

El principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores portugués (*processo tutelar educativo*)

Pablo Grande Seara

Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo
Universidad de Vigo

*Abstract**

El presente trabajo tiene por objeto analizar las principales manifestaciones del principio de oportunidad reglada que rigen en el proceso penal de menores portugués (processo tutelar educativo) y, en particular, los presupuestos, requisitos y efectos de cada una de ellas. Tales manifestaciones se van sucediendo a lo largo de todo el proceso, manteniéndose incluso durante la ejecución de las medidas tutelares aplicadas; y con ellas se pretende que la respuesta ante la conducta delictiva del menor se adecúe lo mejor posible a sus necesidades educativas reales y actuales, además de sustraerle cuanto antes, si es posible, del circuito procesal.

This paper analyzes the main evidence of the principle of opportunity that rules the Portuguese Juvenile rules of criminal procedure (the educational tutelary process) and, especially, its requirements and effects. The principle of opportunity is present throughout all the judicial process, even when the supervisory measures adopted are applied; so that the minor's criminal conduct complies as much as possible to his or her actual educational needs, and so that he is able to leave, as soon as possible, the Juvenile's judicial process.

Title: The principle of opportunity that governs the Portuguese's Juvenile rules of criminal procedure (educational tutelary process)

Keywords: Principle of Opportunity; Educational Tutelary Process, juvenile, Supervisory Measures, Mediation
Palabras clave: principio de oportunidad, proceso tutelar educativo, menores, medidas tutelares, mediación

* Este trabajo ha sido realizado durante una estancia de investigación en el Centro de Direito da Família de la Universidade de Coimbra (Portugal), durante los meses de septiembre a noviembre de 2010. Por ello, quiero aprovechar su publicación para manifestar mi agradecimiento al Director del mismo, el Prof. Guilherme de Oliveira, a su personal investigador y a la Faculdade de Direito de esta Universidad, por el apoyo y ayuda recibidos durante mi estancia.

A su vez, este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "A mediación entre a vítima e o autor do delito: unha nova resposta social fronte á delincuencia xuvenil" (INCITE08PXIB399239PR), del que es investigadora principal la Dra. Esther González Pillado, y que está financiado por la Xunta de Galicia para el periodo 2008-2011.

Sumario

1. Introducción

2. Manifestaciones del principio de oportunidad reglada en el “proceso tutelar educativo”

2.1. En la fase de instrucción (*inquérito*)

a. Archivo preliminar (art. 78 LTE)

b. Suspensión del proceso (arts. 84 y 85 LTE)

c. Archivo del proceso por el Ministerio Público tras concluir la fase de instrucción (art. 87 LTE)

2.2. En la fase jurisdiccional

a. Archivo del proceso por el juez (art. 93 LTE)

b. Aplicación consensuada de la medida tutelar propuesta por el Ministerio Público o por el juez (art. 104 LTE)

2.3. En la fase de ejecución de la medida. Revisión de las medidas tutelares aplicadas

a. Presupuestos, modalidades y periodicidad de la revisión (arts. 136 y 137 LTE)

b. Efectos de la revisión de las medidas tutelares no institucionales (art. 138 LTE)

c. Efectos de la revisión de la medida tutelar de internamiento (art. 139 LTE)

3. Bibliografía

1. Introducción

El proceso penal de menores portugués, denominado “*processo tutelar educativo*”, se regula actualmente por la Ley núm. 166/99, de 14 de septiembre, por la que se aprueba la “*Lei Tutelar Educativa*” (en adelante, LTE), que entró en vigor el 1.1.2001. Esta Ley constituye, junto con la Ley núm. 147/99, de 1 de septiembre (*Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo*), los dos textos fundamentales de la reforma del “*Direito das crianças*” llevada a cabo en Portugal a finales de los años noventa del siglo pasado, y cuya idea central era articular de forma adecuada y complementaria dos sistemas de intervención diferenciados: una intervención “educativa” para los menores autores de hechos delictivos, y una intervención “de protección” para los menores en situación de riesgo o desprotección, algo que no ocurría hasta el momento con la Organización Tutelar de Menores (*Organização Tutelar de Menores*)².

De este modo, se pretende buscar respuestas distintas y adecuadas a los problemas específicos manifestados por los menores en uno y otro caso, haciendo que la intervención sea más eficaz. Ahora bien, esto tampoco significa que ambos modelos de intervención sean inconexos, sino que es necesario que se complementen y que existan puentes de paso de uno a otro, porque es posible que en relación con un menor “infractor” se inicie una intervención educativa que termine archivándose, por estimarse que no es necesaria, pero, a raíz de las actuaciones llevadas a cabo, se aprecie la necesidad de iniciar respecto del mismo una intervención de protección por detectarse factores de riesgo o desprotección³. A su vez, la Ley también prevé la posibilidad de que, de forma provisional, se apliquen medidas de protección mientras se desarrolla el proceso tutelar

² La *Organização Tutelar de Menores* (OTM) se había aprobado en el año 1962, a través de los Decretos-Leyes núm. 44 287 y núm. 44 288, de 20 de abril, ante la necesidad de reunir en un solo texto legal las normas relativas a los menores con comportamientos delictivos o con otro tipo de problemas ligados a la infancia. El régimen instaurado con estas normas fue modificado en 1978 (a través del Decreto-Ley núm. 314/78, de 27 de octubre) para adaptarlo a la nueva organización de los tribunales, pero la esencia del modelo continuó vigente hasta la entrada en vigor, en 2001, de la *Lei Tutelar Educativa* y de la *Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo*. Este modelo tenía como objetivo la “prevención criminal” a través de la aplicación a los jóvenes con dificultades de adaptación social (que revelaban tendencias a la mendicidad, a la prostitución o a la delincuencia) de medidas cuyo fin esencial era la protección y reeducación del joven, y no la punición, sin distinguir a la hora de aplicar tales medidas entre los niños y jóvenes en peligro y los delincuentes. En este contexto, las medidas se aplicaban atendiendo, no al hecho cometido en sí, sino a la personalidad y circunstancias de la vida del menor; además, eran medidas indeterminadas, tanto por su duración como por la posibilidad de sustitución. A ello se añadía que el proceso carecía de garantías procesales para el menor, ya que, raramente, él o sus representantes legales eran oídos, no podía proponer pruebas y ni siquiera tenía derecho a designar abogado. Sobre las características esenciales y la evolución experimentada por el modelo de la Organización Tutelar de Menores, véase DE SOUSA SANTOS (2004, pp. 127-151).

³ Así, por ejemplo, el art. 49 LTE dispone el archivo del proceso cuando en cualquier fase del mismo se verifique que el menor sufre una anomalía psíquica que le impide comprender el sentido de la intervención tutelar. En tal caso, el Ministerio Público debe dirigir al menor a los servicios de salud mental, examinar su necesidad de internamiento y, si es necesario, ordenar su internamiento forzoso.

educativo⁴.

Esta *Lei Tutelar Educativa* se aplica para el enjuiciamiento de los menores con edad comprendida entre los 12 y los 16 años⁵, que hayan cometido un hecho delictivo tipificado como tal en la ley penal (art. 1 LTE); y su objeto es determinar si procede o no aplicar a esos menores alguna de las medidas tutelares educativas previstas en el art. 4 de dicha Ley⁶, las cuales se dirigen a “la educación del menor para el derecho y a su inserción, de forma digna y responsable, en la vida en comunidad” (art. 2.1 LTE).

Pues bien, de lo que acabamos de exponer y de los preceptos citados, entre otros, se concluye que los presupuestos esenciales para cualquier intervención tutelar educativa, o lo que es lo mismo, para la aplicación de alguna de las medidas tutelares educativas legalmente previstas, son dos y, como tales, deben concurrir cumulativamente; a saber: que el menor con edad comprendida entre

⁴ Así lo prevé el art. 43 LTE. Sobre el carácter complementario de ambos modelos de intervención, véase MIRANDA RODRIGUES (2008, p. 2).

⁵ De acuerdo con la Exposición de Motivos de la LTE (apdo. 8), la razón para fijar como edad mínima para la intervención tutelar los 12 años obedece a que la acción de la justicia no tiene sentido en estadios de desarrollo muy prematuros, pues se basa en una educación para la responsabilidad jurídica que la infancia y la primera adolescencia difícilmente podrían soportar. La opción por este límite de los 12 años procura reflejar el inicio de la pubertad, fase a la que corresponde una mayor expresión social de la actividad del menor y que normalmente representa el umbral de la madurez requerida para comprender el sentido de la intervención tutelar.

La fijación de este marco de edad para aplicación de la LTE se traduce en que los menores de menos de 12 años que cometan un hecho delictivo gozan de una irresponsabilidad penal absoluta y solo podrán ser objeto, a lo sumo, de una intervención de protección, pero no de una intervención tutelar. A su vez, los jóvenes de más de 16 y menos de 21 años que delincan quedan sujetos al régimen especial de los “jóvenes adultos” previsto en el Decreto-Lei núm. 401/82, de 23 de septiembre, que establece el Régimen penal aplicable a jóvenes delincuentes. Estos jóvenes quedan sujetos a la competencia de los tribunales de adultos, pero se benefician de una atenuación de las penas en atención a su edad; con ello se pretende, fundamentalmente, evitar que tengan que cumplir penas de prisión con los adultos.

⁶ El art. 4 LTE, bajo la rúbrica “*Princípio da legalidade*”, establece como medidas tutelares que se pueden aplicar a los menores infractores las siguientes: a) la amonestación; b) la privación del derecho de conducir ciclomotores o de obter el permiso para conducir ciclomotores; c) la reparación al ofendido; d) la realización de prestaciones económicas o de tareas a favor de la comunidad; e) la imposición de reglas de conducta; f) la imposición de obligaciones; g) la frecuencia de programas formativos; h) el acompañamiento educativo; i) el internamiento en centro educativo. Esta última medida se pueda aplicar en régimen abierto, semiabierto o cerrado. A su vez, los arts. 9 a 18 LTE definen el contenido de cada una de estas medidas, pero lo hacen de un modo bastante genérico, dejando flexibilidad al juzgador para que, en cada caso, determine el contenido concreto de la medida en función de las necesidades educativas actuales del menor infractor.

Cabe destacar, por último, que el Consejo de Ministros portugués, en su reunión de 24 de febrero de 2011, aprobó la *Proposta de Lei que altera a Lei Tutelar Educativa*, en la que se prevé, entre otras modificaciones puntuales, introducir una nueva medida de internamiento terapéutico para los casos “en que los menores sufran problemas de salud subyacentes a su comportamiento desviado”.

los 12 y los 16 años haya cometido un hecho ilícito tipificado como “*crimen*” en la ley penal; y que esa conducta evidencie la necesidad de “*educar a ese menor para el derecho*”, necesidad que ha de seguir existiendo en el momento de tomar la decisión sobre la aplicación de la medida tutelar⁷. Pero veamos más detenidamente cada uno de estos presupuestos.

a.- *La comisión por el menor de un hecho delictivo tipificado en la ley penal.* Como es lógico, el primer presupuesto para la aplicación de una medida tutelar a un menor es la prueba o verificación de que éste ha cometido un hecho ilícito tipificado en el Código Penal o en alguna ley penal especial⁸. No obstante, el simple dato objetivo de que el menor ha cometido un hecho tipificado penalmente no es suficiente para que se entienda cumplido este primer presupuesto de la intervención tutelar, sino que es necesario hacer dos matizaciones.

La primera de ellas ya se recogía en el Informe Final de la “*Comissão para a reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas*”, al señalar que el tribunal debe valorar si el hecho concreto cometido por el menor, precisamente por ser cometido por una persona con edad inferior a los 16 años, es susceptible de un juicio de desvalor al menos análogo al plasmado en el tipo penal para el caso de que sea cometido por un adulto. Y el mismo Informe recoge dos ejemplos: a) el propio hecho de ser un menor quien realiza la conducta típica puede apartar el desvalor objetivo abstracto plasmado en la tipificación penal, como sucede en el caso de las relaciones sexuales consentidas entre menores de 14 años (art. 172 CP); b) tratándose de un ilícito típico imprudente, también hay que valorar si al menor le es exigible el deber objetivo de cuidado que actúa como presupuesto de ese tipo penal⁹.

La segunda matización también se refiere a que no basta con la tipicidad penal de la conducta del menor, sino que es necesario que esta se traduzca en una efectiva y censurable violación de los bienes jurídicos esenciales de la comunidad protegidos por la ley penal. Por tanto, si concurre alguna de las causas que excluyen la ilicitud o la culpa del imputable (arts. 31 a 39 CP, a saber, legítima defensa, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber impuesto por la ley o por

⁷ Véase, D’ALMEIDA RAMIÃO (2007, p. 34). En este sentido, la Exposición de Motivos de la LTE (apdo. 7) ya declara que el primer principio que inspira esta Ley es el de intervención mínima y añade, en relación con los presupuestos de la intervención tutelar educativa, que “el primer presupuesto es el de la existencia de una ofensa a bienes jurídicos fundamentales, traducido en la comisión de un hecho considerado por la ley como crimen (...). Por otro lado -es este el segundo presupuesto-, siendo la finalidad de la intervención tutelar la educación del menor para el derecho y no la retribución por el crimen, no podrá aplicarse medida tutelar sin que se aprecie, en el caso concreto, la necesidad de corregir la personalidad del menor en el plano del deber-ser jurídico manifestada en la práctica del hecho”.

⁸ Por ello, el art. 87.1 LTE dispone que el Ministerio Público debe archivar el proceso si, a la vista de las diligencias practicadas durante la instrucción, concluye que el hecho imputado al menor no existió o son insuficientes los indicios sobre su comisión. A su vez, el art. 110.2 LTE prevé que el juez en su decisión debe incluir la enumeración de hechos probados y no probados e indicar las pruebas que han servido para formar su convicción.

⁹ Véase, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE (1999, pp. 76 y 81).

orden legítima de la autoridad o consentimiento del titular del interés jurídico lesionado) no se entendería cumplido este primer presupuesto de la intervención tutelar¹⁰.

b.- *La necesidad de “educación del menor para el derecho”, que debe subsistir en el momento de la decisión sobre la aplicación de la medida tutelar.* La comprobación de la comisión por el menor de un hecho delictivo, en los términos antes apuntados, es un presupuesto necesario pero no suficiente para poder aplicar a éste una medida tutelar. Es indispensable que además exista la necesidad de “educación del menor para el derecho”, es decir, la necesidad de reeducación del menor, o, en palabras de MIRANDA RODRIGUES, “la necesidad de corregir la personalidad del menor en el plano del deber-ser jurídico manifestada en la práctica del hecho”¹¹.

