. Por ello, el fiscal deberá reportar las actuaciones a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de medidas de protección.

La conciliación y la mediación

La conciliación y la mediación parten de la concepción del crimen como conflicto interpersonal, cuya solución efectiva, pacificadora, debe ser hallada por los propios implicados en el mismo. La idea es resolver el conflicto, dar satisfacción a la víctima y a la comunidad, pacificar las relaciones sociales interpersonales y generales dañadas por el delito, y mejorar el clima social. La justicia es *restaurativa*, de base comunitaria, que confía en la capacidad de los implicados en el delito para encontrar fórmulas de compromiso, de negociación, de pacto, de conciliación y de pacificación³.

La Ley de Menores introduce, con la conciliación, un nuevo supuesto de sobreseimiento no contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según el art. 19.2 de la Ley, la conciliación se produce *cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y esta acepte sus disculpas*. La conciliación afecta a la mediación, que corresponde al equipo técnico (art. 19.3).

Los requisitos para la conciliación son: *a)* que haya expediente incoado; *b)* que el hecho constituya delito menos grave o falta; *c)* que la víctima, que debe ser capaz o estar legalmente representada, a tenor del art. 19.6

³ A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Madrid, Ramón Areces, 2012, p. 18.

de la Ley de Menores, acepte las disculpas, y d) que el menor reconozca los hechos.

Evidentemente, el fiscal deberá utilizar la oportunidad *atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves* (art. 19.1 de la Ley de Menores). Al parecer, el legislador ha deseado que la falta de violencia o intimidación graves no sea condición imprescindible para la conciliación, sino que sirva de orientación al ejercicio de la oportunidad por el fiscal.

La falta de aceptación de las excusas por parte de la víctima impide el sobreseimiento, al menos considerando el motivo del art. 19 de la Ley de Menores, ya que no se habrá producido conciliación⁴.

La conciliación provoca el sobreseimiento del expediente, que debe ser solicitado al juez, el cual determinará el archivo del expediente (art. 19.4). A nuestro parecer, la conciliación es definitiva: el art. 19.4 determina que, producida la conciliación, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción. No existe, pues, posibilidad de reanudar el expediente.

La reparación

El concepto de reparación se encuentra en el mismo art. 19.2 de la Ley de Menores: es *el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva*.

El concepto es, naturalmente, abierto. Supone, como en la conciliación, el reconocimiento del daño provocado. La cuestión tiene relevancia, ya que el menor podría no admitirse responsable del daño y, sin embargo, evitar el proceso penal por fuerza de la reparación. Por ello, entendemos que la reparación solo será posible en el supuesto de que el menor se reconozca responsable, lo cual tendrá una considerable repercusión en el ámbito civil.

Los requisitos de la reparación son los mismos que los exigidos para la conciliación. No obstante, en la conciliación los efectos de la transacción entre el menor y la víctima son inmediatos, mientras que la reparación puede alargarse en el tiempo. La reparación, de hecho, admite que se

⁴ M.-J. DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 13 de enero)*, Valencia, Revista General de Derecho, 2000, p. 128, mantiene, por el contrario, que la falta de aceptación de las excusas no evitará el sobreseimiento.

celebre un compromiso futuro de realización de determinadas acciones. El incumplimiento del compromiso provocará la reanudación del expediente (art. 19.5 de la Ley de Menores).

La reparación provoca el sobreseimiento del expediente. El sobreseimiento será provisional cuando en el compromiso se establezca el cumplimiento de una obligación futura y será definitivo cuando el cumplimiento del pacto sea instantáneo o cuando el menor cumpla el compromiso futuro.

El compromiso que permite el sobreseimiento depende de que el menor realice *determinadas acciones*. Tales acciones deben ser valoradas con arreglo al concepto de actividad educativa, que debe inspirarse en las medidas de prestaciones en beneficio de la comunidad y realización de tareas socioeducativas [art. 7.1.j) y k) de la Ley de Menores]⁵.

Otras hipótesis de sobreseimiento

La Ley de Menores permite reconocer *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* (art. 27.4).

Son dos las características del dispositivo. La primera es el reconocimiento de que la mera tramitación del procedimiento puede constituir reproche suficiente al menor, es decir, que el carácter afflictivo del proceso penal equivale a la imposición de una medida sancionadora. En segundo lugar, la ley determina la eficacia del tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos —sin referirse a la prescripción— para excluir la responsabilidad penal.

