

CRIMINOLOGÍA

Sección dirigida por el Prof. Dr. Antonio García-Pablos de Molina
y coordinada por el Prof. Dr. Per Stangeland

POSIBILIDADES DE «DIVERSIÓN» POR PARTE DEL MINISTERIO FISCAL EN EL DERECHO PENAL JUVENIL ALEMÁN

MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Alemania)

Sumario

1. Preámbulo. Sobre el sentido de una investigación en el marco del Derecho comparado. 2. Introducción: la nueva Ley española «Reguladora de la Responsabilidad de los Menores», LO 5/200, de 12 de enero. Los mecanismos de desjudicialización de los artículos 18 y 19 de dicha Ley. 3. Naturaleza jurídica de la *diversión*. La recepción del pensamiento «*diversionista*» en el ordenamiento jurídico penal juvenil alemán y español. La delincuencia juvenil y sus características fundamentales. 4. La *diversión* en el Derecho penal juvenil alemán. 4.1. Introducción. El Derecho penal juvenil alemán como Derecho penal educativo. 4.2. Análisis de los preceptos §§ 45 y 47 JGG. 4.2.1. Excurso: el principio de legalidad y oportunidad en el Derecho procesal alemán. La posición jurídica del Ministerio Fiscal en el Derecho procesal alemán. Particularidades del Derecho penal juvenil. 4.2.2. Introducción a los preceptos §§ 45 y 47 JGG. 4.2.3. La conclusión anticipada del procedimiento sin sanción por parte del Fiscal de Menores según el § 45, párrafo 1, JGG. 4.2.4. La conclusión anticipada del procedimiento por parte del Fiscal de Menores con la imposición de medidas de carácter educativo según el § 45, párrafo 2, JGG. 4.2.5. La conclusión anticipada del procedimiento con intervención del Juez de Menores según el § 45, párrafo 3, JGG. 4.2.6. El sobreseimiento del procedimiento por parte del Juez de Menores después de eleva-

ción de la acusación según el § 47 JGG. 4.2.7. Reflexiones doctrinales acerca de una posible infracción de principios constitucionales por parte del Ministerio Fiscal al aplicar las posibilidades de *diversión* reguladas en el § 45 JGG. 4.3. La práctica de la terminación anticipada del procedimiento por parte del Ministerio Fiscal y del Juez según las disposiciones de los §§ 45 y 47 JGG. Las diferencias regionales en la aplicación del § 45 JGG. 5. Intento comparativo entre el Derecho penal juvenil alemán y español respecto a las actividades de *diversión* por parte del Ministerio Fiscal. 6. Conclusiones.

1. Preámbulo. Sobre el sentido de una investigación en el marco del Derecho comparado

Se ha demostrado que investigaciones en el ámbito del Derecho comparado suponen muy a menudo una contribución de suma importancia, la cual conduce en no pocas ocasiones a proporcionar soluciones a problemas jurídicos del propio país. Además, investigaciones en el marco del Derecho comparado pueden contribuir mediante la transmisión de nuevas visiones, ideas o argumentos a comprender mejor el propio ordenamiento jurídico. Así, el estudio del Derecho comparado permite ampliar el propio horizonte en el sentido de que al lado de las soluciones a problemas jurídicos que proporciona el propio ordenamiento jurídico hay gran número de otras soluciones, las cuales son asimismo defendibles y en algunos casos incluso preferibles.

El siguiente artículo se ocupa de una «alternativa» de política criminal, a veces conocida como la «tercera vía» del Derecho penal¹, la cual se conoce con el nombre de «*diversión*».

El concepto *diversión* suele expresar en general que el Estado, en el ámbito de la llamada criminalidad de bagatela o mediana criminalidad, renuncia en la mayoría de los casos a un proceso penal formal y a la imposición de penas desde un punto de vista estrictamente formal. En su lugar se produce una «derivación» del proceso penal a una llamada vía alternativa, caracterizada por soluciones de carácter infor-

¹ Tercera vía considerada respecto a las auténticas penas, por un lado, y las medidas cautelares o preventivas, por otro. Ver LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: «La tercera vía», en: Generalitat de Catalunya, Dep. de Justicia, *La mediació penal*, Justicia i Societat, n.º 19 (1999), pp. 107 y ss.

mal sin efectos estigmatizadores para el sujeto infractor. La finalidad principal de la *diversión* es ofrecer una verdadera alternativa tanto al proceso penal formal como a las sanciones de carácter estrictamente formal del Derecho penal.

En el ámbito penal internacional ha destacado en los distintos ordenamientos jurídicos el Derecho penal juvenil como campo de pruebas o precursor de dicha tercera vía. Para ello se han tenido en cuenta los efectos negativos, en particular la estigmatización, que la persecución penal formal puede producir en el menor autor de los hechos.

La ley penal juvenil alemana, la llamada «*Jugendgerichtsgesetz*» (JGG) del año 1953, ha seguido la línea señalada en el párrafo anterior y ha introducido a lo largo de los años mecanismos de desjudicialización o de *diversión* del proceso penal juvenil formal, así como posibilidades de imposición de medidas alternativas a las clásicas del Derecho penal juvenil.

Los mecanismos de *diversión* en el ámbito del proceso penal alemán se encuentran recogidos en los párrafos §§ 45, 47 JGG. Dichos mecanismos de «*diversión*» permiten una conclusión anticipada del procedimiento por parte del Ministerio Fiscal («*Staatsanwaltschaft*») o del Juez de Menores («*Jugendrichter*»), sin fallo de culpabilidad y sin la imposición de medidas penales formales. Dicha regulación legal de la *diversión* se encuentra a su vez respaldada por la existencia de innumerables programas de *diversión*, los cuales desde finales de la década de los 70 han permitido y siguen permitiendo la aplicación práctica de los mecanismos previstos en los §§ 45, 47 JGG.

Desde el pasado 13 de enero del 2001 se encuentra en vigor en España la nueva «Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores», LO 5/2000, de 12 de enero. Dicha ley contempla en los artículos 18 y 19 mecanismos de conclusión anticipada del proceso penal juvenil por parte del Ministerio Fiscal en el ámbito de la *diversión*².

En vista del superior desarrollo teórico/práctico de la figura de la *diversión* en el ordenamiento penal alemán, y teniendo a su vez en cuenta la reciente entrada en vigor en España de la nueva Ley penal juvenil, se va a proceder en el siguiente estudio a realizar un análisis exhaustivo de las posibilidades de *diversión* por parte del Ministerio Fiscal en el Derecho penal alemán tanto desde el punto de vis-

² En concreto, el art. 18 LO 5/2000 habla en su título del «desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar». A su vez, el art. 19 LO 5/2000 establece en su rúbrica el «sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima».

ta teórico como práctico. Tras dicho análisis se va a tratar de responder a la pregunta de si determinados aspectos de la *diversión* de la *Jugendgerichtsgesetz* alemana podrían encontrar eco legislativo en la jurisdicción juvenil española.

En principio puede suponer una ardua tarea el intentar establecer paralelismos entre en el Derecho penal juvenil alemán y español con respecto a la recepción de dicha alternativa de política criminal. Por un lado se observa una actitud totalmente distinta por parte del legislador de ambos países con respecto a la asunción de nuevas vías de solución de conflictos. Por otro lado hay que tener en cuenta también el desarrollo doctrinal existente en ambos países con respecto a dichas nuevas vías³.

2. Introducción: La nueva ley española «Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», LO 5/2000, de 12 enero. Los mecanismos de desjudicialización de los artículos 18 y 19 de dicha Ley

Desde el pasado 13 de enero del año 2001 se encuentra en vigor en España una nueva Ley penal juvenil «Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores». Dicha ley ha permitido introducir en España un nuevo Derecho penal juvenil del siglo XXI, a la luz de las reformas que en el ámbito penal se han llevado a cabo en España en los últimos años.

La nueva Ley penal juvenil contiene tanto las normas de carácter material como formal, las cuales regulan la totalidad del Derecho penal juvenil español.

Con la aprobación de la nueva LO 5/2000 se prevén los llamados «mecanismos de desjudicialización» sobre la base del llamado «principio de oportunidad reglada»⁴. Ya en la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 y partiendo del principio del «superior interés del menor»

³ Acudiendo a la literatura española cabe destacar los siguientes trabajos: GIMÉNEZ-SALINAS: «Justicia de menores y ejecución penal», en: *Poder y Control. Revista hispano-americana de disciplinas sobre el control social*, n.º 0 (1986), pp. 215 y ss.; FUNES: *Mediació i Justícia Juvenil*, 1994, en particular pp. 27 y ss.; GONZÁLEZ ZORRILLA: «La justicia de menores, present i futur», en: *Jornades de formació sobre inadaptació infantil*, 1986, pp. 21 y ss.

⁴ Dicho principio permite al Ministerio Fiscal hacer uso del principio de oportunidad, pero sólo dentro del marco jurídico y bajo las condiciones que previamente

se hace mención a la importancia que en el Derecho penal juvenil tienen la conciliación del menor autor de los hechos con la víctima así como la reparación del daño causado.

En relación a lo anterior se ha producido en los artículos 18 y 19 de la nueva LO 5/2000 una nueva regulación de las posibilidades de *diversión* en el Derecho penal juvenil sobre la base del arriba mencionado «principio de oportunidad reglada», así como del «principio de intervención mínima». Dicha reforma ha conducido a una ampliación de las posibilidades de *diversión* y de decisión por parte del Ministerio Fiscal frente a la anterior regulación que de la misma se hacía en la antigua LO 4/92, de 5 de junio, «Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores». Con la aprobación de dicha ley se contempló por primera vez en la jurisdicción española en los arts. 15.1 Nr. 6 y 16.3 la posibilidad de desistir de la persecución penal o bien de sobreseer el procedimiento seguido ante menores delincuentes en determinados casos y bajo determinadas condiciones.

La LO 5/2000 diferencia, dentro de los mecanismos de desjudicialización en el ámbito de la *diversión*, por un lado entre el desistimiento de la incoación del expediente, regulado en el art. 18, y por otro lado el sobreseimiento del expediente (ya iniciado), regulado en el art. 19.

Respecto a la primera de las posibilidades, el art. 18 regula en su título el «desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar». Competente para decretar dicho desistimiento es el Ministerio Fiscal, el cual actúa con competencia absoluta sin necesidad de solicitar una ratificación posterior por parte del Juez de Menores. El desistimiento puede decretarlo el Ministerio Fiscal «cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas (...)» En ese caso el propio Ministerio Fiscal «dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley»⁵. No obs-

te se establecen en la ley. Por el contrario regulan algunas legislaciones, como es el caso del derecho anglosajón, el llamado «principio de oportunidad libre». Éste otorga al Ministerio Fiscal una libertad absoluta para decidir sobre la persecución penal o no en un caso determinado. Ver MARTÍNEZ DALMAU, 1999, pp. 192 y ss.

⁵ El mencionado art. 3 LO 5/2000, el cual regula el régimen de los menores de catorce años, se refiere a las medidas de protección de menores establecidas tanto en el Código Civil como en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

tante, el párrafo 2 del art. 18 LO 5/2000 establece que dicha posibilidad de desistimiento no puede ser aplicada cuando conste que el menor «ha cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza».

Por su parte, el art. 19 regula la posibilidad de sobreseer un procedimiento ya iniciado por parte también del Ministerio Fiscal, pero esta vez con la necesaria intervención del Juez de Menores. Dicho sobreseimiento puede producirse, en virtud del título del mismo art. 19 «por conciliación o reparación entre el menor y la víctima». Tal y como establece dicha disposición de la LO 5/2000, el Ministerio Fiscal puede desistir de la continuación del expediente cuando el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o falta. Además de tener en cuenta la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, el Ministerio Fiscal debe atender «de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico.

Mediante el art. 19 LO 5/2000 se otorga una especial importancia a la conciliación y a la reparación como mecanismos encaminados a evitar tanto un procedimiento penal formal como la imposición de medidas de carácter eminentemente formal. La LO 5/2000 interpreta la conciliación como el proceso mediante el cual el menor reconoce el daño causado y se disculpa ante la víctima, aceptando ésta sus disculpas. Por su parte, la reparación se entiende como aquel compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad. En el art. 19.3 LO 5/2000 se transfiere al Equipo técnico la competencia para mediar entre el menor y la víctima o perjudicado, informando al Ministerio Fiscal «de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento». Producida satisfactoriamente la conciliación, la reparación o la actividad educativa propuesta, o en caso de que no puedan llevarse a efecto por causas ajenas al menor, el Ministerio Fiscal debe dar por concluida la instrucción solicitando al Juez de Menores el sobreseimiento del expediente.

De la nueva regulación que la LO 5/2000 hace de los mecanismos de *diversión* se muestra claramente como la ley le concede al Ministerio Fiscal un margen de discrecionalidad mucho más amplio que en la legislación anterior. Así, el Ministerio Fiscal puede o bien ordenar él mismo el desistimiento de la incoación del expediente o bien solicitar del Juez de Menores el sobreseimiento del mismo.

3. Naturaleza jurídica de la *diversión*. La recepción del pensamiento «*diversionista*» en el ordenamiento jurídico penal juvenil alemán y español. La delincuencia juvenil y sus características fundamentales

Como ya se apuntó de pasada al principio de este artículo, se considera a la *diversión* en el ámbito de la jurisdicción juvenil como un concepto que agrupa a distintas estrategias y tendencias de política criminal, las cuales tienen como finalidad fundamental el facilitar un desistimiento tanto de la persecución penal formal como de la imposición de medidas penales formales en el Derecho penal juvenil.

Desde el punto de vista criminológico el fenómeno de la *diversión* se remonta a la política criminal de los Estados Unidos durante los años sesenta, más concretamente al verbo «*to divert*». Partiendo de esa consideración lingüística se traduce dicho concepto dentro del ámbito jurídico germánico en el sentido de «desvío» o «derivación». En el Derecho procesal alemán se asocia con el término «*Diversión*» el hecho de que durante el transcurso del proceso penal se produce en cierto modo una interrupción del mismo en algún momento procesal entre la detención policial del presunto autor de los delitos y la terminación del proceso mediante sentencia firme.

El concepto *diversión* ha sido en innumerables ocasiones definido por la doctrina internacional. Entre todas las definiciones efectuadas cabe destacar la del penalista japonés *Hirano*, el cual define a la *diversión* como «aquella desviación del proceso penal formal que se produce antes de la determinación judicial de la culpabilidad, la cual lleva a una participación del sospechoso en un programa no penal, cuya finalidad no consiste en el castigo de dicho delincuente, sino, o bien en su resocialización, o bien en la solución de conflicto, el cual ha dado lugar a la comisión del hecho delictivo»⁶.

El concepto *diversión* expresa en definitiva que el Estado, en el ámbito de la llamada delincuencia de baja y mediana intensidad, renuncia a un proceso penal formal y a la imposición de sanciones penales formales. En su lugar se produce la arriba mencionada derivación o desviación de proceso penal a una vía alternativa caracterizada por distintas formas de terminación informal del proceso, unidas o no a distintas medidas penales alternativas. Se trata así de un *tránsfer* desde la justicia a programas de actuación socio-pedagógicos, cuya

⁶ HIRANO, ZStW 93 (1981), p. 1085.

principal característica radica en que el proceso penal se concluye sin que se haya producido el normal desarrollo que conforme a la ley corresponde.

Centrando la *diversión* en el Derecho penal juvenil como alternativa desde el punto de vista de política criminal se le suelen atribuir distintas finalidades. Éstas pueden agruparse, o bien en finalidades referidas exclusivamente a la persona del sujeto infractor, o bien en finalidades que afectan al sistema procesal penal juvenil. Entre las primeras cabe destacar principalmente la evitación de la estigmatización del joven infractor así como la reacción rápida y flexible al hecho penal cometido por el mismo. Entre las segundas conviene señalar principalmente la reducción del control social formal, y unido a ello la descongestión de la justicia penal.

Entre las finalidades apuntadas cabe destacar dentro del Derecho penal juvenil sobre todo los efectos estigmatizadores que el desarrollo de un proceso penal formal puede producir en la persona del sujeto infractor. En este sentido el concepto *diversión* implica una crítica al control social de la delincuencia juvenil a través del proceso penal formal y las medidas estrictamente penales.

Como base teórica de dicho concepto suele acudir a las llamadas teorías del etiquetamiento (*«labeling approach»*), según las cuales la conducta desviada del sujeto surge en definitiva a través de los procesos de definición y de imputación de conductas delictivas por parte de las instancias de control social formal⁷.