Esta misma autora señala en otro trabajo que la singularidad de la Ley Tutelar Educativa portuguesa radica precisamente en la autonomía de este segundo presupuesto, ya que ninguna intervención educativa puede tener lugar, aunque se verifique la práctica por el menor de un hecho delictivo, si no se constata la necesidad de educación del menor para el derecho¹². Además, la exigencia de este segundo presupuesto “muestra que la intervención educativa no pretende constituir un sucedáneo del derecho penal y que está principalmente ordenada al interés del menor: interés fundado en su derecho a las condiciones que le permitan desarrollar su personalidad de forma socialmente responsable”¹³.

En esta misma línea, señala MOREIRA FERNANDO que con la exigencia de este segundo requisito se trata de que la intervención tutelar educativa sólo tenga lugar cuando sea necesaria “para garantizar que el desarrollo de la personalidad del menor transcurra de forma armoniosa y socialmente integrada y responsable, teniendo como referencia el deber-ser jurídico consustanciado en los valores jurídicamente tutelados por la ley penal, en cuanto valores mínimos y esenciales de la convivencia social”¹⁴. Por ello, añade el autor, no habrá lugar a esta intervención educativa, por no ser necesaria la aplicación de medida alguna, cuando, como se puede leer en la Exposición de Motivos de la Ley, “la comisión del hecho, aun siendo objetivamente desvaliosa, se inserta en los procesos normales de desarrollo de la personalidad, que incluyen, dentro de límites razonables, la posibilidad del menor de testar la vigencia de las normas a través de su infracción”; así como cuando la marginalidad y la desprotección social explican por sí mismas el comportamiento infractor, pues en estos casos una intervención

¹⁰ En este sentido véase, MOREIRA FERNANDO (2000, pp. 121 y 122).

¹¹ Véase, MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 380).

¹² MIRANDA RODRIGUES (2008, p. 2).

¹³ MIRANDA RODRIGUES (2008, p. 380).

¹⁴ MOREIRA FERNANDO (2000, p. 123).

meramente asistencial puede ser la única adecuada para atajar la situación¹⁵.

Pero en relación con la necesidad de “educación del menor para el derecho” hay otros dos aspectos que conviene destacar, y a los que se refiere el art. 7.1 LTE, al disponer que la medida tutelar debe ser proporcionada a la gravedad del hecho y a la necesidad de educación del menor para el derecho manifestada en la práctica del hecho y subsistente en el momento de la decisión. Es decir, como es lógico, tal necesidad de “educación del menor para el derecho” no sólo opera como presupuesto de cualquier intervención tutelar educativa, sino también como el parámetro más importante al que debe atender el juez a la hora de seleccionar la medida tutelar concreta que procede aplicar en el caso en cuestión; y, además, aunque tal necesidad de reeducación se evidencia con la comisión por el menor del hecho delictivo, el juez a la hora de decidir sobre la medida tutelar a aplicar debe atender a la necesidad de reeducación subsistente en ese momento, y no a la que podía existir en el momento de la comisión del hecho. Es lo que se conoce como “actualización” de la respuesta educativa¹⁶, y su razón de ser es, precisamente, que la medida tutelar tiende más a cubrir las carencias educativas subsistentes del menor que a sancionar su conducta delictiva pasada.

Finalmente, también cabe destacar que la necesidad de “educación del menor para el derecho” es un elemento más que deberá ser acreditado a través de las diligencias y de las pruebas practicadas en el proceso tutelar, del mismo modo que la comisión por el menor del hecho delictivo. En este sentido, el art. 75.2 LTE establece como cometido de la fase de instrucción (o inquérito) el de practicar las diligencias tendentes a investigar la existencia del hecho delictivo y determinar la necesidad de educación del menor para el derecho, con vista a la decisión sobre la aplicación de la medida tutelar; y el art. 92.1 b) LTE dispone que la fase jurisdiccional comprende, entre otras actuaciones, la evaluación de la necesidad de aplicación de la medida tutelar, o lo que es lo mismo, de la necesidad de reeducación del menor infractor.

Pero, junto a estos dos presupuestos básicos de cualquier intervención tutelar educativa, la Ley exige la concurrencia de otras condiciones para que se pueda aplicar al menor infractor una medida tutelar.

En primer lugar, si en el momento en que se va a emitir la decisión en el proceso tutelar educativo el menor ya tiene entre 16 y 18 años, es necesario que no se le haya aplicado pena de prisión efectiva en un proceso penal por un delito cometido por el menor tras cumplir los 16 años (art. 28.2 a) LTE).

En segundo lugar, tampoco se aplicará la medida tutelar educativa si el menor infractor ha cumplido los 18 años antes de que el juez emita su decisión en primera instancia (art. 28.2 b)

¹⁵ MOREIRA FERNANDO (2000, p. 123). En el mismo sentido, véase D'ALMEIDA RAMIÃO (2007, p. 34) y MIRANDA RODRIGUES (1997, p. 379).

¹⁶ Véase, MIRANDA RODRIGUES (2008, p. 2).

LTE).

Por último, tampoco se puede aplicar medida tutelar alguna al menor que sufra una anomalía psíquica que le impide comprender el sentido de la intervención tutelar (art. 49 LTE).

Pues bien, una vez analizados los presupuestos de la intervención tutelar educativa en Portugal, nos centraremos a partir de ahora, como indica el título de este trabajo, en el estudio de las principales manifestaciones del principio de oportunidad reglada que contempla la LTE en distintos momentos del proceso, y que se deben articular o conjugar con el principio de legalidad que, con carácter general, informa todo este proceso.

Como es sabido, todo el sistema penal de menores debe estar orientado a buscar lo que es mejor para el menor, para su reeducación o resocialización, lo que exige incorporar al proceso penal de menores una serie de adaptaciones o especialidades procesales, que permitan que la respuesta penal ante la delincuencia juvenil se adapte a lo que aconseja el interés del menor en cada caso, es decir, que permitan adoptar las decisiones y medidas más beneficiosas para la reeducación del menor en atención a sus circunstancias personales, educativas y sociales. Es el llamado principio de oportunidad.

Este principio de oportunidad es el contrapunto del principio de legalidad, que rige con carácter general en nuestro sistema procesal penal. Tales principios nos indican en qué condiciones debe ejercitarse y extinguirse la acción penal o, lo que es lo mismo, cuándo y cómo debe iniciarse y finalizar el proceso penal. Conforme al principio de legalidad, el proceso penal debe iniciarse necesariamente ante la sospecha de la comisión de un hecho delictivo sin que el Fiscal pueda solicitar, ni el Juez conceder, el sobreseimiento, mientras haya un presunto autor y existan indicios suficientes para acusarlo y enjuiciarlo y, en su caso, imponerle una condena. En cambio, el principio de oportunidad permite que, aun concurriendo los presupuestos para incoarse un proceso penal contra una determinada persona, se desista de iniciarlo o, incluso, una vez iniciado, se le ponga fin anticipadamente por razones de política criminal; esto es, si se aprecia que, en el caso concreto, puede ser más beneficioso para la resocialización del imputado y para la sociedad adoptar otras medidas en relación con éste distintas de la imposición de la pena que procedería conforme a una legalidad estricta¹⁷.

Por tanto, el principio de oportunidad implica otorgar al Ministerio Público y al órgano judicial un cierto margen de discrecionalidad para que, con la ayuda de los servicios de reinserción social

¹⁷ Las razones que se han invocado tradicionalmente para fundamentar este principio de oportunidad son muy diversas. Cabe destacar las siguientes: a) la escasa entidad de la lesión producida mediante la comisión del hecho delictivo; b) fomentar que se repare a la víctima; c) evitar los efectos criminógenos de las penas o medidas privativas de libertad cortas; d) obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a otras medidas de resocialización; y, e) en el caso de los menores, evitar la estigmatización que supone el verse sometido a un proceso penal. Véase, CALLEJO CARRIÓN (2005, p. 2).

y de las entidades de mediación, busquen y apliquen en cada caso la solución que mejor se ajuste a lo que requiere el interés del menor. Pero también hay que matizar que este principio de oportunidad y esta discrecionalidad no suponen arbitrariedad, porque en el Derecho Portugués no rige la llamada oportunidad libre, sino la oportunidad reglada. Es decir, la propia Ley fija las condiciones en las que se puede hacer uso de esta discrecionalidad (por ejemplo, sólo cuando se trata de hechos delictivos que no excedan de ciertos umbrales de pena [arts. 78.1, 84.1 o 87.1 LTE]; que el menor presente un plan de conducta que evidencie estar dispuesto a evitar en el futuro la práctica de hechos delictivos [art. 84.1 LTE]; que exista consenso sobre la medida propuesta por el Ministerio Público o por el juez [art. 104 LTE], etc.).

Pues bien, en el proceso tutelar educativo, al igual que en el proceso penal de adultos, rige, con carácter general, el principio de legalidad, y así queda patente en distintos preceptos de la LTE en relación con ciertos aspectos, como los siguientes: a) la responsabilidad penal del menor sólo surge por la comisión de hechos tipificados legalmente como “crímenes” (principio de tipicidad) (arts. 1 y 3 LTE); b) sólo se pueden aplicar al menor las medidas tutelares que prevé la Ley (art. 4 LTE)¹⁸; c) sólo se pueden aplicar tales medidas siguiendo el procedimiento regulado legalmente (art. 1 y 129 LTE); y, d) las medidas tutelares aplicadas se deben ejecutar en la forma prevista en la LTE y en la normativa que la desarrolla (arts. 1 y 39 LTE)¹⁹.

Pero luego la LTE también deja un amplio margen al principio de oportunidad reglada, regulando múltiples manifestaciones de la misma en distintos momentos procesales, tanto de la fase de instrucción (o *inquérito*), como de la fase jurisdiccional e, incluso, en la fase de ejecución de las medidas tutelares aplicadas²⁰.

¹⁸ Como ponen de relieve MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 65) el principio de legalidad comporta la vertiente de la tipicidad (o taxatividad), en el sentido de que las medidas tutelares aplicables deben estar previstas en la Ley. Por ello, el legislador proporciona un catálogo cerrado de medidas tutelares, sin que se puedan aplicar medidas de la especie o en la modalidad o régimen distintos de los previstos legalmente. No obstante, ello no obsta para que el juzgador goce de cierta flexibilidad a la hora de fijar el contenido concreto de las medidas en las modalidades previstas.

¹⁹ Entre la normativa que desarrolla la LTE, cabe destacar, fundamentalmente, el Decreto-ley 323-D/2000, de 20 de diciembre, relativo al reglamento general y disciplinario de los centros educativos; el Decreto-ley 323-E/2000, de 20 de diciembre, relativo a la Ley Tutelar Educativa; o la Portaria núm. 1200-B/2000, de 20 de diciembre (modificada por la Portaria núm. 102/2008, de 18 de enero), por la que se crean y clasifican los centros educativos del Instituto de Reinserción Social.

²⁰ A este respecto, y para una mejor comprensión de lo que se expone a continuación, cabe puntualizar que la LTE estructura el proceso tutelar educativo en tres fases con funciones y competencia claramente diferenciadas. La primera es la *fase de instrucción (inquérito)*, que comprende el conjunto de diligencias tendentes a investigar la existencia del hecho delictivo y a determinar la necesidad de educación del menor para el derecho, con vistas a adoptar luego una decisión sobre la aplicación de alguna medida tutelar (art. 75.2 LTE); su dirección se le encomienda al Ministerio Público (arts. 40.1.a) y 75.1 LTE), aunque se reservan a la competencia del Tribunal de Familia y Menores aquellos actos jurisdiccionales que hayan de practicarse en esta fase (art. 28.1.a) LTE), como puede ser la adopción de medidas cautelares (art. 59.1 LTE). La segunda es la *fase jurisdiccional* en la que se procede a la comprobación judicial de los hechos imputados al menor, a la evaluación de la necesidad de aplicar a

Así, en la fase de instrucción, cuya dirección se le encomienda al Ministerio Público (art. 75.1 LTE), puede éste proceder al archivo del proceso en un momento todavía muy inicial de la investigación (*arquivamento liminar*) cuando se cumplan los requisitos del art. 78 LTE. Pero si tal archivo inicial no se produce, el Ministerio Público todavía puede acordar la suspensión del proceso en un momento posterior, conforme a lo previsto en los arts. 84 y 85 LTE (*suspensão do processo*). Y, finalmente, tras la práctica de las diligencias pertinentes, puede cerrar la fase de instrucción decretando el archivo del proceso (*arquivamento*), en lugar de requerir la apertura de la fase jurisdiccional, si concurren las condiciones del art. 87 LTE.

Ya en la fase jurisdiccional, el juez, a la vista del requerimiento de apertura de esta fase emitido por el Ministerio Público, también puede acordar el archivo del proceso, conforme a lo dispuesto en el art. 93.1 b) LTE. Y, si tal archivo no se produce, y procede la celebración de la audiencia preliminar (arts. 94 y ss. LTE), el proceso todavía puede terminar de modo anticipado en virtud de la conformidad o consenso del menor con la medida propuesta por el Ministerio Público u otra que el juez considere adecuada en los términos previstos en el art. 104 LTE.

Por último, también encontramos manifestaciones del principio de oportunidad en la fase de ejecución de las medidas tutelares, al permitirse la revisión de las mismas conforme a lo dispuesto en los arts. 136 a 139 LTE.

éste una medida tutelar y a determinar la concreta medida que, en su caso, proceda aplicar (art. 92.1 LTE); la competencia para conocer de esta fase le corresponde al Tribunal de Familia y Menores, que funciona con un solo juez, aunque si está en cuestión la aplicación al menor de una medida tutelar de internamiento, en la audiencia el tribunal se constituirá con el juez, que lo preside, y dos jueces sociales (arts. 28.1 y 30 LTE). Finalmente, la *ejecución y revisión de las medidas tutelares* aplicadas al menor también es competencia del Tribunal de Familia y Menores (art. 28.1.c) LTE), el cual en su decisión fijará la entidad encargada de acompañar y asegurar la ejecución de la medida; salvo en los casos en que dicha entidad está determinada por la ley, el tribunal puede encargar la ejecución de la medida a un servicio público, institución de solidaridad, organización no gubernamental, asociación, club deportivo y cualquier otra entidad, pública o privada, o persona, a título individual, que se consideren idóneos (art. 130.2 LTE).

2. Manifestaciones del principio de oportunidad reglada en el “proceso tutelar educativo”

De acuerdo con lo expuesto, al objeto de analizar las distintas manifestaciones del principio de oportunidad reglada en el *processo tutelar educativo* portugués, seguiremos la secuencia de este proceso, revisando cada una de sus fases.