Las hipótesis mencionadas no son más que manifestaciones sensibles del principio de oportunidad. Admitida la propuesta por el fiscal, se aplicará el art. 19.1 de la Ley de Menores. Sin embargo, entendemos que los apartados 1 y 4 del art. 19 de la Ley de Menores contienen supuestos distintos de sobreseimiento: en el primero, el Ministerio Fiscal actúa de oficio, mientras que en el segundo admite propuesta formulada en el informe técnico. De cualquier forma, la actuación de oficio del fiscal es amplia y puede comprender también las hipótesis del art. 19.4.

⁵ *Ibid.*, p. 127.

Fase de audiencia

Cuando el fiscal estime que no debe acordar o solicitar el sobreseimiento, solicitará la apertura de la audiencia a través de un escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de este, y la proposición de alguna medida de las previstas en esta ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen (art. 30.1 de la Ley de Menores).

II. EL PROCESO DE MENORES EN BRASIL

1. Consideraciones generales

La Constitución brasileña de 1988, aunque anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, utilizó como fuente el proyecto de la normativa internacional. El art. 227 de la Carta Magna, efectivamente, vino a sintetizar los preceptos que más tarde serían aprobados por las Naciones Unidas⁶.

Una vez impuesto un nuevo rumbo por la Constitución, se editó la Ley 8069, de 13 de julio de 1990, del *Estatuto del Niño y del Adolescente*, también en perfecta identidad con la Convención de la ONU. El Estatuto no solo contiene normas relativas al proceso por delitos penales, sino que *dispone sobre la protección integral al niño y al adolescente* (art. 1.º). A continuación desarrolla las garantías a la vida, a la salud, a la libertad, al respeto y a la dignidad, a la convivencia familiar y comunitaria, a la educación, a la cultura, al deporte, al ocio y al trabajo protegido. Respecto a la delincuencia juvenil, el Estatuto también recoge la normativa de la Convención de la ONU y de las Reglas de Beijing.

⁶ García Méndez, refiriéndose al proceso de adecuación de las legislaciones al Pacto, menciona el éxito del sistema brasileño. *Vid.* E. GARCÍA MÉNDEZ, «Legislação de Menores na América Latina: uma doutrina em situação irregular», en *Del revés al Derecho*, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 31.

2. El Ministerio Público en el proceso de menores

En el proceso destinado al enjuiciamiento de adolescentes infractores, el Ministerio Público asume, necesariamente, la posición de parte. La acción tendente a la imposición de medidas al adolescente infractor es siempre pública: no se admite la acusación privada o popular (art. 182 del Estatuto). Es importante subrayar que el Ministerio Público es *parte*, pero *imparcial*. En el proceso de menores, más que en cualquier otro, el fiscal debe velar por el efectivo respeto a las garantías legales aseguradas a los niños y adolescentes (art. 201.VIII del Estatuto). A fin de cuentas, es muy íntima la relación del Ministerio Público con las normas de protección al niño y al adolescente, que disponen sobre derechos individuales indisponibles⁷.

Como parte, podemos sintetizar tres momentos de la actuación del Ministerio Público: la *investigación*, el examen de la posibilidad de *archivo* o *remisión* y la formulación de la *acusación*. Fases que a continuación serán analizadas.

3. Fase preliminar

El Estatuto no describe un sistema de investigación propio para los hechos cometidos por adolescentes. El procedimiento investigador debe, pues, seguir lo dispuesto en el Código de Proceso Penal (art. 152 del Estatuto).

En líneas generales, los actos de investigación competen a la policía judicial. El Ministerio Público puede señalar posibles actuaciones a la policía cuando lo crea necesario. El fiscal puede también practicar de oficio diligencias de investigación. Lo más frecuente es que la *notitia criminis* llegue a la policía bien por la comparecencia del ofendido o de un testigo a una comisaría, bien como consecuencia de la actividad policial externa.

En resumen, la investigación de los hechos practicados por adolescentes es realizada por la policía bajo el control del Ministerio Fiscal. El sistema brasileño establece una fase de investigación *controlada* por el fiscal no realizada por él mismo, sino por otros órganos⁸.

⁷ H. NIGRO MAZZILLI, «O Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente», *Revista dos Tribunais*, vol. 81, núm. 684 (1992), p. 264.

⁸ J. J. POLO RODRÍGUEZ, «El fiscal investigador e instructor», en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. Problemas constitucionales en la investigación penal*, t. VI, Madrid, 1997,

4. Exclusión del proceso

A) *El archivo*

Concluida la investigación, una de las providencias que puede adoptar el Ministerio Fiscal es el *archivo* de las diligencias (art. 180.I). El Estatuto nada dice y el Código de Proceso Penal es tímido en cuanto a las hipótesis de archivo. Entendemos que debe producirse en los siguientes casos: cuando exista prueba de que el hecho no existió; cuando el hecho no sea penalmente típico; cuando falten indicios suficientes respecto a la existencia del hecho, y cuando, acreditada la existencia del delito, no se conozca su autor. Aunque sobre este asunto discrepen la doctrina y la jurisprudencia, la existencia evidente de causas de exención de responsabilidad criminal también debe conducir al archivo de las actuaciones.