Como ya se apuntó anteriormente, el concepto *diversión*, entendido como alternativa de política criminal de control social, fue introducido en los años sesenta en los Estados Unidos. Como razón de fondo para el nacimiento de dicha alternativa dentro del sistema penal norteamericano se alude a los esfuerzos del gobierno norteamericano de contrarrestar lo más eficientemente posible la creciente delincuencia juvenil que en aquellos años se registraba. Por una parte se estaba produciendo en aquella época dentro del sistema de justicia penal norteamericano una utilización excesiva de medidas represivas dentro del Derecho penal juvenil, lo cual estaba llevando a una saturación de los órganos de persecución penal. Por otra parte se constataba el escaso efecto resocializador que en el menor delincuente estaban produciendo

⁷ Esta afirmación recurre a los principios teóricos establecidos por la teoría del *«labeling approach»*. El concepto del *«labeling»* (etiqueta) fue introducido en la criminología por BECKER, H. G.: *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, Nueva York, 1963, p. 9.

do dichas medidas penales formales de carácter estacionario (entiéndase de internamiento).

Por las razones expuestas se presentaba la figura de la *diversión* como una alternativa a los problemas planteados. La transmisión de aquellos delincuentes juveniles, autores de delitos de pequeña o mediana gravedad, del sistema de justicia penal formal a programas ambulatorios socio-pedagógicos, podría conducir a aliviar de manera considerable la saturación de la justicia juvenil norteamericana⁸.

Partiendo de estas consideraciones teóricas surgieron en Estados Unidos en los años setenta y gracias a un inmenso apoyo económico por parte del gobierno norteamericano gran número de programas de *diversión*, los cuales en su mayoría tenían la finalidad de tener en cuenta y contrarrestar el mencionado escepticismo reinante sobre la efectividad de las sanciones tradicionales del Derecho penal juvenil norteamericano.

El movimiento *diversionista* de los Estados Unidos tuvo un eco apreciable en Alemania y dio lugar en los años ochenta a una amplia discusión doctrinal sobre la apropiada y eficiente reacción a las conductas delictivas por parte de menores delincuentes. Ya en los años setenta se intentó por parte del legislador alemán — de un modo semejante a lo acaecido en los Estados Unidos — otorgar a la pedagogía social un papel más relevante en el ámbito del control penal de las conductas delictivas realizadas por menores de edad.

Dicho pensamiento *diversionista* se impuso finalmente en los años ochenta. A principios de dicha década surgieron paulatinamente distintos programas de *diversión*, los cuales en no pocas ocasiones disfrutaron — al igual que los programas americanos — de un apoyo tanto ministerial como judicial⁹. A través del establecimiento de dichos

⁸ En este sentido es importante señalar que el sistema de justicia juvenil americano partía de un concepto muy amplio de delincuencia juvenil. Así entraban dentro de dicho concepto no sólo las clásicas «*criminal offenses*». Junto a ellas se contemplaban también las llamadas «*status offenses*». Bajo este concepto se entienden aquellas conductas desviadas por parte de los menores, las cuales no estaban recogidas como tipos delictivos por el derecho penal de adultos, como por ejemplo el huir de casa, el faltar a la escuela o la desobediencia frente a los titulares del derecho a la educación.

⁹ Así, ya en el año 1978 surgieron en la entonces República Federal de Alemania distintos proyectos de *diversión*. Los dos más grandes, los cuales son conocidos bajo el nombre de «*Brücke*» (=puente) se establecieron en las ciudades de Munich y Colonia. Dichos proyectos asistían anualmente a entre 2.000 y 3.000 jóvenes, los cuales eran transmitidos por la justicia penal juvenil.

proyectos en el marco de este movimiento *diversionista* ganaron en importancia, de un modo considerable, los mecanismos de desjudicialización que la *Jugendgerichtsgesetz* del año 1953 contemplaba en los §§ 45, 47. Al mismo tiempo no hay que dejar al lado la circunstancia que la implementación de estos programas para la realización de la *diversión* está en estrecha relación con el asentamiento legal de mecanismos de desjudicialización, no sólo en la legislación penal juvenil (§§ 45, 47 JGG), sino también en el la legislación procesal general alemana [§ 153 y ss. de la *Strafprozeßordnung* (StPO)].

En este sentido es evidente que sin ese respaldo legal no podría haberse desarrollado el fenómeno de la *diversión* como alternativa en el sistema procesal alemán, el cual, hay que recordar, está caracterizado por una tradición legalista bastante acentuada.

Si se observa la situación en el ordenamiento jurídico español respecto a la recepción del pensamiento *diversionista* se llegan a resultados totalmente opuestos, comparados con la situación político-criminal alemana respecto a la figura analizada. Hasta hace pocas fechas no sólo no existía en España un auténtico Derecho penal juvenil. Además, las medidas alternativas a la pena y la figura de la *diversión* en el Derecho procesal no se habían tratado ni por el legislador ni por la doctrina penal y procesal española, excepción hecha de la Comunidad Autónoma de Catalunya, donde ya desde el año 1990 la legislación catalana contempla en materia de protección y reforma de menores programas de mediación y reparación del daño como alternativas a la pena, mucho antes así de que dichas posibilidades hubieran sido previstas por el legislador estatal¹⁰.

Fue a partir de la aprobación de la LO 4/92, de 5 de junio, cuando por primera vez en la jurisdicción juvenil española se acuñó el nuevo término de las «medidas alternativas a la pena» dentro de las «medidas» que se preveían en el art. 17 de la mencionada ley. Dentro de ellas,

¹⁰ En el año 1981 asumió Catalunya la competencia sobre protección y tutela de menores. Fruto de esta asunción de competencias se aprobó en el año 1985 la Ley de Protección de Menores en Catalunya (Ley 11/1985, de 13. de junio). En virtud de esta ley el Departament de Justícia de Catalunya asumió la competencia para ejecutar las medidas ordenadas por los Jueces de Menores. A partir de aquí el gobierno de Catalunya ha desarrollado una serie de programas de ejecución de las medidas alternativas contempladas en la legislación juvenil, así como programas relativos a la terminación anticipada del procedimiento penal contra menores delincuentes. Un ejemplo de ello lo constituye el programa de mediación y reparación, el cual se aplica con éxito en Catalunya desde el año 1990. Ver: GENERALITAT DE CATALUNYA. DIRECCIÓ DE MESURES PENALS ALTERNATIVES I DE JUSTÍCIA JUVENIL: *La mediación penal juvenil en Catalunya*, Barcelona 1997.

y junto a medidas privativas de libertad, se contemplaban otras medidas de carácter ambulatorio como la libertad vigilada o los trabajos en beneficio de la comunidad. También contemplaba la LO 4/92 por primera vez mecanismos de desjudicialización dentro del proceso a seguir contra menores delincuentes. Así preveía el art. 15.1 Nr. 6 la posibilidad del Ministerio Fiscal de solicitar al Juez de Menores el sobreseimiento del expediente, entre otros casos, cuando el menor delincuente hubiere reparado el daño causado a la víctima o se hubiere conciliado con la misma. El art. 16.3 por su parte contemplaba la posibilidad de que el juez ordenase la suspensión de la ejecución de la medida impuesta cuando el menor y la víctima aceptasen una propuesta de reparación extrajudicial en el marco de un programa de mediación y reparación.

La nueva ley penal juvenil española, la LO 5/2000, de 12 de enero, continúa dando importancia a las medidas alternativas a la pena, ampliando dentro de los mecanismos de desjudicialización en el marco de la *diversión* las facultades del Ministerio Fiscal para, o bien desistir de la incoación de un expediente contra menores delincuentes, o bien solicitar al Juez de Menores el sobreseimiento del mismo. Como ya se ha indicado más arriba, la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 hace referencia a la especial importancia que en el Derecho penal juvenil — en base al principio de intervención mínima — corresponde tanto a la conciliación del menor delincuente con la víctima como a la reparación del daño causado por parte del menor.

Como argumento de peso, desde un punto de vista estrictamente criminológico, para la introducción de la *diversión* en el ordenamiento penal juvenil, se acude a la afirmación resultante de las investigaciones criminológicas llevadas a cabo, según la cual la delincuencia de los menores, tanto en referencia a sus características como en su estructura, varía enormemente con respecto a la delincuencia adulta. Partiendo de los conocimientos de la Criminología en el ámbito de la delincuencia infantil y juvenil, se observa como ésta en la mayoría de los casos se presenta como un fenómeno *ubicuo, normal, episódico* y de carácter de *bagatela*¹¹.

La tesis de la *ubicuidad* defiende el hecho de que la delincuencia juvenil se presenta en las sociedades actuales como un fenómeno omnipresente dentro de la juventud, independientemente del hecho de que

¹¹ Ver dentro de la doctrina alemana: CLAGES, *Kriminalistik* 49 (1995), p. 607; WOLTERS, *Unsere Jugend* 42 (1990), p. 173. Dentro de la doctrina española ver: GARCÍA PÉREZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 (1999), pp. 35 y ss.

un joven en cuestión pertenezca a un estrato social determinado o presente una formación educativa característica. La tesis de la *normalidad* alude al hecho de que la delincuencia juvenil supone un fenómeno usual en el período de desarrollo de los jóvenes hacia una edad adulta. En relación a esto se atribuye a la mayoría de la delincuencia juvenil un carácter *episódico*. Una conducta infractora de las normas penales supone para la gran mayoría de los jóvenes un episodio en cierta medida puntual en su desarrollo vital y social. La adquisición de madurez, unida a la integración social del menor y a la asunción de una responsabilidad social, contribuyen a un abandono paulatino de las conductas delictivas. Por último muestra la estructura de la delincuencia juvenil, en la mayoría de los casos, un carácter de *bagatela*. Así, dicha delincuencia está marcada sobre todo por los delitos contra la propiedad así como los delitos en el ámbito de la seguridad en el tráfico. Si se toman por base los datos de las estadísticas oficiales se observa como los delincuentes en edad juvenil participan en la mayoría de los casos en delitos de pequeña y mediana gravedad mientras que delitos graves aparecen raramente en edad juvenil.

Las arriba mencionadas propiedades que caracterizan a la delincuencia juvenil son predicables en Alemania si se echa un vistazo a las estadísticas de delincuencia que se publican anualmente en la llamada *Polizeiliche Kriminalstatistik* (PKS). Así, se observa en los delincuentes juveniles una participación acentuada en tipos delictivos de carácter no grave. En todos los grupos de edad, particularmente en los jóvenes entre 14 y 17 años, destacan delitos como el hurto, los daños y la estafa (dentro de este tipo penal hay que entender sobre todo la defraudación de servicios, como el viajar sin billete en el transporte público, figura que el Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*) recoge en el § 265. Dentro de la llamada criminalidad violenta destacan en el grupo de edad de entre los 14 y 17 años sobre todo los delitos de lesiones leves, las peleas en grupos o la extorsión de otros jóvenes. Estas afirmaciones realizadas se confirman plenamente si se echa un vistazo a las estadísticas policiales (PKS) del año 2000: la delincuencia juvenil está caracterizada en su mayoría por delitos contra la propiedad y el patrimonio de carácter leve. Más de la mitad de las investigaciones policiales realizadas en el año 2000 contra niños menores de 14 años¹² (en concreto el 51,3%), fueron por delitos de hurto en establecimientos (*Ladendiebstahl*).

¹² El ámbito de aplicación personal de la Ley penal juvenil alemana (JGG) se sitúa entre los 14 y los 18 años, contemplándose en determinados supuestos su aplicación a los jóvenes de entre 18 y 21 años.

Si se acude a analizar las características de la delincuencia juvenil en España se puede hacer prácticamente una remisión al análisis hecho más arriba con respecto a la delincuencia juvenil en Alemania. Los conocimientos criminológicos sobre la *ubiquidad* y la *normalidad* de la criminalidad juvenil así como su carácter *episódico* y de *bagatela* pueden predicarse prácticamente en toda su extensión para la delincuencia juvenil en España¹³. También se confirman en España estas afirmaciones tras analizar las estadísticas policiales. Así, en el año 1999 fueron en España un total de 9.353 los menores de 18 años investigados policialmente por la comisión de los siguientes delitos: hurtos, robos en el interior de vehículos, sustracción de vehículos, motos y ciclomotores y otros delitos contra el patrimonio¹⁴. En consecuencia, el porcentaje de menores de 18 años investigados policialmente por dichas figuras delictivas supuso un total del 36%, con respecto a todos los menores investigados policialmente durante ese año.

La llamada criminalidad violenta, la cual en ocasiones es destacada sobremanera por la opinión pública a partir de hechos aislados, ocupa desde el punto de vista cuantitativo sólo un porcentaje muy pequeño dentro de los delincuentes juveniles. Acudiendo a las estadísticas policiales en España correspondientes al año 1999 y no considerando dentro de la llamada criminalidad violenta el tipo delictivo del robo con violencia o intimidación, se observa como en ese año sólo el 5% de todos los jóvenes menores de 18 años fueron investigados policialmente por la comisión de un delito de carácter violento.

En definitiva pues, puede concluirse que la delincuencia de menores presenta frente a la delincuencia adulta una primacía acusada de los delitos contra la propiedad y el patrimonio.

A la luz de los resultados de las investigaciones criminológicas, las cuales destacan en la mayoría de las ocasiones el carácter de *bagatela* de la delincuencia juvenil, se presentan las medidas de *diversión* como una vía alternativa al proceso penal tradicional y las medidas estacionarias, conducente a la resocialización del joven delincuente. Así, puede en algunos casos la reacción del control social informal, en parti-

¹³ GARCÍA PÉREZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 (1999), pp. 35 y ss. La tesis sobre la *normalidad* y *ubiquidad* de la delincuencia juvenil ha sido en España demostrada a través de varias investigaciones criminológicas. Así, existe en España una investigación en el ámbito de la delincuencia juvenil, la cual se llevó a cabo para determinar la llamada «cifra negra» de la delincuencia de menores. Ver: RECHEA, y otros: *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*, Universidad de Castilla-la Mancha/Ministerio del Interior, Madrid 1995.

¹⁴ Ver: *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 1999*, p. 239.

cular de la familia, influir más en la conducta futura del menor delincuente que una intervención de carácter formal. Pero también los programas de *diversión* practicados fuera del ámbito judicial pueden posibilitar una mejor resocialización del joven infractor en comparación con las reacciones de carácter formal.

No debe tratarse así de responder al hecho delictivo exclusivamente con una sanción penal, más bien es conveniente una sanción rápida y efectiva, para que ante todo el menor no «pierda el contacto» con el hecho cometido. Así, las medidas educativas que se aplican en el marco de la *diversión* pueden tener en el ámbito de la delincuencia de pequeña y mediana intensidad una efectividad mayor que el sometimiento de ese menor a un proceso penal formal.

Con la *diversión* se pretende conseguir una reducción del control social formal en el sentido de una intervención intensiva en el menor delincuente. Partiendo de las propiedades que caracterizan a la delincuencia juvenil parece inadecuado reaccionar con un estricto control social formal. Una tal reacción no sólo puede ocasionar una estigmatización del menor, sino que a la larga puede aquélla influir negativamente en el desarrollo psicosocial del mismo. Por el contrario, el control social informal, y de un modo particular aquél del entorno inmediato del menor, puede influir en el joven de un modo más eficaz.

Finalmente no puede olvidarse que el tratamiento de la criminalidad de *bagatela* fuera de la jurisdicción penal formal puede conducir a una disminución de la sobrecarga de la actividad judicial.

«Aquel que en edad juvenil comete un hecho delictivo no puede ser sometido a responsabilidad en la misma proporción que un adulto».¹⁵

4. La *diversión* en el Derecho penal juvenil alemán

4.1. *Introducción. El Derecho penal juvenil alemán como Derecho penal educativo*

Un Derecho penal juvenil *autónomo* existe en Alemania desde la *Jugendgerichtsgesetz*, de 16 de febrero de 1923. Antes de la aprobación de dicha ley había que acudir al *Strafgesetzbuch* del año 1871, en con-

¹⁵ Proyecto de Ley de la *Jugendgerichtsgesetz*, de 24 de octubre de 1922.

creto a los §§ 55 a 57, para encontrar disposiciones relativas al tratamiento de los menores delincuentes entre 12 y 17 años.

