

La interrupción de la prescripción del delito en el Derecho penal de menores

Leticia Jericó Ojer

Universidad Pública de Navarra

Abstract*

La LORPM no prevé expresamente en su redacción un criterio que indique cómo debe interpretarse la interrupción del plazo de prescripción de una infracción penal presuntamente cometida por un menor de edad. Atendiendo al carácter supletorio del Derecho penal de adultos será de aplicación lo dispuesto en el art. 132 CP. Este precepto exige para poder considerar interrumpida la prescripción la existencia de una resolución judicial motivada que atribuya al menor su presunta participación en un hecho constitutivo de delito. Sin embargo, las peculiaridades del sistema de justicia penal juvenil condicionan en gran medida la discusión acerca de la concurrencia de los requisitos previstos en el CP de adultos y aplicados supletoriamente en este ámbito, principalmente porque la función instructora no corresponde al Juez de Instrucción sino al Ministerio Fiscal. Por lo tanto, resulta clave delimitar cuándo se entiende interrumpida la prescripción penal de la infracción penal en la jurisdicción penal de menores, dado que es posible que la instrucción de los delitos (en especial los leves) sobrepase el plazo de prescripción establecido por la LORPM y tenga como consecuencia el archivo de las actuaciones.

En esta investigación se analizan las interpretaciones ofrecidas por la doctrina y jurisprudencia, a la vez que se plantea una propuesta de modificación lege ferenda del art. 15 LORPM.

The LORPM does not expressly provide in its wording a view that indicates how to interpret the interruption of the statute of limitation for a criminal offense committed by a minor. Considering the supplementary nature of adult criminal law, the provisions of art. 132 Criminal Code will be applied. To consider that the statute of limitation has been interrupted this article requires the existence of a reasoned judicial decision that attributes to the child his presumed participation in an act that constitutes a crime. However, the particularities of the juvenile criminal justice system determines the discussion about the concurrence of the requirements established in the Criminal Code for adults and supplementary applied in this area, mainly because the instructor function does not correspond to the Instructor Judge but rather to the Prosecutor. Therefore, in the juvenile criminal jurisdiction it is key to define when the statute of limitation in a criminal offense is interrupted, insomuch as it is possible that the investigation of crimes (especially the minor offenses) exceeds the statute of limitations established by the LORPM and have as a consequence the file of the process.

The interpretations offered by the doctrine and the jurisprudence are analyzed, at the same time as a lege ferenda reform proposal of art. 15 LORPM is provided.

Der Wortlaut des Gesetzes über die strafrechtliche Verantwortung von Minderjährigen erwähnt kein Kriterium, anhand dessen die Unterbrechung der Verjährungsfrist einer von einem Minderjährigen mutmaßlich begangene Straftat festzulegen ist. Angesichts der subsidiären Rolle des Erwachsenenstrafrechts

*El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación “Principios y garantías penales: sectores de riesgo” (MINECO, DER2016-76715-R) y en la Unidad de Investigación Consolidada (UIC) 166 de Castilla y León, dirigidos ambos por el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.

werden dann die Bestimmungen von Art. 132 StGB angewendet. Gemäß letzterer Vorschriftsetzt die Unterbrechung der Verjährung das Vorliegen eines begründeten richterlichen Beschlusses voraus, der dem Minderjährigen die Teilnahme an einer Straftat zurechnet.

Die Besonderheiten des Jugendstrafrechtssystems bedingen jedoch in hohem Maße die Diskussion über das Vorliegen der Voraussetzungen, die in diesem Bereich in der StGB für Erwachsene festgelegt sind, und auf den Fall der Minderjährigen subsidiär angewendet werden. Denn hier entspricht die Ermittlungsfunktion nicht dem Untersuchungsrichter sondern dem Staatsanwalt. Daher muss festgelegt werden, wann die Verjährung der Straftat in der Jugendstrafgerichtsbarkeit unterbrochen wird. Denn es ist möglich, dass die Ermittlung von Straftaten (insbesondere von nicht schweren Straftaten) die von dem Gesetz festgelegte Verjährungsfrist überschreitet und die Einstellung des Verfahrens zur Folge hat. In dem hiesigen Beitrag werden die von der Literatur und Rechtsprechung formulierten Ansätze erörtert. Darüber hinaus wird eine Änderung des Art. 15 des Gesetzes über strafrechtliche Verantwortung von Minderjährigen vorgeschlagen.

Title: The interruption of the prescription of the crime in juvenile criminal law

Titel: Die Unterbrechung der Verjährung im Jugendstrafrecht

Palabras clave: prescripción del delito, interrupción, Derecho penal de menores, aplicación supletoria del CP

Keywords: prescription of the crime, interruption, juvenile criminal law, supplementary application of CP

Stichwörter: Versjährung des Verbrechens, Unterbrechung der Verjährung Jugendstrafrecht, ergänzende Anwendung des Strafgesetzbuches.

Sumario

- 1. El carácter supletorio del CP en el Derecho penal de menores**
- 2. La reforma de la prescripción del delito por LO 5/2010, de 22 de junio en el CP de adultos**
- 3. La regulación de la prescripción en la jurisdicción penal de menores: especial referencia a la prescripción del delito leve**
- 4. La interrupción de la prescripción de la infracción penal en la LORPM**
 - 4.1. El origen de la discusión**
 - 4.2. Las propuestas de solución a partir de la nueva regulación de la interrupción de la prescripción en el CP de adultos**
 - a) El decreto de incoación del expediente y el auto de incoación del expediente: ¿actos procesales susceptibles de interrumpir la prescripción?**
 - b) El auto de incoación del expediente judicial como acto procesal interruptivo de la prescripción (art. 16.3 LORPM): ¿atribución motivada de la participación del menor en el hecho delictivo?**
 - c) La eficacia del decreto de incoación del Expediente del Ministerio Fiscal para suspender (que no interrumpir) el plazo de la prescripción**
 - d) Otras posibilidades de interrupción de la prescripción: el auto dictado por el Juez de Menores en fase de audiencia (art. 34 LORPM)**
- 5. Opinión personal**

5.1 La eficacia interruptiva y suspensiva de los actos procesales en la LORPM

5.2 La necesaria reforma de la LORPM en materia de prescripción: Una propuesta lege ferenda

6. Tabla de jurisprudencia citada

7. Bibliografía

1. *El carácter supletorio del CP en el Derecho penal de menores*

Basada en el modelo de responsabilidad¹, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE nº 11, de 13.1.2000) (en adelante, LORPM) conjuga de manera autónoma y diferenciada la respuesta ante la comisión de infracciones penales por los menores entre catorce y dieciocho años. Estamos por lo tanto ante la presencia de un Derecho penal juvenil, claramente distinto al de los adultos², que inicialmente se caracteriza por la introducción en el sistema de unos parámetros específicos como son el de intervención mínima, desjudicialización, carácter educativo de las medidas, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas y la búsqueda del interés superior del menor³. En este sentido cabe recordar cómo ya la propia Exposición de Motivos de la LORPM señaló la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa de una regulación que, en cualquier caso, debe ser aplicada al menor con el debido respeto a las garantías. Desafortunadamente, estos presupuestos presentes en la regulación inicial de la LORPM se han ido desdibujando progresivamente como consecuencia de las sucesivas reformas penales para aproximarse⁴, indisimuladamente, a un Derecho penal más propio de adultos y orientado politicocriminalmente hacia la finalidad aseguradora⁵.

¹ Véase ampliamente, CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal del menor de edad*, 2002, pp. 17 ss.; TAMARIT SUMALLA, «Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores», en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, pp. 23 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, «Comentario a la Exposición de Motivos», en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2007, pp. 43 ss.; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, LO 8/2006, 2007, pp. 68 ss.; CANO PAÑOS, «¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?», en *RECPC*, (13-13), 2011, pp. 7 ss. (<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-13.pdf>).

² BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, «Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos», en *Revista de Derecho penal y Política Criminal* (18), 2006, p. 40, p. 42; CANO PAÑOS, *RECPC*, 2011, p. 6, pp. 8 ss.

³ TAMARIT SUMALLA, en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, pp. 23 s.; NIETO GARCÍA, «La Ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto», en *La Ley de Responsabilidad penal del menor: situación actual*, 2005, p. 15.

⁴ Incluyendo por ejemplo la imposición con carácter obligatorio de la medida de internamiento en régimen cerrado para los casos más graves, la incorporación al catálogo de medidas de la inhabilitación absoluta, la ampliación de la duración de las medidas o la supresión definitiva de la posibilidad de aplicar la LORPM a los jóvenes mayores de dieciocho años pero menores de veintiuno. Por lo que respecta al análisis de las sucesivas reformas, véase entre otros, BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, *RDPCrim*, 2006, pp. 27 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2007, pp. 55 ss.; MORENILLA ALLARD, «Comentario al artículo 1», en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, 2007, pp. 55 ss.; CUERDA ARNAU, «Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor», *RP*, (22), 2008, pp. 25 ss.; VALBUENA GARCÍA, «Una paulatina desnaturalización de la Ley Penal del Menor», *Foro*, (7), 2008, pp. 122 ss.; OLAIZOLA NOGALES, «La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho Penal

Al margen de esta autonomía que caracteriza a la legislación penal de menores por lo que respecta a sus presupuestos y finalidad, no podemos obviar su clara dependencia respecto a las previsiones que contempla el Derecho penal de adultos. En primer lugar porque va a ser la LORPM la normativa aplicable para dirimir la responsabilidad penal de los infractores entre catorce y dieciocho años ante la comisión de hechos tipificados como delitos (o faltas) en el CP o en las leyes penales especiales (art. 1.1 LORM)⁶. La LORPM no recoge un catálogo específico de infracciones susceptibles de ser cometidas por los menores, sino que remite al CP para la definición de lo que se ha de considerar delito (art. 1.1 LORPM). Pero además, tal y como dispone en su DF 1^a⁷, tanto el CP como la LECrim adquieren el carácter de normas supletorias para todo aquello que no esté previsto expresamente en la LORPM. De este modo el CP será de aplicación supletoria en todas aquellas disposiciones generales contenidas en el Libro I que puedan influir en la valoración del hecho y también en las cuestiones relacionadas con la extinción de la responsabilidad criminal.

Como ya se ha puesto de manifiesto⁸, la dependencia existente entre ambos sistemas normativos implica una consecuencia que no en todos los casos ha sido prevista por el legislador penal. Esta no es otra que el impacto directo de las reformas del CP de adultos en la legislación penal de menores. No me voy a ocupar en este espacio de detallar las consecuencias que la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo (BOE n° 77, de 31.3.2015), ha generado en la legislación penal de menores⁹. Más bien, abordaré el estudio de un nuevo ámbito de fricción entre el Derecho penal de adultos y de menores cuya solución, en opinión de algunos sectores, debería haber sido abordada necesariamente en la mencionada reforma. Estoy haciendo referencia a los problemas de interpretación que plantea

de la Seguridad», *RP*, (31), 2013, pp. 191 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores», *RECPC*, (17-19), 2015, pp. 6 ss. (<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-19.pdf>).

⁵ Véase ampliamente GARCÍA PÉREZ, «La reforma de 2006 de la Ley de Responsabilidad penal de los menores: La introducción del modelo de seguridad ciudadana», en JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.) *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, 2008, pp. 38 ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema», en BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho penal de menores a debate*, 2010, pp. 80 ss.; CANO PAÑOS, *RECPC*, 2011, p. 34.

⁶ Art. 1.1 LORPM: “Declaración general. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

⁷ DF 1^a LORPM: “Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma”.

⁸ Véase entre otros, GONZÁLEZ RUS, «Secuelas “colaterales” no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal», *LL*, (8553), 2015, pp. 2 ss.; GONZÁLEZ AGUDELO, «La eliminación de las faltas en el Código Penal y su incidencia en la LO 5/2000», *LLP*, (131), 2018, pp. 2 ss.

⁹ Por lo que respecta a la reforma llevada a cabo en 2015 se podría señalar que la eliminación de las faltas del Libro III del CP, la introducción de la nueva categoría de delito leve (art. 13.4 CP), la reducción casi simbólica de la pena de localización permanente o la regulación autónoma de los delitos contra la libertad sexual cometidos sobre menores de 16 años (art. 183 CP) son buena muestra de cómo las reformas acometidas en el CP provocan efectos colaterales en el Derecho penal de menores y que en la mayoría de los casos no han sido previstos por el legislador. Ampliamente, véase JERICÓ OJER, «El impacto (probablemente no previsto) de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en el Derecho penal de menores», *RECPC*, (20), 2018, pp. 8 ss. (<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-24.pdf>).

la interrupción de prescripción de la infracción penal en la jurisdicción de menores. Como señalaré a continuación, el art. 15.1 LORPM establece únicamente cuáles son los plazos de prescripción de los hechos delictivos cometidos por los menores. No prevé, por el contrario, una regulación específica acerca de cómo se debe interpretar la interrupción de la prescripción. Ello significará, tal y como veremos más adelante, que para determinar si se ve interrumpido o no el plazo de prescripción de una infracción penal presuntamente cometida por un menor de edad será de aplicación lo dispuesto en el art. 132 CP, atendiendo al carácter supletorio del CP.