2.1. En la fase de instrucción (*inquérito*)

La fase de instrucción del *processo tutelar educativo*, cuya dirección se atribuye al Ministerio Público (art. 75.1 LTE), de modo análogo a lo que sucede en el proceso penal de menores español, se inicia cuando llega al conocimiento de aquél la noticia de un hecho delictivo cometido por un menor con edad comprendida entre los 12 y los 16 años (art. 74 LTE). Por lo general, dicha noticia le llegará al Ministerio Público en virtud de la denuncia que por tales hechos puede interponer cualquier persona ante él o ante los órganos de la policía criminal, quienes se la deben transmitir a aquél en el plazo más breve posible (art. 72.1 y 4 LTE); no obstante, nada impide que el proceso se pueda iniciar también por el conocimiento directo que el Ministerio Público puede tener de tales hechos²¹.

En esta fase, cuya duración máxima fija el art. 75.4 LTE en un plazo de tres meses, prorrogables por otros tres en casos de especial complejidad, se llevan a cabo las diligencias necesarias para investigar la existencia del hecho delictivo imputado al menor y para determinar si es o no necesaria la “educación del menor para el derecho” (art. 75.2 LTE), por tratarse ambos, como vimos, de presupuestos indispensables para poder aplicar al menor una medida tutelar²².

A tal efecto, el Ministerio Público, además de oír al menor en el plazo más breve posible (art. 77.1 LTE), puede pedir la colaboración de los órganos de la policía criminal, especialmente, para la investigación de los hechos, así como de los servicios de reinserción social para que realicen pericias y elaboren informes sobre la personalidad y sobre la situación socioeconómica, familiar y educativa del menor imputado (arts. 75.1 y 71 LTE); pudiendo asimismo recabar la colaboración en este sentido de cualquier entidad pública o privada (art. 76 LTE).

En todas sus actuaciones en esta fase, el Ministerio Público está sujeto a la legalidad aunque, como apuntamos, también se ha dejado cierto margen a soluciones de oportunidad reglada, con las que se pretende, en la medida de lo posible, sustraer cuanto antes al menor del circuito procesal para evitarle la estigmatización que supone verse sometido a un proceso penal.

²¹ Sin embargo, si se trata de hechos delictivos cuyo enjuiciamiento depende de queja o acusación particular, la denuncia deberá ser presentada por el ofendido (art. 72.2 LTE).

²² Véase, MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, pp. 187 y 188); MOREIRA FERNANDO (2000, pp. 120 y 123).

Concretamente, la *Lei Tutelar Educativa*, en su Capítulo IV, relativo al *inquérito*, regula tres manifestaciones del principio de oportunidad que pueden conllevar una terminación anticipada del proceso sin entrar en la fase jurisdiccional.

Se trata, en primer lugar, de la posibilidad de archivo preliminar que, conforme al art. 78 LTE, puede decretar el Ministerio Público sin ni siquiera iniciar las diligencias de investigación propiamente dichas. Ello procede cuando el hecho imputado al menor esté tipificado como delito castigado con pena de prisión cuyo máximo no sea superior a un año, y, a la vista de la información inicial proporcionada por la policía, se entienda que no es necesaria la educación del menor para el derecho mediante la imposición de una medida tutelar, dada la reducida gravedad de los hechos, la conducta anterior y posterior del menor y su inserción familiar, educativa y social.

Si tal archivo preliminar no se produce, ya sea porque el hecho que se le imputa al menor tiene prevista una pena superior a la indicada, o bien porque su conducta revela la necesidad de ser reeducado mediante la imposición de una medida tutelar, el art. 84 LTE todavía faculta al Ministerio Público para acordar la suspensión del proceso. Tal posibilidad se condiciona a que el hecho delictivo imputado al menor lleve aparejada una pena de prisión cuyo máximo no exceda de cinco años, y a que éste presente un plan de conducta, cuyo posible contenido fija el propio art. 84.4 LTE, que evidencie la disponibilidad del menor a evitar en el futuro la práctica de nuevos hechos delictivos. Dicha suspensión podrá desembocar en el archivo del proceso o en su continuación, según que el menor dé o no cumplimiento satisfactorio al plan de conducta presentado (art. 85 LTE).

Finalmente, si las manifestaciones del principio de oportunidad anteriores no son viables o han fracasado y, por tanto, la fase de instrucción se ha desarrollado conforme a la ley hasta su conclusión, llegado este momento, el Ministerio Público todavía puede decretar el archivo del proceso, impidiendo la apertura de la fase jurisdiccional, en los casos previstos en el art. 87.1 LTE, a saber: que se concluya que el hecho imputado al menor no ha existido; que no haya indicios suficientes de la práctica de tal hecho; o, que, tratándose de un hecho delictivo punible con pena de prisión cuyo máximo no sea superior a tres años, el Ministerio Público, a la vista de las diligencias practicadas, y en particular de los informes recabados de los servicios de reinserción social, entienda que no es necesario aplicar al menor una medida tutelar.

Pues bien, dicho esto, también conviene destacar desde ahora que la decisión de poner fin al proceso de forma anticipada a través de estos cauces que permite la oportunidad reglada compete únicamente al Ministerio Público, como director de esta fase procesal, sin que se puedan someter al control del Tribunal de Familia y Menores.

Pero veamos más en detalle cada una de estas manifestaciones del principio de oportunidad que contempla la *Lei Tutelar Educativa* durante la fase de instrucción.

a. Archivo preliminar (art. 78 LTE)

Como hemos apuntado, el archivo preliminar de la instrucción es una facultad que el art. 78.1 LTE confiere al Ministerio Público cuando al inicio de esta fase constata la concurrencia de las condiciones o presupuestos, tanto de carácter objetivo como subjetivo, previstos en dicho precepto.

El primer presupuesto, de carácter objetivo, viene determinado por la reducida gravedad del hecho imputado al menor, lo que se objetiva en función de la pena máxima que para tales actos prevé el Código Penal. En concreto, el art. 78.1 LTE exige que se trate de un hecho delictivo para el cual el Código Penal prevé una pena de prisión cuyo límite máximo no sea superior a un año. Por tanto, se entiende cumplido este requisito cuando el hecho en cuestión lleve aparejada una pena privativa de libertad cuya duración máxima no exceda de dicho límite temporal o bien una pena de otra naturaleza pero de menor gravedad que la privativa de libertad, como puede ser la pena de multa.

El segundo requisito aludido, de carácter subjetivo, consiste en que se revele innecesaria la aplicación de una medida tutelar al menor imputado; es decir, que a la vista de la información inicial proporcionada por la policía, conforme a lo dispuesto en el art. 73.2 LTE²³, se entienda que no es necesaria la educación del menor para el derecho. Y la propia Ley establece cuáles son los factores a ponderar a la hora de formular ese juicio sobre la necesidad o no de la medida, a saber, la reducida gravedad de los hechos, la conducta anterior y posterior del menor y su inserción familiar, educativa y social.

Conviene precisar que el art. 78.1 LTE condiciona el archivo preliminar del inquérito a la concurrencia cumulativa de ambos presupuestos, pues, si bien es cierto que la concurrencia del segundo de ellos ya determina por sí solo la imposibilidad de aplicar al menor una medida tutelar (por faltar uno de los presupuestos de cualquier intervención educativa, como ya

²³ Conforme al art. 73.2 LTE, relativo a la obligación de denunciar que tienen los órganos de la policía criminal, respecto de los hechos delictivos de los que tengan conocimiento, así como otros funcionarios, respecto de los hechos que conozcan en el ejercicio de sus funciones, la denuncia o transmisión de la denuncia hecha por la policía criminal debe acompañarse, si es posible, de la información que pueda obtener sobre la conducta anterior del menor y su situación familiar, educativa y social; y si esta información no se puede acompañar con la denuncia, debe aportarse en el plazo máximo de ocho días. Se trata, por tanto, de una información inicial que debe elaborar la policía sobre las circunstancias apuntadas del menor, y que tiende a posibilitar que el Ministerio Público verifique el cumplimiento o no de los presupuestos para acordar el archivo preliminar, sin que se deba confundir con la “*informação e relatório social*”, a que se refiere el art. 71 LTE, que ya constituye una información más completa, que el juez requiere de los servicios de reinserción social. A tenor de este precepto, la “*informação e relatório social*” constituyen medios de obtención de prueba, y su finalidad es auxiliar al juez en el conocimiento de la personalidad del menor y de su inserción socio-económica, educativa y familiar con vista a averiguar la necesidad de reeducación del menor y determinar la medida tutelar que proceda aplicarle.

apuntamos), tal decisión habrá de adoptarse en un momento posterior del proceso en el que se cuente con más elementos de valoración, y por tanto no es suficiente para provocar el archivo preliminar.

La decisión de archivo preliminar del proceso se notificará al menor y a sus padres, al representante legal o a la persona que ejerza su guarda de hecho (art. 78.3 LTE), así como al ofendido por el hecho delictivo (art. 78.4 LTE).

Esta decisión no es susceptible de impugnación ni de control jurisdiccional, ya que se trata de una manifestación del principio de oportunidad atribuida a la competencia del Ministerio Público. No obstante, a tenor del art. 88 LTE, la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos expuestos, de los que se hace depender la procedencia y legalidad de tal decisión, sí quedaría sujeta a un control por parte del inmediato superior jerárquico del Ministerio Público, que podría decretar la continuación del proceso, si estima que no concurren tales presupuestos.

En otro orden de cosas, el art. 78.2 LTE se refería al supuesto particular de que el hecho delictivo imputado al menor fuese el de consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, disponiendo que el Ministerio Público procedería a decretar el archivo preliminar de la instrucción y, en su caso, a conducir al menor a los servicios de apoyo y tratamiento, siempre que no tuviese noticia de la comisión o peligro de comisión por el menor de un delito de otra especie. No obstante, esta disposición debe entenderse hoy derogada por cuanto el art. 2 de la Ley 30/2000, de 29 de noviembre, ha despenalizado el consumo, la adquisición y la posesión para el consumo propio de tales sustancias, acciones que pasan a constituir infracción administrativa (*contra-ordenação*)²⁴. Por tanto, si el consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas no constituye delito, desaparece el primer presupuesto (*“prática de facto qualificado pela lei como crime”*, art. 1 LTE) para que se pueda iniciar contra el menor consumidor ningún proceso penal que pueda ser archivado, ni siquiera cuando dicho consumo comporte un riesgo de que el menor cometa otros hechos delictivos²⁵. Y si, efectivamente, a raíz del consumo de estupefacientes, el menor comete otros delitos, la posibilidad de archivar preliminarmente el proceso incoado por ellos se regirá por la regla general del art. 78.1 LTE.

²⁴ Véase, art. 28 Lei 30/2000, que, no obstante, mantiene el carácter delictivo de la acción de cultivo, aunque sea para el propio consumo. Conforme al art. 29 de esta Ley, tal despenalización entró en vigor el 1 de julio de 2001.

²⁵ Véase, MOREIRA FERNANDO (2000, pp. 128 y 129).

b. Suspensión del proceso (arts. 84 y 85 LTE)

Si no se dan las condiciones para que se pueda decretar el archivo preliminar, el *inquérito* continuará con la práctica de las diligencias que el Ministerio Público considere necesarias para el cumplimiento de los fines que el art. 75.2 LTE le asigna a esta fase procesal, es decir, investigar la existencia del hecho delictivo imputado al menor y determinar la necesidad de su educación para el derecho, condicionantes sin los cuales no se podrá aplicar al menor medida tutelar alguna. Y, concluidas tales actuaciones, si el Ministerio Público lo considera útil a estos mismos efectos, también puede convocar la llamada sesión conjunta de prueba (*sessão conjunta de prova*) (art. 79 LTE).

Esta sesión tiene por objeto examinar contradictoriamente los indicios recogidos y las circunstancias relativas a la personalidad del menor y a su inserción familiar, educativa y social, con el fin de que el Ministerio Público pueda fundamentar su decisión de suspender el proceso en los términos de los arts. 84 y 85 LTE, o bien la de dar por concluida la fase de instrucción, ya sea decretando su archivo o requiriendo la apertura de la fase jurisdiccional (art. 81 LTE). Por ello, el art. 82 LTE exige la presencia obligatoria en esta sesión tanto del menor como de sus padres, representantes legales o quien tenga su guarda de hecho, así como de su abogado; y, si el Ministerio Público lo considera necesario para el buen fin de la sesión, también puede determinar la comparecencia en ella del ofendido o de otras personas, en particular, de técnicos de los servicios sociales y de reinserción social (art. 82 LTE).

Pues bien, a la vista de las conclusiones a las que se llegue tras estas actuaciones, el Ministerio Público puede acordar la suspensión del proceso, si se cumplen los presupuestos y condiciones que estipula el art. 84.1 LTE. Tal posibilidad constituye una nueva manifestación del principio de oportunidad reglada que permite diversificar las posibles respuestas ante la delincuencia de pequeña o mediana entidad, decantándose por aquellas que sean más idóneas para la resocialización del menor y para evitarle la estigmatización que el proceso conlleva, sustrayéndole cuanto antes del circuito judicial.

De la lectura del referido precepto podemos deducir que la suspensión del proceso sólo se puede acordar si durante la instrucción el Ministerio Público verifica la concurrencia de dos presupuestos básicos y el cumplimiento por parte del menor de una condición.

El primer presupuesto, de carácter objetivo, se refiere a la gravedad del hecho delictivo imputado al menor, debiendo tratarse de un hecho punible con una pena privativa de libertad cuyo límite máximo no exceda de cinco años²⁶.

²⁶ En el Proyecto de Ley presentado por la Comisión redactora, este límite máximo se fijaba en tres años, siendo elevado a cinco en el proyecto final.

El segundo, de naturaleza subjetiva, consiste en que, a través de las actuaciones llevadas a cabo en la fase de instrucción, se verifique la necesidad de imponer al menor una medida tutelar, o lo que es lo mismo, la necesidad de educación de ese menor para el derecho.

Pero mayor comentario requiere la condición que se le impone al menor para que, concurriendo dichos presupuestos, se pueda decretar la suspensión del proceso: debe presentar un plan de conducta que evidencie estar dispuesto a evitar en el futuro la práctica de hechos delictivos; y, aunque la Ley guarda silencio, se entiende que dicho plan ha de ser aceptado o aprobado por el Ministerio Público.

La primera cuestión que se suscita al respecto es la de la voluntariedad o espontaneidad en la presentación del plan de conducta por el menor. Es decir, de la literalidad del art. 84.1 LTE parece deducirse que el Ministerio Público únicamente entrará a decidir sobre la procedencia o no de la suspensión del proceso si, tratándose de un hecho delictivo que tenga prevista una pena de prisión cuyo máximo no exceda de cinco años, el menor le presenta voluntaria y espontáneamente el plan de conducta en los términos previstos en la Ley. Y así lo confirma también la Exposición de Motivos de la LTE (apdo. 20) al declarar que “el plan de conducta es presentado espontáneamente por el menor, acompañado o asistido por sus padres, representante legal o persona que tenga su guarda de hecho”.