La *Jugendgerichtsgesetz* vigente en la actualidad, aprobada el 4 de agosto de 1953 y reformada en profundidad por la Primera Ley de Reforma de la *Jugendgerichtsgesetz*, de 30 de agosto de 1990 (*1.JGGÄndG*), contiene tanto las disposiciones de carácter material (las consecuencias jurídicas de la comisión de un hecho delictivo) como también las de carácter formal (la organización y competencias de la jurisdicción penal juvenil y el proceso penal juvenil), que regulan las conductas delictivas de los menores delincuentes y, bajo determinadas condiciones, incluso de los llamados semiadultos.

Partiendo de lo establecido en el Código Penal alemán en su § 19 («Sin culpa actúa aquel que en la comisión de un delito no ha alcanzado todavía la edad de catorce años»), regula el § 1 párrafo 2 JGG el ámbito de aplicación personal de la legislación penal juvenil. Según lo establecido en esa disposición se considera como joven (*Jugendliche*), «aquel que en el momento de la comisión del hecho ha cumplido los catorce años y no ha alcanzado la edad de dieciocho años». Semiadulto (*Heranwachsende*) es aquel que en el momento de la comisión del hecho «ha cumplido la edad de dieciocho años, sin haber alcanzado la edad de veintiuno». Mientras que a los menores de catorce años (*Kinder*) no se les exige responsabilidad penal por haber cometido un hecho delictivo¹⁶, se aplica en Alemania para los *Jugendliche* entre catorce y diecisiete años y, bajo determinadas condiciones, para los *Heranwachsende* entre dieciocho y veinte años, un Derecho penal de características especiales: el Derecho penal juvenil, regulado en la *Jugendgerichtsgesetz* de 1953.

El Derecho penal juvenil alemán es concebido, en contraposición al Derecho penal general, como un Derecho penal de autor y un Derecho penal de carácter eminentemente educativo¹⁷. Desde los primeros debates sobre la jurisdicción penal juvenil llevados a cabo por la doctrina penal alemana a principios del siglo veinte se partía del convencimiento de que los menores delincuentes no podían compararse, desde un punto de vista de responsabilidad penal, con los delincuentes

¹⁶ En el caso que un menor de catorce años cometa un hecho de carácter delictivo se aplican por parte del juez tutelar de menores (*Vormundschaftsrichter*), las medidas de carácter asistencial y preventivas previstas en la legislación civil y social alemana.

¹⁷ Así lo entiende el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) en su jurisprudencia penal [BGHSt 15, 224 (225)]: «El derecho penal juvenil ha de entenderse en primer lugar como un derecho penal educativo».

adultos. Así se entendía que dichos menores debían ser sobre todo educados, no penados. Esta idea de la educación como directriz del Derecho penal juvenil estaba influida sobremanera por el pensamiento de *Franz von Liszt* y su Escuela Moderna del Derecho Penal. Ya en su famoso «*Marbuger Programm*», publicado en el año 1883, mostraba *von Liszt* su convencimiento de que para determinar las consecuencias jurídicas de un hecho delictivo cometido por un menor de edad se debía tener más en cuenta la personalidad de ese menor delincuente que el hecho delictivo por él cometido.

Quando un joven o también un adulto comete un crimen y le dejamos impune, es menor la posibilidad de que vuelva a cometer un crimen, que cuando por el contrario se le castiga.¹⁸

Mientras que en el Derecho penal general el hecho cometido y el mantenimiento de ordenamiento jurídico se encuentran en un primer plano, se determina en el Derecho penal juvenil la sanción a imponer no en base al hecho cometido por el menor, sino en base a su personalidad. Ya en la primera *Jugendgerichtsgesetz* del año 1923 encontraron estos principios expuestos su reflejo legislativo. En consecuencia, se puso en el Derecho penal juvenil en un primer plano, no el pensamiento punitivo, sino el pensamiento educador (*Erziehungsgedanke*).

En la *Jugendgerichtsgesetz* de 1953 encuentra este pensamiento educativo su reflejo no sólo en el sistema de sanciones previsto en la misma, sino también en las disposiciones sobre la organización y competencia de los Tribunales de Menores, en aquéllas que regulan el proceso a seguir contra dichos menores, incluso en las normas relativas a la ejecución y cumplimiento de la sanción impuesta.

En el Derecho penal juvenil material se refleja el pensamiento educativo de manera manifiesta en el § 5 JGG. En dicha disposición se regulan las medidas o sanciones a imponer como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor delincuente. Allí se contemplan medidas educativas (*Erziehungsmaßregeln*) y medios coercitivos (*Zuchtmittel*) por una parte, y la pena juvenil (*Jugendstrafe*) por otra. Las medidas educativas se regulan en primer lugar y su finalidad no consiste en el castigo del joven delincuente por el hecho cometido, sino en su educación. Dichas medidas deben en lo posible sustituir a los medios coercitivos y sobre todo a la pena juvenil. De este modo se tiene en cuenta el principio de subsidiaridad (*Subsidiaritäts-*

¹⁸ VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Volumen 2, 1905, p. 339.

prinzip), el cual está presente en todo el Derecho penal juvenil. Este principio de subsidiaridad está estrechamente unido al principio educativo y se refiere no sólo a la relación entre pena y medidas educativas en sentido material, según lo establecido en el § 5 JGG, sino también a las reacciones de carácter informal frente al proceso penal formal, como así se refleja en los §§ 45 y 47 JGG, como se analizará posteriormente.

En la jurisdicción juvenil se ha tenido en cuenta también ese principio educativo que marca el Derecho penal juvenil. Así se produce una especialización de los Fiscales y Jueces de Menores, los cuales, según se establece en el § 37 JGG, deben de estar especialmente capacitados desde el punto de vista educativo, teniendo a su vez experiencia en la educación de jóvenes. Como un órgano de especial importancia en la jurisdicción juvenil, considerando la finalidad preventivo-especial del Derecho penal juvenil, regula la *Jugendgerichtsgesetz* la figura de la asistencia judicial a la juventud (*Jugendgerichtshilfe*). Sus representantes, según se dispone en el § 38 párrafo 2 JGG, deben hacer valer en el proceso a seguir contra menores los aspectos educativos, sociales y asistenciales del mismo.

Por lo que hace referencia al Derecho penal juvenil formal se recoge también ese pensamiento educativo en distintas disposiciones. Baste señalar por ejemplo la intervención en el proceso de la llamada asistencia judicial a la juventud, recogida como se ha dicho anteriormente en el § 38 JGG, la posibilidad de desistir de la persecución del hecho delictivo o el sobreseimiento del procedimiento ya iniciado en base a criterios de oportunidad, según lo dispuesto en los §§ 45 y 47 JGG o particularidades propias del juicio oral como es la exclusión de la publicidad de las sesiones, según lo establecido en el § 48 párrafo 1 JGG.

La finalidad fundamental de ese Derecho penal educativo es la llamada *Legalbewährung* del joven delincuente, entiéndase la confirmación legal del menor o el retraer a ese menor de la comisión de nuevos hechos delictivos. Además debe este Derecho penal juvenil conseguir la resocialización del menor delincuente.

Como se ha señalado arriba, en el año 1990 se llevó a cabo en Alemania una profunda reforma del Derecho penal juvenil, operada por la Primera Ley de Reforma de la *Jugendgerichtsgesetz* (*1.JGGÄndG*), de 30 de agosto de 1990. Dicha reforma se propuso como principal finalidad una aplicación más efectiva de ese principio educativo que marca la legislación juvenil. Para conseguir esa finalidad se abogó por una reducción de las medidas estacionarias mediante sentencia en favor de la aplicación de medidas ambulatorias de nueva creación; desde el punto de vista procesal se intentó favorecer la conclusión anticipada del

procedimiento sin sentencia en base al principio de oportunidad regulado en los §§ 45 y 47 JGG¹⁹.

4.2. *Análisis de los preceptos §§ 45 y 47 JGG*

4.2.1. **Excurso: El principio de legalidad y oportunidad en el Derecho procesal alemán. La posición jurídica del Ministerio Fiscal en el Derecho procesal alemán. Particularidades del Derecho penal juvenil**

El principio de legalidad y oportunidad se presentan en la legislación procesal alemana en el sentido de las «dos caras de una misma moneda». Razón de ello es el hecho de que un principio supone tanto el complemento como la limitación del otro. No obstante hay que considerar ante todo que el sistema procesal penal alemán está regido principalmente por el principio de la legalidad (*Legalitätssprinzip*), el cual está regulado en los §§ 152 párrafo 2, 160 y 163 StPO. Dicho principio obliga a los órganos encargados de la persecución penal (Ministerio Fiscal y Policía) a intervenir como consecuencia de todas las infracciones penales perseguibles judicialmente, «tan pronto como existan criterios objetivos suficientes», en el sentido señalado en el § 152 párrafo 2 StPO. No obstante esta regulación legal cabe decir que el principio de legalidad está sometido en la legislación procesal alemana a tantas excepciones, que en el ámbito de la pequeña y mediana criminalidad prácticamente rige el principio de oportunidad (*Opportunitätssprinzip*)²⁰.

El principio de oportunidad ciertamente no viene definido de un modo expreso en la ley, aunque como se verá a continuación sí que se encuentran manifestaciones del mismo. No obstante, se considera habitualmente a este principio como una excepción del principio de legalidad. El principio de oportunidad exige a los órganos encargados de la persecución, según su propio criterio, de cumplir estrictamente con el principio de legalidad, pero sólo en los casos previstos legalmente y cumpliendo las condiciones señaladas en la ley. Ciertamente rige este principio de oportunidad en la legislación procesal alemana sólo para el Ministerio Fiscal (*Staatsanwaltschaft*) y el Juez (*Richter*).

¹⁹ A través de dicha reforma se introdujeron nuevas medidas ambulatorias dentro de las medidas educativas y coercitivas previstas en la ley penal juvenil, como por ej. la mediación entre el autor y la víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich*). Desde el punto de vista procesal se produjo una nueva redacción de los párrafos §§ 45 y 47 JGG.

²⁰ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage 1998, p. 86.

A la policía (*Polizei*) en cambio no le concede la ley ninguna competencia para, de propia mano, ordenar la no persecución de un determinado hecho.

Después de estas consideraciones puede deducirse que en el Derecho procesal alemán rige el llamado «principio de oportunidad regulada»²¹.

Una clara manifestación del principio de oportunidad en el Derecho procesal alemán regulado en la *Strafprozeßordnung* lo constituyen los párrafos § 153 y ss. StPO²². Dichos preceptos permiten sobreseer un procedimiento a pesar de existir criterios objetivos suficientes de la comisión de una conducta delictiva según lo dispuesto en el § 152 párrafo 2 StPO, incluso existiendo sospechas fundadas de criminalidad respecto al presunto autor del hecho delictivo según lo establecido en el § 170 párrafo 1 StPO. Los preceptos del § 153 y ss. StPO se fundamentan principalmente —y al contrario que en el Derecho penal juvenil— en las llamadas razones de economía procesal. Con ello se pretende en primer lugar aligerar la actividad de los órganos judiciales y los órganos encargados de la persecución de los delitos, liberando a éstos del conocimiento de la llamada *criminalidad de bagatela*. Como consecuencia accesoria se pretende garantizar una persecución más eficiente de la criminalidad grave.

El ordenamiento procesal penal alemán asigna al Ministerio Fiscal (*Staatsanwaltschaft*) una posición central en el procedimiento penal. De la estructura del proceso penal alemán se deducen tres funciones principales del Ministerio Fiscal. En primer lugar es el órgano encargado de la instrucción del procedimiento sumarial en régimen de monopolio. En segundo lugar actúa como representante de la acusación en la fase intermedia y en el juicio oral. Por último es el órgano encargado de la ejecución penal. La mayoría de la doctrina procesal alemana no considera al Ministerio Fiscal ni como parte del ejecutivo ni del judicial, sino que lo conciben como un «órgano independiente de la administración de justicia»²³.

La función más importante de la Fiscalía en la fase sumarial es, según se establece en el § 160 párrafo 1 StPO, la investigación del hecho

²¹ Ver nota n.º 3.

²² Para un exhaustivo análisis en lengua española de dichos preceptos ver: ARMENTA DEU, Teresa: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, 1991, en especial pp. 46 y ss. y 105 y ss.

²³ HELLMANN, 1998, p. 26; ROXIN, 1998, p. 52; SCHLÜCHTER, 1999, p. 37: En cambio, KREY, 1988, p. 135, incluye al Ministerio Fiscal dentro del poder ejecutivo.

con caracteres delictivos, decidiendo tras la conclusión de las investigaciones si obra elevar acusación formal ante el juez competente, tal y como establece el § 170 párrafo 1 StPO. De este modo viene obligado el Ministerio Fiscal, ante la existencia de un hecho con caracteres de delito, a investigar este hecho y llegado el caso a elevar acusación formal. Así se cumple con el principio de legalidad que se establece en el § 152 párrafo 2 StPO. En el caso de que las investigaciones llevadas a cabo no ofrezcan motivos suficientes para la elevación de una acusación formal según el § 170 párrafo 1 StPO, está obligado el Ministerio Fiscal, según el párrafo 2 de dicha disposición, a sobreseer el procedimiento iniciado. Una tal situación puede darse cuando por ejemplo falta un requisito de procesabilidad, cuando el imputado, bien por razones jurídicas o fácticas, aparece exento de responsabilidad penal, o cuando no existe una sospecha fundada de criminalidad por parte del presunto autor de los hechos. En caso contrario debe el Ministerio Fiscal — en principio — elevar acusación «mediante presentación de un escrito de acusación ante el Tribunal competente» (§ 170 párrafo 1 StPO). De lo explicado puede deducirse como en el Derecho procesal penal alemán queda en manos del Ministerio Fiscal la decisión de continuar con un procedimiento penal o bien sobreseer el mismo.

En el Derecho penal juvenil alemán viene recogido asimismo el principio de legalidad. De este modo, queda también obligado el Fiscal de Menores (*Jugendstaatsanwalt*) a incoar un procedimiento ante la existencia de un hecho con los caracteres de delito cometido presuntamente por un menor de edad, tan pronto como existan criterios objetivos suficientes (§ 2 JGG en relación con el § 152 párrafo 2 StPO)²⁴. Del mismo modo a como se establece en el proceso penal general, está en principio obligado el Fiscal de Menores a elevar acusación formal en caso de que tras la conclusión de las investigaciones se den sospechas fundadas de criminalidad contra un determinado menor y al mismo tiempo se den los demás requisitos de procesabilidad. En caso contrario debe el Ministerio Fiscal de sobreseer el procedimiento según se establece en el § 170 párrafo 2 StPO.

A destacar en este punto es la disposición del § 3 JGG, según la cual en caso de que el joven entre 14 y 17 años, como consecuencia de su desarrollo moral y mental, carezca de la madurez suficiente para conocer la antijuricidad del hecho y actuar conforme a ese discernimiento, debe de sobreseerse el procedimiento iniciado al considerarse que

²⁴ La disposición del § 2 JGG establece el carácter supletorio de las demás normas penales y procesales del ordenamiento jurídico alemán para todo lo no previsto en la ley penal juvenil (JGG).

dicho joven carece de responsabilidad penal. Dicha disposición no es de lo contrario aplicable a los jóvenes semiadultos entre 18 y 20 años (*Heranwachsende*), aunque a éstos se les aplique el Derecho penal juvenil.

No obstante lo explicado, el Derecho penal juvenil regula casos en los cuales, en base al principio de oportunidad, puede producirse una conclusión anticipada del procedimiento penal iniciado contra un menor delincuente. Dichas posibilidades se regulan en los párrafos §§ 45 y 47 JGG y serán a continuación objeto de un estudio detallado.

Las razones para esa en cierto modo ruptura del principio de legalidad son marcadamente distintas en el Derecho procesal penal de adultos y en el Derecho procesal penal juvenil. Mientras que —como se vio anteriormente— en el primero sobre todo se pretende conseguir con las posibilidades de conclusión anticipada del procedimiento una agilización de la administración de justicia y unido a ello una descarga de la misma, se busca en el Derecho procesal penal juvenil en primer lugar el preservar al joven delincuente de los efectos estigmatizadores que un proceso penal formal puede llevar consigo. Además, las posibilidades de conclusión anticipada del procedimiento reguladas en los párrafos §§ 45 y 47 JGG se basan en el principio de subsidiaridad (*Subsidiaritätsprinzip*), según el cual los mecanismos informales en el proceso penal así como las medidas ambulatorias tienen preferencia frente a la terminación formal del proceso mediante sentencia y las medidas de carácter estacionario.