La regulación de la prescripción en el Derecho penal de adultos fue modificada por LO 5/2010, de 22 de junio (BOE n° 152, de 23.06.2010) introduciendo importantes novedades que generaron cierta polémica por lo que respecta a su aplicación en la legislación penal de menores. Pese a las voces que reclamaban un abordaje específico de la cuestión, la LO 1/2015, de 30 de marzo omitió cualquier referencia relativa a esta problemática. La finalidad que pretendo perseguir con este estudio radica primeramente en analizar si la ausencia de respuesta en el año 2015 supuso una oportunidad perdida de solventar el conflicto y, seguidamente, debatir acerca de si el CP es el ámbito normativo idóneo para aclarar, de una vez por todas, los problemas exegéticos que se han generado.

2. La reforma de la prescripción del delito por LO 5/2010, de 22 de junio en el CP de adultos

Como causa de extinción de la responsabilidad penal la prescripción en el ámbito del Derecho penal es una institución que presenta fundamentalmente una naturaleza sustantiva¹⁰ y que, desde el punto de vista polímicocriminal, resulta incuestionable (art. 130.1.6° CP). Tradicionalmente se han esgrimido de forma complementaria diversos argumentos que justifican su existencia tanto desde una vertiente procesal como propiamente penal. Atendiendo a la primera de las perspectivas, vinculada con la idea de seguridad jurídica¹¹, se ha señalado que el paso del tiempo diluye la fiabilidad de las pruebas y dificulta el ejercicio del derecho de defensa. Por su parte, sustantivamente se sostiene que el fundamento de la prescripción se vincula con consideraciones preventivas ligadas a la función de la pena¹², puesto que el transcurso de los plazos desdibuja la necesidad de un hipotético castigo al

¹⁰ Por lo que respecta a la naturaleza sustantiva o procesal de la prescripción, véase GÓMEZ MARTÍN, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, pp. 9 ss.

¹¹ Cuestionando que la seguridad jurídica sea el fundamento de la prescripción, sino más bien un efecto de la misma véase RAGUÉS I VALLÉS, *La prescripción penal, fundamento y aplicación: texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*, 2004, p. 29; GÓMEZ MARTÍN, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, p. 21.

¹² OLAIZOLA NOGALES, «La prescripción del delito en supuestos de concurso de delitos», *AP*, (37), 1998, 747 ss.; GILI PASCUAL, *La Prescripción en Derecho Penal*, 2001, pp. 78 ss.; GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el Derecho Penal*, 2003, pp. 64 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 2015, 10ª ed., pp. 24 ss.; BOLDOVA PASAMAR en GRACIA MARTÍN (coord.)/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, 2016, 5ª ed., p. 160; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/MORENO-TORRES HERRERA (coord.)/PÉREZ ALONSO/MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/RAMOS TAPIA, *Fundamentos de Derecho penal: parte general*, 2010, 4ª ed., pp. 565 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2015, p. 403; GÓMEZ MARTÍN, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, pp. 23 ss.; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho*

delincuente, precisamente porque la aplicación del Derecho penal no resulta necesaria para evitar que el sujeto no vuelva a delinquir (prevención especial positiva), sin que ello implique un detrimento de la eficacia intimidatoria de la pena (prevención general negativa). De este modo la prescripción de la infracción penal justificaría la limitación del ejercicio del ius puniendi por parte del Estado.

A pesar de la relevancia de esta institución en el sistema penal lo cierto es que la regulación de la prescripción no ha estado exenta de polémica, en particular lo concerniente a la extinción del plazo de la misma. En la redacción dada por LO 10/1995, de 23 de noviembre (BOE nº 281, de 24.11.1995) el art. 132.2 CP disponía “que la prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido hasta ese momento, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”, previsión que cuestionaba seriamente el principio de legalidad, atendiendo a su evidente déficit de taxatividad¹³. Esta regulación suscitó el interesante debate jurídico relativo a la delimitación de los actos que interrumpían la prescripción, en el que jugó una importancia decisiva la controversia suscitada entre la tesis defendida por el TC y la sostenida por el TS¹⁴. Concretamente, el TS entendía que la interposición de una denuncia o querrela interrumpía el plazo de prescripción, mientras que para el TC dicha interrupción no se producía hasta la existencia de una resolución judicial motivada. La necesidad imperiosa de dar respuesta a esta cuestión con planteamientos tan diferentes fue lo que motivó que en el año 2010 el legislador optara por clarificar cuándo se entendía interrumpida la prescripción de la infracción penal.

En efecto, la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio introdujo novedades importantísimas por lo que respecta a la prescripción¹⁵, destacándose especialmente la modificación de la regla de la imprescriptibilidad (art. 131.4 CP), la eliminación del plazo de prescripción de tres años sustituyéndolo por cinco años (art. 131, párr.4.º CP), la introducción de una nueva regla de determinación del plazo de prescripción en caso de concurso de delitos y de delitos conexos (art. 131.5 CP) y la modificación del régimen de interrupción de la prescripción (art. 132.2 CP).

Por lo que respecta a esto último, acertadamente el legislador decidió sustituir la expresión recogida en el anterior art. 132.2 CP, incluyendo una nueva redacción en el art. 132.2.1ª CP que establece lo siguiente:

Penal. Parte General, 7ª ed., 2017, p. 435. Introduciendo el mantenimiento del orden social como argumento justificativo de la prescripción véase RAGUÉS I VALLÉS, *La prescripción penal, fundamento y aplicación: texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*, 2004, pp. 41 ss.

¹³ GILI PASCUAL, *La Prescripción en Derecho Penal*, 2001, p. 184; GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el Derecho Penal*, 2003, p. 196; RAGUÉS I VALLÉS, «La prescripción de los delitos y las penas: una ocasión perdida», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma*, 2012, p. 230.

¹⁴ Extensamente GÓMEZ MARTÍN, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, pp. 131 ss. ¹⁵ Véase ampliamente GÓMEZ MARTÍN, «Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, 8ª ed. 2008, a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal que entra en vigor el 23-12-2010», en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, pp. 37 ss.; RAGUÉS I VALLÉS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma*, 2012, pp. 221 ss.

“Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta¹⁶”.

Esta redacción, en contra de lo sostenido por el TS, supuso la plasmación en el CP de la doctrina defendida por el TC partir de la STC 63/2005, de 14 de marzo y consolidada en la STC 29/2008 de 20 de febrero¹⁷, en virtud de la cual se exige la presencia de un acto de intermediación o interposición judicial para considerar interrumpida la prescripción. Lo reflejado por el TC en estas sentencias impugnó el posicionamiento sostenido por el TS (aunque con ciertas vacilaciones) que admitía la interrupción de la prescripción de la infracción con la simple interposición de la denuncia o querrela¹⁸. Si bien tradicionalmente el TS consideraba interrumpido el cómputo del plazo de prescripción del delito desde el momento de interposición de la denuncia o querrela, el TC sostuvo que sólo cuando tal denuncia o querrela haya sido admitida a trámite se habrá interrumpido la prescripción. Es importante señalar que en sus pronunciamientos el TC enfocó su planteamiento desde una perspectiva teleológica, al considerar que su fundamento último se vinculaba no con razones de carácter procesal sino material. De este modo la institución de la prescripción aparece estrechamente vinculada a consideraciones preventivo especiales y generales, puesto que el trascurso del tiempo debilita la necesidad de respuesta penal. Para el TC la prescripción deja de concebirse como un límite al ejercicio de la acción penal (implícito en la expresión recogida en el anterior art. 132.2 CP al señalar que la prescripción se interrumpirá “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”), para configurarse como límite temporal el ejercicio del ius puniendi estatal. El hecho de que lo que prescriba no sea la acción penal, sino el delito mismo, es lo que motiva la postura del TC al considerar que la mera presentación de la denuncia o querrela no tienen capacidad interruptiva.

Por lo tanto, y así lo recoge el art. 132.2.1^a CP, para que se pueda interrumpir la prescripción de la infracción penal es necesaria la existencia de una resolución judicial, es decir, que se trate de alguna de las previstas en el art. 245.1 LOPJ¹⁹ y que además sea motivada²⁰. Se exige igualmente que la

¹⁶ Suprimida la referencia a las faltas a tenor de lo dispuesto en el art. 73 de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁷ STC, 14.03.2005 (Ar. 63; MP: Eugeni Gay Montalvo); STC, 20.02.2008 (Ar. 29; MP: Pascual Sala Sánchez).

¹⁸ Véase extensamente GILI PASCUAL, *La Prescripción en Derecho Penal*, 2001, pp. 188 ss.; EL MISMO, «La interrupción de la prescripción penal, diez años después de la STC 63/2005», *EPCrim*, (XXXV), 2015, pp. 294 ss.; GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el Derecho Penal*, 2003, pp. 203 ss.; RAGUÉS I VALLÉS, *La prescripción penal, fundamento y aplicación: texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*, 2004, pp. 161 ss. Señala este último autor que con anterioridad a la reforma se sostenían tres puntos de vista por lo que se refería al a virtualidad interruptora de las actuaciones procesales: El primero, mayoritariamente defendido por la jurisprudencia del TS, entendía que el plazo de prescripción quedaba interrumpido en el mismo día de interposición de la querrela o denuncia. El segundo, mayoritario en la doctrina y defendido también por parte de cierta jurisprudencia consideraba que la interrupción no se producía hasta el día en que la querrela o la denuncia eran admitidas a trámite por el juez instructor ordenando la realización de actos dirigidos a la investigación del hecho y finalmente, la tercera opción, con apoyos reducidos, que consideraba que la interrupción de la prescripción se producía en el momento en que el imputado era llamado al procedimiento en su condición de tal. En su opinión, la propuesta que se debía acoger era la segunda, apelando a la idea de que la interrupción del plazo ha de vincularse con la voluntad de las autoridades para perseguir un presunto hecho delictivo; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *PG*, 8^a ed., 2010, pp. 48 ss.; EL MISMO, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, pp. 124 ss.

¹⁹ Art. 245.1 LOPJ: 1. Las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán: a) Providencias, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso. b) Autos, cuando decidan recursos contra

resolución judicial atribuya a un sujeto la participación en un hecho constitutivo de delito, es decir, la imputación a un sujeto de una intervención penalmente relevante bien al inicio del procedimiento o en un momento posterior. En definitiva, se requiere la constatación de un acto judicial de dirección del procedimiento contra un sujeto determinado²¹. Como señala GÓMEZ MARTÍN²², a diferencia de sistemas penales comparados, la LO 5/2010 no recurre al empleo de un catálogo cerrado de actos procesales de dirección del procedimiento contra un sujeto, generando con ello una considerable inseguridad jurídica. Pero al margen de esta cuestión, es importante señalar que lo dispuesto en el art. 132.2.1^a CP impide admitir la eficacia interruptiva de los actos del Ministerio Fiscal (siendo esta cuestión especialmente importante por lo que respecta al objeto de esta investigación como señalaré más adelante), así como los realizados por las partes o las diligencias policiales²³.

La opción preferida por el legislador penal al considerar que sólo pueden interrumpir la prescripción las resoluciones judiciales motivadas no supuso, ni mucho menos, negar cualquier tipo de eficacia jurídica a la denuncia o querrela. Tal y como establece el art. 132.2.2.^a CP²⁴, su presentación no podrá interrumpir la prescripción de la infracción penal pero sí suspenderla. La coexistencia de ambas

providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma. c) Sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revestir esta forma. En este sentido, véase GÓMEZ MARTÍN, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, p. 153, sin que sea posible realizar una interpretación extensiva. En el mismo sentido, véase entre otras STC, 15.11.2010 (Ar. 97; MP: Vicente Conde Martín de Hijas); STC, 13.04.2015 (Ar. 63; MP: Encarnación Roca Trías); STC, 01.02.2016 (Ar. 12; MP: Adela Asúa Batarrita); STC, 01.02.2016 (Ar. 14; MP: Juan José González Rivas), pronunciamientos todos ellos que recogen la improcedencia por parte de los órganos judiciales de apreciar causas de interrupción de la prescripción no previstas legalmente.

²⁰ Por lo que respecta a los problemas de interpretación del término “motivada” que surgen en la jurisdicción penal de menores véase apartado 4.2 b).

²¹ Según lo establecido en el art. 132.2.3.^a CP “a los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho”.

²² GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *PG*, 8^a ed., 2010, p. 57; EL MISMO, «Comentario al artículo 132 del CP», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, p. 474, recogiendo la objeción realizada por el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 61; EL MISMO, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, pp. 155 ss.

