

## Posibilidades de desjudicialización de la ciberdelincuencia juvenil<sup>1</sup>

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ

*Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad de Vigo*

### I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE CIBERDELINCUENCIA

En las últimas décadas, los avances tecnológicos han aportado grandes beneficios a la sociedad en campos tan relevantes como la sanidad, las comunicaciones o la educación pero, al mismo tiempo, han producido cambios en el comportamiento delictivo, facilitando en muchos casos su comisión; en este contexto, la cibercriminalidad, entendiendo que, con carácter general, incluye cualquier delito en el que las TIC juegan un papel determinante en su comisión, esto es, todo aquel que es cometido en el ciberespacio<sup>2</sup>, va adquiriendo cada vez una mayor importancia.

La falsa sensación de anonimato que confiere el entorno virtual y con ello la creencia de la falta de consecuencias de las actuaciones ilícitas, acompañada por la facilidad de la acción delictiva que ya no requiere unos especiales conocimientos técnicos, ha llevado al traslado de parte de la delincuencia al ciberespacio, tal como evidencian los datos de que se dispone.

1. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación “Respuesta jurídica y socioeducativa a la violencia de género ejercida por menores. Protección de la víctima e intervención con el menor agresor”, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos de I+D+I” dentro de los Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+I y de I+D+I orientada a los Retos de la Sociedad en la convocatoria de 2019, (Ref. PID2019-106700RB-I00).
2. MIRÓ LINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminalidad de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 44.

No se puede pasar por algo, además, que la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, con el consiguiente confinamiento de toda la población, ha tenido una incidencia directa sobre la criminalidad puesto que la reducción en la movilidad y una mayor vigilancia policial ha llevado a un descenso del delito en la calle, mientras que se ha producido un aumento del cibercrimen debido a que nuestras actividades cotidianas y nuestro estilo de vida cambió sustancialmente haciendo que las relaciones interpersonales, el trabajo, las compras y el ocio hayan pasado de ser realizadas en el espacio físico, al ciberespacio; en coherencia con ello, también la actividad delictiva se ha trasladado a ese espacio y ha dado lugar a nuevas oportunidades delictivas<sup>3/4</sup>.

Como muestra de ello, los datos sobre cibercriminalidad que se publican por el Ministerio del Interior evidencian que va creciendo año tras año el número de los hechos conocidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pasando de 92.716 en 2016 a 305.477 en 2021<sup>5</sup>. De la tipología de delitos cometidos, los más habituales son los fraudes informáticos (estafas), que representan el 87,4% seguidos a mucha distancia por las amenazas y coacciones que suponen un 5,7% del total o la falsificación informática (3,4%), acceso e interceptación ilícita (1,7%), o delitos sexuales (0,5%)<sup>6</sup>.

Como complemento de la información facilitada por al Ministerio del Interior, es importante tener en cuenta los datos publicados por la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) en su *Memoria de 2020* cuando

3. Vid. VVAA, *Impacto del covid-19 en distintas formas delictivas*, Fundación para la investigación aplicada en delincuencia y seguridad, 2020, [https://www.fiadys.org/wp-content/uploads/2020/10/2020\\_FIADYS-Impacto-COVID-Formas-Delictivas.pdf](https://www.fiadys.org/wp-content/uploads/2020/10/2020_FIADYS-Impacto-COVID-Formas-Delictivas.pdf).
4. Todo ello sin olvidar que también se han incrementado la violencia intrafamiliar y de género como consecuencia de la convivencia que trajo consigo el confinamiento.
5. *Informe sobre cibercriminalidad en España de 2021*, Dirección General de Coordinación y Estudios. Secretaría de Estado de Seguridad, Sistema Estadístico de Criminalidad, Ministerio del Interior, p. 41, <http://www.interior.gob.es/>.  
La correcta comprensión de la información contenida en el citado informe requiere hacer dos consideraciones de interés: de un lado, que los datos han sido obtenidos del Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC); para su cómputo se tienen en cuenta los hechos de los que han tenido conocimiento los siguientes cuerpos policiales: Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil, Policía Foral de Navarra, Mossos d' Esquadra y las Policías Locales que facilitan datos al SEC; como consecuencia de la incorporación al presente informe de los datos de la Ertzaintza y Mossos d' Esquadra, las series históricas publicadas hasta la fecha se han visto alteradas. De otro lado, as conductas ilícitas tenidas en cuenta son las registradas en el SEC), siguiendo la clasificación adoptada por el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 añadiéndose, a la vista de nuestra realidad criminal, los delitos contra el honor y las amenazas y coacciones.
6. *Informe sobre cibercriminalidad en España de 2021...*, op. cit. p. 41.

señala, en el conjunto del Estado, fueron incoados un total de 16.914 procedimientos judiciales para la investigación y enjuiciamiento de hechos susceptibles de tipificarse en las categorías que nos ocupan. Este resultado no solo da cuenta del incremento en un 28,69% en el volumen anual de procedimientos incoados, que en 2019 sumaron 13.143, sino que, además, confirma la tendencia ascendente que venimos constatando en relación con los ciberdelitos desde la puesta en funcionamiento de esta área de especialización en julio del año 2011<sup>7</sup>. Las estafas/defraudaciones de los artículos 248 y ss. CP siguen siendo el tipo de ilícitos *on line* que generan anualmente un volumen mayor de procedimientos judiciales. En esta ocasión la cifra asciende a 12.250, lo que implica un incremento del 42,25% concretado en 3.639 expedientes, respecto de la cifra obtenida por igual concepto en el año 2019 y un porcentaje anual del 72,43% del volumen total de nuevos expedientes por ciberdelitos. Es decir, casi tres cuartas partes de las causas judiciales por ciberdelitos registradas en 2020 tuvieron por objeto hechos ilícitos de estas características. Sin embargo, tal como apunta la FGE, los datos publicados no pueden llevar a la conclusión de que la delincuencia en la red es principalmente defraudatoria pues hay otro tipo de criminalidad, como los atentados contra la libertad e indemnidad sexual de los menores o los ataques a los sistemas informáticos que son difíciles de cuantificar pues su denuncia es complicada y no se reflejan en las estadísticas policiales ni judiciales. De especial importancia son también los delitos contra la libertad y seguridad personal que representan el 10,10% de los ciberdelitos, en su mayor parte amenazas y coacciones, pero también conductas de hostigamiento<sup>8</sup>. Finalmente, generan gran preocupación los delitos contra la libertad sexual, especialmente los que se ejercen frente a personas menores de edad; en su conjunto suponen un 8,5% del total de los ciberdelitos. Este tipo de infracciones han aumentado considerablemente en el último año no sólo como consecuencia del confinamiento provocado por la pandemia, sino también por la mayor sensibilidad de progenitores y tutores ante la vulnerabilidad de los menores, que ha llevado a un aumento de las denuncias. Pero se destaca por la FGE que los datos no reflejan la situación real, pues es frecuente que en los procedimientos incoados se investigue una diversidad de acciones atribuidas a una persona, pero

7. Apartado 8.1 del Capítulo III. *Memoria FGE de 2020*, Madrid, 2021. En esta memoria únicamente se analiza y valora la información referida a procedimientos o investigaciones que se encuentran bajo el control de los órganos judiciales y/o del Ministerio Fiscal. Son numerosísimas las denuncias o hechos presuntamente delictivos que llegan a conocimiento de los cuerpos policiales y que no son comunicados a las autoridades judiciales por falta de autor conocido, por mor de lo dispuesto en el artículo 284 LECrim.

8. En muchas ocasiones, vinculadas a violencia de género utilizando la sextorsión.

reiteradas en el tiempo y ejercitadas en relación a un número más o menos elevado de menores<sup>9</sup>.

## II. CIBERDELINCUENCIA Y MENORES

La ciberdelincuencia tiene una incidencia especial en relación a los menores de edad debido a que se trata de generaciones en las que el uso de la tecnología forma parte de su entorno habitual desde su nacimiento, de manera que su uso está absolutamente integrado en su vida; así, nuestros niños, niñas y adolescentes no han tenido que realizar ningún esfuerzo para su utilización como medio para comunicarse y relacionarse, divertirse, buscar fuentes de conocimiento o información o consumir.