La base legal para la determinación de las competencias del Fiscal de Menores en el proceso penal juvenil se encuentra regulada en el § 36 JGG. El Ministerio Fiscal dirige en general todos los procedimientos que competencialmente pertenecen a los Jueces de Menores. Como se ha indicado más arriba, el Fiscal de Menores tiene en principio las mismas competencias que el Fiscal en el Derecho procesal penal general. No obstante hay aquí que reseñar algunas particularidades, las cuales se derivan de la especial función educativa que se asigna al proceso penal a seguir contra menores²⁵. Esta especial posición jurídica del Fiscal de Menores se muestra en la fase sumarial sobre todo en dos aspectos. Por una parte no se limita la función del Fiscal exclusiva-

²⁵ En este punto hay que hacer mención de nuevo a la disposición del § 37 JGG, según la cual los Fiscales y Jueces de Menores deben de estar especialmente capacitados desde el punto de vista educativo y además tener experiencia en la educación de jóvenes. Con esta disposición se pone de nuevo de manifiesto la importancia que al pensamiento educativo (*Erziehungsgedanke*) se le da en el derecho penal juvenil alemán.

mente a la investigación del hecho delictivo. Junto a ello viene éste obligado, según se establece en el § 43 JGG, a realizar una investigación sobre la personalidad, situación familiar y entorno social del joven presunto autor de los hechos. Es en este punto cuando cobra la figura de la asistencia judicial a la juventud (*Jugendgerichtshilfe*) un papel importante. Por otra parte —y como aspecto de gran importancia— debe destacarse la acentuada ruptura que del principio de legalidad se produce en el proceso penal contra menores mediante las posibilidades que la ley concede al Fiscal para concluir anticipadamente el procedimiento. A destacar en este punto son los mecanismos de *diversión* de los párrafos 1 y 2 del § 45 JGG, según los cuales el Fiscal puede disponer la conclusión del procedimiento a seguir contra un menor delincuente, sin que para ello necesite de la ratificación del Juez de Menores.

Después de lo explicado puede concluirse que el Fiscal de Menores dispone en el Derecho penal juvenil —a diferencia de lo establecido en el Derecho procesal penal general— de una capacidad mayor para decidir unilateralmente la continuación o no de un procedimiento incoado contra un menor delincuente.

4.2.2. Introducción a los preceptos §§ 45 y 47 JGG

Los preceptos §§ 45 y 47 de la ley penal juvenil alemana (*Jugendgerichtsgesetz*) representan la base fundamental de la regulación de la *diversión* en el Derecho procesal penal juvenil alemán. En dichas disposiciones se regulan distintas variantes de terminación informal del procedimiento ante menores delincuentes. Ambos preceptos permiten la conclusión anticipada de un procedimiento penal, bien por parte del Fiscal de Menores o por parte del Juez de Menores, a pesar de la existencia de los requisitos generales de procesabilidad, de existir indicios racionales de criminalidad, así como de afirmarse la responsabilidad penal del menor en base al § 3 JGG. Dicha terminación anticipada puede producirse sin que se imponga medida alguna al menor o bien mediante la imposición de una medida con un estricto carácter educativo.

La disposición del § 45 JGG se divide en tres párrafos, considerándose éstos como un modelo escalonado respecto a las diferentes posibilidades de *diversión* en ellos recogidas. Así, en el caso de que se dé la posibilidad de una terminación informal del procedimiento en base a la *diversión* debe acudir en primer lugar al párrafo 1 del § 45 JGG. Sólo cuando dicha alternativa no pueda aplicarse, deben de tomarse

en consideración las posibilidades reguladas bien en el párrafo 2 o en el párrafo 3 del § 45 JGG.

El § 47 JGG, por su parte, abre al Juez de Menores la posibilidad de sobreseer el procedimiento en la fase de enjuiciamiento después de que el Fiscal de Menores haya elevado acusación formal.

Antes de entrar en un análisis pormenorizado de ambas disposiciones conviene en este punto hacer una mención especial a la profunda modificación que de dichos preceptos se llevó a cabo mediante la ya aludida Primera Ley de Reforma de la *Jugendgerichtsgesetz*, en el año 1990 (1.JGGÄndG).

Con la aprobación de la *Jugendgerichtsgesetz* del año 1953 fueron reguladas las posibilidades de terminación anticipada del procedimiento por parte del Fiscal de Menores en el § 45 JGG. Dicho precepto preveía tres posibilidades distintas de sobreseimiento del procedimiento a instancias del Ministerio Fiscal: el párrafo 1 abría la posibilidad de terminar anticipadamente un procedimiento penal con la intervención del Juez de Menores en el marco del entonces llamado «proceso educativo por parte del Juez de Menores». Según esta alternativa podía el Fiscal de Menores solicitar al Juez que ordenase al menor que hubiera confesado los hechos realizar determinadas obligaciones o condiciones, ordenarle prestar determinados trabajos o bien participar en un curso de enseñanza de las reglas de tráfico, o simplemente amonestarle formalmente por la conducta antijurídica realizada por el menor. En el párrafo 2, el cual a su vez se dividía en dos números, se recogían otras dos posibilidades de terminación anticipada del procedimiento. Según la recogida en el número 1 podía el Fiscal de Menores, sin ulterior aprobación del Juez, desistir de la persecución del hecho delictivo cuando ya se hubiera ordenado una medida educativa. Según el número 2 podía el Fiscal de Menores, también sin una posterior aprobación del Juez, desistir de dicha persecución penal en los llamados delitos de *bagatela*, cuando se dieran las condiciones que se establecían en el § 153 StPO.

Tras elevación de la acusación formal por parte del Fiscal podía el Juez de Menores en virtud del § 47 JGG sobreseer el procedimiento por tres razones. Éstas eran fundamentalmente las mismas que contemplaba la disposición del § 45 JGG. No obstante podía también el Juez de Menores ordenar el sobreseimiento del procedimiento cuando el acusado, por razón de su inmadurez, no fuera responsable penalmente del hecho cometido (§ 47 párrafo 1 número 3 JGG).

Aunque el sobreseimiento según lo establecido en el número 2 del párrafo 2 del § 45 JGG 1953 se regulaba en último lugar dentro de las

posibilidades de terminación anticipada del procedimiento, tanto la doctrina como la práctica jurisdiccional le concedieron paulatinamente a dicha alternativa prioridad frente a las otras dos contempladas en la ley. La razón hay que buscarla fundamentalmente en el principio de subsidiaridad, según el cual la reacción con un carácter más «débil» tiene un carácter preferente frente a reacciones con un carácter más «intervencionista» en la persona del menor infractor. De este modo se contemplaba en segundo lugar la alternativa regulada en el número 1 del párrafo 2 del § 45 JGG. Finalmente se aplicaba la terminación anticipada del procedimiento, con intervención del Juez de Menores, según lo establecido en el párrafo 1 del § 45 JGG.

Esta sistemática fue a lo largo de los años no sólo practicada paulatinamente por la jurisdicción penal juvenil sino también exigida por la doctrina. Finalmente se recogió en la Primera Ley de Reforma de la *Jugendgerichtsgesetz* del año 1990. Con ella se llevó a cabo una nueva regulación de los preceptos §§ 45 y 47 JGG.

Así, la antigua alternativa recogida en el número 2 del párrafo 2 del § 45 JGG 1953 pasó a regularse en el nuevo párrafo 1 del § 45 JGG 1990. A partir de la nueva regulación puede el Fiscal de Menores, sin ulterior consentimiento del Juez de Menores, desistir de la persecución de un determinado hecho delictivo cuando se dan las condiciones establecidas en el § 153 StPO. La posibilidad de terminación anticipada del procedimiento recogida en el número 1 del párrafo 2 del § 45 JGG 1953 se configuró con la Ley de Reforma de 1990 como una posibilidad de sobreseimiento del proceso independiente en el párrafo 2 del nuevo § 45 JGG 1990. En virtud de ella el Fiscal de Menores puede ahora desistir de la persecución de un hecho delictivo, asimismo sin la intervención del Juez de Menores, cuando una medida de carácter educativo, o bien ya se ha llevado a cabo, o bien se ha iniciado y el Fiscal de Menores no considere necesaria ni una participación del Juez de Menores según lo establecido en el nuevo párrafo 3 del § 45 JGG 1990, ni tampoco la elevación de una acusación formal. Finalmente se desplazó el antiguo párrafo 1 del § 45 JGG 1953 como tercera posibilidad de terminación anticipada del procedimiento a un nuevo párrafo 3 del § 45 JGG 1990. Así, cuando el Ministerio Fiscal no considere oportuno proceder según las alternativas previstas en los párrafos 1 y 2, puede éste solicitar del Juez de Menores que, o bien éste le reproche al menor su conducta mediante una amonestación (*Ermahnung*), o bien le imponga determinadas instrucciones o mandatos (*Weisungen*) u obligaciones (*Auflagen*). Como condición previa para proceder según esta alternativa exige el párrafo 3 del § 45 JGG 1990 —al igual que establecía el antiguo párrafo 1 del § 45 JGG 1953— que el menor haya confesado los hechos.

La disposición del § 47 JGG se reestructuró de un modo semejante a lo acaecido con el § 45 JGG.

Con esta nueva ordenación establecida en el § 45 JGG se respondió legalmente a la práctica que hasta entonces se estaba llevando a cabo en la jurisdicción juvenil en la aplicación del § 45 JGG. Además se tuvo en cuenta el principio de subsidiaridad desde el punto de vista procesal, ya que el desistimiento de la persecución penal por parte del Fiscal de Menores se insertó como la medida menos «intervencionista», por delante de una terminación anticipada del procedimiento con participación del Juez de Menores.

4.2.3. La conclusión anticipada del procedimiento sin sanción por parte del Fiscal de Menores según el § 45 párrafo 1 JGG

Según se establece en el § 45 párrafo 1 JGG el Ministerio Fiscal puede, según su libre apreciación, decidir la conclusión anticipada del procedimiento seguido contra un menor delincuente, sin necesidad de una ulterior ratificación por parte del Juez de Menores, cuando se dan las condiciones establecidas en el § 153 de la Ordenanza Procesal alemana (*Strafprozeßordnung*), es decir, cuando el delito perseguido es una falta (*Vergehen*) según los criterios del § 12 párrafo 2 del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*), la culpabilidad del menor es escasa y no existe ningún interés público en la persecución del hecho delictivo en concreto.

Esta posibilidad de *diversión* suele conocerse, siguiendo la política criminal norteamericana, como «*diversion to nothing*», ya que el sobreseimiento del procedimiento se acuerda sin que se ordene sanción o medida educativa alguna.

Empezando por la primera condición establecida en la ley, esta posibilidad de *diversión* sólo puede aplicarse a los delitos calificables como falta (*Vergehen*), según el mencionado § 12 párrafo 2 StGB, es decir, aquellos hechos antijurídicos que están sujetos a una pena privativa de libertad de hasta un año o a una pena de multa.

Por lo que hace referencia a la culpabilidad del menor infractor, debe tener ésta un carácter escaso. Una aplicación del § 45 párrafo 1 JGG no puede tener lugar desde luego cuando el sujeto infractor actúa sin culpa²⁶. No obstante no exige esta posibilidad de *diversión*, en refe-

²⁶ En este caso debe sobreseerse el procedimiento según el § 2 JGG en relación con el § 170 párrafo 2 StPO.

rencia a los requisitos del § 153 StPO, que se pruebe judicialmente la existencia de culpa. Más bien basta una cierta posibilidad de su existencia, o bien la improbabilidad de que si se llevara a término un proceso penal pudiera producirse la absolución del acusado por falta de culpabilidad.

Como tercera condición para que pueda aplicarse este mecanismo de *diversión*, exige el § 45 párrafo 1 JGG, remitiéndose nuevamente al § 153 StPO, que no exista un interés público en la persecución de la infracción penal. En este punto hay que decir que el concepto de «interés público» en Derecho penal juvenil debe juzgarse de un modo distinto al Derecho penal de adultos. Mientras que en éste último suele acudir para determinar el interés público tanto a razones de prevención general como especial, defiende la doctrina penal alemana mayoritaria que en Derecho penal juvenil no hay lugar para hacer consideraciones relativas a la prevención general. Determinante en el Derecho penal juvenil es sobre todo la prevención especial positiva. Reflexiones acerca de una posible prevención general están en Derecho penal juvenil fuera de lugar.

Se observa como esta posibilidad de *diversión* supone una disposición discrecional del Fiscal de Menores, la cual se aplica cuando éste considera que no hace falta imponer al joven delincuente ninguna medida de carácter educativo, ya que se entiende que tanto la investigación del delito por la policía como la ulterior incoación de un procedimiento sumarial en contra del menor han podido producir en él un efecto educativo suficiente

Desde el punto de vista del hecho delictivo se aplica la disposición del § 45 párrafo 1 JGG en el caso de los llamados delitos de *bagatela*, sobre todo a aquellos cometidos por jóvenes que nunca antes habían tenido contacto con la administración de justicia; delitos a su vez con un contenido de culpabilidad escasa y unas repercusiones pequeñas. Un sobreesimiento del procedimiento en el marco de la *diversión* según esta primera posibilidad suele producirse por ejemplo en el caso de hurto de objetos de escaso valor (sobre todo hurtos en establecimientos). También puede aplicarse en el caso de un delito de lesiones imprudentes, utilización ilegítima de vehículos a motor o también en el caso de infracciones a leyes penales especiales como por ejemplo la conducción sin permiso de conducir. Desde el punto de vista del autor del hecho delictivo suele defenderse por la doctrina mayoritaria que una aplicación de esta posibilidad de *diversión* no debe limitarse sólo a jóvenes que delinquen por primera vez, sino que bajo determinadas circunstancias puede aplicarse también a jóvenes con antecedentes delictivos, cuando éstos durante un determinado período de tiempo más o

menos largo no han sido objeto de una persecución penal, o bien lo sean por un determinado delito, el cual respecto al bien jurídico protegido o respecto a la forma de comisión no tenga nada que ver con el delito anteriormente perseguido. En estos casos es determinante las circunstancias del caso en concreto²⁷.

Al igual que en la posibilidad de *diversión* del párrafo 2 del § 45 JGG —que será inmediatamente objeto de análisis— no exige el párrafo 1 una confesión de los hechos (*Geständnis*) por parte del menor delincuente. Por otra parte, la decisión del Fiscal de Menores de concluir anticipadamente el procedimiento según esta alternativa no tiene por que serlo de modo definitivo. Así, el Fiscal puede en cualquier momento reabrir el procedimiento sobreseído y continuar así su tramitación.

El sobreseimiento regulado en el § 45 párrafo 1 JGG permite, si se cumplen las condiciones establecidas en el § 153 StPO, una conclusión del procedimiento sin que se imponga al mismo tiempo medida alguna («*diversion to nothing*»). No obstante, no puede hablarse aquí de una conclusión del procedimiento sin consecuencia alguna. Si bien es verdad que no tiene lugar la imposición de alguna/s medida/s de carácter educativo, establece el § 60 párrafo 1 número 7 de la Ley sobre el Registro Federal Central (*Bundeszentralregistergesetz*) que todas las decisiones del Ministerio Fiscal en el marco del § 45 JGG deben de inscribirse en el llamado «registro educativo» (*Erziehungsregister*), dentro del Registro Federal Central (*Bundeszentralregister*). La conveniencia de esta sujeción a inscripción ha sido desde siempre discutida por un sector de la doctrina alemana.

La posibilidad de *diversión* del § 45 párrafo 1 JGG en el caso de la llamada criminalidad de *bagatela* supone la reacción con menos carga «punitiva» de todas las contempladas en el § 45 JGG. Por ello debe considerarse, siempre que sea posible, su aplicación prioritaria en base al principio de subsidiaridad que reina en todo el Derecho penal juvenil. La llamada «*diversion to nothing*» debe así tener prioridad frente a la llamada «*diversion by intervention*».

²⁷ Así lo considera el Proyecto de Ley de la *1.JGGÄndG* (BT-Drucks. 11/5829), p. 23. Del mismo modo BRUNNER/DÖLLING, 1996, § 45 Rdnr. 17; DIEMER en: DSS 1999, § 45 Rdnr. 12.

4.2.4. La conclusión anticipada del procedimiento por parte del Fiscal de Menores con la imposición de medidas de carácter educativo según el § 45 párrafo 2 JGG

En el caso que no pueda aplicarse al caso concreto la posibilidad de *diversión* del § 45 párrafo 1 JGG, debe acudir al escalafón superior de las posibilidades que se contemplan en el Derecho penal juvenil en el § 45 JGG. Una de las razones por la cual no puede aplicarse la primera variante puede ser el hecho de que las condiciones que establece el § 153 StPO no se dan, por ejemplo cuando la culpabilidad del joven delincuente respecto al hecho cometido no puede catalogarse como escasa o cuando el hecho antijurídico es un delito (*Verbrechen*), según se expresa en el § 12 párrafo 1 StGB²⁸.