²³ GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *PG*, 8^a ed., 2010, p. 58; EL MISMO, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, p. 474; EL MISMO, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, p. 149; RAGUÉS I VALLÉS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma*, 2012, p. 231.

²⁴ Art. 132.2.2.^a CP: “No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la regla 1.^a, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia. Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dicho plazo, el juez de instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo”.

instituciones supone, como señala el CGPJ²⁵, que el legislador haya optado por una solución intermedia entre las propuestas por el TS y por el TC pretendiendo de este modo aumentar la seguridad jurídica²⁶. Sin embargo, los efectos que generan una y otra son distintos²⁷: mientras que con la interrupción se impide el curso de la prescripción e inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de aquélla, por el contrario la suspensión la paraliza, es decir, no corre el tiempo para la misma pero no inutiliza el ya transcurrido a la espera de que se produzca la resolución judicial exigida.

A tenor de lo recogido en el art. 132.2.2ª CP, la presentación de querrela o denuncia ante un órgano judicial suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses a contar desde la misma fecha de su presentación. Si dentro de este plazo se dicta contra el querrellado, denunciado o cualquier otra persona una resolución judicial motivada atribuyéndole su presunta participación en los hechos la interrupción de la prescripción se retrotrae a la fecha de la presentación de la querrela o denuncia. Sin embargo, si dentro del plazo de seis meses se dicta resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o resolución por la que se acuerda no seguir el procedimiento, el cómputo del término de la prescripción continuará corriendo desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia. Finalmente, la continuación del cómputo se producirá también si dentro del plazo de seis meses el juez no adopta ninguna de las resoluciones previstas en el precepto.

En definitiva, podemos decir que nos encontramos ante una regulación más o menos integradora que refunde las posturas defendidas por el TS y por el TC: la interposición de una querrela o denuncia interrumpe el plazo de prescripción, como sostenía el TS, pero siempre y cuando en el plazo de seis meses se admita judicialmente y suponga la dirección del procedimiento contra un sujeto determinado, planteamiento que acoge la tesis defendida por el TC y a la que, en definitiva, se le dota de primacía.

²⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, pp. 62 ss. Igualmente, RAGUÉS I VALLÉS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma*, 2012, 234; BOLDOVA PASAMAR en GRACIA MARTÍN (coord.)/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2016, 5ª ed., p. 165.

²⁶ Cuestionando esta opción, véase GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *PG*, 8ª ed., 2010, p. 61; EL MISMO, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, p. 475, ya que la consagración del criterio de la suspensión de la prescripción con la presentación de la denuncia o la querrela produciría en el Juez de Instrucción el pernicioso efecto de liberarle del deber de resolver con celeridad sobre la admisión a trámite de la denuncia o la querrela, a fin de evitar la prescripción del delito, lo que redundaría negativamente en el funcionamiento de la Administración de Justicia; EL MISMO, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, pp. 171 ss. A favor, RAGUÉS I VALLÉS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma*, 2012, p. 234, ya que los querellantes y denunciados pueden contar inicialmente con una fecha en la que se les garantiza la admisión a trámite y se concede al mismo tiempo a los jueces un plazo más que razonable para pronunciarse sobre la admisión. Eso implicará que sólo en el caso de graves demoras el hecho podrá prescribir, consideración con la que estoy personalmente de acuerdo.

²⁷ GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *PG*, 8ª ed., 2010, p. 59; EL MISMO, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, pp. 474 ss.

3. La regulación de la prescripción en la jurisdicción penal de menores: especial referencia a la prescripción del delito leve

Como he señalado con anterioridad, la DF 1ª LORPM establece que en todo lo no previsto expresamente en la legislación penal de menores será de aplicación supletoria el CP. Concretamente por lo que se refiere a la prescripción de los hechos delictivos cometidos por los menores, el art. 15.1 LORPM incluye como única referencia la delimitación de los plazos²⁸. Esto significa que, por ejemplo, para la resolución de cuestiones relacionadas con el cómputo o la interrupción de la prescripción será de aplicación supletoria lo dispuesto en el CP (art. 131 y ss. CP).

Razonablemente, en la mayoría de los supuestos los plazos de prescripción recogidos en la LORPM son más breves que los previstos en el CP. No puede ser de otro modo si atendemos a la finalidad preventivo-especial que debe perseguir la justicia juvenil y que exige una cierta celeridad en su respuesta²⁹. Sin embargo, no en todos los casos sucede lo mismo. De este modo, y de forma absolutamente criticable³⁰, los hechos delictivos más graves cometidos por menores, como son los tipificados en los arts. 138, 139, 179, 180 y 581 a 580 del CP o cualquier otro sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años, prescriben conforme a las reglas establecidas en el CP (art. 15.1.1º LORPM). Por su parte, los hechos delictivos cometidos por menores prescribirán a los cinco años cuando se trate de un delito grave sancionado en el CP con pena superior a diez años³¹, a los tres años cuando se trate de cualquier otro delito grave, al año cuando se trate de un delito menos grave y, tal y como aparece expresamente recogido en el art. 15.1.5º LORPM, a los tres meses cuando se trate de una falta.

Me gustaría detenerme especialmente en este último supuesto, atendiendo principalmente a que la reforma del CP de 2015 supuso la eliminación de las faltas del Libro III del CP. Este hecho unido al escaso plazo de prescripción que la LORPM prevé para las infracciones leves será sumamente

²⁸ Art. 15 LORPM: "De la prescripción. 1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben: 1.º Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años. 2.º A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años. 3.º A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave. 4.º Al año, cuando se trate de un delito menos grave. 5.º A los tres meses, cuando se trate de una falta".

²⁹ Entre otros, véase DE LA ROSA CORTINA, «La prescripción en derecho penal juvenil», *EJ*, (2012), 2012, p. 4; SANZ HERMIDA, «La prescripción de delitos en la justicia de menores. Algunas consideraciones a partir de la SAP de Valencia, de 28 de septiembre de 2018», en *RGDP*, (30), 2018, pp. 9 ss.

³⁰ En este sentido, véase COLÁS TURÉGAÑO, *Derecho penal del Menores*, 2011, p. 214; MACÍAS ESPEJO, «La prescripción de los hechos delictivos y de las medidas de seguridad en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», *REJ*, (11), 2011, pp. 3 ss., criticando igualmente los excesivos plazos de prescripción de cinco y tres años previstos para el delito grave previsto en el CP con pena superior a diez años o cualquier otro delito grave, contrarios a la finalidad rehabilitadora y resocializadora del Derecho penal juvenil; SANZ HERMIDA, *RGDP*, 2018, p. 10.

³¹ Como bien señalan GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, «Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas», en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, pp. 116 ss., no se especifica a qué clase de pena se está refiriendo el legislador, aunque se supone que es la pena de prisión.

relevante a efectos de delimitar cuándo se entenderá interrumpida la prescripción como analizaré más adelante.

Desde su redacción original la LORPM contiene numerosas alusiones a las faltas a lo largo de todo su articulado. Estas referencias aparecen expresamente en la Declaración General, en el catálogo de medidas aplicables a los menores infractores (art. 7.1.n) LORPM), en las reglas de determinación de las medidas (art. 9.1. LORPM), al desistimiento (art. 18 LORPM), la conciliación y reparación (arts. 19.1, 19.4 y 19.6 LORPM), respecto a la necesidad de que en el fallo de la sentencia exista un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil (art. 39.1 LORPM), la suspensión de la ejecución de la medida impuesta (art. 40.1 LORPM) y finalmente por lo que respecta al plazo de prescripción de las infracciones penales (art. 15.1.5ª LORPM). La duda acerca de cómo se interpreta en la LORPM la referencia a las faltas, eliminadas expresamente del CP en la reforma de 2015, sólo puede ser resuelta atendiendo a la naturaleza formalmente penal de la LORPM y al carácter supletorio del CP y de la LECrim en el ámbito sustantivo y procedimental respectivamente. Conforme a lo dispuesto en la DA 2ª de LO 1/2015, de 30 de marzo³², las alusiones a las faltas que aparezcan recogidas tanto en la LORPM como en su reglamento deben entenderse sustituidas por la expresión delitos leves.

La reforma del CP de 2015 supuso, entre otras modificaciones, la desaparición de las faltas del Libro III del CP y la inclusión de la nueva categoría del delito leve. Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que la supresión fue meramente formal. Es cierto que una parte mínima de las faltas se recondujo al ámbito extrapenal, remitiendo su regulación a la vía civil o a la administrativa, pero también lo es el hecho de que algunas de las conductas típicas retornaron al CP convertidas en delito leve pero con una pena superior. Sin embargo, la nueva categoría del delito leve no sólo se nutre de algunas de las extintas faltas sino que también forman parte de esta categoría algunos delitos menos graves que, según lo establecido en el art. 13.4 CP³³ y sin haber sido modificada su pena mutan a delitos leves³⁴. Hay una consecuencia que no puede pasar desapercibida: si a partir de la reforma de

³² DA 2ª CP: “Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves. La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves”.

³³ Art. 13.4 CP: “Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”.

³⁴ Así sucede, por ejemplo, en el homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP), las lesiones del art. 149 y art. 150 por imprudencia menos grave (art. 152.2 CP) la detención ilegal de una persona para presentarla a la autoridad (art. 163.4 CP), la omisión del deber de socorro (art.195.1 CP), el hurto de posesión superior a 400 euros (art. 236.1 CP), la ocupación no violenta de inmuebles (art. 245.2 CP), la alteración de términos y lindes por valor superior a 400 euros (art. 246.1), la distracción de aguas por valor superior a 400 euros (art. 247.1 CP), la apropiación indebida superior 400 euros (art. 254.1 CP), la defraudación de energía eléctrica superior a 400 euros (art.255.1CP), la utilización de terminales telecomunicación superior a 400 euros (art. 256 CP), los daños por imprudencia grave (art. 324 CP), el libramiento de certificados falsos por facultativo (art. 397 CP), la falsificación de certificados por particular (art. 399.1 CP), la acusación y denuncia falsa de delito leve (art. 456.1.3.º CP), la destrucción de documentos o actuaciones en el ámbito de un proceso por particular (art. 465.2 CP) y finalmente la evasión del condenado, preso o detenido por el pariente (art. 470.3 CP).

2015 estas infracciones son consideradas delito leve, ello implicará que sea vean afectadas por todas aquellas disposiciones recogidas en la LORPM que hagan referencia específica a las faltas (sustituidas a partir de la reforma por delito leve). Esto supone una variación en el tratamiento dispensado por la legislación de menores a estas infracciones, pero no precisamente porque se haya modificado la LORPM o se haya alterado su pena en el CP de adultos. En otras palabras, si se amplía el elenco de conductas delictivas que son consideradas delito leve ello supondrá que las disposiciones específicas de la LORPM previstas para las antiguas faltas se apliquen también para lo que antes eran delitos menos graves, recibiendo un tratamiento penal diferente al aplicado hasta 2015 cuando el autor de la infracción era un menor de edad.

Evidentemente, por lo que respecta al ámbito de la prescripción, esta modificación del CP provoca unos efectos colaterales en la legislación penal del menor que originan una disfunción en la aplicación del derecho de tutela judicial efectiva y del principio de legalidad penal³⁵. El hecho de que algunos delitos menos graves formen parte ahora de la categoría de los delitos leves (art. 13.4 CP) y su plazo de prescripción no sea de un año sino de tres meses implicará un aumento de las posibilidades de que estos delitos se encuentren prescritos. Al igual que venía ocurriendo hasta 2015 con las faltas, será posible que la instrucción de los delitos leves sobrepase el plazo de los tres meses de prescripción establecido antes de que la Fiscalía dé por finalizada dicha instrucción. Por lo tanto, resulta clave delimitar qué acto procesal en la jurisdicción penal de menores tiene capacidad para interrumpir la prescripción de la infracción penal, teniendo en cuenta que la LORPM omite cualquier tipo de referencia y que es de aplicación supletoria lo dispuesto en el CP. Veamos, más detenidamente, las importantísimas implicaciones que tiene esta cuestión para los menores infractores.

4. La interrupción de la prescripción de la infracción penal en la LORPM

4.1. El origen de la discusión

Como acabo de señalar, la reducción del plazo de prescripción para algunos delitos menos graves convertidos ahora en delitos leves contribuye a complicar aún más el problema existente desde hace tiempo y que es el relativo a la interrupción de la prescripción en la legislación penal de menores. Como he señalado anteriormente, la LORPM no regula expresamente la interrupción de la prescripción del hecho delictivo cuando el autor es un menor de edad, siendo de aplicación las reglas previstas el art. 132 CP. Hemos visto cómo el art. 132.2.1º CP exige para poder interrumpir la prescripción no sólo la existencia una resolución judicial, sino además requiere que ésta sea motivada y atribuya la presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito.

³⁵ GRANADO PACHÓN, «Disfunciones procesales y garantías constitucionales en el sistema ideado por la LO 5/2000, de 5 de enero, de responsabilidad penal del menor», *RPM*, (9), 2015, p. 83.