Como muestra de ello, de acuerdo con los datos publicados en 2021 por el Instituto Nacional de Estadística, (en adelante, INE), el uso de internet en los últimos tres meses es prácticamente universal (99.7%) en las personas entre 16 y 24 años, luego va descendiendo conforme aumenta la edad, de manera que, a partir de los 55 años se sitúa en el 91% y, en el grupo de 65 a 74 años baja hasta el 73,3%. En cuanto a la utilización de redes sociales, el 64,7% de la población de 16 a 74 años ha participado durante los tres últimos meses en redes sociales de carácter general (como *Instagram, Facebook, Twitter, YouTube...*), siendo los más participativos los estudiantes (96,4%) y los jóvenes de 16 a 24 años (93,2%). Se incluye además por el INE un apartado sobre el uso de las TIC por menores entre 10 y 15 años donde se indica que en un porcentaje elevado utilizan el ordenador (95,1%) y todavía más Internet (97,5%)<sup>10</sup>.

La enorme presencia de los menores en el ciberespacio, así como sus habilidades en el manejo de las TIC les sitúa en una posición idónea tanto para ser víctimas como victimarios de ciberdelitos; además, al ser el ciberespacio su entorno habitual y cotidiano de relación, lo perciben como un contexto inofensivo, donde no sólo no existen riesgos, sino que todas las conductas son válidas pues les resulta difícil calificar una actuación como ilícita. En concreto, en relación a los infractores, la falsa sensación de anonimato y la creencia de que sus actos en el mundo virtual no tendrán consecuencias negativas para ellos, les llevan a considerar el ciberespacio como un ámbito en el que la comisión del delito es fácil y cómoda, llegando a realizar una serie de conductas que no harían en el mundo real;

9. Apartado 8.1 del Capítulo III. *Memoria FGE de 2020*.

10. Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares Año 2021*, <https://www.ine.es/>.

aunque, en muchas ocasiones, como se acaba de apuntar, no son conscientes de la actividad delictiva<sup>11</sup>.

Si acudimos a los datos sobre cibercriminalidad publicados por el Ministerio del Interior en el 2021 relativos al perfil del responsable, la franja de edad con mayor número de personas investigadas/detenidas es la comprendida entre 26-40 años que representa un 40% del total, mientras que la franja de 14-18 años supone menos de un 5%, superando únicamente a quienes ocupan la franja de mayores de 65 años. En lo que respecta a los menores de edad, han sido detenidos o investigados por un total de 448 menores de los cuales 183 fueron por amenazas y coacciones (40,8%), 105 fraudes informáticos (23,4%), 73 accesos e interceptaciones ilícitas (16,3%), y 60 delitos sexuales (13,4%)<sup>12</sup>.

Si tenemos en cuenta los datos publicados por la FGE, en el año 2020 se ha producido un descenso de la criminalidad juvenil en torno al 20% motivado por la pandemia de la Covid-19, el confinamiento durante más de dos meses, los estados de alarma y las restricciones a la movilidad perimetrales y de horarios; tal como se resalta en la *Memoria*, se trata de un descenso coyuntural que impide extraer consecuencias criminológicas de futuro<sup>13</sup>. Por tanto, a efectos de establecer tendencias sobre la evolución de la delincuencia juvenil, deben tomarse los datos recogidos en la *Memoria FGE de 2019*, y siempre “con carácter aproximativo y con las cautelas que impone la escasa fiabilidad estadística de las aplicaciones” utilizadas; en concreto, se constató una tendencia a la baja desde el año 2011 al 2016, que se frenó en 2016, apreciándose en 2017 un repunte ligero, aunque significativo, de la delincuencia juvenil. En el año 2018 se apreció que tal incremento no se consolidaba y alguno de los parámetros retrocedían. En 2019 se puede estimar, con prudencia, que vuelve a existir otro ligero incremento que casi retrotrae a las cifras de hace dos años. En definitiva, puede concluirse que se produce un estancamiento de la delincuencia juvenil desde 2017 a esta parte, luego de los importantes descensos de la primera mitad de la década, con ligeros picos al alza y a la baja los dos últimos años<sup>14</sup>.

En lo que se refiere a la cibercriminalidad juvenil, debe partirse de la dificultad de obtención de cifras concretas pues queda disperso este tipo

11. Vid. MARTÍNEZ GALINDO, G., “Motivación criminal de los adolescentes en el ciberespacio”, en *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor* (coords. ABADÍAS SELMA, CÁMARA ARROYO, SIMÓN CASTELLANO), La Ley, Madrid, 2021, pp. 501 y ss.
12. *Informe sobre cibercriminalidad en España de 2021...*, op. cit. p. 53.
13. Apartado 6.2.2, del Capítulo III, *Memoria de la FGE de 2020*.
14. Apartado 6.2.2 del Capítulo III *Memoria de la FGE de 2019*, Madrid, 2020, <https://www.fiscal.es>.

de criminalidad entre distintos tipos delictivos; por ese motivo, en las Memorias de la FGE se parte de la contabilidad manual que se realiza por numerosas secciones y de la información que consta en los informes<sup>15</sup>. En concreto, se destaca que, una parte importante de los delitos de acoso escolar se perpetran de forma virtual, en muchas ocasiones a través de *Whatsapp* o de la red social *Instagram*<sup>16</sup>; por razones obvias, derivadas de la suspensión de clases durante la pandemia, en el 2020 se produjo un descenso significativo del número de denuncias presentadas<sup>17</sup>; durante el año 2019 se mantuvo una línea de estabilidad iniciada en el 2018, después del descenso en el número de denuncias que contrastó con el aumento considerable de las mismas durante en el 2015 y 2016. Pocas novedades se destacan en el año 2020 en el que se sigue procediendo al archivo de un elevado número de asuntos por no haber alcanzado el presunto infractor la edad de 14 años<sup>18</sup>; únicamente se resalta que, aunque el foco está puesto en el acoso cibernético entre iguales, cada vez se producen con más frecuencia supuestos en las que las víctimas son docentes a los que se fotografía o graba, sin su consentimiento, en situaciones que herían su reputación, para su difusión a través de grupos de *Whatsapp*.

Tal como se destaca por la FGE en la *Memoria de 2020*, la pandemia no ha modificado la comisión de delitos contra la intimidad, especialmente el tipo del art. 197.7 CP, por difusión de material de contenido sexual a través de redes sociales o *Whatsapp*. En este aspecto inciden de manera coincidente las delegaciones de menores de Las Palmas y Asturias, en la banalización de los comportamientos sexuales a través de las redes por parte de preadolescentes o adolescentes<sup>19</sup>. Respecto a este tipo penal, se insistía en la *Memoria FGE de 2019* sobre la falta de consideración que tienen los menores de su propia intimidad en cuanto se hacen fotos y graban vídeos con escenas sexualmente explícitas y también la falta de empatía y

15. No se debe olvidar que los ciberdelitos no están incluidos en un título específico del CP, sino que se trata de distintos tipos delictivos que están diseminados a lo largo del citado texto legal.

16. Dentro del ciberbullying se incluyen diversas conductas típicas, entre ellas, principalmente, el ciberstalking, las amenazas y coacciones, las injurias, los delitos contra la intimidad, la usurpación de la personalidad o los delitos contra la integridad moral.

17. Apartado 6.2.2.8 del Capítulo III, *Memoria de la FGE de 2020*.

18. Aunque en la *Memoria de la FGE de 2020* no se recoge el dato concreto de los archivos por esta causa, en el 2019, se archivó el 43% de las denuncias por ese motivo. *Vid.* apartado 6.2.2.8 del Capítulo III *Memoria de la FGE de 2019*.

19. Apartado 6.2.2.9 del Capítulo III, *Memoria de la FGE de 2020*. Se añade que “La Delegada de Las Palmas, introduce un matiz interesante: si bien en adultos la difusión de imágenes de contenido sexual va asociada frecuentemente a una ruptura de pareja, entre menores se toma como ‘un puro juego’, pues se facilitan imágenes sin relación previa sentimental alguna”.

de conciencia delictiva de quienes posteriormente las difunden sin autorización<sup>20</sup>. Otro tanto ocurre con la difusión de imágenes vejatorias o degradantes en muchos casos a través de la red social *Instagram* con el objeto de sentirse integrado al conseguir más seguidores y más *likes*.

Se alerta también de la detección de conductas delictivas que buscan un beneficio económico, ya sean estafas, como pueden ser compras fraudulentas<sup>21</sup> o de delitos de daños informáticos con graves repercusiones para infraestructuras críticas<sup>22</sup>.