No obstante, hemos de entender con MOREIRA FERNANDO que la presentación del plan de conducta, de la que depende la posibilidad de suspender el proceso, no se puede dejar a la pura espontaneidad del menor infractor, porque ello es incompatible con la intención del legislador de hacer de la suspensión del proceso la forma preferencial de terminación del proceso tutelar. Por ello, el Ministerio Público no puede simplemente mantenerse a la expectativa de si el menor presenta o no el plan de conducta, sino que debe tener un papel activo en la creación de las condiciones para la elaboración de dicho plan, incentivando al menor y a sus padres o representantes legales a presentarlo y a que insten para ello la cooperación de las entidades de mediación; lo que no obsta para que, en todo caso, se garantice la libre adhesión del menor a dicho plan de conducta y la voluntariedad de su presentación al Ministerio Público²⁷. En el mismo sentido se pronuncia QUINTANILHA, señalando que el joven, más que ser informado de la posibilidad de presentar el plan de conducta, debe ser motivado a presentarlo, porque al darle la posibilidad de decidir él mismo la forma en que va a reparar el daño causado se le está transmitiendo confianza, responsabilizando y educando. Y la autora va más allá, al afirmar que, a estos efectos debe requerirse la colaboración de las entidades de mediación, debiendo incluso ser obligatoria la asistencia del menor a las sesiones de información/sensibilización propias de la mediación (aunque sin cuestionar la voluntariedad de ésta), porque nadie puede hacer una opción consciente por algo, cuando no sabe lo que está rechazando²⁸.

²⁷ MOREIRA FERNANDO (2000, pp. 129 y 130).

²⁸ QUINTANILHA (2008, pp. 172 y 173).

En esta dirección también apunta la *Proposta de Lei que altera a Lei Tutelar Educativa*, aprobada recientemente por el Consejo de Ministros portugués, que prevé la modificación del régimen de suspensión del proceso, prescindiendo de la obligatoriedad de que sea el menor quien presente el plan de conducta, y permitiendo que éste sea sugerido al menor por el propio Ministerio Público con el apoyo de los servicios de reinserción social.

En cuanto al contenido del plan de conducta, el propio art. 84.4 LTE enumera a título ejemplificativo un catálogo de conductas que pueden integrarlo, aunque no es una relación *numerus clausus*, sino que el menor puede proponer alguna otra actuación no prevista legalmente. Tales conductas son: la presentación de disculpas al ofendido; el resarcimiento efectivo o simbólico, total o parcial, del daño causado, mediante el pago de dinero o la realización de una actividad a favor del ofendido²⁹; la consecución de ciertos objetivos de formación personal en las áreas escolar, profesional o de ocupación del tiempo libre; la ejecución de prestaciones económicas o tareas en beneficio de la comunidad³⁰; la no frecuencia de determinados lugares o el apartarse de ciertas redes de compañía.

En cualquier caso, las conductas propuestas han de ser las adecuadas para satisfacer las necesidades de reeducación detectadas en el menor imputado, es decir, con ese plan de conducta se debe evidenciar que el menor está dispuesto a corregir su personalidad en lo que sea necesario para evitar la comisión futura de nuevos hechos delictivos.

Por lo demás, también cabe destacar que el legislador ha intentado garantizar el éxito del plan de conducta y de la suspensión del proceso implicando en él a las personas que tienen a su cargo al menor, como corresponsables de su educación. Así, se prevé que, siempre que sea posible, el plan de conducta también debe ser suscrito por los padres, el representante legal o quien ostente la guarda de hecho del menor (art. 84.2 LTE), aunque, como se deduce de la propia literalidad del precepto ("*sempre que possivel*"), tal consenso no es condición *sine que non* para la suspensión.

²⁹ Como se puede apreciar, esta conducta que puede proponer el menor en su plan tiene un contenido y un fin muy similar al de la medida tutelar de "reparación al ofendido", por lo el legislador exige que respete los límites cuantitativos y temporales que el art. 11.3, 4 y 5 LTE establece para ella. Es decir, en lo que se refiere al pago de compensaciones económicas, la fijación del montante de la compensación debe hacerse atendiendo a las disponibilidades económicas del menor (apdo. 3). Y, en cuanto a las actividades a favor del ofendido, no pueden ocupar más de dos días por semana y tres horas por día, y deben respetar los periodos de descanso del menor y no interferir en la asistencia escolar ni en otras actividades que se consideren importantes para la formación del menor (apdo. 4). Además, se establece para estas actividades un límite máximo de doce horas, distribuidas a lo largo de cuatro semanas (apdo. 5).

³⁰ Por la misma razón, esta conducta propuesta por el menor también debe ajustarse a los límites que el art. 12.2 y 4 LTE fija para la medida tutelar de "prestaciones económicas o tareas a favor de la comunidad". Es decir, esta actividad tiene una duración máxima de sesenta horas, no pudiendo exceder de tres meses (apdo. 2), que se deben distribuir en los mismos términos previstos en el art. 11.4 LTE. Además, las prestaciones económicas a favor de la comunidad también se deben fijar atendiendo a las disponibilidades económicas del menor (apdo. 4).

Ahora bien, si el plan de conducta no fuese suscrito por quienes tienen a su cargo al menor, al menos deberán ser oídos sobre el mismo (art. 84.5 LTE).

En cambio, guarda silencio la Ley sobre la necesidad o no de obtener el consentimiento del ofendido para que el plan de conducta sea viable, aunque parecería lógico exigirlo, al menos cuando la conducta propuesta consista en el resarcimiento del daño causado, mediante el pago de dinero o la realización de una actividad a favor de aquél, pues el art. 11.6 LTE exige expresamente dicho consentimiento cuando se trata de la medida tutelar análoga. Sin embargo, autores como MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA se muestran contrarios a ello, destacando que tal consentimiento del ofendido no puede ser necesario, porque otra solución dejaría a la disponibilidad del ofendido la posibilidad de suspender el proceso; y no podemos olvidar que en el proceso tutelar educativo el interés del menor (su reeducación y no verse sometido a la estigmatización que conlleva el proceso) es preponderante y prevalece sobre cualquier interés del ofendido³¹.

Finalmente, también merece algún comentario la disposición del art. 84.3 LTE según la cual el menor, sus padres, su representante legal o quien ostente su guarda de hecho pueden obtener la cooperación de los servicios de mediación para la elaboración y ejecución del plan de conducta. Este precepto constituye una plasmación concreta de lo dispuesto en el art. 42 LTE, que contempla el recurso a la mediación como principio general del proceso tutelar educativo. No obstante, es necesario matizar cuál es la finalidad o cometido que la Ley le asigna a esta mediación.

En primer lugar, se prevé la colaboración de los servicios de mediación en la elaboración del plan de conducta. Tal finalidad de la mediación es perfectamente adecuada ya que el mediador ayuda a establecer un clima de comunicación informal y respetuosa entre el menor infractor y el ofendido, que posibilita que cada uno conozca y comprenda las circunstancias, las motivaciones y los sentimientos del otro, y con ello la formulación de propuestas de conducta que sean al mismo tiempo reparadoras de los daños causados a la víctima y educativas para el menor. Como señala QUINTANILHA, este encuentro le permite al joven tomar conciencia de la verdadera dimensión de los daños materiales y emocionales causados a la víctima, haciendo crecer en él el deseo de reparar ese mal causado; además, también le permite constatar que a pesar de haber cometido un acto socialmente condenable, se encuentra delante de un técnico, el mediador, que no le juzga, ni le acusa, ni le impone soluciones, sino que le invita a buscar con su colaboración soluciones que restablezcan la paz. A su vez, este encuentro de mediación también le permite a la víctima descubrir un poco las motivaciones, las carencias sociales o la falta de oportunidades que afectan a ese menor, y comprender que éste más que un castigo necesita una medida educativa; además, también le da la satisfacción de sentirse partícipe de la solución de un conflicto que se inició mediante un hecho delictivo cometido contra ella. Por ello, concluye la autora que el momento procesal en el que la mediación puede proporcionar sus mejores frutos es aquel en que

³¹ Véase, MIRANDA RODRIGUES (2008, pp. 198 y 199).

se recurre a ella con vistas a la elaboración del plan de conducta³².

Mayor matización requiere en cambio la posibilidad de recurrir a los servicios de mediación para que colaboren en la ejecución del plan de conducta, por cuanto la mediación, por su propia naturaleza, no puede tener una finalidad fiscalizadora del cumplimiento del plan de conducta presentado por el menor. Por ello, tal disposición sólo se puede interpretar en el sentido de que, si surgen dificultades en la ejecución de este plan, en cuya elaboración hubieren participado los servicios de mediación, éstos podrán ser nuevamente llamados para que ayuden a hacer en dicho plan las aclaraciones o ajustes de contenido que sean necesarios para que se pueda ejecutar de forma satisfactoria para todas las partes implicadas. Pero en todo caso la función de esta mediación seguirá siendo la de facilitar la comunicación entre las partes del conflicto, sin que se transforme en un cometido fiscalizador o de vigilancia del cumplimiento de las medidas previstas en el plan³³, el cual podrá ser llevado a cabo por los servicios de reinserción social³⁴.

Continuando con el análisis del régimen jurídico de la suspensión del proceso, el art. 84.6 LTE fija en un año el plazo máximo de duración de la misma, y le atribuye el efecto de interrumpir el plazo de la instrucción. En cambio, no establece la Ley un plazo mínimo para esta suspensión, en caso de que se acuerde, por lo que se debe entender que la duración de la suspensión la fijará el Ministerio Público en atención al contenido del plan de conducta presentado por el menor y a los objetivos educativos que con él se pretenden alcanzar, aunque, como se deduce de lo dispuesto en el art. 85 LTE, que ahora comentaremos, el término de la suspensión no tiene que coincidir necesariamente con el cumplimiento del plan de conducta.

En otro orden de cosas, también hemos de señalar que, al ser la decisión de suspender el proceso una manifestación del principio de oportunidad que compete al Ministerio Público, no es susceptible de control jurisdiccional, ya que, además, el Ministerio Público no le está imponiendo al menor ninguna medida tutelar ni un plan de conducta, sino que simplemente acepta aquél que el menor le presenta. Ahora bien, pese al silencio legal, entendemos que la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos de los que la Ley hace depender la viabilidad de la suspensión si puede ser objeto de un control jerárquico³⁵.

Por último, el art. 85 LTE regula en qué circunstancias termina la suspensión del proceso y las posibles consecuencias de dicha terminación, en función del grado de cumplimiento del plan de conducta presentado por el menor y de ciertos hechos acaecidos durante el periodo de suspensión. A tal efecto, este precepto distingue varias hipótesis.

³² Véase, QUINTANILHA (2008, pp. 173-175).

³³ Véase, QUINTANILHA (2008, pp. 175 y 176).

³⁴ Véase, MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 199).

³⁵ En este sentido, MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 198).

La primera sería que, una vez concluido el periodo de suspensión que se había fijado, el Ministerio Público constate que el plan de conducta fue cumplido adecuadamente por el menor, en cuyo caso procederá decretar el archivo del proceso. En caso contrario, es decir, si finalizado el periodo de suspensión el menor no cumplió de modo satisfactorio el plan de conducta presentado, lo que procede es la continuación de la fase de instrucción para la práctica de las diligencias a que haya lugar (art. 85.2 LTE). Y la doctrina precisa que la única diligencia que procede en este momento es el requerimiento por el Ministerio Público de apertura de la fase jurisdiccional, estando vedadas tanto la posibilidad de continuar las diligencias instructorias que puedan conducir a una nueva suspensión del proceso, como el archivo del proceso por no estimar necesaria la aplicación de medida tutelar (art. 87.1 c)), puesto que la verificación de que tal necesidad existía efectivamente ya fue un presupuesto para poder acordar en su momento la suspensión. Por esta misma razón, en su requerimiento de apertura de la fase jurisdiccional, el Ministerio Público tampoco podrá proponer al juez el archivo del proceso por no estimar necesaria la aplicación de la medida tutelar, conforme a lo previsto en los arts. 90 e) y 93.1 c) LTE³⁶.

Otra hipótesis que contempla el art. 85.1 LTE es la de que durante el transcurso del plazo de suspensión, el Ministerio Público verifique que el menor imputado no está cumpliendo el plan de conducta. En ese caso, podrá decretar la continuación del proceso, sin esperar al término del plazo de suspensión que había sido fijado, y requerir la apertura de la fase jurisdiccional, no pudiendo, por las razones que acabamos de exponer, decretar el archivo del proceso, ni proponer al juez dicho archivo sobre la base de no estimarse necesaria la aplicación de la medida tutelar.

Finalmente, el art. 85.3 LTE se refiere al supuesto de que durante el periodo de suspensión del proceso se tenga noticia de algún nuevo hecho delictivo imputado al menor, disponiendo que, en tal caso, la instrucción proseguirá, y el objeto del proceso se extenderá a los nuevos hechos delictivos. Una interpretación literal de este precepto nos lleva a la conclusión de que el simple hecho de recibir una nueva *notitia criminis* referida al menor imputado determina que se alce la suspensión del proceso, continuando la instrucción, y ello aunque el menor estuviese cumpliendo satisfactoriamente el plan de conducta presentado. Tal interpretación ha sido defendida por MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA, precisando, sin embargo, que ello no obsta para que el Ministerio Público pueda decretar una nueva suspensión del proceso si verifica que se cumplen los requisitos del art. 84 LTE en relación con los nuevos hechos delictivos imputados al menor³⁷. Por el contrario, MOREIRA FERNANDO entiende que este precepto tan sólo viene a reafirmar lo dispuesto en el art. 34 LTE, que manda acumular en un único proceso los hechos delictivos relativos a cada menor; pero la simple noticia de nuevos hechos delictivos imputados al menor no puede implicar necesariamente la revocación de la suspensión referida a los hechos

³⁶ Véase, MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 200).

³⁷ Véase, MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 201).

originarios, porque, tras la práctica de las diligencias oportunas, todavía se puede concluir que estos nuevos hechos no existieron, que no hay indicios suficientes sobre ellos o que no determinan la necesidad de aplicar al menor una medida tutelar, en cuyo caso no habría razón alguna para revocar aquella suspensión por no haberse puesto en cuestión el éxito del plan de conducta que se estaba desarrollando. Por ello, concluye acertadamente el autor que nada impide que se pueda archivar el proceso en relación con los hechos que determinaron la suspensión (por transcurso del plazo de suspensión y cumplimiento del plan de conducta), continuando en relación con la nueva *notitia criminis*³⁸.

c. Archivo del proceso por el Ministerio Público tras concluir la fase de instrucción (art. 87 LTE)

Si no concurren los requisitos legales para que el Ministerio Público pueda decretar la terminación anticipada del proceso, bien por archivo preliminar o bien por archivo derivado de la previa suspensión (por cumplimiento del plan de conducta), la fase de instrucción se desarrolla hasta el final, pudiendo concluir de dos formas: mediante archivo o mediante requerimiento de apertura de la fase jurisdiccional (art. 86 LTE).