Sin embargo, las peculiaridades del sistema de justicia penal juvenil condicionan en gran medida la discusión acerca de la concurrencia de los requisitos previstos en el CP de adultos y aplicados supletoriamente en este ámbito. En primer lugar, no se puede obviar que en el proceso penal de menores el Ministerio Fiscal es el encargado de la instrucción (art. 16 LORPM)³⁶, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal de adultos cuya función se atribuye al Juez de Instrucción. Eso significa que en la jurisdicción de menores el procedimiento lo inicia en todo caso el Ministerio Fiscal, mientras que el Juez de Menores carece de potestades instructoras en esta fase de investigación³⁷. Las competencias atribuidas al Ministerio Fiscal en la fase de instrucción exceden en mucho a las previstas para el Juez de Instrucción en la LECrim, a pesar de que éste último siga manteniendo las relativas a la adopción de medidas cautelares³⁸. Dentro de las facultades que le otorga la LORPM, el Ministerio Fiscal es el encargado de requerir al Equipo Técnico la elaboración de un informe que se adjuntará al expediente del menor o de dirigir la implementación de estrategias dirigidas a la reparación entre el infractor y la víctima que se dilatarán en el tiempo y que tendrán evidentes repercusiones en el ámbito de la prescripción. No sorprende, por lo tanto, que desde la fecha de los hechos hasta la fecha en que el expediente es remitido desde Fiscalía al Juzgado de Menores para que el Juez dicte el auto de incoación haya transcurrido un período de tiempo superior al del plazo de prescripción señalado por la LORPM, lo que implica el archivo de las actuaciones.

Señalaba al comienzo que la respuesta penal frente a la comisión de delitos por parte de los menores infractores presenta unas peculiaridades específicas que incluso afectan al procedimiento penal en el que se dirime su responsabilidad penal. Dicho procedimiento, que se divide en varias fases³⁹, se inicia mediante denuncia o querrela presentada ante el Ministerio Fiscal⁴⁰, quien incoa las

³⁶ La atribución al Ministerio Fiscal de la doble función de perseguir el delito y de garantizar el interés del menor cuestiona, indudablemente, el ejercicio de defensa en condiciones de igualdad y de contradicción. Más extensamente, véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, 1999, pp. 34 ss. Incluso apoyando la tesis de que el Ministerio Fiscal adquiere la naturaleza de órgano administrativo y no de investigación, véase GRANADO PACHÓN, *RPM*, 2015, pp. 84 ss.

³⁷ Críticamente, GÓMEZ COLOMER, «Tuición procesal penal de menores y jóvenes», en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, pp. 177 ss., entendiendo que la admisión a trámite de una denuncia o querrela, dado que son actos iniciadores de un proceso penal, deberían quedar en manos del Juez de Menores. Igualmente pone de manifiesto la cuestionable posición del Juez de Menores en el procedimiento dado que, por un lado debe autorizar en fase de instrucción los actos restrictivos de derechos fundamentales que podrían contaminarle posteriormente pero, por otro lado, carece de control sobre las actuaciones del Ministerio Fiscal.

³⁸ SALOM ESCRIVÁ, «La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores», en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, p. 222. En el mismo sentido, DOLZ LAGO, «La instrucción penal de fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límites», en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, p. 303, al entender que también el Ministerio Fiscal puede proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador que se adecúen al interés del menor.

³⁹ La fase de investigación preliminar se inicia generalmente mediante denuncia y finaliza con el decreto de archivo o de incoación del expediente de reforma también por decreto. Se iniciaría en este último supuesto la fase de instrucción que finaliza cuando se remite al Juzgado de Menores el expediente de reforma (art. 30 LORPM). Se iniciaría entonces la fase intermedia con la interposición de los escritos de alegaciones y la fase de audiencia comenzaría con el auto de apertura de audiencia (art. 34 LORPM).

⁴⁰ El art. 16 LORPM no menciona la posibilidad de iniciación de oficio del expediente por el Ministerio Fiscal, pero también será posible el inicio a través de esta fórmula atendiendo al carácter supletorio de la LECrim, Así, DOLZ

correspondientes diligencias preliminares llevando a cabo las actuaciones mínimas para delimitar, en la medida de lo posible, tanto el hecho realizado como la identidad del sujeto infractor⁴¹.

Una vez realizadas estas actuaciones las opciones que se le plantean al Ministerio Fiscal son las siguientes: en primer lugar archivar las diligencias preliminares al considerar que los hechos no son constitutivos de delito, o que no ha existido autor conocido o prueba suficiente para incoar el expediente de reforma (art. 16 LORPM); en segundo lugar desistir de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar decretando el archivo de las actuaciones (art. 18 LORPM)⁴² o, finalmente, incoar el expediente de reforma a través del correspondiente decreto. Si opta por esta tercera vía, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores⁴³, quién iniciará las diligencias de trámite correspondientes incoando el expediente judicial mediante auto (art. 16.3 LORPM). Así, será el Juez de Menores quien ordenará al mismo tiempo la apertura de la pieza de responsabilidad civil, y trasladará las actuaciones al imputado, a la víctima y al ofendido, dándoles la posibilidad a estos últimos de intervenir como acusación particular. Finalmente, el Juez de Menores podrá autorizar la adopción de medidas cautelares o practicar las diligencias restrictivas de derechos que considere necesarias a petición del Ministerio Fiscal (art. 23 LORPM)⁴⁴. Mientras tanto, el Ministerio Fiscal podrá practicar las diligencias de investigación que considere oportunas.

Acabada la instrucción, el Ministerio Fiscal a través de decreto resolverá la conclusión del expediente (art. 30 LORPM). En este momento el Ministerio Fiscal podrá instar el sobreseimiento al concurrir alguno de los motivos previstos en la LECrim o al desistir de la continuación del expediente⁴⁵, pero también podrá instar la apertura de la fase de audiencia remitiendo al Juzgado de Menores el expediente de reforma con el correspondiente escrito de alegaciones. Será el Juez de Menores quien proceda a abrir el trámite de audiencia, dando traslado al resto de las partes de todo lo actuado para

LAGO, en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, p. 270.

⁴¹ Tal y como establece la Circular 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, la intervención del Fiscal en el procedimiento de menores comienza antes de dictar el decreto de incoación del Expediente, en una fase preliminar que tiene por objeto la valoración previa de los términos de la denuncia y la verificación, si es preciso, de actividades materiales de comprobación que estime necesarias para resolver sobre la incoación o no del expediente. Toda denuncia o atestado motivará la incoación de las correspondientes diligencias preliminares a las que se asignará numeración correlativa que tendrá por función la identificación de las actuaciones emprendidas por la Fiscalía con independencia de cuál sea su resultado ulterior archivo, desistimiento de incoación o incoación del oportuno expediente de reforma.

⁴² Como señala el art. 18 LORPM, cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o delitos leves, siempre y cuando el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza.

⁴³ Críticamente, GÓMEZ COLOMER, en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, p. 170, al entender que realmente debería ser el Juez de Menores el que incoase el procedimiento en aras de un mayor respeto a las garantías procesales del mismo.

⁴⁴ Tal y como se recoge en este precepto, el Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado.

⁴⁵ Al desistir de la continuación del expediente por conciliación o reparación entre el menor o la víctima (art. 19 LORPM) o al haberse expresado ya suficiente reproche o por considerar inadecuada la intervención dado el tiempo transcurrido (art. 27.4 LORPM).

que en el plazo de cinco días formulen escrito de alegaciones y propongan la prueba que consideren pertinentes (art. 31 LORPM). A la vista de lo solicitado, el Juez de Menores podrá acordar entre otras cuestiones el sobreseimiento de las actuaciones o la celebración de la audiencia (arts. 33 y 34 LORPM).

Con anterioridad a la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio en materia de prescripción⁴⁶, la Circular de la FGE (en adelante FGE) 1/2007, de 23 de noviembre consideraba que el decreto de incoación del expediente de reforma del Ministerio Fiscal interrumpía la prescripción, siempre y cuando se cumplieran los requisitos que la jurisprudencia exigía a los actos del Juez de Instrucción⁴⁷. Tal y como hemos visto en apartados anteriores, es cierto que la redacción dada al art. 132.2 CP tras la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio clarificó en gran medida los requisitos relativos a la interrupción de la prescripción. Sin embargo, la exigencia de que exista una *resolución judicial*, que sea *motivada* y, en tercer lugar, que *atribuya la presunta participación* en un hecho constitutivo de infracción penal ha generado ciertos problemas interpretativos en el ámbito de la jurisdicción de menores⁴⁸. Resulta clave, por lo tanto, delimitar qué resolución adoptada en el procedimiento penal de menores cumpliría con las exigencias establecidas en el art. 132.2.1º CP⁴⁹. Al análisis de esta cuestión se dedican las líneas siguientes.

4.2. Las propuestas de solución a partir de la nueva regulación de la interrupción de la prescripción en el CP de adultos

a) El decreto de incoación del expediente y el auto de incoación del expediente: ¿actos procesales susceptibles de interrumpir la prescripción?

En la Circular 9/2011, la FGE planteó algunas pautas para interpretar cuándo se entendía interrumpida la prescripción en la legislación penal de menores⁵⁰. Una vez rechazada la posibilidad de que las diligencias preliminares de investigación de la Fiscalía de menores, previas a la incoación de expediente de reforma, pudieran interrumpir los plazos de prescripción⁵¹, la FGE consideró que el

⁴⁶ Recordemos en este sentido cómo el antiguo art. 132 CP establecía que “la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”.

⁴⁷ Como señalaba la Memoria de la FGE de 2013, pp. 750 ss., atendiendo al hecho de que el art.16 LORPM encomienda al Fiscal la instrucción y al carácter supletorio del art. 132.2 CP en la jurisdicción de menores. De esta forma era coincidente con la jurisprudencia del TC que consideraba que el Fiscal, en el proceso de menores, tiene atribuidas facultades instructoras en términos análogos a las de Juez de Instrucción en los procesos de adultos. Así STC, 01.12.2003 (Ar. 206; MP: Francisco Javier Delgado Barrio) y STC, 17.03.1995 (Ar. 60; MP: Vicente Gimeno Sendra); DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, «Comentario al artículo 16», en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2007, p. 231.

⁴⁸ Así, véase Dictamen 1/2015, sobre criterios de adaptación de la LORPM a la Reforma del Código Penal por LO 1/2015, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores de la FGE; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, p. 473.

⁴⁹ GOYENA HUERTA, «La prescripción en el procedimiento de menores», *RAD*, (8), 2014, pp. 5 ss.

⁵⁰ Así, véase la Circular 9/2011 de la FGE sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores.

⁵¹ Atendiendo principalmente a su naturaleza preprocesal. A favor de rechazar el efecto interruptivo de las diligencias preliminares DE LA ROSA CORTINA, *EJ*, 2012, p. 15.

decreto de incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal constituía el primer acto interruptivo de la prescripción. Sin embargo, *ad cautelam*, para cubrir las posibles exigencias derivadas de una interpretación literal del art. 132.2.1.^a CP,⁵² se consideró que el auto dictado por el Juez de Menores acordando la apertura del expediente judicial también podía interrumpir la prescripción de la infracción (art. 16.3 LORPM)⁵³.

-Lo primero que se debe resaltar es que, al margen del criterio indicado por la Circular 9/2011 de la FGE, el modo de proceder en los Juzgados de Menores y las Audiencias Provinciales ha sido muy diverso⁵⁴. Por un lado, cabe reseñar aquellos pronunciamientos que consideran que la entrada en vigor del art. 132.2.1^o CP no supuso ningún cambio respecto de la situación anterior, estimando que el decreto del Fiscal iniciando el expediente era el primer acto relevante para interrumpir la prescripción⁵⁵. Así se argumenta que con el decreto del Fiscal incoando el expediente de reforma se inicia el proceso, abierto al control jurisdiccional y a la personación e intervención de las partes. Efectivamente, como consecuencia de ese decreto se producen importantes actuaciones procesales, como la comunicación de la incoación al Juzgado de Menores (art. 16.3 LORPM), la notificación del expediente al menor imputado (art. 22.2 LORPM), con los derechos expresados en el art. 22.1, de asistencia letrada, así como del equipo técnico y sus representantes legales y la notificación a quien aparezca como perjudicado (art. 22.3 LORPM). Dentro del ámbito doctrinal, un sector importante también se ha mostrado favorable a considerar el decreto de incoación del expediente de reforma como primer acto procesal con capacidad de interrumpir la prescripción⁵⁶.

-Sin embargo, atendiendo a la propia literalidad del art. 132.1.1^o CP, otros pronunciamientos rechazan que el decreto del Ministerio Fiscal posea dicha eficacia interruptiva al no ser propiamente una resolución judicial⁵⁷. Sostener lo contrario supondría, en opinión de este sector, vulnerar la prohibición de analogía in malam partem derivada del principio de legalidad penal⁵⁸. En este

⁵² Concretamente por lo que se refiere a la exigencia de una resolución judicial motivada.