Ante la ciberdelincuencia ejercida por menores de edad, y al margen de necesidad de políticas centradas en la prevención de la comisión de este tipo de delitos, debe incidirse en la importancia de establecer medidas alternativas a la justicia penal que sean de aplicación en estos casos, tal como resalta el Comité de los Derechos del Niño<sup>23</sup>. Por ello, se dedican los apartados siguientes a las distintas opciones que prevé la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores (en adelante, LORPM) para desjudicializar el asunto, destacando cuáles pueden ser más adecuadas para responder ante esta tipología delictiva, pero sin olvidar la atención a la víctima que, en muchas ocasiones, es también menor de edad.

### III. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

La normativa internacional de justicia juvenil incluye diversas disposiciones que resaltan la conveniencia de introducir medidas tendentes a la desjudicialización de los asuntos en que se vean involucrados en la comisión de delitos niños, niñas y adolescentes; así, la Convención de Derechos del Niño estableció en su art. 40.3 que “Los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento

20. Apartado 6.2.2.9 del Capítulo III *Memoria de la FGE de 2019*.

21. Así se destaca en el apartado 6.2.2.9 *Memoria de la FGE de 2018*, Madrid, 2019, <https://www.fiscal.es>.

22. Apartado 6.2.2.9 del Capítulo III *Memoria de la FGE de 2020*.

23. Apartado XIII.B de la Observación general núm. 25 (2021) del Comité de los Derechos del Niño, *relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital*.

de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales". De forma más concreta, en la regla 11.1 de las Reglas de Beijing se señala expresamente que "se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente", así, se alude a la "remisión de casos", entendiéndose que es la reacción más adecuada, atendiendo a las consecuencias que la respuesta penal pudiera tener en los menores inmersos en un conflicto penal<sup>24</sup>. A nivel europeo, la Recomendación (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, en su apartado II.2, también hace un llamamiento a los Estados miembros para instaurar procedimientos de desjudicialización, considerando que el proceso penal juvenil debe ser el último recurso.

En coherencia con las citadas normas, la LORPM introduce a lo largo de su articulado distintas previsiones que suponen claras manifestaciones del principio de oportunidad, algunas con el objeto de mantener al menor alejado del sistema de justicia penal, y otras que permiten, una vez iniciado el proceso, que termine de forma anticipada con la adopción de una medida extrajudicial o, finalmente, dictada la medida en la sentencia, se permite su modificación o suspensión. En todo caso, se trata de evitar la estigmatización que para el niño, niña o adolescente supone su paso por el sistema de justicia.

Así, aunque en nuestro sistema de justicia juvenil rige de forma plena el principio de legalidad, lo que supone que, ante la presunta comisión de un delito por un niño, niña o adolescente, se iniciará el proceso que deberá tramitarse siguiendo los cauces previstos legalmente hasta el momento de la sentencia en la que se impondrá, en su caso, la medida que corresponda que será ejecutada en los términos legales, se permite un amplio margen al principio de oportunidad en distintos momentos del proceso e incluso de la fase de ejecución de las medidas impuestas. En concreto, antes del inicio de la fase de instrucción propiamente dicha, y tras la práctica de las diligencias preliminares, el Fiscal puede acordar el desistimiento de la incoación del expediente conforme a lo previsto en el art. 18 LORPM. Posteriormente, iniciada la instrucción, es posible que se decrete el sobreesimiento del expediente por diferentes razones (arts. 19 y 27.4 LORPM). Y,

---

24. También en esa misma línea las Directrices de Riad consideran la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. En este sentido, debe existir personal capacitado para remitir a los jóvenes a sistemas alternativos a la justicia penal (directrices 57 y 58).

en la fase intermedia del proceso, o, al inicio de la fase de audiencia, cabe la terminación anticipada del proceso por conformidad del menor y de su abogado (arts. 32 y 36 LORPM). A su vez, tras la sentencia en la que se imponga al menor infractor alguna de las medidas legalmente previstas, el principio de oportunidad reglada se manifiesta tanto en la posibilidad de suspensión condicional de la ejecución del fallo (art. 40 LORPM), como en la eventual sustitución de las medidas impuestas por otras más adecuadas (arts. 51 y 14 LORPM).

Todas estas manifestaciones del principio de oportunidad tienden a hacer efectivos los principios de subsidiariedad o intervención mínima del derecho penal y el del superior interés del menor, buscando otras posibles soluciones que sean menos represivas y más educativas y que faciliten la resocialización del menor.

De todas ellas, a la vista de los delitos que con más frecuencia se comenten por los niños, niñas y adolescentes en el ciberespacio y teniendo en cuenta la necesidad de equilibrar no sólo la orientación educativa de la LORPM, sino también la atención a la víctima, teniendo en cuenta que en un porcentaje elevado de casos también es menor<sup>25</sup>, me voy a centrar en los supuestos de desistimiento de la incoación del expediente (art. 18 LORPM) y de sobreseimiento por conciliación o reparación o realización de actividad educativa a propuesta del Equipo Técnico en su informe (art. 19 LORPM).

#### IV. DESISTIMIENTO DE LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE DE REFORMA

Tal como señala la FGE, el desistimiento de la incoación del expediente es la manifestación “más radical” del principio de oportunidad pues, cumpliéndose los requisitos legales, depende únicamente de una decisión del Ministerio Fiscal, sin exigirse una previa propuesta del Equipo Técnico ni una conducta concreta del menor, como ocurre en el sobreseimiento acordado al amparo de los arts. 19 y 27.2 LORPM<sup>26</sup>. Además, acordándose a través del decreto del Ministerio Fiscal, al carecer de carácter jurisdiccional, el desistimiento no es recurrible.

25. No se debe olvidar que el interés del menor en el contexto de la justicia juvenil, no sólo se aplica al menor en conflicto con la ley, ya sean presuntos autores, acusados o condenados, sino también a quienes están en contacto con el proceso penal, ya sean víctimas o testigos. *Vid.* Apartado IV.A.2 b. Observación general núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).*

26. Apartado IV.5.1 Circular 9/2011 FGE, *sobre criterios para la Unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores.*

Las circunstancias que condicionan la facultad del Fiscal de desistir de la incoación del expediente están previstas en el art. 18 LORPM en los términos siguientes; en primer lugar, debe tratarse de hechos que estén tipificados en el CP o en otras leyes penales especiales como delito menos grave (arts. 13.3 y 33.4) o leve (arts. 13.2 y 33.2)<sup>27</sup>. En segundo término, en el caso de los delitos graves, se requiere que no concurra violencia o intimidación en las personas, lo que no se exige en el caso de los delitos leves. Por último, que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. Esta exigencia, debido a su vaguedad, ha suscitado dudas interpretativas, porque no está claro qué se ha de entender a estos efectos por “hechos de la misma naturaleza”. La FGE se ha decantado por una interpretación restrictiva de la posibilidad de acordar el desistimiento entendiendo que no se exige que el menor haya sido condenado con anterioridad por la comisión de un hecho delictivo, puesto que la LORPM se refiere a hechos, no a delitos ni a condenas<sup>28</sup>. Pese a ello, no se puede olvidar que es preciso que “conste” que el menor ha cometido con anterioridad esos hechos, por lo que, si bien no se requiere la existencia de una sentencia de condena previa, sí es obligado que de algún modo se haya dejado acreditada la comisión de tales hechos por el menor<sup>29</sup>, como puede ser, por ejemplo, si ha se ha desistido de la incoación del expediente con anterioridad.

La exigencia de que el menor no haya cometido hechos de la misma naturaleza también genera dudas a la hora de su aplicación; la FGE, en su Circular1/2000, se ha decantado por una interpretación amplia de esta

27. Tal como señala la FGE en su Dictamen 1/2015 *sobre criterios de adaptación de la LORPM a la reforma del Código Penal por LO 1/2015*, pese a que la LO 1/2015, no modifica la LORPM, todas las referencias a las faltas contenidas en la misma “deben entenderse automáticamente sustituidas por la expresión “delitos leves”, como categoría de infracción penal que las reemplaza” (apartado II).