Según se establece en el § 45 párrafo 2 JGG, el Fiscal de Menores debe, al igual que en el párrafo anterior sin necesidad de consentimiento por parte del Juez de Menores, desistir de la continuación de la persecución penal «cuando, o bien ya se ha llevado a cabo, o bien se ha iniciado una medida educativa y el Ministerio Fiscal no considera necesario, ni una intervención del Juez según lo establecido en el párrafo 3, ni el ejercicio de la acusación formal». Como puede deducirse del tenor legal del precepto no puede en este caso hablarse de una «*diversion to nothing*», propia del § 45 párrafo 1 JGG, sino de una llamada «*diversion by intervention*», ya que esta segunda alternativa va acompañada en todo caso de la imposición de una medida educativa.

A destacar en esta posibilidad de *diversión* es el hecho que el párrafo 2 del § 45 JGG no atribuye al Ministerio Fiscal una facultad discrecional para decidir la conclusión anticipada del proceso. Así, el tenor del párrafo 2 no dice que el Fiscal de Menores «puede» desistir de la continuación del procedimiento, sino que «debe» hacerlo cuando se den las condiciones para ello. Dicha reforma fué operada por la *1.JGGÄndG* 1990 con la finalidad de robustecer las posibilidades de reacción informal en el Derecho penal juvenil.

El concepto de medida educativa que se define en el § 45 párrafo 2 JGG hay que entenderlo mucho más amplio que las medidas educativas (*Erziehungsmaßregeln*) que la *Jugendgerichtsgesetz* regula en el § 9, abarcando así aquél todas aquellas medidas que con la finalidad de pro-

²⁸ Al contrario, pues, de la variante de *diversión* contemplada en el párrafo 1 del § 45 JGG, puede aplicarse la recogida en el párrafo 2 a tipos penales que el Código Penal alemán en el § 12 párrafo 1 califica como delitos (*Verbrechen*), es decir, aquellos hechos antijurídicos castigados con una pena de privación de libertad de un año o superior.

ducir un efecto educativo en el menor son iniciadas o llevadas a cabo por sujetos/instituciones de carácter público o privado. La decisión acerca de si una medida educativa concreta basta para justificar una conclusión anticipada del procedimiento le corresponde al Ministerio Fiscal, sin necesidad de una ulterior ratificación por parte el Juez de Menores.

La cuestión principal con respecto a esta posibilidad de *diversión* y al mismo tiempo punto de conflicto entre la doctrina alemana es aquella relativa a determinar quien está por la ley autorizado para ordenar o iniciar una medida educativa, y qué clases de medidas educativas pueden ser ordenadas.

En principio suele existir acuerdo entre la doctrina en el hecho que el legislador ha querido a través de la regulación establecida en el § 45 párrafo 2 JGG otorgar al control social informal una preferencia sobre el control social formal. Así se piensa en primer lugar en aquellas medidas procedentes del entorno social más inmediato del menor delincuente, las cuales pueden ser por ejemplo acordadas por la familia de éste con motivo del hecho delictivo. Se tiene así en cuenta no sólo el Derecho a la educación que según el artículo 6 de la Constitución alemana (*Grundgesetz*) compete en primer lugar a los padres del menor, sino también el Derecho al cuidado y a la custodia de la persona que establece el § 1626 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*). Dentro del entorno social del menor también hay que incluir a otros titulares del Derecho a la educación como la escuela, el asistente judicial del joven o el delegado de libertad vigilada.

A pesar de estas consideraciones la práctica de la jurisdicción penal juvenil ha ampliado el abanico de sujetos que, desde el punto de vista de las medidas educativas a imponer, pueden dar lugar a una conclusión anticipada del procedimiento sobre la base del párrafo 2 del § 45 JGG. En base a esto pueden conducir a un sobreseimiento del proceso aquellas medidas educativas ordenadas por sujetos o instituciones del control social estrictamente formal. Entre otras se piensa aquí en medidas educativas ordenadas por aquellos órganos intervinientes en el proceso penal juvenil. Así, una conversación pedagógica entre el agente policial y el menor en el marco de la investigación puede ser valorada por parte del Fiscal de Menores como una medida educativa en el sentido del párrafo 2 del § 45 JGG, la cual puede conducir a una conclusión anticipada del procedimiento en el marco de la *diversión*. Lo mismo cabe decir de las medidas educativas adoptadas por la asistencia judicial a la juventud (*Jugendgerichtshilfe*) en el marco de la investigación de las circunstancias personales y sociales del menor delincuente.

Todas estas posibilidades han sido y son llevadas a la práctica en Alemania desde principios de los años 80 a través de distintos programas de *diversión*²⁹.

La cuestión fundamental a analizar en esta posibilidad de *diversión* es si el Fiscal de Menores — y en caso afirmativo con qué amplitud — puede establecer por sí mismo las condiciones que den lugar a una conclusión anticipada del procedimiento según el § 45 párrafo 2 JGG. Se trata de determinar si el Ministerio Fiscal, como instancia que interviene en el proceso penal juvenil, está facultado por ley a proponer o iniciar por sí mismo una determinada medida educativa que lleve a la postre a un sobreseimiento del procedimiento en el ámbito de la *diversión*. Respecto a esta cuestión existen en la doctrina alemana opiniones discordantes. Aquellos que niegan una posible actividad del Ministerio Fiscal en el ámbito de la *diversión* se basan principalmente en una posible transmisión de competencias estrictamente judiciales a la figura de la Fiscalía, cuando el Fiscal de Menores propone u ordena una determinada medida sin una intervención del Juez. La cuestión relativa a si estas alegaciones de una parte de la doctrina son defendibles o bien carecen de fundamento jurídico alguno, será objeto de análisis en el punto 4.2.7 del presente artículo.

Cabe decir a esto que entre en la doctrina alemana existe prácticamente unanimidad con respecto al hecho de que el Fiscal de Menores no tiene facultad de *ordenar* las medidas educativas de que habla el § 45 párrafo 2 JGG. Sí que puede, en cambio, *proponer* medidas educativas, con la particularidad que las medidas propuestas no pueden superar la intensidad de intervención de las medidas que se enumeran en el § 45 párrafo 3 de la ley³⁰. Una vez establecido el límite

²⁹ Entre tanto, el número de programas de *diversión* que se aplican en Alemania es realmente grande. Dichos programas se llevan a cabo tanto en el ámbito policial como en el ámbito de la *Jugendgerichtshilfe*, así como dentro de las distintas Fiscalías. Un listado de los programas llevados a cabo lo facilita la *Bundesarbeitsgemeinschaft für ambulante Maßnahmen nach dem Jugendgerichtsgesetz: Ambulante Maßnahmen und sozialpädagogische Jugendhilfeangebote für junge Straffällige*, DVJJ-Schriftenr., Volumen 20, Bonn 1992.

³⁰ BRUNNER/DÖLLING, 1996, § 45 Rdnr. 21; HEINZ, ZStW 104 (1992), pp. 629 y s.; OSTENDORF, 2000, § 45 Rdnr. 12; SCHAFFSTEIN/BEULKE, 1998, p. 232. El Proyecto de Ley de la *1.JGGÄndG* de 1990 parte de la posibilidad de que el Fiscal de Menores tiene la competencia para proponer medidas educativas, incluso aquéllas que vienen enumeradas en el párrafo 3 del § 45 JGG. Así, puede el Ministerio Fiscal «por sí mismo crear las condiciones para una conclusión anticipada de la persecución en base al § 45 párrafo 2 JGG en el caso de que no haya tenido lugar todavía una reacción educativa adecuada». Ver: Proyecto de Ley de la *1.JGGÄndG* (BT-Drucks. 11/5829), p. 24.

de la competencia del Fiscal de *proponer* determinadas medidas educativas, continúa siendo todavía objeto de una viva discusión doctrinal el hecho de delimitar el alcance o la intensidad que pueden tener las medidas educativas que el Fiscal de Menores puede proponer —que no ordenar— dentro de la posibilidad de *diversión* regulada en el párrafo 2 del § 45 JGG. Con respecto a esta cuestión se han formado en la doctrina alemana tres posiciones distintas y contrapuestas entre sí:

1. Una interpretación extensiva del § 45 párrafo 2 JGG aboga por conceder al Fiscal de Menores una competencia para proponer medidas educativas que alcance incluso a las medidas que el Juez de Menores puede imponer según la posibilidad de *diversión* del § 45 párrafo 3 JGG. De este modo el Ministerio Fiscal puede, dentro de la variante del párrafo 2, acudir a las medidas educativas que se enumeran en el párrafo 3.
2. Por el contrario defiende una interpretación restrictiva del § 45 párrafo 2 JGG que el Fiscal de Menores carece de cualquier posibilidad de proponer medidas educativas en el ámbito de la *diversión*. En este punto reconocen sólo como admisible una simple amonestación (*Ermahnung*) del menor por parte del Fiscal, siempre y cuando ésta no sea considerada como una condición para concluir anticipadamente el procedimiento, sino que tenga como única finalidad el servir como base para la decisión del Ministerio Fiscal de sobreseer o no el procedimiento.
3. Por último se encuentra una posición intermedia en la doctrina, la cual en distinta medida le reconoce al Ministerio Fiscal una competencia limitada para proponer medidas educativas. No obstante viene a admitirse que el Fiscal de Menores puede proponer una conversación con el menor, la cual sirva al mismo tiempo como admonición o amonestación respecto a la conducta delictiva, o también proponer medidas educativas a las personas autorizadas para la educación del menor.

Tras el análisis llevado a cabo se ve claramente como por una parte la posición del legislador y por otra la posición de la doctrina difieren enormemente la una de la otra respecto a la actividad del Ministerio Fiscal en el ámbito de la *diversión*.

Al igual que en el § 45 párrafo 1 JGG no es condición indispensable para aplicar el § 45 párrafo 2 JGG la confesión de los hechos (*Geständnis*) por parte del menor.

En el § 45 párrafo 2 frase 2 JGG, introducida por la *1.JGGÄndG*, se prevé la posibilidad de que el esfuerzo del joven inculpado por lograr una conciliación con la víctima de delito (*Täter-Opfer-Ausgleich*), puede equipararse a la realización o inicio de una medida educativa en el sentido del § 45 párrafo 1 frase 1 de la ley.

El Fiscal de Menores no viene obligado a esperar a que la medida educativa acordada se haya llevado a término. Así, es suficiente para que se produzca una conclusión anticipada del procedimiento que dicha medida simplemente se haya iniciado, no así concluido. En el caso de que el joven interrumpa el cumplimiento de dicha medida educativa, o bien en el caso de que no se observe un éxito desde el punto de vista educativo con la realización de la misma, puede el Fiscal reanudar el procedimiento sobreseído.

Del mismo modo a como se establecía en el § 45 párrafo 1 JGG, la decisión de sobreseer el procedimiento según el párrafo 2 está sujeta a inscripción en el «registro educativo» (*Erziehungsregister*) dentro del Registro Federal Central, según lo dispuesto en los §§ 20, 59 y 60 párrafo 1 número 7 de la Ley sobre el Registro Federal Central. Esta obligación de inscripción ha sido y es objeto de acentuada crítica por parte de la doctrina alemana por razones de prevención especial. Por ello aumentan las voces que reclaman una derogación de esta obligación de inscripción³¹.

4.2.5. La conclusión anticipada del procedimiento con intervención del Juez de Menores según el § 45 párrafo 3 JGG

En el marco de las posibilidades de *diversión* dentro de la *Jugendgerichtsgesetz* alemana y siguiendo con el arriba mencionado principio de subsidiaridad, la posibilidad de *diversión* contemplada en el § 45 párrafo 3 JGG se aplica solamente como tercera alternativa. Las condiciones que establece dicho precepto suponen claramente un aumento de las exigencias para que se pueda producir una renuncia a la persecución penal.

³¹ Entre otras cosas alude la doctrina a la situación de discriminación que esta obligación ocasiona al menor delincuente frente a los adultos, ya que las disposiciones del § 153 y ss. de la StPO no exigen que la conclusión anticipada del procedimiento en el ámbito del principio de oportunidad deba de inscribirse en registro alguno. Entre los autores que abogan por una supresión de esta obligación se encuentran MÜLLER, DRiZ 1996, p. 447; OSTENDORF, 2000, Introducción a los preceptos del §§ 45 y 47, Rdnr. 9.

En el caso que el Fiscal de Menores, por razones de tipo educativo o por otras razones, no considere necesaria una acusación formal o bien una solicitud de decisión en el llamado «proceso juvenil abreviado» (*vereinfachtes Jugendverfahren*)³², no obstante considere como no suficiente una decisión según las dos primeras posibilidades de *diversión* explicadas anteriormente, puede entonces aquél acudir a la alternativa que ofrece el § 45 párrafo 3 JGG.

Se entiende que esta posibilidad de *diversión*, debido al amplio abanico de reacciones que prevé, no debe de limitarse sólo a menores que delinquen por vez primera o a menores responsables de delitos llamados de bagatela; más bien suele extenderse a casos de criminalidad de mediana intensidad así como en el caso de jóvenes reincidentes.

Según se establece en el § 45 párrafo 3 JGG, en esta variante de *diversión* se produce una intervención obligatoria del Juez de Menores a instancias del Ministerio Fiscal. De acuerdo con lo establecido en esta disposición, el Fiscal de Menores solicita del Juez la imposición de determinadas medidas, cuando aquél considera esas medidas como necesarias para la conclusión anticipada del procedimiento.

Dichas medidas a disposición del Juez de Menores se diferencian entre sí según el grado de intensidad en la esfera personal del joven delincuente. Por otra parte se trata de un catálogo cerrado de medidas, es decir, sólo pueden solicitarse/imponerse las allí enunciadas.

Como primera medida educativa y con un grado de intervención bastante débil regula la ley la llamada amonestación (*Ermahnung*), la cual consiste en un reproche oral al menor de su conducta delictiva.

³² El llamado «proceso juvenil abreviado», regulado en los §§ 76 a 78 JGG, puede decirse que está a medio camino entre el proceso penal juvenil formal y el proceso educativo informal del § 45 JGG que se viene explicando. Condición para poner en marcha dicho «proceso juvenil abreviado» es una solicitud oral o escrita por parte del Fiscal de Menores ante el Juez, en la cual se pida decidir mediante dicha variante procesal. Mediante esta solicitud se suprime la acusación formal. Según el tenor literal del § 76 JGG sólo puede ser presentada esta solicitud cuando se considere que el Juez de Menores sólo va a ordenar la imposición de determinadas sanciones contempladas en la JGG, como por ejemplo determinadas órdenes o mandatos (*Weisungen*) —dentro de las medidas educativas que contempla la ley—, una medida de asistencia a la educación (*Hilfe zur Erziehung*) según lo previsto en el § 12 número 1 JGG, medios correctivos (*Zuchtmittel*), la prohibición de conducir vehículos a motor (*Fahrverbot*) o la privación del permiso de conducir (*Entziehung der Fahrerlaubnis*), declarando una suspensión por no más de dos años. Una de las particularidades de este tipo procedimental es que no existe una fase intermedia. El juez decide directamente tras la celebración del juicio oral, al cual no es necesario que asista el Fiscal pero sí el menor imputado.

Además puede el Juez de Menores imponer al joven delincuente alguna de las órdenes o mandatos (*Weisungen*) que la *Jugendgerichtsgesetz* regula en su § 10, en concreto una prestación de trabajo (*Arbeitsleistung*), la disposición del menor de lograr una conciliación con la víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich*) o su participación en un curso sobre las normas de tráfico (*Verkehrsunterricht*).

Por último, el Juez de Menores puede imponer al menor alguna de las obligaciones (*Auflagen*) que la JGG contempla en el § 15.

Después del análisis realizado de esta posibilidad de *diversión* del párrafo 3 se ve claramente como el Juez de Menores —al contrario que las dos primeras alternativas analizadas más arriba— actúa como la instancia decisoria principal. Éste no está en principio obligado a admitir la propuesta realizada por el Ministerio Fiscal, por lo cual puede admitir la proposición por aquél realizada, o denegarla cuando por ejemplo considere oportuno, o bien la imposición de otra medida educativa distinta de la propuesta por el Fiscal, o bien estime conveniente desde el punto de vista educativo la apertura del juicio oral.