⁵³ Art. 16.3 LORPM: «Una vez efectuadas las actuaciones indicadas en el artículo anterior, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes».

⁵⁴ Véase ampliamente Memoria de la FGE de 2013, pp. 750 ss.; MONTERO HERNANZ, «La prescripción en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *LL*, (7785), 2012, p. 13; GOYENA HUERTA, *RAD*, 2014, p. 3.

⁵⁵ SAP Sevilla, 3^a, 26.01.2010 (Ar. 136405; MP: Ángel Márquez Romero); SAP Las Palmas, 1^a, 21.12.2012 (Ar. 156386; MP: Miquel Àngel Parramon i Bregolat); SAP Barcelona, 3^a, 23.07.2013 (Ar. 334675; MP: José Grau Gassó); SAP Las Palmas, 1^a, 28.11.2014 (Ar. 43915; MP: Miquel Àngel Parramon i Bregolat); SAP Barcelona, 3^a, 15.01.2018 (Ar. 103840; MP: Myriam Linage Gómez).

⁵⁶ Véase COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal del Menores*, 2011, p. 215; MACÍAS ESPEJO, *REJ*, 2011, p. 7; DE LA ROSA CORTINA, *EJ*, 2012, pp. 17 ss.; MONTERO HERNANZ, *LL*, 2012, p. 14, siempre y cuando se produzca una reforma del art. 15.2 LORPM; GOYENA HUERTA, *RAD*, 2014, pp. 5 ss.

⁵⁷ Véase entre otras SAP Madrid, 4^a, 16.01.2012 (Ar. 56024; MP: Mario Pestana Pérez); SAP Palencia, 1^a, 5.12.2012 (Ar. 40883; MP: Ignacio Rafols Pérez); SAP Alicante, 3^a, 16.07.2013 (Ar. 278981; MP: Francisco Javier Guirau Zapata); SAP Guadalajara, 1^a, 20.12.2013 (Ar. 39678; MP: M^a del Carmen Martínez Sánchez); SAP Huelva, 3^a, 18.12.2013 (Ar. 112237; MP: Luis García-Valdecasas y García-Valdecasas). En la doctrina, véase GILI PASCUAL, *EPCrim*, 2015, p. 356; GRANADO PACHÓN, *RPM*, 2015, p. 84; GÓMEZ MARTÍN, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, pp. 153 ss.

⁵⁸ SAP Guipúzcoa, 1^a, 27.09.2017 (Ar. 1451; MP: Augusto Maeso Ventureira). No cabe alegar en este sentido lo establecido en la STC, 01.12.2003 (Ar. 206; MP Francisco Javier Delgado Barrio) equiparando, a efectos enervación de la presunción de inocencia, la declaración del menor ante el Ministerio Fiscal con la prestada por un adulto ante el

sentido, se señala que sólo las resoluciones dictadas por un Juez de Menores podrían interrumpir la prescripción de la infracción. Estas serían, en primer lugar, aquellos autos que puede dictar incluso en fase de instrucción, porque así lo establece la LORPM, resolviendo únicamente sobre diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales y adopción de medidas cautelares (art. 23.3 y 28 LORPM) y, en segundo lugar, como señala la jurisprudencia mayoritaria, los autos de incoación del expediente judicial dictados por el Juez de Menores al amparo del art. 16.3 LORPM⁵⁹. Sin embargo, como veremos a continuación, esta última posibilidad también ha sido rechazada por un sector jurisprudencial importante.

b) El auto de incoación del expediente judicial como acto procesal interruptivo de la prescripción (art. 16.3 LORPM): ¿atribución motivada de la participación del menor en el hecho delictivo?

Al margen de que exista un sector amplio de la jurisprudencia que apoya esta posibilidad, lo cierto es que también se ha cuestionado la eficacia interruptiva del auto de incoación del expediente de reforma dictado por el Juez de Menores (art. 16.3 LORPM). Sin poner en duda que dicho auto cumpliría con el requisito de la exigencia de resolución judicial al haber sido adoptado por el Juez de Menores, sí que se discute si dicha actuación colmaría las exigencias de necesaria motivación y de atribución de participación en el hecho delictivo, tal y como exige el art. 132.2.1º CP⁶⁰.

-La necesidad de motivación. Una de las cuestiones objeto de discusión ha sido la relativa a si el auto de incoación del expediente de reforma cumpliría con el requisito de suficiente motivación. Se ha considerado que, salvo casos excepcionales, este auto carece de motivación dado que en él el Juez de Menores se limita a constatar la notificación realizada por la Fiscalía de Menores que pone en conocimiento tanto la existencia del hecho como la identidad del autor. Incluso se ha objetado que el Juez de Menores en este ámbito operaría como un autómatas, dado que si el Ministerio Fiscal le da parte, el Juez de Menores abre el expediente sin posibilidad de llevar a cabo ningún control⁶¹.

Por el contrario, a su favor se alega que, comparativamente con lo que sucede en el proceso penal de adultos, los autos judiciales a través de los que se incoan las diligencias previas en el procedimiento

Juez de Instrucción. En este sentido, la STC, 14.02.2005 (Ar. 30; MP: Elisa Pérez Vera) volvió a analizar esta cuestión reconociendo que la declaración del menor se realizó no ante un órgano judicial imparcial, sino ante el Ministerio Fiscal sin posibilidad de contradicción. Rechazando la existencia de una interpretación analógica contra reo dado que existe una identidad de razón, véase DE LA ROSA CORTINA, *EJ*, 2012, p. 18, ya que en el proceso de menores es el Ministerio Fiscal quien tiene competencia para decidir sobre la admisión de la denuncia y quien incoa la causa.

⁵⁹ Así SAP Madrid, 4ª, 16.01.2012 (Ar. 56024; MP: Mario Pestana Pérez); SAP Palencia, 1ª, 5.12.2012 (Ar. 40883; MP: Ignacio Rafols Pérez); SAP Alicante, 3ª, 16.07.2013 (Ar. 278981; MP: Francisco Javier Guirau Zapata); SAP Guadalajara, 1ª, 20.12.2013 (Ar. 39678; MP: María del Carmen Martínez Sánchez); SAP Huelva, 3ª, 18.12.2013 (Ar. 112237; MP: Luis García-Valdecasas y García Valdecasas).

⁶⁰ Cuestionando este hecho, SAP Barcelona, 3ª, 06.10.2011 (Ar. 396803; MP: José Grau Gassó); SAP Barcelona, 3ª, 25.10.2011 (Ar. 396835; MP: María del Pilar Pérez de Rueda); SAP Barcelona, 3ª, 11.05.2012 (Ar. 234642; MP: José Grau Gassó); SAP Guipúzcoa, 1ª, 27.09.2017 (Ar. 1451; MP: Augusto Maeso Ventureira); SAP Barcelona, 3ª, 25.10.2017 (Ar. 6383; MP: Myriam Linage Gómez).

⁶¹ Así, véase GÓMEZ COLOMER, en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, p. 178.

abreviado también presentan cierto automatismo y una motivación un tanto estereotipada, dada la imposibilidad de motivar muy genéricamente, pero que son aptos para interrumpir la prescripción⁶². En este sentido, se ha sostenido que la resolución del Juez de Menores no es una actuación de mero trámite. El Juez de Menores, a la vista del contenido de la información remitida por el Ministerio Fiscal al darle cuenta de la incoación del expediente, puede denegar la iniciación de las diligencias correspondientes y la apertura de la pieza de responsabilidad civil cuando los hechos investigados no revistan manifiestamente caracteres de infracción penal o, por ejemplo, cuando el menor investigado por la Fiscalía no sea mayor de catorce años, o incluso cuando los hechos estuvieran manifiestamente prescritos⁶³.

-La atribución de participación del menor en el hecho delictivo. Muy ligado al anterior, también se añade como argumento para negar la eficacia interruptiva de este auto la incompetencia del propio Juez de Menores para decidir quién es la persona o personas contra las que se va a incoar el expediente de reforma. Más bien esa atribución inicial corresponde a la Fiscalía de Menores sin que el Juez de Menores ejerza ningún control sobre la causa ni sobre la apertura del expediente acordada por el Ministerio Fiscal⁶⁴.

Sin embargo, con referencia a la inexistencia de control del Juez de Menores sobre lo instruido por el Ministerio Fiscal, se ha señalado que realmente esta se produce, dado que lo habitual es que la comunicación que realiza la Fiscalía venga acompañada de las actuaciones más relevantes del expediente de reforma, lo que posibilita que el Juez de Menores pueda realizar un control, aunque sea mínimo, sobre la previa imputación del Fiscal⁶⁵. Además, aludiendo a la argumentación utilizada por el TC⁶⁶, se añade que lo fundamental es la existencia de un acto de interposición judicial que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito. Esta premisa sirve a sus defensores para argumentar que el auto dictado por el Juez de Menores al amparo del art. 16.3 LORPM cumple con dicha exigencia⁶⁷.

⁶² GOYENA HUERTA, *RAD*, 2014, pp. 6 ss.

⁶³ SAP Madrid, 4ª, 16.01.2012 (Ar. 56024; MP: Mario Pestana Pérez); SAP Burgos, 1ª, 29.10.2015 (Ar. 269065; MP: María Dolores Fresco Rodríguez); SAP Madrid, 4ª, 16.03.2016 (Ar. 101726; MP: José Joaquín Hervás Ortiz); AAP La Rioja, 1ª, 06.04.2017 (Ar. 136899; MP: Alfonso Santisteban Ruiz); AAP Madrid, 4ª, 07.06.2017 (Ar. 185324; MP: José Joaquín Hervás Ortiz); SAP Madrid, 4ª, 16.05.2018 (Ar. 214660; MP: José Joaquín Hervás Ortiz).

⁶⁴ SAP Barcelona, 3ª, 05.07.2011 (Ar. 309764; MP: Ángel Márquez Romero); GILI PASCUAL, *EPCrim*, 2015, p. 356.; GÓMEZ MARTÍN, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, p. 152.

⁶⁵ Especialmente GOYENA HUERTA, *RAD*, 2014, pp. 6 ss.

⁶⁶ STC, 20.02.2008 (Ar. 29; MP: Pascual Sala Sánchez) en donde se establece que "si el fundamento de la prescripción es la imposibilidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado como consecuencia de la renuncia al mismo, es evidente que sólo puede interrumpirse en el ámbito penal cuando se realicen actuaciones (naturalmente, por quien tenga la competencia para ejercer el *ius puniendi* en dicho campo, quien en el actual estado de nuestra legislación únicamente puede ser el Juez) de las que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del ilícito"; STC, 04.10.2010 (Ar. 59; MP Eugeni Gay Montalvo); GOYENA HUERTA, *RAD*, 2014, pp. 6 ss.

⁶⁷ SAP Madrid, 4ª, 16.01.2012 (Ar. 56024; MP: Mario Pastana Pérez); SAP Burgos, 1ª, 29.10.2015 (Ar. 269065; MP: María Dolores Fresco Rodríguez); SAP Madrid, 4ª, 16.03.2016 (Ar. 101726; MP: José Joaquín Hervás Ortiz); AAP La Rioja, 1ª, 06.04.2017 (Ar. 136899; MP: Alfonso Santisteban Ruiz); AAP Madrid, 4ª, 07.06.2017 (Ar. 185324; MP: José Joaquín Hervás Ortiz); SAP Madrid, 4ª, 16.05.2018 (Ar. 214660; MP: José Joaquín Hervás Ortiz).

c) Otras posibilidades de interrupción de la prescripción: el auto dictado por el Juez de Menores en fase de audiencia (art. 34 LORPM).

La existencia de disensiones referidas a la posibilidad de admitir la eficacia interruptiva del auto de incoación del expediente de reforma ha posibilitado la aparición en escena de una tercera opción que pretende cumplir con las exigencias del art. 132.2.1º CP.

Los defensores de esta tesis consideran que el Juez de Menores, cuando dicta la resolución prevista en el art. 31 LORPM una vez que recibe el expediente instruido por el Ministerio Fiscal con el escrito de alegaciones, se limita a abrir trámite de audiencia y a dar traslado al resto de las partes para que formulen los escritos de alegaciones en el plazo de cinco días hábiles⁶⁸. Una vez recibidos los escritos es cuando el Juez realiza una actividad valorativa y necesariamente motivada. Es en este momento cuando el Juez de Menores puede adoptar la decisión de continuar con el procedimiento, el sobreseimiento, el archivo o la remisión de las diligencias al Juez competente, valorando los indicios de la participación del menor en el hecho punible. Se trataría, por lo tanto, de una resolución judicial motivada, sin perjuicio de otras que podría haber dictado el Juez en caso de que hubiera acordado medidas cautelaras o diligencias que afecten a derechos fundamentales⁶⁹. De ahí que se sostenga, aunque existen opiniones contrarias⁷⁰, que la primera resolución judicial con capacidad para interrumpir la prescripción es la dictada por el Juez de Menores al amparo de los arts. 33 y 34 LORPM, ya en fase de audiencia⁷¹.

d) La eficacia del decreto de incoación del expediente del Ministerio Fiscal para suspender (que no interrumpir) el plazo de la prescripción.