28. Apartado VI.2.c Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*.

29. Como señala GARCÍA INGELMO (“Ejercicio del principio de oportunidad en la jurisdicción de menores. Supuestos legales. Cuestiones prácticas y Directrices de la FGE”, en Curso: Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas, Madrid, del 29 al 31 de marzo de 2017, <https://www.fiscal.es>, p. 13), desde la entrada en vigor de la LORPM, para verificar ese extremo, se han consultado los antecedentes que obran en las bases de datos de las Fiscalías de diligencias preliminares o expedientes que previamente se le hubiesen abierto al menor; Cuestión distinta es que tales bases y aplicaciones informáticas presenten múltiples deficiencias y no estén comunicadas entre sí, de manera que en ninguna Sección provincial es posible conocer los antecedentes de causas que se le hayan abierto a un menor en la Fiscalía de otra provincia, aunque sean provincias de la misma Comunidad Autónoma.

fórmula, prohibiendo el desistimiento cuando el menor hubiere incurrido con anterioridad en hechos constitutivos de delito grave o, si se trata de delito menos grave, que en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación, aunque los hechos presenten una naturaleza diversa. En cambio, si los hechos anteriores eran constitutivos de delito menos grave o leve cometido sin violencia o intimidación, sólo impiden el desistimiento si tienen la misma naturaleza que el hecho actual, atendiendo a si se ha visto lesionado el mismo bien jurídico de un modo semejante<sup>30</sup>. Continuando con esa misma línea restrictiva, en su Circular 9/2011, la FGE señala que la norma debe ser interpretada con prudencia y a partir de la consideración de que el desistimiento es un beneficio pensado para infractores primarios; así, tendrá carácter excepcional el desistimiento cuando consten antecedentes, careciendo de sentido cuando se acumulen diligencias abiertas por diferentes tipos penales<sup>31</sup>.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, aunque el art. 18 LORPM lleva como rúbrica, desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar<sup>32</sup>, esta condición no se contempla expresamente en el texto del art. 18 LORPM; sin embargo, las circunstancias que rodean al menor serán tenidas en cuenta como un elemento más de valoración dentro del margen de discrecionalidad del fiscal a la hora de la toma de decisión.

A la vista de los requisitos anteriores, y teniendo en cuenta los propios criterios establecido en la Circular FGE 9/2011, el fiscal, ante la posibilidad de desistir de la incoación del expediente debe tener en cuenta que se trate de un hecho delictivo aislado que responda a una conducta antisocial propia de la adolescencia. También habrá de valorarse el tiempo transcurrido desde la comisión del delito puesto que, si es demasiado, la intervención carecerá de sentido; esto ocurre en los casos en que el autor ha alcanzado la mayoría de edad, pues ya no procede la adopción de medidas que están concebidas para menores.

Además, pese al silencio del art. 18 LORPM, el fiscal debería tomar declaración a la víctima, si es individualizable, no sólo para tener una idea

30. Apartado VI.2.C Circular FGE 1/2000.

31. Apartado IV.5.1. Circular FGE 9/2011.

32. Esa referencia al ámbito educativo y familiar es prácticamente lo único que queda de la redacción del Proyecto de 1998, cuyo art. 18 era mucho más restrictivo y señalaba que "El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación de expediente cuando, tratándose de menores de dieciséis años, los hechos denunciados puedan encontrar su corrección en el ámbito educativo familiar o comunitario, y a ello se comprometan los padres o representantes legales del menor, o los responsables de las correspondientes instituciones sociales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación, si procede, de lo establecido en el art. 3-1 de la presente Ley".

clara de las circunstancias que rodean la comisión del delito, sino también para que se sienta partícipe de la resolución del conflicto que se ha generado con la acción delictiva; y aunque no se incluye en ningún momento como requisito para el desistimiento el pago de la responsabilidad civil, se trata de un elemento que, aunque no debería condicionar su decisión para evitar discriminaciones, puede ser valorado por el Fiscal a la vista de las circunstancias concurrentes.

Por supuesto, el decreto que dicte el Ministerio Fiscal, pese al silencio del art. 18 LORPM debe estar motivado, y no es susceptible de recurso al no ser una resolución judicial, tal como ya se ha apuntado<sup>33</sup>; todo ello con independencia de que sea necesaria su notificación a ofendidos y perjudicados, tal como prevén los arts. 4.5 y 18.1 LORPM<sup>34</sup>. Además, pese a no exigirse por el citado precepto, también debería comunicarse esta resolución a los representantes legales del menor, para evitar que los mismos desconozcan que el menor ha cometido una infracción penal<sup>35</sup>.

33. Tampoco cabe aquí ninguna revisión por parte del Juez de Menores, que carecería de competencia funcional para ello.

Se ha cuestionado mucho la imposibilidad de recurrir esta resolución, sobre todo, a la vista de las previsiones contenidas en el Estatuto de la Víctima del delito relativas al derecho de la víctima a recurrir las resoluciones de sobreseimiento, incluso cuando no está personada en el procedimiento. Al respecto, en el Dictamen 1/2016, del Fiscal de Sala coordinador de Menores, *sobre adaptación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, al ámbito de la Justicia Juvenil*, señala que el art. 12.2 Estatuto de la Víctima del Delito, reconoce el derecho de la víctima a recurrir las resoluciones de sobreseimiento, “conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso”, de acuerdo con su tenor literal, sólo es aplicable en el contexto de un procedimiento judicial, pero no en las diligencias preliminares, que, en cuanto diligencias de investigación, tienen un carácter preprocesal. Ahora bien, para evitar situaciones de indefensión, “según las circunstancias y gravedad del asunto, cuando la víctima hubiera manifestado en preliminares su intención de personarse, o concurra cualquier otro motivo relevante, puede valorarse por el Fiscal, aunque aprecie motivos para acordar el sobreseimiento conforme al art. 16.1 LORPM, la posibilidad de solicitarlo del Juez de Menores tras incoar expediente, habilitando así al perjudicado para que pueda recurrir y personarse en el expediente abierto”.

Se trata de una cuestión, la irrecurribilidad de la decisión del fiscal de desistir de la incoación del expediente, que habrá que replantearse en una futura reforma de la LORPM para garantizar de forma adecuada los derechos de las víctimas en el ámbito de la justicia juvenil.

34. También se prevé expresamente en el art. 18 LORPM el traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 3 LORPM relativas a la actuación ante la comisión de delitos por menores de 14 años; no obstante, sólo se procederá a este traslado cuando, a la vista de las circunstancias concurrentes, se observe una situación de riesgo o desamparo que requiera la intervención de la citada entidad. *Vid.* apartado VI.2 Circular FGE 1/2000.
35. GARCÍA INGELMO, F. M.– “Ejercicio del principio de oportunidad en la jurisdicción de menores. Supuestos legales. Cuestiones prácticas y Directrices de la FGE...”, *op. cit.*, p. 17

Una buena práctica en todo caso, es la toma de declaración del menor, antes de la adopción del decreto de desistimiento pues permite un “cara a cara” con el Fiscal que va a permitir a este último constatar su arrepentimiento por el hecho y hacerse una idea más aproximada de su situación personal y familiar. Sirve, asimismo, para informar al menor de las consecuencias de su conducta y para que sus padres tengan conocimiento de la infracción<sup>36</sup>

A vista de lo expuesto, el ámbito para acordar el desistimiento en los ciberdelitos es escaso, pues queda limitado a los supuestos de delitos menos graves o leves, sin violencia o intimidación; así, podría ser de utilidad como medida de desjudicialización en relación a los delitos contra la intimidad, ya se trate de *sexting* o de relevación y difusión de contenidos de carácter vejatorio o denigrante para la víctima. También podría ser de interés su utilización en supuestos de *ciberbullying* siempre que no conlleven amenazas o coacciones. En estos casos, puede no ser necesaria una respuesta desde el sistema de justicia juvenil, siendo suficiente que la familia o la escuela adopten medidas en relación al menor y el delito. El fiscal deberá examinar las circunstancias concurrentes que rodean la comisión del delito y al propio menor, debiendo escuchar a la víctima y, en todo caso, dar audiencia al menor para que se enfrente a las consecuencias de sus actos delante del fiscal y constatar si es consciente del daño causado y se arrepiente de su actuación. Además, en supuestos de acoso escolar y pese a no estar expresamente previsto, el desistimiento habrá de acompañarse de una simultánea remisión de testimonio de lo actuado a la dirección del centro docente para que adopte las iniciativas que estime oportunas en relación a víctima y victimario<sup>37</sup>.

## V. SOBRESEIMIENTO DEL EXPEDIENTE POR CONCILIACIÓN, REPARACIÓN O ACTIVIDAD EDUCATIVA

En todos aquellos casos en que el fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes en relación a la presunta comisión del delito por parte del menor, descarta la adecuación del desistimiento, deberá dictar decreto

36. GARCÍA INGELMO, F. M.– “Ejercicio del principio de oportunidad en la jurisdicción de menores. Supuestos legales. Cuestiones prácticas y Directrices de la FGE...”, *op. cit.*, p. 20.