En el ámbito del proceso de adolescentes cumple al Ministerio Público *determinar* el archivo, que, no obstante, dependerá de la homologación judicial (art. 181). Podrá el juez no estar de acuerdo con el archivo, pero, al no homologar la promoción del fiscal, no le restará otra providencia que remitir las actuaciones al fiscal general, el cual podrá insistir en el archivo —que entonces el juez deberá aceptar— o bien determinar el comienzo de la acción penal (art. 181, §§ 1.º y 2.º).

B) *La remisión*

No siendo caso de archivo, el Ministerio Fiscal podrá proponer al adolescente la *remisión* (art. 180.II del Estatuto). La remisión, que en este supuesto será privativa del Ministerio Público —el mecanismo de homologación judicial es idéntico al del archivo—, tiene el objetivo de *excluir el proceso* (arts. 126 a 128 del Estatuto). Su aplicación depende del examen de las *circunstancias y consecuencias del hecho, el contexto social, la personalidad del adolescente y el grado de su participación en el delito* (art. 126).

La remisión significa la adopción, por el Estatuto brasileño, del principio de oportunidad en la acción penal. El Ministerio Fiscal puede no acu-

p. 36, señala que en España no se han resuelto todos los problemas de la fase de preparación o de investigación de hechos cometidos por menores, lo cual ha llevado a cierto sector de los estudiosos a plantearse incluso la conveniencia de adoptar un sistema en el que la investigación sea *controlada* por el fiscal y *realizada* por otros órganos.

sar, concediendo el perdón al adolescente, o bien puede no acusar, pero ofrecer, a través de una transacción con el adolescente, el cumplimiento de cualquier medida no privativa o restrictiva de libertad. La remisión puede, pues, tener naturaleza de perdón o de transacción.

Al determinar la posibilidad de revisión judicial de la medida aplicada con la remisión, el Estatuto elimina cualquier argumento en contra de la constitucionalidad del instituto (art. 128)⁹.

Cuando incluye la transacción sobre la medida, la remisión supone la conformidad del adolescente. Por ello es necesario que el adolescente manifieste su acuerdo con la remisión¹⁰.

El Ministerio Público no puede *aplicar* la medida, sino *incluir* la medida en la remisión como condición para la exclusión del proceso. La inclusión de medida no significa, pues, la aplicación de una sanción, sino que supone la disposición de la acción por el fiscal. Se trata de una declaración bilateral de voluntades: del Ministerio Público, afirmando que no va a iniciar la acción, y del adolescente, que prefiere la medida al proceso¹¹.

5. Iniciación del proceso

Al no haber motivo para el archivo o la remisión, el Ministerio Fiscal debe provocar el comienzo del proceso, proponiendo al juez la aplicación de una medida socioeducativa al adolescente infractor (art. 180.III del Estatuto). La acción se ejercita a través de la llamada *representación*, que, una vez admitida por el juez, establece al Ministerio Fiscal como auténtico órgano acusador.

III. BIBLIOGRAFÍA

CURY, M.; GARRIDO DE PAULA, P. A., y MARÇURA, J. N.: *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

DOLZ LAGO, M.-J.: *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, Revista General de Derecho, 2000.

⁹ Existen, evidentemente, voces discrepantes. Vid. J. C. LÓPEZ CABALLERO, «La legislación reformadora de menores en España y Brasil: un análisis comparativo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4 (1994), p. 566.

¹⁰ M. CURY, P. A. GARRIDO DE PAULA y J. N. MARÇURA, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 116.

¹¹ *Ibid.*, p. 157.

- GARCÍA MÉNDEZ, E.: «Legislação de Menores na América Latina: uma doutrina em situação irregular», en *Del revés al Derecho*, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 31.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Madrid, Ramón Areces, 2012.
- LÓPEZ CABALLERO, J. C.: «La legislación reformadora de menores en España y Brasil: un análisis comparativo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4 (1994), pp. 491-594.
- NIGRO MAZZILLI, H.: «O Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente», *Revista dos Tribunais*, vol. 81, núm. 684 (1992), p. 264.
- POLO RODRÍGUEZ, J. J.: «El fiscal investigador e instructor», en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. Problemas constitucionales en la investigación penal*, t. VI, Madrid, 1997, pp. 3-23.
- POLO RODRÍGUEZ, J. J., y HUÉLAMO BUENDÍA, A. J.: *La nueva ley penal del menor*, Madrid, Colex, 2000.