Cuestión diferente es determinar, tal y como lo hace alguna Audiencia Provincial, si el decreto de incoación del expediente que el Ministerio Fiscal remite al Juzgado de Menores puede suspender (que no interrumpir) el plazo de la prescripción según lo establecido en el art. 132.2.2º CP⁷². Cabe recordar que este precepto establece que la presentación de querrela o denuncia ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses. Si dentro de dicho plazo se dicta resolución judicial motivada que atribuye a una persona su presunta participación en un hecho constitutivo de delito, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida a la fecha de presentación de la denuncia o querrela. Pues

⁶⁸ Negando la eficacia de esta resolución para interrumpir la prescripción, véase SAP Girona, 1ª, 06.07.2011 (Ar. 319316; MP: Ildefonso Carol Grau); SAP Guipúzcoa, 1ª, 27.09.2017 (Ar. 1451; MP: Augusto Maeso Ventureira).

⁶⁹ Favorable a la eficacia que tienen para interrumpir la prescripción las resoluciones del Juez de Menores acordando algunas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales o medidas cautelaras, aunque en la práctica los casos son excepcionales, véase GOYENA HUERTA, *RAD*, 2014, pp. 5 ss.

⁷⁰ DE LA ROSA CORTINA, *EJ*, 2012, pp. 19 ss., n. 30, ya que el contenido propio de estas resoluciones excede a las exigencias del art. 132.2 CP, dado que se limitan al reconocimiento judicial de la dirección del procedimiento y no incluyen ninguna valoración judicial acerca de la procedencia o no de la apertura del enjuiciamiento.

⁷¹ Así, véase SAP Barcelona, 3ª, 03.07.2017 (Ar. 261631; MP: Fernando Valle Esqués) y SAP Guipúzcoa, 1ª, 27.09.2017 (Ar. 1451; MP: Augusto Maeso Ventureira).

⁷² SAP Guipúzcoa, 1ª, 27.09.2017 (Ar. 1451; MP: Augusto Maeso Ventureira).

bien, se ha sostenido que el parte de incoación del expediente que se remite al Juzgado de Menores constituye una puesta en conocimiento del órgano judicial de que se ha cometido un hecho que puede revestir caracteres de delito. De este modo se produce el efecto recogido en el art. 132.2.1ª CP para el caso de presentación de una denuncia ante un órgano judicial. La denuncia es una puesta en conocimiento de un órgano oficial (Policía, Ministerio Fiscal o Juzgado) de la comisión de un hecho que puede implicar la existencia de un delito. Eso significará que desde el momento en que se recibe en el Juzgado de Menores la comunicación de la Fiscalía se suspende el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, siempre y cuando se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho delictivo⁷³. Por ello, desde la fecha de recepción en el Juzgado de Menores del decreto de incoación la prescripción quedaría en suspenso durante seis meses y en el momento en el que el Juez dictara el auto de apertura de la fase de audiencia la interrupción de la prescripción se entendería retrotraída a la fecha del decreto de incoación por parte del Ministerio Fiscal⁷⁴.

Como se puede observar el debate continúa abierto sin que, a juicio de la FGE⁷⁵ y del CGPJ⁷⁶, el legislador penal haya aprovechado la reforma del CP de 2015 para dirimir esta problemática y colmar con ello las expectativas de seguridad jurídica exigibles en el ámbito penal⁷⁷. Tampoco es de extrañar, por lo tanto, que a tenor de las divergencias evidenciadas tanto en el ámbito judicial como en el sector doctrinal se haya propugnado una reforma urgente del art. 15 LORPM que ayude a clarificar esta cuestión⁷⁸.

5. Opinión personal

5.1 La eficacia interruptiva y suspensiva de los actos procesales en la LORPM

⁷³ En este sentido, tal y como se recoge en la Instrucción de la FGE 1/1339 y en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, resulta importante insistir en la necesidad de que recoger con claridad los datos relativos a los menores infractores imputados, la descripción sucinta de los hechos, así como la calificación jurídica provisional que puedan merecer.

⁷⁴ Así, véase SAP Guipúzcoa, 1ª, 27.09.2017 (Ar. 1451; MP: Augusto Maeso Ventureira). Planteando igualmente esta tesis, véase DE LA ROSA CORTINA, *EJ*, 2012, pp. 19 ss., n. 30, aunque considera que el acto judicial que interrumpiría la prescripción sería el auto de incoación del expediente por el Juzgado de Menores (art. 16.3 LORPM).

⁷⁵ Así, Dictamen 1/2015, sobre criterios de adaptación de la LORPM a la Reforma del Código Penal por LO 1/2015, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores de la FGE. Igualmente, en la Memoria de la FGE de 2017, p. 603, se sigue objetando por las Fiscalías la disparidad de criterios jurisprudenciales y la inseguridad jurídica que genera toda la problemática de la prescripción en la jurisdicción penal de menores.

⁷⁶ Así, véase el informe consultivo del CGPJ sobre el anteproyecto de la LO 1/2015, de Reforma del Código Penal, donde advertía de la necesidad de abordar este problema "si no se quiere correr el riesgo de que los delitos cometidos prescriban por las peculiaridades del procedimiento de menores". Igualmente, véase SAP Guipúzcoa, 1ª, 27.09.2017 (Ar. 1451; MP: Augusto Maeso Ventureira).

⁷⁷ Así, véase GRANADO PACHÓN, *RPM*, 2015, p. 82.

⁷⁸ Así lo establece Memoria de la FGE de 2013, p. 753, para fijar expresamente que el decreto del Fiscal incoando el expediente tenga la misma virtualidad interruptiva de la prescripción que el auto motivado por el Juez de Instrucción en el proceso de adultos. En el mismo sentido MONTERO HERNANZ, *LL*, 2012, p. 14; GRANADO PACHÓN, *RPM*, 2015, p. 84, aunque no especifica cómo debería llevarse a cabo dicha regulación; GÓMEZ MARTÍN, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2016, p. 155; SAP Barcelona, 3ª, 11.05.2012 (Ar. 234642; MP: José Grau Gassó); AAP Barcelona, 3ª, 30.10.2017 (Ar. 41285; MP: Myriam Linage Gómez).

A través de este estudio he intentado trasladar cómo la interrupción del cómputo de la prescripción del delito en la jurisdicción de menores constituye uno de los ámbitos sobre los que, a día de hoy, todavía no se ha alcanzado un consenso jurisprudencial y doctrinal que cierre este espacio de indefinición gravemente lesivo para los derechos de los menores. Creo que es necesario su abordaje desde la perspectiva legal vigente y también indispensable el planteamiento de posibles soluciones lege ferenda. Por ello me parece adecuado formular una respuesta atendiendo al fundamento principal de la prescripción, muy vinculado en mi opinión con la desaparición de la necesidad de penar y, particularmente, con la orientación preventivo especial positiva-educativa que debe guiar la respuesta penal en un ámbito tan sensible como es el del Derecho penal de menores. Sin embargo, considero que la pretendida finalidad de consecución del interés superior del menor nunca puede justificar una restricción de las garantías y derechos que le corresponden por el hecho de ser menor ni tampoco avalar propuestas de solución que, aplicadas al Derecho penal de adultos, resultarían absolutamente injustificadas desde los principios limitadores del ius puniendi. Y en mi opinión, alguna de las tesis planteadas incurre en ello.

Al igual que ocurre en el sistema de adultos, en la LORPM no se hace referencia a cuáles podrían ser los actos procesales con capacidad para interrumpir el plazo de la prescripción. Su mención expresa contribuiría, sin duda alguna, a despejar las dudas que genera esta delimitación. De ahí que resulte necesario llevar a cabo una labor interpretativa consistente en determinar qué actos procesales cumplirían con las exigencias previstas en el art. 132.2.1º CP.

Con la regulación vigente, atendiendo al carácter supletorio del CP en la jurisdicción de menores y a la redacción vigente del art. 132.2.1º CP, sólo una resolución judicial motivada mediante la cual se atribuya a un menor su presunta participación en un hecho puede tener el efecto de interrumpir la prescripción de la infracción penal. En mi opinión, eso significa que el decreto de incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal no cumple con las exigencias previstas en el mencionado precepto, atendiendo principalmente al hecho de que no se trata de una resolución judicial. Sostener lo contrario supondría vulnerar la prohibición de analogía in malam partem derivada del principio de legalidad penal. Ya la propia Circular parece reconocer la debilidad de esta propuesta cuando propone una interpretación subsidiaria.

Sí que genera mayor incertidumbre delimitar la eficacia del auto dictado por el Juez de Menores (art. 16.3 LORPM) a efectos de interrupción. Si bien no se cuestiona que dicho auto sea una resolución judicial, sí que plantea más duda el hecho de clarificar si la resolución judicial cumple con los requisitos de necesaria motivación y de atribución de la presunta participación del menor en un hecho delictivo. Primeramente, cabe señalar que estas resoluciones se limitan a dar cuenta del acto de comunicación del expediente por parte del Ministerio Fiscal, reconociendo igualmente la competencia del Juzgado de Menores conforme a las normas concretas de reparto. Generalmente en la parte dispositiva del auto se refleja el acuerdo de incoación del expediente de reforma y el acuerdo de anotación en el libro de registro del Juzgado de Menores, quedando a la espera de la finalización de la instrucción por parte del Ministerio Fiscal. En la práctica son resoluciones que se limitan a dar

cuenta de la incoación del expediente por parte de la Fiscalía, sin que el Juez de Menores realice ninguna actuación, ni mucho menos la de dirigir el procedimiento. En este auto el Juez no realiza ninguna valoración sobre si el hecho reviste caracteres de delito ni sobre la existencia de indicios de que el menor haya sido el autor de los mismos. Lo habitual será que el Juez quede a la espera de que el Ministerio Fiscal finalice la instrucción bien instando el sobreseimiento, desista de la continuación del expediente o inste la apertura de la fase de audiencia, remitiendo al propio Juzgado de Menores el expediente con el escrito de alegaciones. No considero que de la firma de este auto pueda deducirse la voluntad del Juez de Menores de no renunciar a la persecución y castigo del delito. Sencillamente porque la LORPM en este momento procesal sustrae al Juez de Menores toda capacidad de decisión de continuar o declinar la continuación del procedimiento, atribuyéndosela exclusivamente el Ministerio Fiscal. Si el Ministerio Fiscal le da parte de la incoación, el Juez de Menores abre el expediente y lo registra a la espera de finalización de la instrucción, sin posibilidad de ejercer algún control. Por el contrario, si el Ministerio Fiscal decide no incoar el proceso o archivarlo su decisión sólo se notifica al denunciante sin que el Juez de Menores pueda llevar a cabo un control de la legalidad de dicha decisión (art. 16.2 LORPM). Esa ausencia de control por parte del Juez de Menores de lo acordado por el Ministerio Fiscal impide constatar una auténtica voluntad de continuar o no con el procedimiento y por lo tanto atribuir autónoma, libre y motivadamente la presunta participación del menor en el hecho delictivo.

Este automatismo no es comparable, en mi opinión, con el que se atribuye a la actuación del Juez instructor en la incoación de las diligencias preliminares que interrumpe la prescripción de la infracción penal. No debe olvidarse que en el proceso penal de adultos es el Juez el único órgano con capacidad para iniciar el procedimiento, bien sea de oficio, tras la recepción de un atestado policial o una vez interpuesta la denuncia o querrela. Siempre que al Juez le llegue la noticia de la comisión de hechos presuntamente delictivos deberá proceder a la averiguación completa y exhaustiva del hecho y practicar todas las diligencias de investigación encaminadas a tal fin. En la práctica, lo habitual será que el Juez tras una valoración del contenido de la denuncia constatare que los hechos indiciariamente pueden ser constitutivos de delito y disponga la iniciación del procedimiento. La protocolización de la actuación del Juez Instructor puede dar lugar a ciertos automatismos, pero es importante resaltar que la decisión responde a una auténtica voluntad individual de impulsar el procedimiento, lo que no ocurre en el proceso penal de menores tal y como hemos visto.

El hecho de que la LORPM atribuya al Ministerio Fiscal la actividad instructora en el procedimiento no significa que el Juez de Menores carezca de la capacidad de ejercer algún tipo de control sobre el procedimiento. Efectivamente, existen autos que el Juez de Menores puede dictar resolviendo sobre diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales y la adopción de medidas cautelares (arts. 23.3 y 28 LORPM), de las que se deduce la atribución al menor de su presunta participación en el hecho y la voluntad por parte del Juez de continuar con el procedimiento y que permitirían interrumpir la prescripción de la infracción.