37. Apartado 7.1.1 Instrucción FGE 10/2005, de 6 de octubre, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*. Insiste la FGE en el carácter subsidiario del sistema de justicia juvenil, de manera que “el primer nivel de lucha contra el acoso escolar debe estar liderado por los profesores del centro educativo, y que ellos deben ser los primeros destinatarios de la puesta en conocimiento del problema. El abordaje debe ser conjunto, y preferentemente desde los niveles básicos de intervención: padres, profesores y comunidad escolar”.

de incoación del expediente de reforma. Iniciada formalmente la fase de instrucción, en atención a las diligencias de investigación practicadas y teniendo en cuenta el contenido del informe elaborado por el Equipo Técnico, podrá ponerle fin de forma anticipada solicitando al Juez de Menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones; para ello, atenderá a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en su conducta, y condicionando tal posibilidad a la observancia por parte del menor de alguna de las siguientes conductas: que se haya conciliado con la víctima, que haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o que se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico en su informe (art. 19.1 LORPM)<sup>38</sup>.

Esto es, el fiscal, dentro del margen de discrecionalidad que le permite la LORPM, valorará si, de toda la información de que dispone en relación al menor presunto infractor y al delito, y siempre que entienda necesaria una respuesta dentro del sistema de justicia juvenil, es adecuada la celebración de la audiencia con la consiguiente práctica de prueba que permita fundamentar una sentencia, o es más conveniente, a la vista del interés del menor, una medida extrajudicial<sup>39</sup>.

Pues bien, la viabilidad del sobreseimiento que regula el art. 19 LORPM, se condiciona a la concurrencia de tres presupuestos concretos; en primer término, que el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o leve, entendiéndolo, como ya se expuso al analizar este mismo requisito para el desistimiento de la incoación del expediente, que la adecuada comprensión del precepto exige la remisión a los correspondientes preceptos del CP<sup>40</sup>.

38. También procedería en este momento un sobreseimiento a propuesta del Equipo Técnico el ET ante la inconveniencia de continuar la tramitación del expediente en interés del menor en los supuestos previstos en el art. 27.4 LOPRM; de un lado, cuando se hubiera expresado suficientemente al menor el reproche que merece su conducta a través de los trámites ya practicados, en el sentido de que por el simple hecho de que el menor haya estado sometido al proceso de menores hasta este momento ya constituye un reproche suficiente. De otro, cuando resulte inadecuada cualquier intervención por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos, debido a que ha pasado mucho tiempo desde que el menor cometió los hechos y ya carece de sentido llevar a cabo una actividad educativa.

39. Tal como apunta la SAP de Navarra, de 21 de diciembre de 2002 (JUR 2002, 284756), la mediación no es obligatoria en ningún caso, sin que requiere que el fiscal, de cumplirse los requisitos del art. 19 LORPM, valore las circunstancias concurrentes; el mismo sentido, el Equipo Técnico, si así lo considera, a la vista del interés del menor, puede incluir en su informe esta medida extrajudicial.

40. Por tanto, se rechaza la aplicación del art. 19 LORPM cuando se trata de la presunta comisión de un delito grave. *Vid.* AAAP de Navarra, de 9 de octubre de 2012 (JUR 2012, 404373); Barcelona, de 9 de enero de 2013 (JUR 2013, 66583).

En segundo lugar, que los hechos se hayan cometido sin violencia o intimidación graves, lo que supone que se podría decretar el sobreseimiento aunque haya existido cierta violencia o intimidación en la actuación del menor, siempre que no se puedan calificar de graves<sup>41</sup>. Por lo demás, se debe entender que esta violencia grave que excluye la posibilidad de sobreseimiento es la cometida sobre las personas, evidenciando una falta de respeto a los valores fundamentales de la convivencia, puesto que la violencia referida exclusivamente a las cosas puede ocasionar un perjuicio patrimonial que siempre es susceptible de reparación.

En otro orden de cosas, también cabe destacar que el art. 19 LORPM nada dice sobre la necesidad de que el menor no sea reincidente o no haya cometido con anterioridad otros hechos similares. Pero esta circunstancia se puede entender implícita en la referencia legal a las “circunstancias de los hechos y del menor” que deben ser valoradas por el fiscal antes de decidir sobre la procedencia del sobreseimiento, ya que parece lógico incluir entre tales circunstancias los antecedentes del menor<sup>42</sup>. En este sentido, la FGE considera que este tipo de medidas extrajudiciales son adecuadas cuando se trate de dar una respuesta puntual a infracciones igualmente puntuales cometidas por menores, debiendo descartarse cuando el hecho o circunstancias del menor demanden una respuesta global<sup>43</sup>.

Finalmente, exige el art. 19 LORPM que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o perjudicado o se comprometa a cumplir la actividad educativa que propone el Equipo Técnico en su informe. Además, tras la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, debe tenerse en cuenta el requisito incluido en el nuevo apartado del art. 19.2 LORM. Al respecto, cuando se trate de un menor autor de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, o que estén relacionados con violencia de género, no tendrá efecto de conciliación, a menos que la víctima lo solicite

41. Vid., CALLEJO CARRIÓN, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario La Ley*, Núm. 6366, 24 de noviembre de 2005, p. 7; ORNOSA FERNÁNDEZ, R., *Derecho Penal de Menores*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 280.

A efectos de calificar la violencia o intimidación como “graves”, GARCÍA ESTEBAN y GUTIÉRREZ ALBENTOSA (“Criterios para la interpretación del término ‘graves’ del art. 19.1 de la Ley penal del menor en el proceso de mediación”, *La Ley-penal*, núm. 156, 2022, pp. 7 y 8) establecen un catálogo abierto de pautas orientativas entre las que incluyen el trato degradante, las lesiones, el uso de armas o medios peligrosos o la utilización de violencia excesiva, desproporcionada e innecesaria.

42. Vid. CALLEJO CARRIÓN, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero...”, *op. cit.*, p. 7.

43. Apartado IV.5.2 Circular FGE 9/2011.

expresamente y que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad”. No ha sido muy afortunado el legislador a la hora de redactar el precepto, cuya lectura genera dudas de interpretación no sólo porque no queda claro qué debe solicitar expresamente la víctima (¿la conciliación?), sino porque tampoco queda claro si la medida “accesoria” de educación sexual y de educación para la igualdad condiciona el sobreseimiento por mediación tanto en caso de conciliación como de reparación<sup>44</sup>. Quizás la forma más coherente de entender esta nueva disposición a la vista del propio espíritu de la LO 10/2022 y del interés superior del menor que inspira la LORPM será que, cuando se trate de alguno de los delitos que el precepto enumera, en caso de conciliación o reparación, voluntariamente aceptada por ambas partes, imprescindible para que sea posible la mediación, su efectividad venga condicionada porque el menor realice un programa educativo en materia de educación sexual y educación para la igualdad. El papel del Equipo técnico será esencial, tal como se expone seguidamente, para asegurarse de que la víctima de alguno de esos delitos acepta participar en la mediación, una vez comprobado que está en condiciones para hacerlo.

Se prevén en el art. 19 LORPM tres supuestos distintos que pueden agruparse a la vista de la posición de la víctima; en los dos primeros, se requiere intervención de la víctima que, en un procedimiento de mediación con el infractor, tratará de alcanzar un acuerdo de conciliación o reparación, mientras que, el tercero, únicamente implica la posible aceptación y cumplimiento por el menor de la actividad educativa que le propone el Equipo Técnico en su informe, sin que se requiera ningún tipo de actuación de la víctima o perjudicado<sup>45</sup>.

Tal como señala el art. 19.4 LOPJM, “una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto 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, con remisión de lo actuado”; no hace referencia el precepto transcrito a la posible oposición de la acusación particular a la petición de sobreseimiento del fiscal. Pese a que no existe una posición unánime en la jurisprudencia, la mayoritaria entiende

44. Habla el legislador de “medida accesoria” en un momento en que procederá, en su caso, un sobreseimiento porque ha habido una conciliación entre infractor o víctima o el cumplimiento de un compromiso de reparación que la víctima ha aceptado, pero no la imposición de ninguna medida.

45. Vid., ÁLVAREZ RAMOS, F., “Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales”, *International e-Journal of Criminal Sciences*, Artículo 3, Número 2, 2008, <http://www.ivac.ehu.es>, p. 8.

que, pese a que, tras la reforma del art. 25 LORPM se reconoció a la víctima el derecho a personarse como acusación particular, reforzándose su papel en el proceso por la LO 8/2006, que modifica, entre otros, el art. 19 LORPM, “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”<sup>46</sup>.