En el caso que el Juez admita la propuesta de medida educativa realizada por el Ministerio Fiscal tiene lugar el llamado «proceso educativo judicial informal» (*formloses richterliches Erziehungsverfahren*): el Juez de Menores cita al joven imputado en su despacho para oírle y tener una conversación con él. Esta citación puede extenderse también a un representante de la asistencia judicial a la juventud (*Jugendgerichtshilfe*), así como también a los padres o encargados de la educación del menor. Mediante este «proceso educativo judicial informal» es sustituida la fase del juicio oral. Al final de esa conversación se ordena por parte del Juez la medida educativa a cumplir por el menor, es decir, la realización de una determinada orden o mandato, el cumplimiento de una obligación o la simple amonestación.

En caso que el proceso se lleve a cabo según la propuesta realizada por el Ministerio Fiscal, viene éste obligado, según se establece en el § 45 párrafo 3 frase 2 JGG, a desistir de la continuación de la investigación, sobreseyendo así el procedimiento. La decisión con respecto a dicha conclusión anticipada del procedimiento no está así sometida a la libre apreciación del Ministerio Fiscal. No obstante, no debe tener esta consideración un carácter ilimitado. Así, en el caso que el Juez ordene al menor la realización de una determinada orden o mandato o el cumplimiento de una obligación determinada, viene obligado el Ministerio Fiscal a sobreseer el procedimiento sólo una vez que el menor haya cumplido con aquéllas. Por consiguiente, el Fiscal de Menores sólo tiene que esperar al cumplimiento efectivo y total de la medida educativa impuesta. En el caso que su cumplimiento no se lle-

ve a término puede el Fiscal continuar con la tramitación del procedimiento y llegado el caso elevar acusación formal.

Después de la realización efectiva y total por parte del menor de la medida educativa impuesta surge un impedimento procesal para realizar una acusación formal o para pedir solicitud de decisión en el arriba mencionado «proceso juvenil abreviado» (*vereinfachtes Jugendverfahren*) regulado en el § 76 JGG. Nace así una especie de cosa juzgada parcial, la cual ciertamente tiene sólo un carácter limitado: según se establece en el § 45 párrafo 3 frase 4 en relación con el § 47 párrafo 3 de la ley penal juvenil, puede reabrirse la instrucción del procedimiento por el mismo hecho en el caso de que aparezcan nuevos hechos o nuevos medios de prueba.

Requisito legal para que se produzca la posibilidad de *diversión* regulada en el párrafo 3 del § 45 JGG es la confesión de los hechos (*Geständnis*) por parte del menor. Así, a diferencia de lo que sucede en las otras dos variantes analizadas más arriba, es ésta la única que exige este requisito procesal. Esta exigencia ha sido a lo largo de los últimos años objeto de una severa crítica por la mayoría de la doctrina penal alemana³³.

4.2.6. El sobreseimiento del procedimiento por parte del Juez de Menores después de elevación de la acusación según el § 47 JGG

Dicha disposición le abre al Juez de Menores la posibilidad de sobreseer el procedimiento una vez elevada la acusación formal por parte del Ministerio Fiscal. Dicho sobreseimiento por parte del Juez es admisible en todas las fases del procedimiento, es decir, no sólo en la fase principal o del juicio oral —donde suele producirse por regla general— sino también tanto en la fase intermedia como en la fase de los recursos hasta que la sentencia es firme.

Partiendo de lo establecido en el § 47 JGG el Juez de Menores puede sobreseer el procedimiento en cuatro supuestos. Para ello necesita éste en todo caso el consentimiento del Ministerio Fiscal. Hay que decir a todo ello que los requisitos para que se produzca un sobreseimiento judicial son prácticamente los mismos que los estable-

³³ ALBRECHT, 2000, p. 127; KUHLEN, 1988, p. 33; VOß, 1993, p. 49, señala que con el requisito de la confesión de los hechos se produce una clara situación de discriminación procesal de los jóvenes o semiadultos frente a los delinquentes adultos.

cidos en el § 45 JGG para el sobreseimiento por parte del Ministerio Fiscal:

- Según se establece en el § 47 párrafo 1 frase 1 nr. 1 JGG puede producirse el sobreseimiento del proceso si se dan las condiciones del § 153 StPO.
- El § 47 párrafo 1 frase 1 nr. 2 JGG permite sobreseer el procedimiento cuando, después de la formulación de la acusación, se constata que ya se ha iniciado o llevado a cabo una medida educativa en el sentido que se establece en el § 45 párrafo 2 JGG.
- Según el § 47 párrafo 1 frase 1 nr. 3 JGG puede producirse un sobreseimiento cuando el Juez, después de abrir la fase principal del procedimiento, no considera necesario que éste termine por sentencia formal. En su lugar puede el Juez ordenar al menor alguna de las medidas que establece el § 45 párrafo 3.
- La última posibilidad de sobreseer el procedimiento que establece el § 47 párrafo 1 frase 1 nr. 4 JGG no se remite a ninguna de las condiciones que establece el § 45 JGG, sino que se hace referencia a la condición de la responsabilidad penal del menor, según se establece en el § 3 JGG.

Mediante la Primera Ley de Reforma de la JGG, del año 1990 (*1.JGGÄndG*) se introdujo dentro del párrafo 1 del § 47 una nueva frase. Según ésta puede el Juez de Menores, con el consentimiento del Fiscal, sobreseer el procedimiento de manera provisional, imponiendo al menor un plazo máximo de seis meses para que éste cumpla con alguna de las medidas educativas ordenadas que se enumeran en el § 47 párrafo 1 frase 1 Nr. 2 y Nr. 3 JGG arriba mencionadas. En el caso que el menor cumpla con la órdenes, mandatos, obligaciones o con alguna otra medida educativa impuesta, se produce el sobreseimiento definitivo por parte del Juez de Menores.

Según se establece en el párrafo 3 del § 47 JGG, queda excluida la posibilidad de continuar con la tramitación de un procedimiento sobreseído según las reglas del § 47. Sólo en el caso que aparezcan nuevos hechos o medios de prueba que conduzcan a una modificación de la valoración jurídica del hecho es posible realizar una nueva acusación formal por parte del Fiscal de Menores.

4.2.7. Reflexiones doctrinales acerca de una posible infracción de principios constitucionales por parte del Ministerio Fiscal al aplicar las posibilidades de diversión reguladas en el § 45 JGG

Como ya se apuntó más arriba, las posibilidades de *diversión* contempladas en la *Jugendgerichtsgesetz* han dado lugar a una viva discusión doctrinal en Alemania. En particular, ha sido la *diversión* por parte del Fiscal de Menores regulada en el § 45 párrafo 2 JGG la que ha suscitado mayores dudas³⁴. Problemas suscita en este caso la proposición de medidas educativas por parte del Fiscal de Menores sin que intervenga el Juez. El argumento principal que utiliza parte de la doctrina alemana para poner en duda la constitucionalidad de tal competencia fiscal se refiere al hecho de que la renuncia al Juez competente en el caso de ordenar, ya incluso de proponer medidas educativas, podría originar una vuelta al proceso inquisitivo, en el sentido de que en la persona del Fiscal de Menores confluirían tareas acusatorias y decisorias³⁵. Para apoyar jurídicamente dicha crítica invoca dicha doctrina alemana a principios constitucionales, en particular al principio de la división de poderes (*Gewaltenteilungsprinzip*), regulado en el Art. 20 párrafo 2 frase 2 de la Constitución alemana [*Grundgesetz* (GG)] y sobre todo al monopolio judicial (*Richtermonopol*), el cual se establece en el Art. 92 GG³⁶. Además se recurre al principio de la presunción de inocencia (*Unschuldsvermutung*), recogido en el Art. 6 párrafo 2 de la Convención Europea para

³⁴ En este sentido cabe decir que las otras dos alternativas contempladas en el § 45 JGG no presentan tantos problemas interpretativos. Así, el desistimiento de la persecución penal por parte del Ministerio Fiscal según el párrafo 1 del § 45 JGG, al no estar unido a la imposición de medida (educativa) alguna, no se reserva el Fiscal ninguna competencia sancionadora que por ley le corresponde al Juez. Por consiguiente no ejerce el Fiscal ninguna actividad jurisdiccional, la cual el Art. 92 de la Constitución alemana reserva al Juez. Tampoco despierta la posibilidad de *diversión* del párrafo 3 del § 45 JGG, es decir, el «proceso educativo judicial informal», ningunas «dudas» constitucionales. La instancia decisoria continúa aquí siendo el Fiscal, no obstante le corresponde al Juez de Menores competente la imposición de alguna de las medidas contempladas en dicho párrafo 3. Por lo que respecta al § 47 JGG, dicha posibilidad de *diversión* le corresponde exclusivamente al Juez de Menores después de que el Fiscal haya elevado acusación formal. De este modo no se da una posible usurpación de competencias judiciales por parte del Fiscal de Menores.

³⁵ Así se pronuncian por ej. DIRNAICHNER, 1990, pp. 359 y ss.; MOHREN, 1998, pp. 82 y ss.; VAN DEN WOLDENBERG, 1993, pp. 147 y ss.

³⁶ Según se establece en el Art. 92 GG, viene encomendado a los jueces el ejercicio del poder judicial. De ello hay que concluir que otras instancias estatales no pueden ejercer ninguna actuación jurisdiccional. El Art. 92 GG garantiza así el monopolio jurisdiccional de Jueces y Tribunales.

Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, del año 1950.

Haciendo referencia al principio del monopolio judicial, defiende parte de la doctrina alemana que sanciones graves sólo pueden ser determinadas en un estado de Derecho exclusivamente por un juez independiente determinado por la ley. En caso de que el Fiscal de Menores, en el marco del § 45 párrafo 2 JGG, actúe unilateralmente ordenando o proponiendo al menor una determinada medida, puede producirse una transmisión de competencias judiciales en favor del Ministerio Fiscal. Los defensores de esta interpretación se basan en la postura de que la proposición de medidas educativas por parte del Ministerio Fiscal, según el § 45 párrafo 2 JGG, se equipara a la imposición de una pena en el sentido del Art. 92 GG.

En principio puede resultar problemática la competencia del Fiscal de proponer determinadas medidas según el § 45 párrafo 2 JGG, cuando la medida concreta prevista contiene una manifiesta carga para el joven delincuente. Como ejemplo podría pensarse en la siguiente situación: el Fiscal de Menores induce al menor, en el marco del § 45 párrafo 2 JGG, a realizar un pago de una cantidad de dinero a una institución benéfica o a realizar una determinada prestación laboral (*Arbeitsleistung*) —estas medidas se contemplan a su vez en el párrafo 3 del § 45 JGG—, ordenando así sobreeser el procedimiento contra ese menor. Es esta concreta forma de actuación del Fiscal de Menores la que suscita las arriba señaladas reflexiones doctrinales.

Siempre que se produzcan intervenciones que menoscaben de manera evidente la posición jurídica del cualquier ciudadano, debe de producirse desde un principio la intervención de un juez independiente. En relación a esta postura parece en principio cuestionable si las medidas (educativas) que menciona el § 45 párrafo 2 JGG deben considerarse como una intromisión o injerencia de peso en la posición jurídica del menor delincuente o si, más bien, dichas medidas (educativas) no muestran ningún carácter penal o semejante. También es cuestionable el hecho de si el Fiscal de Menores ejerce una potestad punitiva o bien jurisdicción cuando, al aplicar el § 45 párrafo 2 JGG, propone o induce al menor a realizar una determinada medida (educativa). En este sentido es necesario, en principio, aclarar qué debe entenderse como «jurisdicción» o «actividad jurisdiccional» como campo de actuación principal del poder judicial.

El Tribunal Constitucional alemán [*Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)] ha entendido a través de una serie de decisiones el concepto de «jurisdicción» o «actividad jurisdiccional» en el sentido de que, dentro de la actividad de Juzgados y Tribunales respecto al arriba men-

cionado principio del monopolio judicial, corresponde en particular la imposición de sanciones penales³⁷. Según la jurisprudencia del BVerfG el Art. 92 GG reserva al Juez, en el ámbito de la administración de justicia penal, ante todo la imposición de penas.

Partiendo de esta interpretación que realiza el BVerfG, defiende una parte de la doctrina, la cual aboga por una interpretación amplia del § 45 párrafo 2 JGG, el hecho de que de las medidas educativas de dicha disposición no es predicable ese «estigma personal» que caracteriza a las sanciones estrictamente penales³⁸. Más bien se trata de sanciones «de índole especial no penal»³⁹. Al contrario que en las sanciones penales, el cumplimiento de las medidas establecidas en el § 45 JGG está sometido a la estricta voluntad personal del menor, aun con la consecuencia de verse éste sometido, en caso de no cumplimiento de aquéllas, al desarrollo de un proceso penal formal. En consecuencia, no puede hablarse de una infracción del principio del monopolio judicial recogido en el Art. 92 GG, en el caso de una actividad «*diversionista*» por parte del Ministerio Fiscal en el marco del § 45 párrafo 2 JGG.

Por último, haciendo referencia al principio de la presunción de inocencia (*Unschuldsvermutung*), parte de la doctrina alemana postula su infracción cuando el Ministerio Fiscal, amparándose en el § 45 párrafo 2 JGG, decreta el sobreseimiento de procedimiento tras haber propuesto una medida educativa. Al iniciarse o realizarse esta medida educativa sin que la culpabilidad del menor se haya establecido por un juez en el marco de un proceso penal formal, podría afirmarse una infracción del principio de presunción de inocencia del art. Art. 6 párrafo 2 de la Convención Europea para Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales. Aunque mediante los mecanismos de la *diversión* del § 45 JGG no se produce ningún fallo de culpabilidad, no obstante con el inicio o realización de una medida educativa se parte del hecho que el menor ha cometido el delito objeto del procedimiento con lo cual en el caso de que se llevase a cabo un procedimiento penal formal sería declarado culpable y consecuentemente sometido a

³⁷ Entre otras son de destacar las siguientes sentencias: BVerfGE 22, 49, (73 y ss.); BVerfGE 27, 18, (28).

³⁸ Así se pronuncia por ej. DÖLLING, en: *BMJ (Hrsg.)*, 1989, p. 252, el cual defiende que un sobreseimiento del proceso dentro del § 45 párrafo 2 JGG, aún cuando éste vaya unido a la imposición de una medida de carácter educativo, no puede interpretarse en el sentido de la imposición de una sanción de carácter penal. Así, puede defenderse plenamente que dicha disposición es acorde con el Art. 92 GG. En el mismo sentido: HEINZ, *ZStW* 104 (1992), pp. 628 y ss.

³⁹ HEINZ, *op. cit.*, p. 628.

una medida de carácter formal⁴⁰. No obstante estos argumentos, la doctrina mayoritaria niega una supuesta infracción de la *Unschuldsvormutung* mediante la variante del párrafo 2 del § 45 JGG⁴¹. En primer lugar en el ámbito del § 45 párrafo 2 no se produce ningún fallo de culpabilidad, es decir, la cuestión relativa a la culpabilidad penal del menor sigue abierta. En segundo lugar la medida educativa es llevada a cabo libremente por parte del menor, es decir, no es obligado a realizarla —aun con la consecuencia de verse sometido a un procedimiento formal—. Y en tercer lugar, de las medidas educativas propuestas en el marco del § 45 párrafo 2 no puede predicarse el carácter de unas medidas de carácter penal en el sentido establecido por la doctrina del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*)⁴².

4.3. *La práctica de la terminación anticipada del procedimiento por parte del Ministerio Fiscal y del Juez según las disposiciones del §§ 45 y 47 JGG.* *Las diferencias regionales en la aplicación del § 45 JGG*

En el sistema de justicia penal en Alemania se observa como en los últimos años se está produciendo un desplazamiento paulatino de las reacciones penales formales en favor de sanciones de carácter informal. Esta tendencia es sobre todo observable en la justicia penal juvenil.

Ya desde hace mucho tiempo se han venido aplicando en el sistema de administración de justicia penal juvenil las posibilidades de *diversión* reguladas en los §§ 45 y 47 JGG. No obstante, se ve claramente como en los últimos años se ha producido un aumento significativo en la aplicación de ambas disposiciones. Así, mientras que en el año 1981, en relación con la totalidad de reacciones formales e informales en Derecho penal juvenil, se produjo una terminación anticipada del procedimiento, según las disposiciones del §§ 45 y 47 JGG, en un 44%, se situó en el año 1998 esta llamada «tasa de *diversión*» (*Diversionsrate*) en un 69%⁴³.