Al margen de esta posibilidad, considero que es ya en fase de audiencia cuando la LORPM atribuye realmente al Juez de Menores la posibilidad de adoptar una resolución judicial motivada, lo que valorativamente refleja de manera autónoma su voluntad de impulsar el procedimiento. El Juez procede de oficio a examinar el material instructorio recibido y acuerda, entre otras cosas, la celebración del juicio oral, el sobreseimiento o archivo del expediente o acordar la práctica de diligencias de prueba propuesta por el letrado del menor y que hubiesen sido denegadas por el Ministerio Fiscal en fase de instrucción (art. 33 y 34 LORPM). Esta acto procesal constituiría, a mi juicio (y con la salvedad realizada con relación a lo previsto en los arts. 23.3 y 28 LORPM), la primera actuación judicial con capacidad para interrumpir la prescripción de la infracción. Teniendo en cuenta que nos encontramos ya en fase de audiencia y que los plazos para la prescripción establecidos por la LORPM son relativamente breves esto podrá implicar que las infracciones penales presuntamente cometidas por menores se encuentren ya prescritas, sobre todo tratándose de delitos leves. Sin embargo, no creo que esta apreciación deba generar mayor dramatismo (sí, insisto, la falta de definición jurisprudencial y doctrinal de los criterios de interpretación). Si bien es cierto que el plazo establecido para la prescripción del delito leve es de tres meses, se debe tener presente que no son muchas las infracciones calificadas como tal susceptibles de llegar a la fase de audiencia. El principio de oportunidad adquiere una importancia absolutamente primordial en la legislación penal del menor lo que significa que en muchas ocasiones el interés del menor aconseje ya en fase de instrucción el archivo de las actuaciones o el desistimiento de la continuación del expediente por las razones anteriormente señaladas. Es decir, dadas las posibilidades de *diversion*, no serán muchas las infracciones cuyo procedimiento llegue hasta la fase de audiencia, pudiéndose en este sentido, si se actúa con cierta celeridad, no agotar los plazos establecidos para la prescripción. En este sentido, el perfil especial del infractor y la función preventivo especial educativa perseguida en el ámbito de los menores exigen que la respuesta penal sea rápida. No se debe olvidar que en todo caso se trata de delitos leves, esto es, infracciones que no son especialmente importantes desde el punto de vista de la gravedad, por mucho que el interés del menor aconseje la imposición de una medida que por el transcurso del tiempo ya no se podrá aplicar⁷⁹. Si, además, como analizaré a continuación, se admite la posibilidad de suspender el plazo de la prescripción, es posible que la tramitación del procedimiento no conduzca al archivo de las actuaciones, lo que puede resultar especialmente interesante en los casos de comisión de los antiguos delitos menos graves que por aplicación del art. 13.4 CP se transforman en delitos leves.

Efectivamente queda por resolver una última cuestión de sumo interés, que no es otra que la relativa a la eficacia de la presentación de la denuncia o querrela en el procedimiento penal de menores no ya con virtualidad interruptiva, sino con efectos suspensivos en la prescripción. Recordemos en este sentido cómo el art. 132.2.2.^a CP establece que el cómputo de prescripción quedará suspendido por un plazo máximo de seis meses desde la presentación de querrela o denuncia formulada ante un órgano judicial. Teniendo en cuenta la aplicación supletoria del CP a todas aquellas situaciones no

⁷⁹ Cabe recordar que el plazo de prescripción se amplía a un año cuando se trate de un delito menos grave, por lo que se dispondrá de un plazo mayor de tiempo para realizar todas las actuaciones procesales necesarias.

reguladas expresamente por la LORPM cabría preguntarse si la denuncia presentada ante el Ministerio Fiscal tiene capacidad de suspender la prescripción. En mi opinión la respuesta debe ser negativa ya que la Fiscalía no es un órgano judicial, tal y como exige el precepto del CP. Entender lo contrario supondría un ejemplo claro de analogía en contra de reo. Sin embargo, creo que el decreto de incoación del expediente de reforma dictado por el Ministerio Fiscal sí que puede tener efectos suspensivos. A través de este decreto se pone en conocimiento del Juez de Menores la existencia de la denuncia realizada ante la Fiscalía, se acuerda la apertura del expediente correspondiente y se ordena igualmente comunicar la resolución al Juzgado de Menores, a fin de que inicie las diligencias de trámite correspondientes. Es factible interpretar que es a partir de este momento cuando el órgano judicial tiene constancia de la existencia de una denuncia interpuesta ante la Fiscalía. A partir de esta fecha, según lo establecido en el CP se suspenderá el cómputo de la prescripción durante un plazo de seis meses. Si dentro de este plazo el Juez de Menores dicta un auto resolviendo sobre diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales y la adopción de medidas cautelares (arts. 23.3 y 28 LORPM) entonces la interrupción de la prescripción se retrotrae a la fecha del decreto de incoación del expediente de reforma. Igualmente se interrumpiría la prescripción a la misma fecha si el Juez de Menores procede a examinar el material generado en la fase de instrucción y dicta motivadamente, según lo establecido en los arts. 33 y 34 LORPM, una resolución atribuyendo al menor su presunta participación en los hechos, reflejando de esta manera su voluntad de impulsar el procedimiento. Si, por el contrario, el Juez de Menores acuerda no seguir con el procedimiento, el cómputo de la prescripción continuará corriendo, lo mismo que si el Juez de Menores no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en los arts. 33 y 34 LORPM.

5.2 La necesaria reforma de la LORPM en materia de prescripción: Una propuesta *lege ferenda*

Antes de formular una propuesta *lege ferenda* me parece clave señalar que todos los problemas que se han originado en torno a la institución de la prescripción en la legislación penal de menores tienen su origen en la ausencia de su regulación expresa en la LORPM, con la consiguiente aplicación supletoria de las disposiciones del CP. Pretender aplicar criterios jurídicos creados específicamente para operar en un marco procedimental determinado, como es el derecho procesal de adultos, a otro estructuralmente distinto como es el de menores no puede sino generar las disfunciones que hemos puesto de manifiesto.

Sin embargo me gustaría matizar esta consideración, dado que la solución a los evidentes problemas que plantea el carácter supletorio del Derecho penal de adultos no discurre, ni mucho menos, por la eliminación del carácter accesorio del CP en la LORPM. En mi opinión, la propia configuración del sistema de respuesta penal frente a la comisión del delito planteado por la LORPM aconseja el mantenimiento en algunos casos de la aplicación supletoria de algunas normas previstas en el CP. Se me antoja harto difícil, por ejemplo, la inclusión en la LORPM de un catálogo específico de delitos susceptibles de ser cometidos por menores, eliminando los injustos bagatela que en principio no se corresponderían propiamente con el perfil de delitos habitualmente cometidos por los menores

infractores, como se ha propuesto por un sector de la doctrina. Creo que hay que hay que asumir cierta cautela ante la opción de crear un catálogo específico de delitos, excluyendo del mismo las conductas más leves remitiendo su tratamiento a mecanismos menos lesivos que los ofrecidos por el Derecho penal. No sólo por la dificultad que esto entraña, sino fundamentalmente porque el análisis de la situación real no nos permite ser muy halagüeños respecto del destino que se les vaya a dar a esos injustos bagatela (probablemente el ordenamiento administrativo-sancionador), con una reducción de las especiales garantías (aunque cada vez sean menores), que nos ofrece el proceso penal frente a cualquier otro.

Al margen de este apunte sí que considero que la accesoriedad debe ser reducida al mínimo, ya que cuanto menor conexión exista entre ambas legislaciones menores serán las posibilidades de contaminación entre modelos de respuesta al delito tan diferentes. Así, resulta absolutamente indispensable, por ejemplo, eliminar automatismos perniciosos que vinculen la aplicación de la LORPM con lo establecido en el CP de adultos, como es el caso de las infracciones de máxima gravedad recogidas en el art. 10.2 LORPM. Igualmente perentoria es la reforma de la LORPM en materia de prescripción. En primer lugar, eliminando cualquier vinculación con el Derecho penal de adultos, lo que implicará establecer también para los casos más graves plazos de prescripción más breves que los previstos en el CP de adultos, sin ningún tipo de referencia al automatismo expresado actualmente en el art. 15.1.1ª LORPM. En nada se ajusta a la pretendida finalidad preventivo especial que debe perseguir la justicia juvenil el establecimiento de plazos similares a los previstos para el adulto infractor, pues no se debe olvidar que la diferente percepción del tiempo que tienen los menores puede ocasionar que, en caso de que no exista celeridad por parte del aparato estatal, la respuesta poco tendrá de educativa y mucho de vindicativa. Por otro, regulando específicamente cuándo se entenderá interrumpida la prescripción en el procedimiento penal de menores, atendiendo a sus específicas particularidades. En este sentido no creo que la reforma del CP de 2015 haya supuesto una ocasión perdida, sino que debe ser la LORPM la que acometa todas estas modificaciones. La cuestión, que no es baladí, reside en decidir el cómo.

Creo que el abordaje de la regulación de la interrupción de la prescripción en la LORPM debe llevarse a cabo teniendo en cuenta dos premisas: por un lado, la existencia de sistemas procedimentales antagónicos establecidos en la LECrim y en la LORPM como ya he comentado anteriormente y, en segundo lugar, la necesidad de no relajar en la LORPM las exigencias que el CP establece para considerar interrumpida la prescripción cuando se trata de adultos.

En mi opinión, en el plano de las propuestas se pueden plantear dos modelos de regulación: el primero de ellos, que podríamos denominar de sustitución, supondría la inclusión en la LORPM de un sistema paralelo al establecido en el CP, atribuyendo al Ministerio Fiscal las mismas funciones que en el proceso penal de adultos tiene reconocidas el Juez de Instrucción. Eso supondría recoger expresamente en el art. 15 LORPM que la prescripción se interrumpirá cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, considerándose que se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la

causa o con posterioridad, se dicte decreto de incoación motivado en el que se le atribuya su presunta participación en el hecho. Ello implicaría que el decreto del Ministerio Fiscal, a pesar de no ser una resolución judicial, tendría eficacia para interrumpir la prescripción de la infracción penal, dado que atribuye la presunta participación en el hecho delictivo. El segundo modelo de propuesta legislativa, por el contrario, incorporaría en el texto las particularidades que presenta el proceso penal de menores, manteniendo la función instructora del Fiscal de Menores, pero sin la merma de garantías respecto a lo recogido en el Derecho penal de adultos.

A mi juicio, es este segundo modelo el que se debe incorporar al articulado de la LORPM. El sistema acusatorio formal o mixto, recogido en la LECrim, prevé la existencia de una fase preliminar o de instrucción, que se inicia con la notitia criminis, y otra decisoria, que finaliza con la ejecución de la sentencia firme, dirigidas ambas por órganos jurisdiccionales. Por el contrario, en la LORPM se atribuye la fase inicial del procedimiento al Ministerio Fiscal que es órgano que carece de naturaleza jurisdiccional, dilatándose la apertura del proceso judicial hasta el momento inmediatamente anterior a la apertura de la vista oral. La repercusión que tiene esta distinción es evidente, teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal no es un órgano judicial y que sus actos carecen de los requisitos y presupuestos que se atribuyen al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Por lo tanto, no podemos concluir que en el procedimiento penal de menores el Ministerio Fiscal sea el sustituto del Juez Instructor, principalmente porque carece del carácter independiente que se atribuye a la función jurisdiccional, y su actuación, al menos en la fase de instrucción, no está tan fiscalizada como la desempeñada por el Juez de Instrucción en el proceso penal de adultos⁸⁰. Probablemente la configuración en el ámbito del menor de un modelo procedimental similar al de adultos, con la presencia de un Juez encargado de la instrucción y otro, diferente, del enjuiciamiento, hubiera contribuido a clarificar en cierta medida las cosas. Sin embargo, esta no fue la opción preferida por el legislador del 2000, quien decidió otorgar al Ministerio Fiscal amplias facultades por lo que refiere a la instrucción del procedimiento.

En este sentido, creo que la implantación de este segundo modelo responde al propio fundamento de la prescripción. No puede olvidarse que, en definitiva, en materia de prescripción lo que se ve afectado es el derecho a la libertad personal y que, desde una perspectiva teleológica, no presenta un carácter procesal sino material. Tal y como sostiene el TC, la prescripción deja de ser un límite al ejercicio de la acción penal y pasa a configurarse como un límite temporal al *ius puniendi*, es decir, a la potestad punitiva del Estado. Una facultad de castigar que sólo atendiendo a su estricta necesidad legítima la grave restricción de derechos que supone la aplicación del Derecho penal.