A lo expuesto por la jurisprudencia, debe añadirse otra consecuencia que podría derivarse de la posible apertura de la audiencia al menor infractor por la oposición de la acusación particular al sobreseimiento del fiscal y que apoya este posicionamiento; a saber, si el menor, después de cumplir los acuerdos de conciliación o reparación alcanzados en el procedimiento de mediación o la actividad educativa a la que se hubiera comprometido, se ve sometido a una audiencia a instancias de la acusación, sería perjudicial para su propio desarrollo personal pero además, podría suponer una vulneración del principio *non bis in idem*<sup>47</sup>.

## 1. SOBRESEIMIENTO POR CONCILIACIÓN O REPARACIÓN

La mediación con menores infractores tiene en nuestro ordenamiento jurídico un estricto carácter reglado, ya que el legislador no ha permitido que la víctima y el infractor puedan acudir a este mecanismo en cualquier momento y circunstancia, sino que está claramente delimitado tanto el momento en que puede tener lugar como los presupuestos que deben concurrir. De ahí los requisitos que se recogen en el apartado 1 del art. 19.1 LORP, que además de establecer límites en relación a la gravedad de los delitos, y la ausencia de violencia e intimidación graves en su comisión, no solo la condiciona a que exista conciliación o reparación entre autor y víctima, sino que determina, en el apartado segundo del mismo precepto cuándo se deben entender cumplidos cada una de esas situaciones.

46. AAP de Barcelona, de 15 de mayo de 2008 (JUR 2008, 204991). Igualmente, Igual: AAAP de Las Palmas, de 22 marzo de 2010 (JUR 2010, 419218); de Barcelona, de 4 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 45352); de Segovia, de 12 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 41962).

47. GARCÍA INGELMO, F. M.– “Ejercicio del principio de oportunidad en la jurisdicción de menores. Supuestos legales. Cuestiones prácticas y Directrices de la FGE...”, *op. cit.*, p. 33.

En concreto, a efectos de poder sobreseer el expediente de reforma por conciliación, el art. 19.2 LORPM, entiende producida la misma “cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas” (art. 19.2 LORPM). De esta disposición se deduce que la conciliación requiere necesariamente la concurrencia de dos voluntades, la del menor infractor, que debe reconocer el daño causado y disculparse ante la víctima; y la de ésta, que debe aceptar dichas disculpas<sup>48</sup>. Con el objeto de no dejar en manos de la víctima la continuación de la causa, cuando el principio interés del menor aconseja la terminación del proceso sin necesidad de celebrar la audiencia, el apartado 4 del mismo art. 19 LORPM, entiende procedente igualmente el sobreseimiento si la conciliación “no pudiera llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor”<sup>49</sup>.

Por tanto, nada impide que el Fiscal pueda dar por concluida la instrucción y solicitar al Juez de Menores el sobreseimiento cuando el menor haya reconocido el daño causado y presentado sus disculpas a la víctima y, ante la negativa de ésta a aceptarlas, se comprometa a cumplir la actividad educativa que propone el Equipo Técnico en su informe<sup>50</sup>. A su vez, la falta de anuencia de la víctima a la petición de disculpas del infractor puede ser valorada por el Equipo Técnico a los efectos de proponer el sobreseimiento del expediente en interés del menor por entender que ya se ha expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados o por considerar inadecuada cualquier intervención respecto del menor, dado el tiempo ya transcurrido desde la comisión de los hechos (art. 27.4 LORPM).

La segunda actuación que puede realizar el menor a fin de que se decrete el sobreseimiento del expediente de reforma es la reparación del

48. En este sentido, el AAP de Ciudad Real de 14 noviembre de 2008 (JUR 2009, 411871) entiende que no se han cumplido los requisitos de la mediación por conciliación porque las víctimas no habían considerado suficientes las disculpas y, por tanto, no se sienten reparadas; es más, las víctimas ni siquiera han sido citadas para ser escuchadas, acordándose el archivo a sus espaldas, no arbitrándose los mecanismos de conciliación previstos en el art. 19 LORPM.

49. En este sentido, en el AAP de Barcelona, de 15 de mayo de 2008 (JUR 2008, 204991), en relación a una situación de acoso escolar, concurriendo todos los requisitos del art. 19 LORPM pero sin que fuera posible la conciliación al negarse la víctima a aceptar las disculpas de la menor, a la vista del informe obrante en la causa elaborado por el Equipo Técnico, en los que se concluye que la valoración de la actitud mostrada por la menor es positiva y que la misma ha respetado la voluntad de la víctima de no participar en el programa de mediación, reiterando su compromiso de no repetir nuevos incidentes como el presente, se considera idónea la decisión del MF de archivar el expediente. En los mismos términos, AAAP de Málaga, de 13 de noviembre de 2020 (JUR 2022, 118877); Las Palmas, de 22 de marzo de 2010 (JUR 2010, 419218).

50. Apartado IV.5.2 Circular FGE 9/2011.

daño causado a la víctima o al perjudicado por el hecho delictivo. Y, a estos efectos, el art. 19.2 LORPM define esta reparación como “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”. Es decir, a diferencia de la conciliación, se trata aquí de proporcionar al ofendido o perjudicado una satisfacción de carácter material, de la que pueden beneficiarse ellos directamente, o bien la comunidad.

Para que se decrete el sobreseimiento del proceso, no basta, en principio, con el simple compromiso del menor de reparar, sino que se requiere además la realización efectiva de la actividad reparadora comprometida. Por ello, el Equipo Técnico debe mantener informado al fiscal de los compromisos adquiridos por el menor y de su grado de cumplimiento (art. 19.3 LORPM); y aquél sólo podrá dar por concluida la instrucción y solicitar del Juez el sobreseimiento una vez cumplidos los compromisos de reparación o cuando se constate que éstos no se pudieron llevar a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor (art. 19.4 LORPM).

Debe tenerse en cuenta que, al igual que ocurre con la conciliación, la reparación implica un “compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado” (art. 19.2 LORPM), y si ésta es menor de edad o incapaz, tal compromiso “habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores” (art. 19.6 LORPM). Por tanto, la reparación también exige la concurrencia de las voluntades de los sujetos implicados<sup>51</sup>.

En lo que respecta al contenido de la actividad reparadora que puede llevar a cabo el menor, el legislador se limita a disponer que podrá consistir en “determinadas acciones” en beneficio de la víctima o perjudicado o de la comunidad; por tanto, habrá de entenderse que tiene cabida cualquier tipo de actuación por parte del menor que tenga un efecto reparador para la víctima o perjudicado (vgr., sacar a pasear a una persona dependiente al cuidado de la víctima) o que se realice a favor de la comunidad (vgr., colaborar en las actividades de una ONG dedicada a la atención y cuidado de personas con discapacidad), correspondiendo al Equipo Técnico proponer en cada caso aquéllas que estime más adecuadas para la reeducación del menor (art. 27.3 LORPM).

51. Tal exigencia queda patente en la regulación que hace el art. 5.1 RD 1774/2004 de la mediación que a estos efectos debe llevar a cabo el Equipo Técnico, en la que se exige que ambas partes manifiesten previamente su disponibilidad a participar en este procedimiento y que, en su caso, quede constancia de los acuerdos de reparación adoptados.

Es importante destacar que reparación *ex art.* 19 LORPM es de carácter “penal y educativa”, y por tanto no coincide con la reparación que integra el contenido de la responsabilidad civil previsto en los arts. 110 y 112 CP. Por eso, el propio art. 19.2 *in fine* señala que la misma se entiende “sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil”. Esto significa que, en principio, dicha reparación no extingue la acción civil para obtener el resarcimiento de todos los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo; por tanto, de prosperar el sobreseimiento, se podrá ejercitar ante la jurisdicción civil a través del proceso declarativo que corresponda por razón de la cuantía, salvo que las partes en el marco de la propia mediación hubieran acordado otra cosa<sup>52</sup>.

En coherencia con la finalidad reeducadora de la reparación, se ha de buscar que el menor sea consciente del daño causado y acepte el acto reparador como adecuado y proporcionado. Por ello, la actividad reparadora que se le imponga al menor debe guardar en cada caso una cierta relación o conexión con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo cometido, así como una proporcionalidad con la gravedad de tal delito y la intensidad del daño causado por el mismo<sup>53</sup>.

Como ya se ha adelantado, desde la reforma operada por la LO 10/2022, se condiciona el sobreseimiento por conciliación o reparación cuando se trata de la comisión por el menor de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, o estén relacionados con la violencia de género, a la realización de una “medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad”.