En este sentido puede decirse que han sido los Fiscales de Menores los que sobre todo han contribuido a ese aumento en la aplicación de

⁴⁰ Así se pronuncia MOHREN, 1998, p. 93.

⁴¹ DÖLLING, en: *BMJ (Hrsg.)* 1989, p. 252; HEINZ, *DVJJ-Journal* 2 (1999), p. 137.

⁴² BVerfGE 82, 106 (117): «La presunción de inocencia prohíbe imponer medidas al inculpado, las cuales en sus efectos pueden equipararse a una pena...».

⁴³ Ver tabla 1 del apéndice.

las posibilidades de *diversión* de la *Jugendgerichtsgesetz*. La razón de ello se ve en el hecho de que, por encima de todo, se ha producido un aumento de las posibilidades de *diversión* reguladas en el § 45 JGG. La proporción de los procedimientos sobreseídos según esa disposición se situó en el año 1997 —con respecto a todas las posibilidades previstas en los §§ 45 y 47 JGG— en un 51%. En cambio, un sobreseimiento del procedimiento según el § 47 JGG se produjo sólo en un 16%⁴⁴.

Dentro de las diferentes alternativas recogidas en el § 45 JGG se observa en los últimos años un aumento significativo de la utilización de las posibilidades de *diversión* sin intervención del Juez de Menores (párrafos 1 y 2 del § 45 JGG), en detrimento de la utilización del párrafo 3 de la misma disposición. Así, en el año 1998 se situó el porcentaje de sobreseimientos según los párrafos 1 y 2 del § 45 JGG en un 50,3%. Por el contrario, un sobreseimiento del procedimiento según el párrafo 3 del § 45 JGG y según la alternativa regulada en el § 47 JGG, se produjo en un 5,7% y un 13% respectivamente⁴⁵.

Los datos arriba mencionados han sido confirmados en gran parte a través de una investigación empírica realizada en dos audiencias provinciales (*Landgericht*), pertenecientes a dos *Länder* distintos⁴⁶. El objetivo de dicha investigación era analizar en primer lugar la práctica del Ministerio Fiscal con respecto a la conclusión anticipada del procedimiento penal contra menores según las posibilidades que recoge el § 45 JGG, para, a posteriori, determinar si, a partir de los datos empíricos extraídos, podía deducirse una diferencia regional en la utilización de dicha disposición. Para ello se escogieron dos *Landgerichte* (LG) pertenecientes a dos *Länder* distintos: LG Münster (*Nordrhein-Westfalen*) y LG Neuruppin (*Brandenburg*, *Land* este último perteneciente a la antigua República Democrática Alemana antes de la reunificación de 1990). La evaluación de los datos estadísticos se hizo para el período de tiempo comprendido entre los años 1994 y 1999. Como se ha señalado más arriba, fueron objeto de análisis las decisiones del Fiscal de Menores según el § 45 JGG, en el contexto de la totalidad de las decisiones recaídas según las disposiciones de la *Jugendgerichtsgesetz*.

Analizando los datos estadísticos correspondientes al LG Münster se observó, dentro de las posibilidades de *diversión* del § 45 JGG, un

⁴⁴ Ver tabla 2 del apéndice.

⁴⁵ Ver tabla 2 del apéndice. Ver también las tablas publicadas por OSTENDORF, 2000, introducción a los preceptos §§ 45 y 47, Rdnr. 7; ALBRECHT, 2000, p. 122.

⁴⁶ Dicha investigación empírica puede consultarse en: CANO PAÑOS, Miguel Ángel: *Staatsanwaltschaftliche Diversions im deutschen und spanischen Jugendstrafrecht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M. 2003.

claro predominio del desistimiento de la persecución por parte del Ministerio Fiscal sin intervención judicial según los párrafos 1 y 2 del mencionado precepto. En el año 1999, y respecto a un total de 3.089 sobreseimientos según el § 45 JGG, se produjo un desistimiento de la persecución según los párrafos 1 y 2 en un total de 3.080 casos. En consecuencia, fueron sólo nueve los casos en que se produjo una aplicación de la posibilidad de *diversión* regulada en el párrafo 3. Por lo que hace referencia a los datos estadísticos extraídos del LG Neuruppin, pudo deducirse también un predominio abrumador de las decisiones del Ministerio Fiscal según los párrafos 1 y 2 del § 45 JGG, es decir sin intervención del Juez de Menores. Así, en el año 1999, y con respecto a un total de 1.909 sobreseimientos según el § 45 JGG, tuvo lugar un desistimiento de la continuación del procedimiento según los párrafos 1 y 2 del § 45 JGG en un total de 1.903 casos. Así, sólo fueron seis los casos en que se hizo uso del párrafo 3 del citado precepto.

De estos datos puede concluirse que un sobreseimiento del procedimiento con la intervención del Juez de Menores según el párrafo 3 del § 45 JGG ocupó en ambas audiencias en el período de tiempo investigado (1994-1999) un carácter claramente residual dentro de la práctica del sobreseimiento del proceso seguido contra menores delincuentes. Con ello se confirman plenamente los datos empíricos correspondientes a la totalidad del territorio alemán respecto a la aplicación práctica del § 45 JGG⁴⁷.

Uno de los déficits argumentados continuamente por la doctrina alemana en relación a las posibilidades de *diversión* de los preceptos §§ 45 y 47 JGG ha sido el hecho de que, respecto a la frecuencia en la aplicación de las diferentes alternativas previstas, se denotan diferencias considerables entre los distintos *Länder*. Así, mientras que en el año 1998 la tasa de *diversión* (*Diversionsrate*) en el *Land* de Baviera se situó en torno al 57 %, alcanzó en cambio dicha tasa el 91% en la ciudad hanseática de Hamburgo⁴⁸. Estas discrepancias en la aplicación de los preceptos del §§ 45 y 47 JGG existen no sólo entre los diferentes *Länder*, sino que también se observan, dentro de cada *Land*, diferencias significativas entre las distintas audiencias provinciales (*Landgerichte*), incluso dentro de una determinada Fiscalía⁴⁹. Así, ante un

⁴⁷ Ver Tabla 2 en el apéndice.

⁴⁸ Ver Tabla 3 en el apéndice.

⁴⁹ Así lo refleja un estudio realizado por MATHEIS en el marco de una tesis doctoral presentada en el año 1991. Las afirmaciones allí expuestas han podido ser confirmadas a través de la investigación empírica presentada más arriba. Así, mientras que en el año 1998 la tasa de *diversión* en el *Land* de *Brandenburg* alcanzó un por

caso con unas características similares, puede variar la decisión procesal que se tome según la Fiscalía de que se trate.

De estos datos apuntados puede deducirse que el riesgo del menor de verse sometido a una acusación formal, incluso a una condena, o por el contrario a una conclusión anticipada del procedimiento en base al §§ 45 o 47 JGG, es distinto según el *Land* en que este menor haya cometido el delito, lo cual tiene como clara consecuencia una injusta desigualdad en el trato de los menores en Derecho penal juvenil. La observancia de principio de la igualdad de trato, el cual está recogido con rango constitucional por el Art. 3 GG, puede ponerse en duda claramente cuando la aplicación práctica de las posibilidades de *diversión* del Derecho penal juvenil se produce de un modo tan desigual desde el punto de vista regional.

Con respecto a esta problemática, suele argumentarse por la doctrina que dichas discrepancias a nivel regional no obedecen a una estructura criminal distinta o en diferencias con respecto a las características de los menores autores de delitos en cada *Land* en particular, ya que comparando grupos homogéneos de delitos o de menores delincuentes no disminuyen las diferencias apuntadas. Más bien suele argumentarse que dichas discrepancias son expresión de distintas preferencias penales a nivel regional⁵⁰. Por otra parte existen otros factores, los cuales pueden jugar un papel importante en esta problemática, como por ejemplo la particularidad de cada caso concreto, la tasa de criminalidad de un *Land* determinado y en relación con esto último la carga de trabajo de las distintas Fiscalías en cada *Land* en particular.

5. Intento comparativo entre el Derecho penal juvenil alemán y español respecto a las actividades de diversión por parte del Ministerio Fiscal

La terminación anticipada del proceso penal de menores en base al principio de oportunidad ha encontrado en la legislación alemana un

centaje aproximado del 84%, dicha tasa se situó en el LG Neuruppin en un escaso 48,98% (dicho porcentaje referido a todos los procedimientos contra menores susceptibles de ser objeto de acusación por parte del fiscal). También alcanzó el porcentaje de *diversión* en el LG Münster una cifra menor a la media del total del *Land*: 52,35% frente al 68%.

⁵⁰ HEINZ, DVJJ-Journal 3 (1998), p. 254.

reflejo legislativo desde la primera *Jugendgerichtsgesetz* del año 1923. Desde principios de los años ochenta se ha ido estableciendo el pensamiento de la *diversión* (*Diversionsgedanke*) en el Derecho penal juvenil alemán a través de no sólo destacados estudios teóricos, sino también mediante gran número de programas de *diversión* llevados a la práctica de la jurisdicción juvenil.

En base a esta constatable consolidación del fenómeno de la *diversión* en Alemania y una vez hecho un análisis tanto teórico como práctico de las posibilidades de *diversión* por parte del Ministerio Fiscal en el Derecho penal juvenil alemán, se trata ahora de abordar la cuestión de si el analizado «modelo alemán», sobre todo el previsto en el § 45 JGG, bien todas o por lo menos algunas de las posibilidades previstas en dicho precepto, podrían tener acogida en el Derecho penal juvenil español regulado por la nueva LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

En relación con la cuestión planteada se hace necesario en primer lugar responder a otra cuestión de gran importancia respecto al tema objeto de análisis, y es analizar si la interpretación que del principio de oportunidad se hace en el Derecho procesal alemán regulado en la *Strafprozeßordnung* —y relacionado con ello las competencias de que disfruta el Ministerio Fiscal en el marco de la conclusión anticipada del procedimiento—, podría ser «traspasada» al ordenamiento jurídico español, lo cual sin duda llevaría a una ampliación considerable de la actividad del Ministerio Fiscal en el Derecho procesal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por lo que hace referencia al marco legislativo existente para la aplicación de las posibilidades de *diversión* en el Derecho penal juvenil, se constata que los sistemas jurídicos tanto alemán como español se fundamentan en los mismos principios procesales. Así, en base al principio de legalidad, están prescritas de modo expreso por ley (en este caso la ley penal juvenil) las condiciones para poder aplicar mecanismos de *diversión*. Puede así hablarse de la existencia en ambos ordenamientos de un llamado «principio de oportunidad reglada». En virtud de este principio se permite, en determinados casos, acordar la terminación anticipada de un procedimiento, a pesar de darse los requisitos generales de procesabilidad, la responsabilidad penal del menor así como la sospecha fundada de haber éste cometido un hecho delictivo. Por otra parte, ambos ordenamientos establecen que sólo puede ser acordada exclusivamente por el Fiscal o por el Juez de Menores la aplicación de una medida de *diversión*.

A pesar de lo explicado debe servir como punto de partida para responder a las preguntas arriba planteadas la constatación del hecho de

que tanto el principio de legalidad como el de oportunidad —en su vertiente procesal— están sometidos a una regulación legal bien distinta en el Derecho procesal alemán (StPO) y español (LECrim). En relación a esto es preciso remarcar que la base legal para la actividad del Ministerio Fiscal en el contexto de la *diversión* muestra diferencias considerables en ambos ordenamientos.

Aunque la *Strafprozeßordnung* alemana está claramente caracterizada por el principio de legalidad (§§ 152 párrafo 2, 160, 163 y 170 párrafo 1 StPO), se viene considerando por la doctrina al principio de oportunidad —a partir de lo establecido en el § 152 párrafo 2 StPO— como la cara opuesta de una misma moneda. Como ya se analizó arriba, este principio ha encontrado su reflejo legislativo —sin llegar a estar expresamente definido en la ley— sobre todo en los preceptos § 153 y ss. StPO. Por otra parte, la *Strafprozeßordnung* alemana le asigna al Ministerio Fiscal una posición central en el procedimiento penal. Según se establece en las disposiciones del § 160 y ss. StPO, el Ministerio Fiscal (*Staatsanwaltschaft*) tiene encomendada la función de la tramitación de toda la fase de instrucción del procedimiento en régimen de monopolio.

Si se acude a la situación legal en España con respecto a los dos principios procesales arriba mencionados, se ve claramente como el marco legal varía enormemente con respecto al sistema procesal penal alemán. Mientras que el principio de legalidad puede deducirse expresamente de algunos preceptos del ordenamiento jurídico español, como por ejemplo el Art. 124 párrafo 1 de la CE, art. 435 LOPJ, art. 105 LECrim o el art. 3.4 EOMF, no se encuentra en cambio ningún precepto a partir del cual pueda deducirse una regulación —aunque sólo sea de modo tácito— del principio de oportunidad. Tampoco puede decirse que dicho principio es susceptible de derivarse «a sensu contrario» del tenor literal de un determinado precepto, como así ocurre en el caso del § 152 párrafo 2 StPO. El principio de oportunidad no está así recogido de un modo expreso por la ley, ni tampoco se regulan alternativas con respecto a la persecución penal, como ocurre en el caso de la legislación procesal alemana. En el sistema de justicia penal español, regulado en la LECrim, no se prevén «*de lege lata*» posibilidades de terminación anticipada del procedimiento en el marco del principio de oportunidad⁵¹. De este modo viene obligado el Ministerio Fiscal, según se establece en los arts. 105 y 271 LECrim, a iniciar la persecución

⁵¹ No obstante se defiende por parte de la doctrina procesal española la presunción de que en el derecho procesal español no se produce un seguimiento estricto del principio de legalidad. En este sentido se concibe por una parte de dicha doc-

penal respecto de todos los delitos perseguibles de oficio, formulando acusación formal ante el juzgado competente una vez concluidas las investigaciones, las cuales como se sabe son llevadas a cabo por el Juez de Instrucción.

De lo explicado puede concluirse que en el Derecho procesal penal español queda excluido desde un principio todo margen de discrecionalidad por parte de los órganos judiciales sobre la oportunidad de la persecución penal en el caso concreto. No obstante esta situación legal, la mayoría de la doctrina procesal penal española aboga por la introducción del principio de oportunidad en la LECrim «*de lege ferenda*», para aquellos tipos delictivos con un carácter de bagatela, en los casos y dentro de las condiciones que establezca la ley⁵².

Como se ha apuntado más arriba, en el sistema procesal penal español se establece la competencia del juez, en concreto del Juez de Instrucción, para llevar a cabo toda la tramitación de la fase de instrucción del procedimiento (art. 14.2 LECrim en relación con el art. 81 párrafo 1 LOPJ). En consecuencia no asigna la ley ninguna función investigadora al Ministerio Fiscal en dicha fase de instrucción. De este modo la posición jurídica del Fiscal muestra, al contrario de lo que sucede en el proceso penal alemán, un carácter meramente secundario frente a la figura del Juez de Instrucción.

Una diferente manifestación del principio de legalidad y oportunidad así como de la posición jurídica del Ministerio Fiscal en el proceso se refleja en el Derecho penal juvenil español. Después de echar un vistazo a la nueva LO 5/2000 se ve claramente como el Derecho penal juvenil, apartándose de lo dispuesto en la LECrim, ha introducido un «principio de oportunidad reglada». En relación a esto el sistema de justicia juvenil prevé la instrucción del procedimiento a seguir contra menores por parte del Fiscal de Menores. Ya con la aprobación de la LO 4/92, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y Procedimiento en los Juzgados de Menores, se confió al Ministerio Fiscal —por pri-

trina al instituto jurídico de la «conformidad» como una manifestación del principio de oportunidad. Ver: GIMENO SENDRA, ZStW 104 (1992), pp. 223 y ss.

⁵² Entre otros autores cabe destacar a GIMENO SENDRA, MORENO CATENA o RUIZ VADILLO. Como argumento de peso para la introducción del principio de oportunidad se señala que la aplicación de dicho principio a los casos de la llamada criminalidad de bagatela conduciría a descargar a la ya de por sí saturada administración de justicia española. Se estaría así hablando de razones de economía procesal. No obstante también se aducen a otros factores, como por ejemplo la rápida reparación del daño en favor de la víctima de determinados delitos o los efectos negativos que en la persona del autor de un delito de escasa entidad puede producir un proceso penal formal.

mera vez en la jurisdicción española— la tramitación de la fase de instrucción del procedimiento, lo cual supuso un *novum* no sólo en el ámbito del Derecho penal juvenil, sino sobre todo con respecto a la regulación establecida en el Derecho procesal general de la LECrim. En este sentido continúa la nueva LO 5/2000 con las directrices introducidas por la antigua LO 4/92 respecto a la posición del Fiscal de Menores en el procedimiento. Así, la nueva ley determina también la competencia del Ministerio Fiscal para la dirección de la investigación en la fase de instrucción del procedimiento. En el art. 6 de la LO 5/2000 se mencionan las bases de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento a seguir contra menores. Dichas competencias de actuación vienen concretadas en los arts. 16 y 23 de la ley⁵³.