La interrupción de la prescripción supone dejar sin efecto el tiempo transcurrido y, en definitiva, volver a activar la posibilidad de ejercer la potestad punitiva y, provisionalmente, la recuperación de la necesidad de penar. El ejercicio del *ius puniendi* (que en definitiva supone la restricción del derecho

⁸⁰ Buena muestra de ello es la limitación de interposición de recurso frente a las resoluciones del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción o la posibilidad al menos teórica (en la práctica resulta difícil) de que el Ministerio Fiscal finalice la instrucción sin haber oído al menor, lo que compromete seriamente el derecho de defensa del art. 24.2 CE.

fundamental a la libertad) debe ser aplicado en el marco del respeto a unas garantías encomendadas generalmente a los órganos de naturaleza jurisdiccional. Si esto se manifiesta de forma clara en el Derecho penal de adultos iguales o mayores exigencias deberán requerirse en el ámbito de menores, atendiendo además a esa finalidad preventiva especial educativa que supone la búsqueda del interés del menor. Entender que en la jurisdicción de menores se interrumpe la prescripción y que se deja sin efecto el tiempo transcurrido supone considerar que existen razones más que suficientes para considerar que prima facie existe una necesidad de impulsar el procedimiento contra el presunto infractor. Y eso sólo puede llevarse a cabo bajo la intervención de un órgano judicial que implica el mantenimiento de ciertas garantías (imparcialidad e independencia), por mucho que el Ministerio Fiscal tenga atribuida la función instructora en el procedimiento. Creo que el interés del menor así lo requiere, lo que va unido a la imposibilidad de relajar las exigencias previstas para el Derecho penal de adultos.

De ahí que, en mi opinión, también en el ámbito del Derecho penal de menores se deba exigir para interrumpir la prescripción la existencia de una resolución judicial motivada, al igual que ocurre con lo previsto en el art. 132.2.2 CP. Eso implicará que, si lo que se pretende es otorgar eficacia interruptiva a la primera intervención judicial, se deba reformular sustancialmente el procedimiento penal de menores, concretamente otorgando auténticas facultades de control al Juez de Menores por lo que respecta al contenido del auto del art. 16.3 LORPM. Si verdaderamente lo dispuesto por el Juez de Menores a través de dicho auto supusiera no sólo la atribución de responsabilidad penal al menor infractor sino también un control a la actuación instructora del Ministerio Fiscal, se podría incluir explícitamente en el art. 15 LORPM que dicho auto tiene eficacia para interrumpir la prescripción, al igual que los autos restrictivos de derechos fundamentales y la adopción de medidas cautelares. En caso contrario, esto es, manteniendo el automatismo que supone la regulación actual del art. 16.3 LORPM por lo que respecta a la intervención del Juez de Menores en el procedimiento, la previsión de la interrupción de la prescripción debería ir referida a los autos previstos en los arts. 33 y 34 LORPM, dictados ya en fase de audiencia.

Probablemente, al igual que ocurre en el CP, la inclusión en la LORPM de una cláusula de suspensión de la prescripción podría contrarrestar el posible archivo de las infracciones dada la brevedad de sus plazos. En este sentido, podría considerarse que el decreto de incoación del Ministerio Fiscal a través del cual se comunica al Juez de Menores la existencia de una denuncia implica que un órgano judicial tiene conocimiento de la misma y que, consecuentemente, puede suspender el cómputo de la prescripción durante un tiempo. Razonablemente, atendiendo al establecimiento de unos plazos de prescripción de la infracción mucho más breves que los recogidos en el CP, el período de suspensión sería inferior a los seis meses.

A través de este estudio he intentado evidenciar los graves problemas de seguridad jurídica que en el ámbito del Derecho penal del menor genera la interrupción de la prescripción. Igualmente he puesto de manifiesto las diferentes posibilidades interpretativas existentes así como la necesidad de regular expresamente en la LORPM esta cuestión, ofreciendo propuestas de regulación. Ojalá esta

contribución sirva al menos para mantener vivo el debate e impulsar modificaciones legislativas que contribuyan al establecimiento de unos criterios claros que permitan legitimar la respuesta penal exquisita que nuestros menores se merecen.

6. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Repertorio Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Sevilla, 3ª, 26.01.2010	47/2010	136405	Ángel Márquez Romero
SAP Girona, 1ª, 06.07.2011	343/2011	319316	Ildefonso Carol Grau
SAP Barcelona, 3ª, 05.07.2011	654/2011	309764	José Grau Gassó
SAP Barcelona, 3ª, 06.10.2011	846/2011	396803	José Grau Gassó
SAP Barcelona, 3ª, 25.10.2011	880/2011	396835	María del Pilar Pérez de Rueda
SAP Barcelona, 3ª, 11.05.2012	438/2012	234642	José Grau Gassó
SAP Barcelona, 3ª, 23.07.2013	662/2013	334675	José Grau Gassó
SAP Barcelona, 3ª, 03.07.2017	350/2017	261631	Fernando Valle Esqués
SAP Barcelona, 3ª, 25.10.2017	498/2017	6383	Myriam Linage Gómez

<i>AAP Barcelona , 3ª, 30.10.2017</i>	<i>4749/2017</i>	<i>41285</i>	<i>Myriam Linage Gómez</i>
<i>SAP Barcelona, 3ª, 15.01.2018</i>	<i>23/2018</i>	<i>103840</i>	<i>Myriam Linage Gómez</i>
<i>SAP Madrid , 4ª, 16.01.2012</i>	<i>6/2012</i>	<i>56024</i>	<i>Mario Pestana Pérez</i>
<i>SAP Madrid, 4ª, 16.03.2016</i>	<i>80/2016</i>	<i>101726</i>	<i>José Joaquín Hervás Ortiz</i>
<i>AAP Madrid 4ª, 07.06.2017</i>	<i>436/2017</i>	<i>185324</i>	<i>José Joaquín Hervás Ortiz</i>
<i>SAP Madrid , 4ª, 16.05.2018</i>	<i>253/2018</i>	<i>214660</i>	<i>José Joaquín Hervás Ortiz</i>
<i>SAP Palencia, 1ª, 5.12.2012</i>	<i>11/2012</i>	<i>40883</i>	<i>Ignacio Rafols Pérez</i>
<i>SAP Las Palmas, 1ª, 21.12.2012</i>	<i>1/2012</i>	<i>156386</i>	<i>Miquel Àngel Parramon i Bregolat</i>
<i>SAP Las Palmas, 1ª, 28.11.2014</i>	<i>304/2014</i>	<i>43915</i>	<i>Miquel Àngel Parramon i Bregolat</i>
<i>SAP Alicante, 3ª, 16.07.2013</i>	<i>384/2013</i>	<i>278981</i>	<i>Francisco Javier Guirau Zapata</i>
<i>SAP Huelva, 3ª, 18.12.2013</i>	<i>301/2013</i>	<i>112237</i>	<i>Luis García-Valdecasas y García-Valdecasas</i>
<i>SAP Guadalajara, 1ª, 20.12.2013</i>	<i>1/2003</i>	<i>39678</i>	<i>Mª del Carmen Martínez Sánchez</i>
<i>SAP Burgos, 1ª, 29.10.2015</i>	<i>408/2015</i>	<i>269065</i>	<i>María Dolores Fresco Rodríguez</i>
<i>AAP La Rioja, 1ª, 06.04.2017</i>	<i>112/2017</i>	<i>136899</i>	<i>Alfonso Santisteban Ruiz</i>
<i>SAP Guipúzcoa, 1ª, 27.09.2017</i>	<i>188/2017</i>	<i>1451</i>	<i>Augusto Maeso Ventureira</i>

STC, 17.03.1995	60/1995	60	Vicente Gimeno Sendra
STC, 01.12.2003	206/2003	206	Francisco Javier Delgado Barrio
STC, 14.02.2005	30/2005	30	Elisa Pérez Vera
STC, 14.03.2005	63/2005	63	Eugeni Gay Montalvo
STC, 20.02.2008	29/2008	29	Pascual Sala Sánchez
STC, 04.10.2010	59/2010	59	Eugeni Gay Montalvo
STC, 15.11.2010	97/2010	97	Vicente Conde Martín de Hijas
STC, 13.04.2015	63/2015	63	Encarnación Roca Trías
STC, 01.02.2016	12/2016	12	Adela Asúa Batarrita
STC, 01.02.2016	14/2016	14	Juan José González Rivas

7. Bibliografía

BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS (2006), «Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos», *RDPCrim*, (18), pp. 37 ss.

BOLDOVA PASAMAR (2016), en GRACIA MARTÍN, (coord.)/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

CANO PAÑOS (2011), «¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (13-13), pp. 1 ss.

CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO (2002), *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid.

COLÁS TURÉGANO (2011), *Derecho penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CUERDA ARNAU (2008), «Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor», *RP*, (22), pp. 22 ss.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO (2010), «El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema», en BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho penal de menores a debate*, Dykinson, Madrid, pp. 79 ss.

DE LA ROSA CORTINA, (2012), «La prescripción en derecho penal juvenil», *EJ*, (2012) pp. 1 ss.

DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (2007), «Comentario al artículo 16», en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Dykinson, Madrid, pp. 233 ss.

DOLZ LAGO (2002), «La instrucción penal de fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límites», en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 263 ss.

FEIJOO SÁNCHEZ (2007), «Comentario a la Exposición de Motivos», en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Dykinson, Madrid, pp. 42 ss.

GARCÍA PÉREZ (2008), «La reforma de 2006 de la Ley de Responsabilidad penal de los menores: La introducción del modelo de seguridad ciudadana», en JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, pp. 23 ss.

GILI PASCUAL (2001), *La Prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona.

————— (2015), «La interrupción de la prescripción penal, diez años después de la STC 63/2005», *EPCrim*, (XXXV), pp. 291 ss.

GONZÁLEZ RUS (2015), «Secuelas “colaterales” no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal», *LL*, (8553), pp. 1 ss.

GÓMEZ COLOMER (2002), «Tuición procesal penal de menores y jóvenes», en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER, (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 155 ss.

GÓMEZ MARTÍN (2010), «Actualización de la obra de Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, 8ª ed., 2008, a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal que entra en vigor el 23-12-2010», en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, pp. 1 ss.

————— (2015), «Comentario al artículo 132 del CP», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 471 ss.

————— (2016), *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, B d F, Buenos Aires.

GONZÁLEZ AGUDELO (2018), «La eliminación de las faltas en el Código Penal y su incidencia en la LO 5/2000», *LLP*, (131), pp. 1 ss.

GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (2002), «Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas», en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 79 ss.

GONZÁLEZ TAPIA (2003), *La prescripción en el Derecho Penal*, Dykinson, Madrid.

GOYENA HUERTA, (2014), «La prescripción en el procedimiento de menores», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), pp. 149 ss.

GRANADO PACHÓN (2016), «Disfunciones procesales y garantías constitucionales en el sistema ideado por la LO 5/2000, de 5 de enero, de responsabilidad penal del menor», *Revista Penal México*, (9), pp. 77 ss.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1999), *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*.

JERICÓ OJER (2018), «El impacto (probablemente no previsto) de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en el Derecho penal de menores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), pp. 1 ss.

JIMÉNEZ DÍAZ (2015), «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores», *RECPC*, (17-19), pp. 1 ss.

MACÍAS ESPEJO (2011), «La prescripción de los hechos delictivos y de las medidas de seguridad en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», *Revista de Estudios Jurídicos*, (11), pp. 1 ss.

MIR PUIG (2015), *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MONTERO HERNANZ (2012), «La prescripción en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *LL*, (7785), pp. 12 ss.

MORENILLA ALLARD (2007), «Comentario al artículo 1», en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, Iustel, Madrid, pp. 39 ss.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2015), *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

NIETO GARCÍA (2005), «La Ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto», en *La Ley de Responsabilidad penal del menor: situación actual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 15 ss.

OLAIZOLA NOGALES (1998), «La prescripción del delito en supuestos de concurso de delitos», *Actualidad Penal*, (37), pp. 741 ss.

————— (2013), «La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho Penal de la Seguridad?», *Revista Penal*, (31), pp. 191 ss.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC (2017), *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ MACHÍO (2007), *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, LO 8/2006, Tirant lo Blanch, Valencia.

RAGUÉS I VALLÉS (2004), *La prescripción penal, fundamento y aplicación: texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*, Atelier, Barcelona.

————— (2012), «La prescripción de los delitos y las penas: una ocasión perdida», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, pp. 219 ss.

SALOM ESCRIVÁ (2002), «La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores», en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 221 ss.

SANZ HERMIDA (2018), «La prescripción de delitos en la justicia de menores. Algunas consideraciones a partir de la SAP de Valencia, de 28 de septiembre de 2018», *RGDP*, (30), pp. 1 ss.

TAMARIT SUMALLA (2002), «Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores», en GONZÁLEZ CUSSAC/TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 13 ss.

VALBUENA GARCÍA (2008), «Una paulatina desnaturalización de la Ley Penal del Menor», *Foro*, (7), pp. 119 ss.

ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/MORENO-TORRES HERRERA (coord.)/PÉREZ ALONSO/MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/RAMOS TAPIA (2010), *Fundamentos de derecho penal: (parte general)*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.