La mediación será realizada por el Equipo Técnico que deberá seguir las pautas establecidas en el art. 5 RD 1774/2004. Siendo la voluntariedad uno de los principios esenciales de la mediación, es especialmente importante que, tal como ya se ha adelantado, ambas partes acepten su participación en la misma; para ello, el Equipo Técnico recabará primeramente la aceptación del menor y a continuación de sus representantes legales, para, posteriormente hacer lo mismo con la víctima, resultando necesario, si ésta es menor, también la anuencia de sus representantes legales. Si ambas partes muestran su conformidad a participar en el procedimiento de mediación, se concertará un encuentro por el Equipo Técnico para

52. *Vid.* apartado. VIII.5 Circular FGE 1/2007, de 23 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*.

53. *Vid.* CALLEJO CARRIÓN, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero...”, *op. cit.*, p. 8; CRUZ MÁRQUEZ, B., “La mediación en la Ley Orgánica 52000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 9.

concretar el acuerdo de conciliación o reparación, salvo que no se considere conveniente reunir a las partes, en cuyo caso, las sesiones de mediación se realizarán de forma separada.

A efectos de evitar cualquier duda sobre una posible limitación del principio de presunción de inocencia, debe tenerse en cuenta que, cuando el menor acepta acudir a mediación, no se está propiamente reconociendo su participación en la comisión de los hechos delictivos, sino que únicamente está mostrando su disposición para alcanzar un acuerdo de conciliación o reparación con la víctima. Es decir, no se puede equiparar la conformidad del menor de iniciar un procedimiento de mediación con una confesión de los hechos objeto de acusación<sup>54</sup>; porque si así fuera, se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia. Además, la plena vigencia de este principio, impedirá que el Juez de Menores pueda tener en cuenta en el momento de su sentencia su conocimiento sobre la existencia de una propuesta al menor de participación en un procedimiento de mediación o su efectiva participación en el mismo que terminó sin acuerdo. Aunque esta segunda situación suele ser poco habitual pues en gran parte de las ocasiones, si no se alcanza acuerdo de conciliación o reparación, el fiscal suele instar el sobreseimiento por realización de una actividad educativa a propuesta del Equipo Técnico. Normalmente, suelen ser supuestos en que la víctima no acepta el contenido del acuerdo reparador o las disculpas que se ofrecen por el menor, que han sido supervisados por el Equipo Técnico que dirige el procedimiento de mediación.

## 2. SOBRESEIMIENTO POR REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD EDUCATIVA A PROPUESTA DEL EQUIPO TÉCNICO

Uno de los posibles contenidos del informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como de su entorno social y de cualquier otra circunstancia que pueda ser relevante que debe realizar el Equipo Técnico a requerimiento del fiscal durante la fase de instrucción, es la propuesta de una actividad educativa que debe ser realizada por el menor.

Cumpléndose los requisitos previstos en el art. 19.1 LORPM, será posible acordar el sobreseimiento en aquellos casos en que el menor se comprometa a realizar la actividad educativa propuesta el Equipo Técnico.

54. En este sentido, ARANDA JURADO, M., *La mediación penal juvenil en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, PP. 203 y ss.; CRUZ MÁRQUEZ, B., "La mediación en la Ley Orgánica 52000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño", ..., *op. cit.*, pp. 8 y 9, Aranda Jurado. pp. 203 y ss.

No especifica el legislador qué se entiende por “actividad educativa”; es más, ni siquiera en la rúbrica del art. 19 LORPM se alude a que el sobreseimiento no sólo procede por reparación o conciliación sino también por compromiso del menor a realizar la actividad educativa que propone el Equipo Técnico. Llama la atención que frente al detalle con el que se regula qué se entiende por conciliación o reparación, a la actividad educativa se le menciona únicamente en el apartado 5 del citado precepto para alertar de que si el menor “no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente”.

Para determinar qué se debe entender por “actividad educativa” se debe acudir al art. 7.1.1) LORPM, donde al definir las medidas definitivas, se alude a la realización de tareas socio-educativas que supondrá someter al menor infractor “sin internamiento ni libertad vigilada, a actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social”<sup>55</sup>. Más clara en relación al contenido es la Exposición de Motivos LORPM cuando señala que “La realización de tareas socio-educativas consiste en que el menor lleve a cabo actividades específicas de contenido educativo que faciliten su reinserción social. Puede ser una medida de carácter autónomo o formar parte de otra más compleja. Empleada de modo autónomo, pretende satisfacer necesidades concretas del menor percibidas como limitadoras de su desarrollo integral. Puede suponer la asistencia y participación del menor a un programa ya existente en la comunidad, o bien a uno creado ‘ad hoc’ por los profesionales encargados de ejecutar la medida. Como ejemplos de tareas socio-educativas, se pueden mencionar las siguientes: asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo; participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etc”.

No obstante, no se debe correr el riesgo de asimilar de forma automática la actividad educativa que se puede proponer por el Equipo Técnico con una de las medidas previstas en el art. 7 LORPM que, como es bien sabido, únicamente pueden imponerse en la sentencia condenatoria, una vez practicada la prueba en la audiencia. Por tanto, aunque pueda tomarse como referencia el art. 7.1.1) LOPJM, el contenido y la finalidad de la actividad educativa será especificada por el Equipo Técnico en su informe y, por supuesto, estará en relación con el delito cometido por el menor y siempre teniendo presentes sus necesidades educativas a la vista de sus circunstancias personales y sociales.

---

55. Apartado III Exposición de Motivos LORPM.

Finalmente, no deja de ser llamativo que, ante la comisión por el menor de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, la LO 10/2022 condicione la efectividad del sobreseimiento por conciliación o reparación a la realización por el menor de “la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad”, pero no haga alusión alguna a esta misma exigencia cuando se trate de archivo por actividad educativa propuesta por Equipo técnico.

### 3. SOBRESEIMIENTO POR CONCILIACIÓN, REPARACIÓN O ACTIVIDAD EDUCATIVA COMO RESPUESTA ANTE LA CIBERDELINCUENCIA JUVENIL

A la vista de los requisitos expuestos en los apartados anteriores, estas medidas extrajudiciales resultan muy convenientes ante las infracciones más habituales cometidas por los menores en el ciberespacio; la propia FGE las considera como la vía natural para la resolución de problemas sociales como el acoso escolar o la utilización de internet y las nuevas tecnologías para la comisión o difusión de delitos<sup>56</sup>.

Más en concreto, y teniendo en cuenta que en el momento de la comisión de los ciberdelitos, gran parte de los menores no son conscientes de que están realizando una actividad delictiva y que el hecho mismo de su comisión es una muestra de un déficit educativo en el manejo de internet y las redes sociales y en materia de sexualidad, el sobreseimiento por conciliación o reparación o por realización de la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico pueden ofrecer una respuesta adecuada ante este tipo de criminalidad, soslayando el efecto estigmatizador que para el menor supone la celebración de la audiencia y reforzando además la finalidad educativa con el objetivo final de evitar la reincidencia.

Ahora bien, de los dos supuestos de sobreseimiento previstos en el art. 19 LORPM, el que tiene como base la mediación por conciliación o reparación, aparece como el instrumento más idóneo para responder ante la ciberdelincuencia juvenil, porque al componente educativo, se une la atención a la víctima, que va a encontrar también una reparación ante al daño que le ha provocado la acción delictiva.

Así, en los supuestos de *ciberbullying*, *stalking*, *sexting* o difusión de imágenes vejatorias o degradantes o incluso las amenazas o coacciones, la mediación va a facilitar que los infractores se enfrenten al daño causado por la acción delictiva y asuman la responsabilidad de sus actos. Como

56. Apartado IV.5.2 Circular FGE 9/2011.

se expuso, en un número elevado de casos, el menor infractor no es consciente de que ha cometido un delito y, en consecuencia, desconoce las consecuencias perjudiciales para la víctima derivadas de sus acciones. Por eso, es tan conveniente la mediación pues va a suponer no sólo la toma de conciencia de la infracción cometida y sus efectos, sino que, además, implica asumir sus actos y responder por lo que se ha hecho, reparando el daño causado. El componente educativo derivado de este ejercicio de asunción de responsabilidad por el menor es evidente, en cuanto una de las premisas de todo proceso educativo es la responsabilización individual sobre sus propios actos, que se presenta como un factor esencial en el desarrollo de la propia identidad. La responsabilidad individual por la comisión del delito implica confrontar al menor con su acción, haciéndole comprender el daño ocasionado a la víctima, a la sociedad en general y a sí mismo<sup>57</sup>.