Las causas por las que se puede archivar el proceso en este momento se prevén en el art. 87.1 LTE, el cual, atendiendo al objeto o finalidad que el art. 75.2 LTE le asigna al "*inquérito*", dispone que el Ministerio Público decretará el archivo cuando a la vista de las diligencias practicadas en esta fase llegue a alguna de las siguientes conclusiones: a) que el hecho delictivo no existió; b) que no existen indicios suficientes de su comisión; o, c) que no es necesaria la aplicación de una medida tutelar al menor, pero sólo si el hecho constituye un delito castigado con pena de prisión cuyo límite máximo no exceda de tres años.

Como es sabido, el primer presupuesto indispensable para que se pueda aplicar al menor una medida tutelar es la comisión por este menor de un hecho delictivo ("*a práctica de facto qualificado pela lei como crime*") (art. 1 LTE). Por ello se justifica el archivo del proceso tras la conclusión de la instrucción, ya que ninguna medida tutelar podrá ser aplicada, si, a la vista de las diligencias practicadas, se llega a la conclusión de que el hecho delictivo imputado al menor no existió o que no existen indicios suficientes de su comisión, pues en este último caso opera el principio *in dubio pro reo*.

Pero, como ya se apuntó, el simple dato objetivo de la comisión por el menor de un hecho delictivo tampoco es suficiente por sí solo para aplicarle una medida tutelar, sino que se exige un segundo presupuesto, a saber, que dicha actuación revele la necesidad de educación del menor para el derecho. Por ello, también procede el archivo del proceso cuando, pese a haberse verificado la comisión por el menor del hecho delictivo, el Ministerio Público, a la vista de los informes recabados de los servicios de reinserción social sobre la personalidad y conducta del

³⁸ Véase, MOREIRA FERNANDO (2000, p. 130).

menor y su inserción socioeconómica, educativa y familiar, entienda que no existe tal necesidad de educación y que, en consecuencia, no es necesaria la aplicación de medida tutelar alguna. Estamos, por tanto, ante una nueva manifestación del principio de oportunidad reglada.

No obstante, conviene precisar que el Ministerio Público sólo puede hacer uso de esta facultad de archivar el proceso por esta causa prevista en el apdo. c) del art. 87.1 LTE cuando el hecho delictivo imputado al menor tenga prevista una pena de prisión cuyo límite máximo no exceda de tres años. Si la pena prevista excede de este límite, el Ministerio Público deberá requerir la apertura de la fase jurisdiccional, y en dicho requerimiento podrá exponer las razones por las que entiende que no es necesaria la aplicación de una medida tutelar al menor imputado (art. 90 e) LTE), a efectos de que sea el juez quien, en su caso, y conforme al art. 93.1 e) LTE, decrete el archivo del proceso si está de acuerdo con la propuesta del Ministerio Público³⁹.

Es decir, a la hora de articular las competencias entre el Ministerio Público y el juez en orden a la posible terminación anticipada del proceso al finalizar la instrucción, el legislador se ha guiado por un principio de prudencia. Así, la competencia para apreciar la existencia o no del hecho imputado al menor corresponde en exclusiva y en todo caso al Ministerio Público; lo mismo que la valoración de la necesidad de educación del menor para el derecho, cuando se trate de hechos de reducida gravedad (hechos para los que está prevista una pena de prisión no superior a tres años). En ambos casos, su decisión de archivar el proceso, por entender que falta alguno de estos presupuestos, no es revisable judicialmente, y lo único que cabe es un control por el inmediato superior jerárquico (art. 88 LTE). En cambio, en relación con hechos delictivos más graves, a efectos de poder decretar el archivo del proceso, el legislador ha optado por exigir una doble valoración sobre la necesidad de educación del menor para el derecho, la del Ministerio Público y la del juez, precisamente, por la aparente contradicción que se aprecia entre la existencia verificada del hecho delictivo y la innecesaridad de reeducación del menor. Por ello, en este caso, el Ministerio Público no puede decretar el archivo del proceso pese a entender que no es necesaria la reeducación del menor, sino que deberá exponer las razones de este parecer al juez, siendo éste quien, en su caso, decretará el archivo si concuerda con la propuesta del Ministerio Público.

Por lo demás, como se ha apuntado, el art. 88 LTE establece la posibilidad de control por el superior jerárquico de la decisión del Ministerio Público de archivar el proceso por las causas del art. 87 LTE. Dicho control puede tener lugar de oficio o a instancia de los interesados (el menor, sus padres, su representante legal o la persona que tenga asumida su guarda de hecho), a quienes se les debe notificar la decisión de archivo (art. 87.2 LTE). En virtud de este control, el superior

³⁹ Se exceptúan de esta regla los supuestos en que durante la fase de instrucción se verifique la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 28.2 LTE, en cuyo caso el proceso se archivará con independencia de la pena prevista para los hechos delictivos. Tales circunstancias son: a) que al menor imputado en el proceso tutelar educativo pendiente le fuese aplicada pena de prisión en un proceso penal por un delito cometido por ese menor con edad comprendida entre los 16 y los 18 años; b) que el menor imputado cumpla los 18 años antes de que se resuelva en primera instancia el proceso tutelar educativo.

jerárquico puede determinar la continuación del proceso, bien con la práctica de nuevas diligencias de investigación, que él mismo debe indicar, o bien con la formulación del requerimiento de apertura de la fase jurisdiccional.

2.2. En la fase jurisdiccional

De lo expuesto hasta el momento, se concluye que la apertura de la fase jurisdiccional del proceso tutelar educativo procede cuando el Ministerio Público, a raíz de las diligencias practicadas durante la fase de instrucción, aprecia indicios suficientes sobre la existencia del hecho delictivo imputado al menor así como la necesidad de aplicar a éste una medida tutelar (es decir, la necesidad de “educarle para el derecho”); o bien cuando, existiendo dichos indicios, el hecho delictivo tenga prevista una pena de prisión cuyo límite máximo exceda de tres años de duración, aunque el Ministerio Público no estime tal necesidad de reeducación del menor. En ambos casos, una vez cerrado el “*inquérito*”, el Ministerio Público debe formular el requerimiento de apertura de la fase jurisdiccional con el contenido previsto en el art. 90 LTE⁴⁰.

Recibido este requerimiento, el juez debe, en primer lugar, verificar si existen cuestiones previas que puedan obstar al conocimiento de la causa (por ejemplo, la incompetencia del tribunal, la inadecuación del procedimiento, etc.) (art. 93.1 a) LTE)⁴¹; y, no siendo éste el caso, debe adoptar alguna de las decisiones que prevé el art. 93 LTE, a saber:

a.- Puede decretar el *archivo del proceso*, si concuerda con el parecer expresado por el Ministerio Público en el requerimiento de apertura de la fase jurisdiccional en el sentido de no estimar necesaria la aplicación de una medida tutelar al menor infractor (art. 93.1.b) LTE).

b.- Puede acordar la celebración de *audiencia preliminar*, determinando el día para la celebración de la misma, si, habiendo sido requerida por el Ministerio Público la aplicación de una medida no institucional (es decir, cualquiera de las medidas previstas en el art. 4.1 LTE, salvo la de internamiento en centro educativo), entiende que la naturaleza y gravedad de los hechos, la

⁴⁰ Conforme al art. 90 LTE, “el requerimiento para apertura de la fase jurisdiccional contiene: a) La identificación del menor, sus padres, representante legal o quien tenga su guarda de hecho; b) La descripción de los hechos, incluyendo, cuando sea posible, el lugar, el tiempo y la motivación de su práctica y el grado de participación del menor; c) La calificación jurídico-criminal de los hechos; d) La indicación de conductas anteriores, contemporáneas o posteriores a los hechos y de las condiciones de inserción familiar, educativa y social que permitan evaluar la personalidad del menor y la necesidad de la aplicación de medida tutelar; e) La indicación de la medida a aplicar o de las razones por las que se hace innecesaria; f) Los medios de prueba; g) La fecha y firma”.

⁴¹ Recordemos que la competencia para conocer de esta fase jurisdiccional corresponde al *Tribunal de familia e menores* (art. 28.1 b) LTE), y en aquellas localidades situadas fuera del área de competencia de estos tribunales, sus competencias son asumidas por el *Tribunal de comarca*, que se constituye a estos efectos en *Tribunal de familia e menores* (art. 29 LTE). Tanto uno como el otro funcionan con un solo juez, salvo en los procesos en que esté en juego la aplicación de una medida de internamiento, en cuyo caso en la fase jurisdiccional actuará un tribunal constituido por el juez del proceso, que lo preside, y dos jueces sociales (art. 30 LTE).

urgencia del caso o la medida propuesta justifican un tratamiento abreviado (art. 93.1 c) LTE).

c.- Por último, si no concurre ninguna de las circunstancias expresadas en los apartados anteriores, el juez debe ordenar la continuación del proceso, y lo que procede es la celebración de la *audiencia* en los términos previstos en los arts. 115 a 120 LTE (art. 93.2 LTE)⁴². Esta audiencia también se celebrará cuando “fracase” la audiencia preliminar, es decir, cuando en ella no se consiga el consenso sobre la medida tutelar propuesta por el Ministerio Público o sobre la propuesta por el propio juez (si considera que la propuesta por aquél es desproporcionada o inadecuada), y éste entienda que todavía no dispone de los elementos necesarios para poder tomar una decisión sobre cuál es la medida tutelar que procede aplicar al menor (arts. 104.5 b) y 115 LTE).

Pues bien, analizando la regulación que hace la LTE de estas diversas posibilidades u opciones que se le plantean al juzgador en la fase jurisdiccional del proceso, encontramos en ella dos importantes manifestaciones del principio de oportunidad reglada, que pasamos a estudiar, y con las que se pretende sustraer cuanto antes al menor del ámbito judicial, evitándole la estigmatización que el proceso conlleva. A la primera ya nos referimos en el epígrafe anterior, y consiste en el archivo del proceso por el juez cuando concuerde con el parecer del Ministerio Público en el sentido de no estimar necesaria la aplicación al menor de medida tutelar alguna; la segunda es el posible consenso o conformidad del menor sobre la medida propuesta por el Ministerio Público o, en su caso, por el propio juez en los términos del art. 104 LTE.

a. Archivo del proceso por el juez (art. 93 LTE)

Como ya se expuso anteriormente, cuando en la instrucción se haya constatado la existencia del hecho delictivo imputado al menor y éste tenga prevista una pena de prisión cuyo límite máximo exceda de tres años de duración, el Ministerio Público no puede decretar el archivo del proceso, aunque a su juicio no exista la necesidad de aplicar al menor una medida tutelar. En tal caso, dada la gravedad de los hechos, el legislador ha optado por exigir, a efectos de decretar este archivo, una doble valoración sobre la necesidad de educación del menor para el derecho, la del Ministerio Público y la del juez; y ello, precisamente, por la aparente contradicción que se aprecia entre la existencia verificada del hecho delictivo que se le imputa y la innecesidad de reeducación del menor.

⁴² De la regulación que hace la LTE, se deduce que procede celebrar la audiencia en los siguientes casos: a) cuando el Ministerio Público en su requerimiento de apertura del juicio oral, en lugar de proponer la aplicación de una medida tutelar, expone razones por las que considera que ésta no es necesaria y el juez no concuerda con este parecer; b) cuando, aun habiendo sido propuesta por el Ministerio Público la aplicación de una medida tutelar no institucional, el juez considera que “la naturaleza y gravedad de los hechos, la urgencia del caso o la medida propuesta” no justifican un tratamiento abreviado; y, c) cuando el Ministerio Público hubiese requerido la aplicación de la medida de internamiento en un centro educativo, es decir, una medida institucional. En este sentido, véase, D’ALMEIDA RAMIÃO (2007, p. 141); MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 207).

Por ello, en tal situación, el Ministerio Público debe requerir necesariamente la apertura de la fase jurisdiccional, aunque en tal requerimiento, en lugar de proponer la aplicación de una determinada medida tutelar, puede exponer las razones por las que entiende que no es necesaria medida alguna (art. 90 e) LTE). A la vista de tal requerimiento, será el juez quien, en su caso, podrá decretar el archivo del proceso si concuerda con el Ministerio Público en el sentido de que no es necesaria la aplicación de medida tutelar alguna a ese menor imputado (art. 93.1 b) LTE).

Por el contrario, si atendiendo a las actuaciones practicadas y a los informes existentes sobre la conducta e inserción familiar, social y educativa del menor, el juez discrepa de este parecer del Ministerio Público, ordenará la continuación del proceso, dando lugar a la celebración de la audiencia conforme a lo previsto en los arts. 115 a 120 LTE.

En este caso, lo que procede es la celebración de la “audiencia” y no de la “audiencia preliminar” porque, como veremos, ésta es fundamentalmente un espacio de consenso sobre la medida tutelar que se deba aplicar al menor, por lo que carece de sentido al no haber formulado el Ministerio Público propuesta de medida alguna sobre la que consensuar, sino haberse limitado a exponer las razones por las que considera que ésta es innecesaria (art. 90 e) LTE)⁴³.

b. Aplicación consensuada de la medida tutelar propuesta por el Ministerio Público o por el juez (art. 104 LTE)

Si, como establece el art. 93.1 c) LTE, el Ministerio Público requiere la aplicación al menor de una medida no institucional, y el juez considera que la naturaleza y gravedad de los hechos, la urgencia del caso o la medida propuesta lo justifican, acordará la celebración de la audiencia preliminar en los términos previstos en los arts. 94 a 114 LTE⁴⁴.

En esta audiencia preliminar es obligatoria la participación del Ministerio Público y del defensor del menor (art. 101.1 LTE). Además, también serán convocados a ella el menor, sus padres, su representante legal o quien tenga asumida su guarda de hecho, el ofendido y cualquier otra persona cuya participación sea necesaria para asegurar las finalidades de la audiencia (por ejemplo, testigos, peritos, técnicos de los servicios de reinserción social, etc.) (art. 101.2 LTE). No obstante, de oficio o a instancia de parte, el juez puede dispensar la comparecencia del menor o de cualquier otra persona u oírlos separadamente, si el interés del menor lo justifica (art. 101.3 LTE). Por tanto, hemos de entender que, salvo que exista esta dispensa, cuya procedencia debe ser valorada por el juez en el caso concreto y en base únicamente al interés del menor, todas estas personas deben ser convocadas a la audiencia preliminar y tienen la obligación de asistir a la misma.