En cuanto a las víctimas, se les ofrece un espacio en el que poder plantear los miedos e inseguridades que les ha provocado el delito, permitiéndoles que obtengan una reparación del daño causado no sólo material, sino también moral y psicológica que en el proceso penal quedaba olvidada. Este protagonismo de la víctima tiene enorme importancia en el proceso penal de menores donde, inicialmente, se consideró que su intervención en el proceso no encajaba bien con el interés superior del menor en cuando principio inspirador de todo el sistema de justicia juvenil. La inclusión de la mediación como solución extrajudicial del conflicto derivado del delito cometido por un menor de edad permite equilibrar ese interés del menor con la atención a las necesidades e intereses de la víctima. Por ese protagonismo que se reconoce a la víctima, que va a ser tenida en cuenta y escuchada, la mediación, a diferencia del desistimiento, suele tener una gran aceptación social.

No obstante, las ventajas anteriores sólo serán posibles si tanto el menor infractor como la víctima se encuentran en la situación psicológica y física que requiere todo procedimiento mediador, de ahí el papel del Equipo Técnico, que deberá garantizar la igualdad entre las partes en el procedimiento de mediación y que ambas han tenido la información suficiente para prestar su consentimiento para participar en el mismo, evitando cualquier atisbo de victimización secundaria.

Para que la mediación cumpla plenamente sus finalidades educativas, reparadoras para la víctima y de prevención de la reincidencia, el Equipo Técnico deberá poner fin al procedimiento si el menor infractor no

57. GONZÁLEZ PILLADO, E., "La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores", en "Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno" (Ed. Tirant Lo Blanch ISBN 978-84-9004-717-0), Valencia, 2012, p. 84.

exterioriza de una forma clara su intención de no volver a cometer actos del mismo tipo y si la víctima no se encuentra en condiciones de tomar parte del procedimiento mediador. Especial atención deberá prestarse a la víctima cuando es menor de edad, de tal manera que tanto en el desarrollo del procedimiento como en el momento de adoptar cualquier decisión que le afecte habrá de valorarse y considerar como primordial su interés, tal como prevé de forma general el art. 2 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

A la vista de las grandes ventajas que la mediación aporta a víctima y victimario, el sobreseimiento del expediente por el compromiso del menor a realizar la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico, deberá utilizarse solo en aquellos casos en que, siendo de interés evitar la celebración de la audiencia, la mediación no resulta conveniente, o cuando ambas partes o una de ellas no acepta participar en un procedimiento de mediación o no se encuentra en una situación personal que permita esa participación.

Pese a las grandes ventajas de la mediación por conciliación o reparación, según los datos publicados por la FGE del año 2020, el número de expedientes archivados conforme al art. 19 LORPM sigue una línea descendente, representando en 2020 un 14,72% del total de expedientes abiertos, que apenas supera el 14,22% del 2019, y resulta inferior al 16,12% del 2018 y al 16,56% del 2017. Tal cifra porcentual sigue por debajo de la horquilla de los siete años precedentes (15-18%)<sup>58</sup>.

Es necesaria una apuesta clara por la mediación penal juvenil, con más equipos técnicos especializados en materia de mediación que, de forma exclusiva se dediquen a esta función, así como un aumento de la inversión para los equipos de medio abierto. Además, deberán evitarse dos situaciones que se repiten en la práctica y que llevan a desechar esta medida desjudicializadora; de un lado, la exclusión prácticamente automática de la mediación cuando se trate de un menor reincidente. De otro lado, la vinculación de la posibilidad de mediación al pago de la responsabilidad civil<sup>59</sup>, pues se trata de cuestiones distintas y, en muchas ocasiones, puede

58. Apartado 6.2.3.3.2. Capítulo III. *Memoria FGE 2020*.

59. Esto no quita para que, tal como se apunta en la Circular FGE 9/2011, en aquellos casos en que consta el abono efectivo de la responsabilidad civil o existe una voluntad clara y real de llevarla a cabo, los fiscales tendrán este elemento muy en cuenta a efectos de impulsar las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM. Aunque, siempre teniendo presente que la satisfacción de las responsabilidades civiles, aun siendo un factor muy positivo que el Fiscal puede tener presente, no es el objetivo final pretendido con las soluciones extrajudiciales del art. 19. *Vid.* Dictamen FGE 1/2014, *sobre pago de indemnizaciones y consignación* de cantidades en las soluciones extrajudiciales.

dar lugar a un trato discriminatorio entre menores por su situación social y económica<sup>60</sup>.

Además, transcurridos ya 20 años desde la entrada en vigor de la LORPM, es necesario replantearse la regulación de la mediación penal juvenil si queremos apostar por su efectividad, en cuando la misma tiene un gran hándicap derivado de su limitado ámbito de aplicación a los delitos menos graves o leves cometidos sin violencia o intimidación graves<sup>61</sup>; además, tampoco parece conveniente que las únicas posibilidades de acuerdo se reduzcan a la conciliación o reparación entre víctima y victimario.

Así, sería muy conveniente plantearse la modificación del art. 19 LORPM en dos aspectos concretos; de un lado, la eliminación de los límites para la utilización de la mediación penal juvenil en relación al delito cometido, permitiéndose siempre que, a la vista de las circunstancias concurrentes, el fiscal y el Equipo Técnico así lo consideren, y requiriéndose, por supuesto, que víctima y victimario acepten voluntariamente participar en el procedimiento. De otro lado, el acuerdo de mediación no puede verse reducido a la posibilidad de una conciliación o un compromiso de reparación, sino que las finalidades educativa y reparadora del procedimiento junto con la flexibilidad característica del mismo deben permitir una amplitud y variedad en el contenido del acuerdo en el sentido que mejor se considere por víctima y victimario, siempre con el apoyo del Equipo Técnico, quien, en su caso, podrá proponer de forma complementaria una actividad socio-educativa que trate de cubrir las carencias que han llevado al menor a delinquir<sup>62</sup>.

En todo caso, se insiste, la conveniencia de la mediación debería estar directamente conectada con el interés del menor en la búsqueda de la solución al conflicto derivado del delito que sea más beneficiosa, sin condicionantes derivados del tipo de delito cometido ni de su gravedad, y buscando además un equilibrio con las necesidades e intereses de la víctima.

60. La propia FGE en su *Memoria de 2018* (apartado 6.2.3.3.2. Capítulo III) alude a la situación que se produce en Guadalajara donde, en los casos de menores tutelados expedientados, aunque éstos reconozcan los hechos y asuman los compromisos del art. 19 LORPM, no se llevan a efecto, al oponerse sistemáticamente la Junta de Castilla La Mancha al pago de las indemnizaciones.

61. Especialmente crítica con el ámbito de aplicación de la mediación se muestra CRUZ MÁRQUEZ ("La mediación en la Ley Orgánica 52000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño...", *op. cit.*, p. 18), al vedar las posibilidades de sobreseimiento por conciliación o reparación en supuestos de delitos de mediana gravedad.

62. Por ejemplo, un curso de manejo de redes sociales o de educación sexual o de auto-control de impulsos.

Además, habrá de valorarse la necesidad de introducir en la LORPM otros mecanismos de justicia restaurativa que puedan ser utilizados para ajustar más la respuesta a las necesidades de víctima y victimario pues la mediación no siempre es el instrumento capaz de cubrir todos los intereses en juego. Así, en la línea del Anteproyecto de LECrim de 2020, que no regula la mediación penal, sino que dedica el Capítulo III del Título IV del Libro I, a la justicia restaurativa, dejando abierta la posibilidad de utilizar aquel mecanismo restaurativo que resulte más conveniente<sup>63</sup>.

Una regulación general de la justicia restaurativa en el ámbito de la justicia juvenil permitiría, por ejemplo, la utilización de los círculos, en cuanto procedimiento de estilo mediatorio en el que, además del infractor y la víctima principal, intervienen otras personas, y que pueden ser muy útiles en el caso del *ciberbullying*, que facilitaría la intervención, involucrándolos en la resolución del conflicto, no sólo de infractor y víctima sino de todos aquellos que de forma directa o indirecta se han visto involucrados en el acoso, como pueden ser otros compañeros del colegio o miembros del profesorado.

---

63. Vid. OTERO OTERO, B., "Víctima y justicia restaurativa en la justicia de menores", en *La víctima en el proceso penal de menores. Tratamiento procesal e intervención socioeducativa* (dir. Pillado González), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 160 y ss.