⁴³ Véase, D’ALMEIDA RAMIÃO (2007, p. 141); MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 207).

⁴⁴ Como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley (apdo. 23), la audiencia preliminar pretende constituir simultáneamente “un espacio de saneamiento del proceso, de consenso y de desformalización”.

En el caso concreto del menor imputado, si no comparece a la audiencia sin estar dispensado para ello, ésta debe ser aplazada, y los padres, el representante legal o quien tenga asumida su guarda de hecho deben presentar un justificante de la causa que motivó la incomparecencia, en el que además se especifique la duración probable de tal impedimento; y si el motivo de la incomparecencia es una enfermedad, debe acompañarse certificado médico (art. 102 LTE). Además, el art. 103 LTE prevé incluso la posibilidad de que el juez decrete la detención del menor si fuese necesario para asegurar la celebración de la audiencia. No obstante, este precepto debe interpretarse en relación con el art. 51.2 LTE, de modo que tal detención solo procede cuando la comparecencia del menor no pueda ser asegurada por sus padres, su representante legal o la persona que tenga su guarda de hecho.

A su vez, si alguna de las demás personas convocadas a la audiencia preliminar de acuerdo con el art. 101.2 LTE no comparece a la misma, no habiendo sido dispensada su asistencia, y siendo su presencia necesaria para la finalidad de la audiencia, se aplicará subsidiariamente el art. 331 del *Código de Processo Penal*, pudiendo por tanto aplazarse la audiencia si la simple interrupción de la misma no es suficiente para conseguir la comparecencia de aquéllos⁴⁵; todo ello si perjuicio de las sanciones en que puedan incurrir los ausentes conforme a lo dispuesto en el art. 116 del mismo cuerpo legal.

Habiéndose podido reunir a todos los intervinientes que exige la Ley, se abre la audiencia preliminar y el juez debe exponer cuál es el objeto y finalidad de este acto, y lo debe hacer en un lenguaje simple, claro y adaptado a la edad y grado de desarrollo del menor, de modo que éste lo pueda comprender (art. 104.1 LTE).

A continuación, la audiencia se dirige, en primer lugar, a intentar obtener el consenso de los intervinientes sobre la aplicación de la medida tutelar propuesta por el Ministerio Público, siempre que el juez considere que dicha medida es adecuada y proporcionada. Si se alcanza este acuerdo, el juez homologa la medida propuesta. Pero la búsqueda del consenso no termina aquí, porque, si este primer intento fracasa, puede el juez intentar el consenso sobre otra medida que él mismo considere adecuada, salvo la de internamiento. Tanto en un caso como en el otro, el juez puede suspender la audiencia por un plazo no superior a treinta días y requerir la intervención de los servicios de mediación para que colaboren en la obtención de tales acuerdos (art. 104.3 b) LTE). Pero analicemos más detenidamente ambas posibilidades.

a.- *Consenso sobre la medida propuesta por el Ministerio Público* (art. 104.2 LTE). Como acabamos de decir, si el juez considera que la medida tutelar propuesta por el Ministerio Público en su requerimiento de apertura de la fase jurisdiccional es adecuada y proporcionada, intentará alcanzar el consenso sobre dicha medida. Para ello, el juez debe interrogar al menor y preguntarle si acepta la medida propuesta por el Ministerio Público; a su vez, también debe oír sobre la

⁴⁵ Véase, D'ALMEIDA RAMIÃO (2007, p. 150).

propuesta a los padres o al representante legal del menor, a su defensor y, si estuviese presente, al ofendido (art. 104.2 LTE).

Si se logra el acuerdo de todos, el juez homologa la propuesta del Ministerio Público (art. 104.4 LTE). Como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley (apdo. 23), las razones que avalan esta solución son, por un lado, la de no prolongar el contacto del menor con el sistema de justicia, y, por otro, la de, una vez introducido el asunto en juicio, confiar al juez la última decisión sobre la justicia y proporcionalidad de la solución.

Cabe destacar que, para que esta solución sea viable, la Ley exige el consenso “de todos”, lo que se ha de interpretar en el sentido de que la medida tutelar propuesta por el Ministerio Público debe contar con el beneplácito no sólo del menor, sino también de sus padres o su representante legal, de su defensor y, si estuviese presente, también del ofendido⁴⁶.

b.- *Consenso sobre la medida propuesta por el juez* (art. 104.3 LTE). Si el anterior intento del juez de buscar el consenso sobre la medida propuesta por el Ministerio Público no tiene éxito, puede intentar el acuerdo sobre otra medida que él mismo considere adecuada, salvo la medida tutelar de internamiento. Por tanto, esta solución permite que el juez, aun estando de acuerdo con la medida propuesta por el Ministerio Público, al considerarla adecuada y proporcionada, proponga él otra medida que estime también adecuada en un último intento por alcanzar el acuerdo de todos sobre la medida que se debe aplicar al menor infractor. Si esta medida propuesta por el juez obtiene el consenso de todos, es decir, del Ministerio Público, del menor y sus padres o su representante legal, de su defensor y, si estuviere presente, también del ofendido, el juez la aplicará (art. 104.4 LTE).

Se observa, pues, que el legislador portugués ha llegado lo más lejos posible en su intento por conseguir la aplicación consensuada de la medida tutelar al menor infractor, por entender que las soluciones consensuadas siempre son más educativas y menos estigmatizantes que las impuestas; y en este intento incluso prevé la posibilidad de que el juez acuerde la suspensión de la audiencia por un plazo no superior a treinta días, a efectos de que intervengan los servicios de mediación y colaboren en alcanzar estos acuerdos (art. 104.3 b) LTE).

Pero la duda que se plantea inmediatamente es, ¿cuál es el cometido de la intervención de los servicios de mediación en este momento? Podría pensarse que su función se limita a hacer que los intervinientes en la audiencia preliminar valoren la virtualidad y eficacia de la medida propuesta por el Ministerio Público o por el juez para lograr la reeducación del menor, e intentar así que se adhieran a ella. Pero, si bien se observa, esto no sería una verdadera mediación, porque el mediador no estaría colaborando en la construcción de una solución participada por los

⁴⁶ Véase, D'ALMEIDA RAMIÃO (2007, p. 153). En sentido contrario parecen pronunciarse MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 219), al referirse únicamente al necesario acuerdo del Ministerio Público, del juez y del menor.

intervinientes, sino únicamente intentando que éstos se adhieran a una solución ya predefinida, la propuesta de medida tutelar del Ministerio Público o del juez. Por ello, QUINTANILHA sostiene que la intervención de los servicios de mediación en este momento del proceso debe ir más allá, deben colaborar en la definición del contenido concreto de la medida propuesta. Es decir, puesto que la LTE tipifica las medidas tutelares en abstracto, sin detallar su contenido, se trataría de que los intervinientes colaborasen en la determinación del contenido de la medida propuesta con el auxilio del mediador, a efectos de que pueda ser aceptada por todos. Por ejemplo, si el Ministerio Público o el juez proponen la medida prevista en el art. 4.1 f) LTE (imposición de obligaciones), consistente en imponer al menor la obligación de frecuentar una actividad en un club juvenil, y éste no la acepta o no acepta sus condiciones, a través de la mediación se podría llegar a un consenso sobre otra actividad que pueda ser adecuada o sobre la duración, horarios y demás condiciones de dicha actividad, de modo que todos los intervinientes la acepten. Por ello, concluye la autora que las posibilidades de la mediación en la audiencia preliminar se agotan en estos dos cometidos: o como momento de reflexión en cuanto a la medida propuesta, o como forma de determinación del contenido de dicha medida⁴⁷.

Finalmente, si a pesar de todos estos intentos, no se consigue el consenso sobre la medida propuesta por el Ministerio Público o por el juez, o si éste hubiese considerado desproporcionada o inadecuada la medida propuesta por aquél, continuará la tramitación de la audiencia preliminar, procediéndose, conforme a lo dispuesto en los arts. 105 a 107 LTE, a la práctica de los medios de prueba que hubiesen sido presentados por las partes⁴⁸; y, tras ella, a la formulación de las alegaciones o conclusiones a que se refiere el art. 109 LTE⁴⁹. Significa esto que, pese a verse frustrada la finalidad última que se persigue en la audiencia preliminar, que es la aplicación al menor infractor de una medida tutelar consensuada, debe seguirse esta tramitación simplificada

⁴⁷ Véase, QUINTANILHA (2008, p. 177).

⁴⁸ Según el art. 105 LTE, para la formación de la convicción del tribunal y para la fundamentación de su decisión, serán válidas únicamente las pruebas practicadas o examinadas en la audiencia, exceptuándose de esta regla las pruebas contenidas en actos procesales cuya lectura sea permitida en la audiencia. A estos efectos, el art. 106 LTE permite la lectura en la audiencia de autos de cualquier fase del proceso tutelar que no contengan declaraciones del menor o de sus padres, representante legal o de quien tenga su guarda de hecho; la lectura de las declaraciones anteriormente prestadas por éstos sólo está permitida si ellos mismos lo piden o no manifiestan su oposición, o cuando hayan sido prestadas ante la autoridad judicial. Finalmente, el art. 107 LTE dispone que en esta audiencia preliminar el menor, sus padres, su representante legal o quien tenga su guarda de hecho serán oídos por el juez. A tal efecto, si el interés del menor no lo desaconseja, y fuese solicitado, el juez puede autorizar que el Ministerio Público y el defensor del menor interroguen directamente a los padres, al representante legal o a quien tenga la guarda de hecho del menor, lo mismo que harán, en todo caso, con los testigos, los peritos y los consultores técnicos que intervengan en la audiencia.

⁴⁹ De acuerdo con este precepto, una vez practicada la prueba, el juez concede la palabra al Ministerio Público y al defensor del menor para que formulen alegaciones por un plazo de treinta minutos cada uno, que se podrá prorrogar por otros quince minutos, si la complejidad de la causa lo justifica. Además, de oficio o a instancia de parte, el juez también puede oír, hasta el cierre de la audiencia, al menor y a sus padres, representante legal o a quien tenga su guarda de hecho.

del proceso, pero respetándose en todo caso la vigencia del principio de contradicción.

Y, llegados a este punto, el art. 104.5 LTE prevé dos posibles soluciones, según las circunstancias del caso concreto, a saber, que el juez emita su decisión sobre cuál es la medida tutelar que, en su caso, proceda aplicar al menor⁵⁰, si considera que el proceso ya contiene todos los elementos necesarios para decidir; y, si no es así, que el juez acuerde la continuación del proceso, dando lugar a la celebración de la audiencia, conforme a lo previsto en los arts. 115 a 120 LTE⁵¹.

Concluyendo. De todo lo expuesto, se aprecia que el legislador portugués ha querido dotar a esta audiencia preliminar de una configuración extraordinariamente abierta y flexible, que permite al juez adaptarla a las exigencias del caso concreto y, sobre todo, agotar todas las posibilidades en la búsqueda del consenso sobre la aplicación al menor de una medida tutelar educativa. En este sentido, MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA destacan que esta audiencia preliminar va desde una sesión extremadamente informal y abreviada dirigida a la obtención del acuerdo del menor sobre la medida propuesta por el Ministerio Público, con la cual el juez está de acuerdo, pasando por otra sesión, igualmente informal y abreviada, en la que también se busca el consenso del Ministerio Público sobre la medida tutelar propuesta por el juez, hasta una sesión formal y más compleja en la que, asegurándose la práctica contradictoria de la prueba, el juez decide cuál es la medida tutelar que procede aplicar⁵².

2.3. En la fase de ejecución de la medida. Revisión de las medidas tutelares aplicadas

La vigencia del principio de oportunidad reglada no se agota en la fase declarativa del proceso tutelar educativo, sino que sigue rigiendo durante la fase de ejecución de las medidas aplicadas, ya que éstas se dirigen a dar respuesta a las necesidades educativas del menor, y por tanto deben adaptarse a la realidad de las mismas en cada momento.

Conforme al art. 7.1 LTE, la medida tutelar debe ser proporcionada a la gravedad del hecho y a la necesidad de educación del menor para el derecho manifestada en la práctica del hecho y subsistente en el momento de la decisión. Significa esto que, dada la finalidad educativa de las medidas tutelares, a la hora de decidir sobre la que procede aplicar, el juez debe atender a las necesidades educativas actuales del menor, es decir, a las existentes en el momento de adoptar la decisión, y no a las que podían existir en el momento en que cometió el hecho delictivo. Por esta

⁵⁰ Recordemos que, de acuerdo con el art. 110.3 b) LTE, esta decisión del juez puede ser de archivo (si finalmente no se consiguen probar los hechos delictivos imputados al menor, o se concluye que no es necesaria la aplicación de la medida tutelar educativa) o de aplicación de la medida tutelar que proceda.

⁵¹ Apunta D'ALMEIDA RAMIÃO (2007, p. 153) que el juez también debe acordar la continuación del proceso y la consiguiente celebración de la audiencia cuando, a la vista de la prueba practicada en la audiencia preliminar, entienda que la medida que procede aplicar es la de internamiento, porque dicha medida no puede ser aplicada sin que se haya celebrado la audiencia.

⁵² Véase, MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 220).

misma razón, dado que la personalidad del menor está en formación y evoluciona rápidamente, puede suceder que durante la ejecución de la medida aplicada, ya sea como consecuencia de ésta o de la concurrencia de otras circunstancias, se alteren sensiblemente, por exceso o por defecto, las necesidades educativas que existían en el momento de la decisión y que determinaron la aplicación de dicha medida, por lo que se hace necesario adaptar ésta a esas nuevas necesidades educativas.

A tal efecto, la Ley regula en los arts. 136 a 139 el mecanismo de la *revisión de medidas tutelares*, que constituye una clara manifestación del principio de oportunidad reglada, y que permite llevar a cabo una evaluación periódica de las necesidades educativas del menor durante la ejecución de la medida y, en su caso, adaptar ésta a tales necesidades actualizadas. Para ello, el art. 131.1 LTE impone a las entidades encargadas de acompañar y asegurar la ejecución de las medidas tutelares la obligación de informar al tribunal en los términos y con la periodicidad establecidos en la Ley o, en su defecto, determinados por el propio tribunal, sobre la ejecución de la medida aplicada y sobre la evolución del proceso educativo del menor, así como siempre que verifiquen la concurrencia de circunstancias susceptibles de fundamentar la revisión de las medidas⁵³.

Veamos, pues, cuál es el régimen jurídico de la revisión de las medidas tutelares.

a. Presupuestos, modalidades y periodicidad de la revisión (arts. 136 y 137 LTE)

1º.- *Presupuestos de la revisión (art. 136 LTE)*. El art. 136 LTE establece las causas o presupuestos que determinan la necesidad de revisar las medidas tutelares que están en ejecución porque revelan un desajuste o inadecuación de tales medidas ante nuevas circunstancias sobrevenidas o ante las necesidades educativas actuales del menor. A ellas hay que añadir el simple transcurso de ciertos periodos de tiempo de ejecución, que se regulan en el art. 137 LTE, y a los que luego nos referiremos.

Como se puede observar, las causas de revisión previstas en el art. 136 LTE obedecen, básicamente, a tres órdenes de razones, a saber, la imposibilidad de ejecución de la medida, imputable o no al menor; la insuficiencia de la medida ante la evolución de las necesidades educativas del menor; o bien, el carácter excesivo de la medida aplicada a la vista de tal evolución. Más en concreto, estas causas de revisión son las siguientes (art. 136.1 LTE):

⁵³ A este respecto, cabe recordar que, conforme al art. 130.2 LTE, salvo en los casos en que la entidad encargada de acompañar y asegurar la ejecución de la medida tutelar está determinada por la ley (como es el caso de las medidas de acompañamiento educativo o internamiento en centro educativo, cuya ejecución está encomendada al Instituto de Reinserción Social [IRS], véase, arts. 16.4 y 142 y 144, 149 y 150 LTE, respectivamente), el tribunal puede encargar de su ejecución a un servicio público, institución de solidaridad social, organización no gubernamental, asociación, club deportivo, y cualquier otra entidad, pública o privada, o persona, a título individual, considerados idóneos.

a.- *La ejecución ha devenido imposible por un hecho no imputable al menor.* Esto sucede, por ejemplo, si durante la ejecución de la medida de “prestación de tareas en beneficio de la comunidad”, consistente en el deber del menor de realizar una actividad en favor de una ONG (art. 12.1 LTE), ésta se extingue de forma inesperada.

b.- *La ejecución de la medida se ha vuelto excesivamente onerosa o gravosa para el menor.* Tal sería el caso en que la referida actividad que el menor debe realizar en favor de una ONG, en cumplimiento de la medida de “prestación de tareas en beneficio de la comunidad”, aun respetando los límites temporales y horarios que determina el art. 12 LTE, perjudicase seriamente el rendimiento escolar del menor.

c.- *En el curso de la ejecución, se produce un desajuste de la medida en relación con las necesidades educativas del menor, de modo que frustra manifiestamente su finalidad.* Señalan MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA que esta causa de revisión existiría, por ejemplo, en el supuesto de que durante la ejecución de la medida de “reparación al ofendido”, en virtud de la cual el menor debe realizar una actividad en beneficio de éste (art. 11.1 c) LTE), el ofendido aprovecharse para intentar humillar constantemente al menor como forma de venganza personal, pues, en tal caso, se frustrarían los fines educativos de la medida⁵⁴.

d.- *La continuación de la ejecución de la medida se revela innecesaria en atención a los progresos educativos alcanzados por el menor.* Es decir, cuando, en virtud de la medida aplicada, las necesidades educativas del menor quedan satisfechas antes de lo previsto, por lo que, una vez cumplida su finalidad, resulta innecesario que continúe la ejecución de la medida hasta que concluya el tiempo de duración que se había fijado inicialmente.

e.- *El menor se coloca intencionadamente en situación que hace inviable el cumplimiento de la medida.* Tal sería el caso del menor que se fuga o se encuentra en paradero desconocido para no tener que cumplir la medida que se le ha impuesto.

f.- *El menor ha violado, de modo grave o persistente, los deberes inherentes al cumplimiento de la medida.* Es decir, cuando el menor, de forma injustificada, incumple reiteradamente o de forma prolongada los deberes que integran el contenido de la medida que se le ha aplicado. Por ejemplo, porque no asiste a las actividades propias de los programas formativos que deba frecuentar, conforme a lo previsto en el art. 15 LTE.

g.- *El menor con más de 16 años comete un hecho delictivo*⁵⁵. A pesar de la literalidad de la Ley, la causa de revisión de la medida tutelar no es el dato objetivo de la comisión de un hecho delictivo

⁵⁴ Véase, MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 256).

⁵⁵ Esta causa de revisión de las medidas tutelares no estaba prevista en el proyecto de la LTE, sino que fue introducida en los debates parlamentarios, a propuesta del grupo parlamentario de Partido Socialista (PS).

por parte de un menor con más de 16 años, ni siquiera que ese menor esté imputado en un proceso penal por tal hecho, sino la condena por la comisión de ese hecho, ya que se produciría una concurrencia o interactividad entre la medida tutelar y la pena, que puede obligar a la revisión de aquélla. Es decir, si el menor con más de 16 años comete un hecho delictivo mientras está cumpliendo una medida tutelar, se le enjuiciará conforme a la ley, pudiendo ser absuelto o condenado. Si resulta absuelto, no hay lugar a la revisión de la medida tutelar, sino que ésta se sigue cumpliendo en los términos legales; en cambio, si resulta condenado, se produce esa concurrencia de medida tutelar y pena, que puede hacer necesaria la revisión de la primera.

Tal concurrencia o interactividad entre medida tutelar y pena está actualmente regulada con detalle en los arts. 23 a 26 LTE en función de diversos factores, como son el tipo de pena aplicada y de medida tutelar en ejecución, el carácter compatible o no de las mismas, y, en consecuencia, la posibilidad o no de ejecución cumulativa o simultánea de una y otra; siendo en estos casos de ejecución incompatible cuando se justifica la revisión de la medida tutelar.

En este sentido, el art. 23 LTE establece la regla general según la cual este menor en cuestión debe cumplir cumulativamente las medidas tutelares y las penas que le sean aplicadas, siempre que sean compatibles entre sí, por lo que, en tal caso, no procede revisión alguna de la medida tutelar que se está ejecutando. A su vez, el art. 24.1 LTE dispone, en consecuencia, que cesa la ejecución de las medidas tutelares cuando el joven mayor de 16 años sea condenado a pena de prisión efectiva, salvo la de aquellas medidas que sean compatibles con la pena de prisión en los términos del apartado 2 de este mismo artículo⁵⁶.

En otro orden de cosas, también puede ser necesario proceder a la revisión de la medida tutelar en ejecución cuando al menor con más de 16 años que la está cumpliendo se le aplique la prisión preventiva, produciéndose así una interactividad entre ambas. En tal caso, habrá que atender a lo dispuesto en el art. 27 LTE. Según este precepto, la aplicación de la prisión preventiva no perjudica la ejecución cumulativa de una medida tutelar no institucional que esté cumpliendo o se le aplique al joven, siempre que sea compatible con la prisión (art. 27.1 LTE)⁵⁷. Por el contrario, tratándose de medidas tutelares no institucionales incompatibles con la prisión, su ejecución no se iniciará o, en su caso, se interrumpirá en el momento en que se ordene la prisión (art. 27.3

⁵⁶ El art. 24.2 LTE dispone que, tratándose de las medidas de amonestación, de reparación al ofendido en la modalidad de compensación económica o de prestaciones económicas a favor de la comunidad, su ejecución no cesa con la condena a pena de prisión efectiva en los casos en que la situación concreta del joven, durante la ejecución de la pena, le garantice disponibilidades económicas bastantes para satisfacer los encargos resultantes del cumplimiento de las medidas.

⁵⁷ En este sentido, el propio art. 27.2 LTE declara expresamente que la ejecución de las medidas de amonestación, de reparación al ofendido en la modalidad de compensación económica o de prestaciones económicas a favor de la comunidad es compatible con la prisión preventiva, salvo en los casos en que la situación concreta del joven no le permita disponibilidades económicas bastantes para satisfacer los encargos resultantes del cumplimiento de las medidas.

LTE). A su vez, a la posible concurrencia de una medida tutelar de internamiento en centro educativo con la prisión preventiva nos referiremos inmediatamente al comentar las disposiciones del art. 136.2 LTE.

Además de las causas de revisión de las medidas tutelares que acabamos de analizar, el art. 136.2 LTE regula más en concreto tres supuestos en que es obligatorio revisar la medida de internamiento en centro educativo, a efectos de evaluar si es o no necesaria su ejecución, por producirse una situación de concurrencia o interactividad de esta medida con las denominadas “*penas de sustitución detentivas*” o privativas de libertad (pena de internamiento en centro de detención, pena de colocación por días libres en centro de detención y pena de colocación en centro de detención en régimen de semi-internado) (art. 25 LTE)⁵⁸, o con la prisión preventiva (art. 27 LTE). Tales supuestos son los siguientes:

a.- *Cuando la pena o medida tutelar deba ser ejecutada en los términos del art. 25 LTE.* En concreto, parece referirse el legislador al supuesto previsto en el art. 25.3 LTE, es decir, cuando al joven mayor de 16 años le sea aplicada una medida tutelar de internamiento en centro educativo en régimen abierto o semiabierto mientras está cumpliendo una de estas penas de sustitución detentivas, porque, en tal caso, la ejecución de la medida tutelar sólo se inicia después del cumplimiento de la pena. De ahí que sea necesario revisarla antes del inicio de su ejecución a efectos de evaluar si todavía es necesaria dicha ejecución⁵⁹.

Por el contrario, no parece que sea obligatoria la revisión de la medida tutelar de internamiento en régimen cerrado que se le aplica a un joven mayor de 16 años que esté cumpliendo una pena de sustitución detentiva, porque, en tal caso, la pena cesa en cuanto el tiempo que falta de cumplimiento sea igual o inferior al de duración de la medida tutelar cuya ejecución se inicia en ese momento (art. 25.4 LTE). Por la misma razón, tampoco es obligatoria la revisión de la medida tutelar de internamiento en centro educativo en el supuesto contemplado en el art. 25.1 LTE, es decir, cuando el joven mayor de 16 años está cumpliendo dicha medida en el momento en que se

⁵⁸ Las denominadas “*penas de sustitución*” se han instaurado con el objetivo de evitar los efectos perniciosos que producen las penas cortas de prisión de cumplimiento continuado. Por ello, el Código Penal portugués prevé la posibilidad de sustituir esas penas de prisión cortas por otro tipo de penas. Tales penas de sustitución pueden ser detentivas o no detentivas, es decir, privativas de libertad o no. Entre las primeras, el Código Penal contempla la *prisión por días libres*, que consiste en una privación de libertad por periodos correspondientes a los fines de semana, sin que pueda exceder de 18 periodos (art. 45 CP); y el *régimen de semidetención*, que consiste en una privación de libertad que permita al condenado proseguir con su actividad profesional normal, su formación profesional o sus estudios, en virtud de salidas estrictamente limitadas al cumplimiento de tales obligaciones (art. 46 CP). A su vez, la pena de sustitución no detentiva es fundamentalmente la de *multa* (art. 47 CP), que, a requerimiento del condenado puede ser sustituida, a su vez, por *días de trabajo* en establecimientos, oficinas u obras del Estado o de otras personas colectivas de derecho público o incluso instituciones particulares de solidaridad social. Véase, BESSA PACHECO y BESSA PACHECO (2002, p. 333).

⁵⁹ En este sentido, véase, D’ALMEIDA RAMIÃO (2007, pp. 187 y 188); MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 257).

le aplica una pena de sustitución detentiva, pues, en tal caso, la ejecución de la pena sólo se inicia después del cumplimiento de la medida tutelar.

b.- *Cuando fuese aplicada prisión preventiva a joven mayor de 16 años que está cumpliendo medida tutelar de internamiento.* Es la hipótesis prevista en el art. 27.5 LTE. De acuerdo con este precepto, la aplicación de la prisión preventiva no determina la interrupción de la ejecución de la medida de internamiento, pero el menor es colocado o mantenido en un centro educativo de régimen cerrado por el tiempo correspondiente a la prisión preventiva, y su término no afecta a la continuación de la medida tutelar por el tiempo que falte.

Esto significa que si al joven mayor de 16 años que está cumpliendo una medida tutelar de internamiento en régimen abierto o semiabierto se le aplica una prisión preventiva, se modifica el régimen de ejecución de la medida tutelar, pasando a régimen cerrado durante el tiempo de cumplimiento de la prisión preventiva; y, una vez terminada ésta, el joven debe seguir cumpliendo la medida tutelar de internamiento por el tiempo que falte, pero de nuevo en el régimen abierto o semiabierto. Pues bien, es en este momento cuando es obligatorio revisar la medida tutelar de internamiento, antes de que el joven retorne al centro educativo en régimen abierto o semiabierto, a efectos de evaluar si subsiste la necesidad de continuar su ejecución.

c.- *Cuando en los casos previstos en el art. 27.6 LTE, el joven fuese absuelto.* Se refiere este precepto al supuesto inverso al que acabamos de analizar, es decir, a aquél en que se le aplica una medida tutelar de internamiento en centro educativo al joven mayor de 16 años que está cumpliendo prisión preventiva. En tal caso, se dispone que la ejecución de la medida tutelar depende del resultado del proceso penal en cuyo curso se adoptó la prisión preventiva, procediéndose a la revisión de la medida si el joven fuese absuelto. Es decir, que si el joven resulta absuelto en el proceso penal, la ejecución de la medida tutelar de internamiento que tiene pendiente sólo se iniciará después de revisada y evaluada la necesidad actual de su ejecución.

2º.- *Modalidades y periodicidad de la revisión (art. 137 LTE).* El art. 137.1 LTE contempla tres modalidades de revisión de las medidas tutelares educativas: a) la revisión de oficio por el juez; b) la revisión a requerimiento del Ministerio Público, del menor, de sus padres, del representante legal, de quien tenga asumida su guarda de hecho, o de su defensor; y, c) la revisión a propuesta de los servicios de reinserción social.

A su vez, en los apartados siguientes, este precepto también establece condicionantes y una periodicidad distintos para cada una de estas modalidades de revisión de las medidas. Veámoslos.

a.- *Revisión de oficio.*- La revisión de oficio de la medida tutelar puede tener lugar en cualquier momento desde su aplicación, pero además, la Ley establece la obligatoriedad de llevar a cabo esta revisión una vez transcurrido un año desde el inicio de la ejecución de la medida, desde su anterior revisión o desde que se hubiese dictado la decisión que aplica la medida si todavía no se

hubiese iniciado su ejecución (art. 137.2 LTE)⁶⁰. Con ello, se pretende que se evalúe periódicamente la adecuación de la medida a las necesidades educativas reales y actualizadas del menor a efectos de realizar, en su caso, las adaptaciones o ajustes que sean procedentes conforme a lo dispuesto en los arts. 138 y 139 LTE, que luego analizaremos.

Esta revisión obligatoria de periodicidad anual se aplica a cualquier medida tutelar educativa, salvo la de internamiento en centro educativo en régimen semiabierto o cerrado, para la cual el art. 137.4 LTE reduce a la mitad este plazo de revisión, estableciéndolo en seis meses a contar desde el inicio de su ejecución o de la anterior revisión. Esto se explica porque estos regímenes de internamiento son los que imponen al menor unas restricciones más severas en su autonomía de decisión y de conducta, por lo que es necesario revisar su ejecución con mayor regularidad para adecuarlas a la situación actual del menor y a su proceso educativo⁶¹.

Significa esto que serán revisadas, al menos una vez, todas las medidas tutelares cuya duración sea superior a un año y todas las medidas de internamiento en régimen semiabierto o cerrado cuya duración sea superior a seis meses.

b.- *Revisión a requerimiento.*- Además de esta modalidad de revisión de oficio de las medidas tutelares, con carácter facultativo u obligatorio, la LTE también contempla la posibilidad de revisión de la medida a requerimiento o solicitud del Ministerio Público o del propio menor, de sus padres, de su representante legal, de quien tenga asumida su guarda de hecho o de su defensor.

Estos sujetos legitimados podrán solicitar la revisión de la medida en cualquier momento (art. 137.5 LTE), salvo si se trata de la medida de internamiento en centro educativo, en cuyo caso, la Ley exige que hayan transcurrido al menos tres meses desde el inicio de la ejecución o desde la última revisión (art. 137.6 LTE), lo que se explica por la necesidad de dotar de cierta estabilidad a la ejecución del proyecto educativo establecido para el menor.

c.- *Revisión a propuesta de los servicios de reinserción social.*- Finalmente, la revisión de la medida tutelar también puede ser propuesta por los servicios de reinserción social, aunque tal facultad se debe entender limitada a aquellas medidas cuya ejecución deba ser acompañada o asegurada por estos servicios, conforme a la ley o por designación del tribunal, y en particular, la de acompañamiento educativo (arts. 16.4 y 142 LTE) y la de internamiento en centro educativo (art. 144 LTE).

En este sentido, y en relación con la medida de internamiento, el art. 154 LTE establece que el

⁶⁰ A los efectos de poder computar este plazo de un año para la revisión obligatoria de la medida, la entidad encargada de acompañar y asegurar su ejecución debe comunicar al tribunal competente la fecha de inicio de la ejecución (art. 137.3 LTE).

⁶¹ Véase, MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 259).

director del centro educativo donde está internado el menor debe remitir al tribunal con periodicidad trimestral (si se trata de medidas de duración de seis meses a un año) o semestral (en el caso de medidas de duración superior a un año), informes sobre la ejecución de la medida de internamiento aplicada y sobre la evolución del proceso educativo del menor; y tales informes pueden ir acompañados de una propuesta de revisión de la medida.

A parte de esto, los servicios de reinserción social también están obligados a informar al tribunal siempre que se verifique el cumplimiento de alguna de las circunstancias previstas en el art. 136.1 LTE y que dan lugar a la revisión de la medida en ejecución.

Por último, el art. 137.7 LTE dispone que cuando la revisión de la medida sea requerida por las personas legitimadas para ello, el juez, a efectos de decidir sobre la misma, debe oír previamente al Ministerio Público, al menor y a la entidad encargada de la ejecución de la medida; mientras que si se trata de una revisión de oficio o a propuesta de los servicios de reinserción social, oirá únicamente al menor, si lo estima conveniente.

b. Efectos de la revisión de las medidas tutelares no institucionales (art. 138 LTE)

El art. 138 LTE regula las decisiones que puede adoptar el juez tras la revisión de las medidas tutelares no institucionales, en función de cuál haya sido la causa que motivó la revisión y a la vista del resultado de la evaluación del proceso educativo del menor. Son decisiones tendentes a ajustar o adecuar la medida a las necesidades educativas reales y actuales del menor, y por eso pueden implicar, según el caso, el mantenimiento de la medida en los términos en que se aplicó, o bien la atenuación o el endurecimiento de las limitaciones de su autonomía de decisión y de conducción de su vida que las medidas comportan.

Así, cuando la revisión de la medida se fundamente en alguna de las causas previstas en los apartados a) a d) del art. 136.1 LTE, el tribunal puede adoptar alguna de las decisiones siguientes: a) mantener la medida aplicada; b) modificar las condiciones de ejecución de la medida; c) sustituir la medida por otra más adecuada, igualmente no institucional, y que no represente para el menor una mayor limitación de su autonomía de decisión y de conducción de su vida (además, esta nueva medida no podrá tener una duración superior al tiempo que falte para el cumplimiento de la medida sustituida (art. 138.3 LTE); d) reducir la duración de la medida; e) poner término a la medida, declarándola extinta.

Por ejemplo, si tras la revisión se concluye que la ejecución de la medida se ha vuelto imposible por un hecho no imputable al menor o, si en el curso de la ejecución la medida se revela desajustada a la situación del menor de modo que frustra manifiestamente sus fines (art. 136.1 a) y c) LTE), el tribunal podrá sustituir la medida por otra más adecuada, igualmente no institucional, y que no implique para el menor una mayor limitación en su autonomía de decisión o de conducción de su vida (art. 138.1 c) LTE). A su vez, si se aprecia que la ejecución de la medida se ha vuelto excesivamente onerosa para el menor (art. 136.1 b) LTE), el tribunal puede modificar las condiciones de dicha ejecución (art. 138.1 g) LTE); y, si la continuación de la ejecución de la medida se revela innecesaria debido a los progresos educativos alcanzados por el

menor (art. 136.1 d) LTE), lo que procede será que el tribunal ponga término a la medida, declarándola extinta (art. 138.1 e) LTE)⁶².

En cambio, si la revisión de la medida viene motivada por las causas previstas en los apartados e) y f) del art. 136.1 LTE, es decir, porque el menor se ha colocado intencionadamente en una situación que inviabiliza el cumplimiento de la medida, o porque ha violado, de modo grave y persistente, los deberes inherentes al cumplimiento de la medida, el juez, en atención a la gravedad de esta conducta del menor y de las necesidades educativas que revela, puede: a) advertir al menor de la gravedad de su conducta y de las eventuales consecuencias que de ella se pueden derivar; b) modificar las condiciones de ejecución de la medida; c) sustituir la medida por otra más adecuada, e igualmente no institucional, aunque suponga para el menor una mayor limitación de su autonomía de decisión y de conducción de su vida (la nueva medida podrá tener una duración igual o inferior al tiempo que falte para el cumplimiento de la medida sustituida (art. 138.3 LTE); d) ordenar el internamiento del menor en régimen semiabierto por tiempo de uno a cuatro fines de semana.

c. Efectos de la revisión de la medida tutelar de internamiento (art. 139 LTE)

El art. 139 LTE, por su parte, establece los posibles efectos de la revisión de la medida tutelar de internamiento en centro educativo, también en función de cuál haya sido el motivo determinante de la revisión y del resultado de la evaluación del proceso educativo del menor. Tal regulación confiere a la ejecución de la medida de internamiento una gran flexibilidad, ya que pone a disposición del juez un abanico de opciones a efectos de que, si es necesario, reajuste la medida a las necesidades educativas actualizadas del menor. Así se permite, según el caso, mantener la medida en los términos en que ha sido aplicada, atenuar las restricciones a la libertad del menor que conlleva la ejecución de la medida, si el menor evoluciona favorablemente, o bien endurecer tales restricciones, en otro caso.

En este sentido, si la revisión de la medida vino motivada por alguna de las causas previstas en los apartados a) a d) del art. 136.1 LTE, el tribunal puede adoptar alguna de las siguientes decisiones: a) mantener la medida aplicada; b) reducir la duración de la medida; c) modificar el régimen de ejecución, estableciendo un régimen más abierto; d) sustituir la medida de internamiento por cualquier medida no institucional, por tiempo igual o inferior al que falte por cumplir; e) suspender la ejecución de la medida por tiempo igual o inferior al que falte para su cumplimiento, bajo la condición de que el menor no vuelva a cometer otro hecho delictivo; f) poner término a la medida aplicada, declarándola extinta.

Tales opciones también son aplicables, con las debidas adaptaciones, en los supuestos de revisión obligatoria de la medida de internamiento en centro educativo previstos en el art. 136.2 LTE, que

⁶² En este sentido, véase, D'ALMEIDA RAMIÃO (2007, p. 191 y 192); MIRANDA RODRIGUES y DUARTE-FONSECA (1997, p. 261).

como vimos en su momento, obedecen a una situación de concurrencia o interactividad de esta medida con las denominadas “*penas de sustitución detentivas*” o con la prisión preventiva (art. 139.4 LTE).

A modo de ejemplo, si a la vista de los progresos educativos del menor, el juez concluye que la continuación de la ejecución de la medida en los términos fijados inicialmente es innecesaria (art. 136.1 d) LTE), en función del nivel de tales progresos, podrá acordar la simple modificación del régimen de ejecución, estableciendo un régimen más abierto (apdo. c), la reducción de la duración de la medida (apdo. b), la suspensión de la misma por el tiempo que falte por cumplir, bajo la condición de que el menor no vuelva a delinquir (apdo. e), o, incluso, la declaración de extinción de la medida (apdo. f).

Del mismo modo, si tras la revisión se concluye que la ejecución de la medida aplicada se ha vuelto excesivamente gravosa para el menor (art. 136.1 b) LTE), el juez podrá decidir la sustitución de la medida de internamiento por otra medida no institucional, por un tiempo igual o inferior al que faltaba por cumplir (apdo. d), o bien la suspensión de la medida de internamiento en los términos previstos en el apdo. e).

En otro orden de cosas, si la revisión de la medida de internamiento obedece a alguna de las causas previstas en los apartados e) y f) del art. 136.1 LTE (a saber, el menor se ha colocado intencionadamente en una situación que inviabiliza el cumplimiento de la medida, o bien ha violado, de modo grave y persistente, los deberes inherentes al cumplimiento de la misma), la Ley le otorga al juez las siguientes opciones, en función de lo que requieran las necesidades educativas del menor: a) advertir solemnemente al menor de la gravedad de su conducta y de las eventuales consecuencias que de ella se pueden derivar; b) prorrogar la medida aplicada, manteniendo su régimen, hasta una sexta parte de la duración que se había fijado, sin que se pueda exceder el límite máximo de duración legalmente previsto; c) modificar el régimen de ejecución de la medida, sustituyéndolo por otro de grado inmediatamente más restrictivo, por el tiempo que falte de cumplimiento.

No obstante, esta última opción sólo es factible cuando, según proceda aplicar la medida de internamiento en régimen semiabierto o en régimen cerrado, se cumplan, respectivamente, los presupuestos previstos en los apartados 3 y 4 del art. 17 LTE (art. 139.3 LTE).

Por tanto, la sustitución del internamiento en régimen abierto por otro en régimen semiabierto sólo es posible cuando el menor haya cometido un delito contra las personas que tenga prevista una pena máxima, abstractamente aplicable, de prisión superior a tres años o hubiese cometido dos o más hechos delictivos a los que corresponda una pena máxima, abstractamente aplicable, de prisión superior a tres años (art. 17.3 LTE).

A su vez, la sustitución del internamiento en régimen semiabierto por otro en régimen cerrado es posible cuando se cumplan cumulativamente dos presupuestos, a saber, que el menor haya cometido un delito al que corresponda una pena máxima, abstractamente aplicable, de prisión

superior a cinco años o haya cometido dos o más delitos contra las personas a los que corresponda una pena máxima, abstractamente aplicable, de prisión superior a tres años; y que el menor tenga una edad superior a los 14 años en el momento de la aplicación de la medida (art. 17.4 LTE).

En los casos en los que se acuerde este agravamiento gradual del régimen del internamiento, es posible que sea necesario cambiar al menor de centro educativo en el que deba continuar el cumplimiento de la medida, si el centro en el que estaba no está clasificado con el nuevo régimen fijado tras la revisión. Siendo así, habrá que atenerse a lo dispuesto en el art. 150 LTE, referido a la determinación del centro educativo en el que se va a ejecutar la medida de internamiento. Conforme a este precepto, son los servicios de reinserción social los encargados de determinar el centro educativo más adecuado para la ejecución de la medida aplicada, teniendo en cuenta las necesidades educativas del menor y, si fuese posible, la mayor proximidad del centro a su lugar de residencia (art. 150.3 LTE).

3. Bibliografía

Fernando BESSA PACHECO y Mário BESSA PACHECO (2002), "As reacções criminais do Direito Penal português na perspectiva de reintegração social", *Análise Psicológica*, núm. 3 (XX), pp. 331-335.

Soraya CALLEJO CARRIÓN (2005), "El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", *Diario La Ley*, núm. 6366, (www.laley.net).

Tomé D'ALMEIDA RAMIÃO (2007), *Lei Tutelar Educativa anotada e comentada. Jurisprudência e Legislação Conexa*, 2ª ed., Quid Juris, Lisboa.

Boaventura DE SOUSA SANTOS (Dir.) (2004), *Os caminhos difíceis da "nova" Justiça Tutelar Educativa. Uma avaliação dos dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*, Observatorio Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra.

António FARINHA (2002), "A mediação no processo tutelar educativo", *Direito Tutelar de Menores. O sistema em mudança*, Centro de Direito da Família, Vol. 5, Coimbra, pp. 147-157.

Eliana GERSÃO y Maria Cecília MONTEIRO CAMPOS (2008), "A justiça reparadora e a Lei Tutelar Educativa. Princípios e práticas", en *Volume comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-graduação "Proteção de menores - Prof. Doutor F.M. Ferreira Coelho"*, Centro de Direito da Família, Vol. 12, Coimbra, Coimbra, pp. 237-279.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA e MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE (1999), "Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas", *Reforma do Direito de*

Menores, Lisboa.

Anabela MIRANDA RODRIGUES y António Carlos DUARTE-FONSECA (2003), *Comentario da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra, Coimbra.

Anabela MIRANDA RODRIGUES (2008), "Direito das crianças e dos jovens delinquentes", *Comunicación presentada el día 16 de diciembre de 2008, en la Conferência Internacional sobre as Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global*, organizada por la Facultad de Derecho de Macao en el 20^a aniversario de la Facultad de Derecho (<http://odireito.com.mo>).

--- (1997), "Repensar o Direito de Menores em Portugal -Utopía ou realidade?", *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, Año 7, fasc. 3, pp. 355-386.

Rui do Carmo MOREIRA FERNANDO (2000), "Lei Tutelar Educativa. Traços essenciais na perspectiva da intervenção do Ministério Público", *Revista do Ministério Público*, Año 21, núm. 84, pp. 119-137.

Anabela QUINTANILHA (2008), "Um olhar sobre a mediação com menores na lei tutelar educativa", en *Volume comemorativo dos 10 anos do Curso de Pos-graduação "Protecção de menores - Prof. Doutor F.M. Ferreira Coelho"*, Centro de Direito da Família, Vol. 12, Coimbra, Coimbra, pp. 165-183.