Al igual que se establece en el Derecho penal juvenil alemán, la regulación del principio de oportunidad en la LO 5/2000 permite al Ministerio Fiscal, bajo las condiciones establecidas en los arts. 18 y 19 de la ley, decretar o bien el desistimiento de la incoación del expediente o el sobreseimiento de un procedimiento ya iniciado.

Con ello existe tanto en Alemania como en España un consenso relativo a la posibilidad que tiene el Fiscal de Menores de desistir en determinados supuestos de la persecución de un hecho cometido por un menor.

Una regulación legal del principio de oportunidad en el Derecho procesal penal español podría sentar la base jurídica necesaria para otorgar al Ministerio Fiscal una posición central en el procedimiento, bien en el sentido en que se contempla en el Derecho procesal penal alemán, bien de acuerdo con lo establecido en la vigente LO 5/2000.

Entrando a comparar a continuación las posibilidades de *diversión* que regula el Derecho penal juvenil español en los arts. 18 y 19 LO 5/2000 con el § 45 JGG, se encuentran en este último precepto algunos aspectos, los cuales podrían tener acogida en el Derecho penal juvenil español.

Por lo que hace referencia al art. 18 LO 5/2000, se observa como el desistimiento de la incoación del expediente está unido en todo caso a

⁵³ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, 1999, pp. 173 y ss. afirma que el motivo fundamental de asignar al Fiscal de Menores la competencia para llevar a cabo la fase de instrucción radica en ensayar nuevos modelos con vistas a una futura modificación del proceso penal regulado en la LECrim, en el cual la posición del Ministerio Fiscal en el procedimiento sea más determinante que en el actual. Por ello puede decirse que el derecho penal juvenil actúa como campo de experimentación para probar esa nueva posición jurídica del Ministerio Fiscal en el procedimiento.

la imposición de una determinada medida de carácter protector del menor; aunque el hecho cometido por este menor puede revelar en determinados casos un auténtico carácter de bagatela. En consecuencia, no puede hablarse aquí de una llamada «*diversion to nothing*» en el sentido del párrafo 1 del § 45 JGG, es decir, un desistimiento de la persecución penal sin imposición de medida (educativa) alguna.

Partiendo por una parte del carácter episódico y de bagatela que se predica de la mayor parte de la criminalidad juvenil y considerando por otra parte los efectos estigmatizadores que en el menor pueden producir la imposición de determinadas medidas (de carácter educativo o penal) impuestas por órganos judiciales o administrativos —como es el caso del art. 18 LO 5/2000—, debería considerarse la posibilidad de introducir, dentro de la medida de *diversión* contemplada en el art. 18 LO 5/2000, la llamada «*diversion to nothing*» regulada en el § 45 párrafo 1 JGG. Para lograr una transparencia desde el punto de vista de su aplicación por parte del Ministerio Fiscal, sería conveniente limitar la posibilidad de dicha «*diversion to nothing*» a los tipos delictuales que el Código Penal español de 1995 en su art. 13.3 cataloga como faltas. A su vez, debería limitarse en principio la aplicación de tal posibilidad de *diversión* a menores que delinquen por primera vez. No obstante, podría también esta alternativa tener aplicación en el caso de menores reincidentes, atendiendo en este caso a las circunstancias del caso concreto.

Pasando a comparar el art. 19 de la LO 5/2000 con los párrafos 2 y 3 del § 45 JGG, es de reseñar en éstos últimos un aspecto, el cual podría ser recogido por el art. 19 de la ley penal juvenil española, con el fin de lograr una ampliación considerable de su aplicación práctica.

Según defiende la doctrina mayoritaria alemana, los mecanismos de *diversión* recogidos en los párrafos 2 y 3 del § 45 JGG —al contrario que el párrafo 1— pueden aplicarse a los casos de infracciones penales que el Código penal alemán cataloga como delitos (*Verbrechen*)⁵⁴. Si se acude a lo establecido en el art. 19 LO 5/2000, se observa como el sobreseimiento del procedimiento sólo es posible cuando la infracción penal imputada al menor se considere como falta o delito menos grave en el sentido del art. 13 CP 1995. De este modo el ámbito de aplicación del art. 19 LO 5/2000 se extiende prácticamente a las mismas constelaciones de casos que aquéllos del art. 18 LO 5/2000, aunque las

⁵⁴ Así lo entienden BRUNNER/DÖLLING, 1996, § 45 Rdnr. 18; DIEMER en: DSS, 1999, § 45 Rdnr. 13 y Rdnr. 18; EISENBERG, 2000, § 45 Rdnr. 19; OSTENDORF, 2000, § 45 Rdnr. 11; RZEPKA en: NIX, 1994, § 45 Rdnr. 20 y Rdnr. 39.

medidas que en el ámbito de la *diversión* se aplican según lo establecido en el art. 19 producen una injerencia mayor en la persona del menor que las medidas de carácter estrictamente protector que prevé el art. 18. En aras a una extensión en la aplicación práctica de la posibilidad de *diversión* recogida en el art. 19 LO 5/2000, parece oportuno extender su ámbito de aplicación a la categoría de delitos en el sentido de los párrafos 2 y 3 del § 45 JGG.

Para despejar cualquier duda con respecto a una posible infracción de preceptos constitucionales y de Derecho procesal como consecuencia de una transmisión competencial a la figura del Ministerio Fiscal en el sentido analizado más arriba en relación al § 45 párrafo 2 JGG, es preciso tener en cuenta lo siguiente: aunque la competencia para sobreeser el procedimiento en base al art. 19 LO 5/2000 le sigue correspondiendo al Ministerio Fiscal, se regula en el párrafo 4 de dicho precepto la necesaria intervención del Juez de Menores para disponer el sobreseimiento definitivo del procedimiento.

6. Conclusiones

La finalidad fundamental del estudio realizado ha sido mostrar las posibilidades de *diversión* que ofrece el Derecho penal juvenil alemán, recogido en la *Jugendgerichtsgesetz* del año 1953. Como punto de partida de las reflexiones objeto de estudio se ha realizado un breve examen tanto del concepto de la *diversión* como de la concepción del Derecho penal juvenil alemán. Seguidamente se ha procedido a realizar un análisis exhaustivo, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, de las posibilidades de *diversión* por parte del Ministerio Fiscal (*Staatsanwaltschaft*) y del Juez de Menores (*Jugendrichter*) reguladas en los preceptos §§ 45 y 47 JGG. Finalmente se ha intentado responder a la cuestión de si las posibilidades de *diversión* del Derecho penal juvenil alemán, ya en su totalidad o bien limitado a determinados elementos, podrían ser transmitidas al Derecho penal juvenil español.

Después de la comparación final llevada a cabo entre las posibilidades de *diversión* del Derecho penal juvenil alemán y español ha podido confirmarse que los preceptos del art. 18 y art. 19 de la LO 5/2000 pueden ser completados mediante la introducción de determinados aspectos recogidos en el § 45 JGG.

Los preceptos que regulan las posibilidades de *diversión* en el Derecho penal juvenil permiten en primer lugar la posibilidad de hacer valer desde el punto de vista procesal el pensamiento educativo que marca todo el Derecho penal juvenil. Por ello debe de perseverarse en el man-

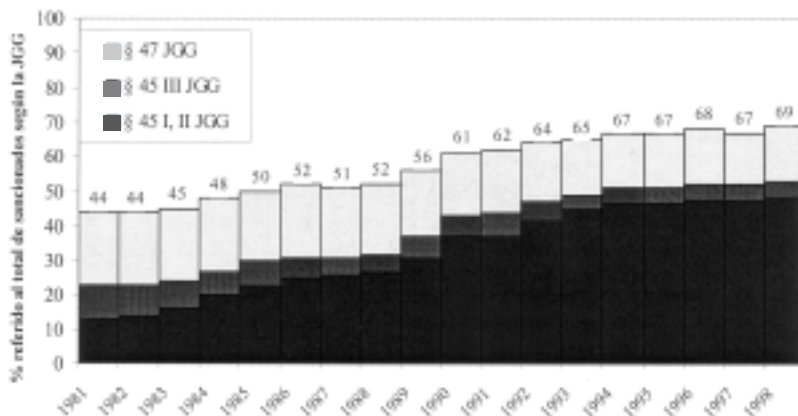
tenimiento de la *diversión* como principio rector de ese pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil, mediante los mecanismos de la tramitación informal del procedimiento, con la finalidad también de poder combatir del modo más eficiente posible la delincuencia juvenil.

No obstante estas consideraciones, se hace necesario que el Derecho penal juvenil siga evolucionando, con el fin de posibilitar una respuesta adecuada y actual al desarrollo de la delincuencia juvenil. En este sentido hay que tener en cuenta las voces que exigen una decriminalización, *diversión* y desinstitucionalización en el ámbito de la llamada criminalidad de pequeña y mediana intensidad, pero también aquéllas que reclaman la consecución de un proceso penal juvenil adecuado a las normas de un estado de Derecho, teniendo no obstante en cuenta la importancia que el Derecho penal juvenil otorga al concepto de la educación.

El Derecho penal juvenil vigente aventaja al Derecho penal de adultos sobre todo en dos aspectos: diversidad de las posibilidades de reacción y flexibilidad del procedimiento. Con ambos se encuentra a disposición un instrumento, el cual permite satisfacer con un alto grado de individualización las relaciones, necesidades y «situaciones» de aquellos jóvenes entre 14 y 21 años que cometen hechos delictivos.⁵⁵

⁵⁵ Extracto correspondiente a una resolución del año 1998 publicada por 55 profesores del Derecho Penal Juvenil y Criminología en contra de las exigencias pretendidas por determinados ámbitos políticos alemanes de endurecer las medidas previstas en el derecho penal juvenil. Dicha resolución, bajo el título genérico de «En contra del desamparo represivo», está publicada en: DVJJ-Journal 3 (1998), pp. 203 y ss.; *Strafverteidiger* 18 (1998), pp. 632 y s.; *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1998, pp. 446 y ss.

TABLA 1
TASA DE DIVERSIÓN (MINISTERIO FISCAL Y JUZGADOS)
EN EL DERECHO PENAL JUVENIL ALEMÁN (1981-1998).
(% REFERIDO AL TOTAL DE SANCIONADOS FORMAL E INFORMALMENTE
SEGÚN LAS DISPOSICIONES DE LA JGG)



Fuente: HEINZ, Wolfgang: *Das strafrechtliche Sanktionssystem und die Sanktionspraxis in Deutschland 1882-1998 (Stand: Berichtsjahr 1998)*. Internet-Publikation: www.uni-konstanz.de.rft/kis/sanks98.htm (Versión 1/2000).

TABLA 2
TASA DE DIVERSIÓN EN ALEMANIA SEGÚN EL § 45, PÁRRAFOS 1, 2 Y 3, JGG
(1981-1997)

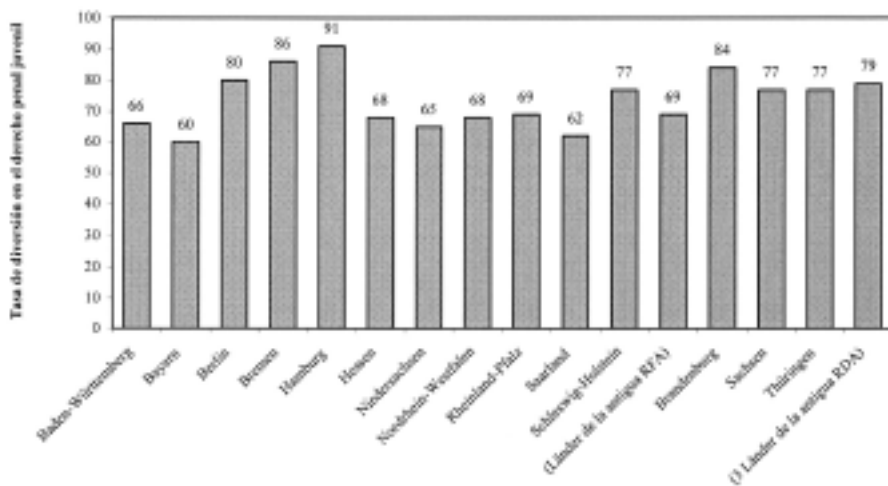
Año	Total de sancionados	§ 45 47 JGG 1953		§ 45, párrafo 2, JGG 1953		§ 45, párrafo 1, JGG 1953	
		en total	en % de	en total	en % de	en total	en % de
1981	255.000	112.000	44	33.000	13	26.000	10
1982	270.000	118.000	44	40.000	15	23.000	9
1983	276.000	125.000	45	45.000	16	22.000	8
1984	261.000	126.000	48	52.000	20	19.000	7
1985	244.000	123.000	50	58.000	24	16.000	7
1986	228.000	118.000	52	57.000	25	14.000	6
1987	209.000	107.000	51	54.000	26	11.000	5
1988	204.000	106.000	52	54.000	26	11.000	5
1989	195.000	109.000	56	60.000	31	12.000	6

TABLA 2 (continuación)
TASA DE DIVERSIÓN EN ALEMANIA SEGÚN EL § 45, PÁRRAFOS 1, 2 Y 3, JGG (1981-1997)

Año	Total de sancionados	§ 45 y 47 JGG 1990		§ 45, párrafos 1 y 2 JGG 1990		§ 45, párrafo 3, JGG 1990	
		en total	en % de	en total	en % de	en total	en % de
1990	195.681	118.407	61	73.131	37	10.174	5
1991	186.762	114.034	61	70.562	38	10.403	6
1992	195.228	123.389	63	81.046	41	10.697	5
1993	202.524	129.860	64	89.173	44	8.496	4
1994	209.684	137.719	66	96.023	46	7.526	4
1995	228.453	151.722	66	105.294	46	8.245	4
1996	247.010	166.164	67	116.950	47	9.609	4
1997	262.300	174.493	67	124.464	47	9.451	4

Fuente: STATISTISCHES BUNDESAMT (Hrsg.): *Staatsanwaltschaften 1981-1997 (Arbeitsunterlage)*; STATISTISCHES BUNDESAMT (Hrsg.): *Fachserie 10: Rechtspflege. Reihe 3: Strafverfolgung 1981-1997* (1986: korrigierte Daten).

TABLA 3
TASA DE DIVERSIÓN EN EL DERECHO PENAL JUVENIL ALEMÁN EN LOS DISTINTOS LÁNDER EN EL AÑO 1998. (% REFERIDO A LA APLICACIÓN DE LOS §§ 45 Y 47 JGG EN RELACIÓN CON EL TOTAL DE MENORES SANCIONADOS FORMAL E INFORMALMENTE SEGÚN LAS DISPOSICIONES DE LA JGG)



Fuente: HEINZ, Wolfgang: *Das strafrechtliche Sanktionssystem und die Sanktionspraxis in Deutschland 1882-1998 (Stand: Berichtsjahr 1998)*. Internet-Publikation: www.uni-konstanz.de/rft/kis/sanks98.htm (Versión 1/2000).

Bibliografía

- ALBRECHT, Peter-Alexis: *Jugendstrafrecht*, 3. Auflage, München 2000.
- ARMENTA DEU, Teresa: *Criminalidad de bagatella y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona 1991.
- BECKER, H. G.: *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, New York 1963
- BRUNNER, Rudolf; DÖLLING, Dieter: *Jugendgerichtsgesetz*, 10. Auflage, Berlín 1996.
- BUNDESARBEITSGEMEINSCHAFT FÜR AMBULANTE MAßNAHMEN NACH DEM JUGENDGERICHTSGESETZ IN DER DVJJ (Hrsg.): *Ambulante Maßnahmen und sozialpädagogische Jugendhilfeangebote für junge Straffällige, DVJJ-Schriftenr., Bd. 20*, Bonn 1992.
- BUNDESKRIMINALAMT (Hrsg.): *Polizeiliche Kriminalstatistik für das Jahr 2000*, Wiesbaden 2001.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel: *Staatsanwaltschaftliche Diversion im deutschen und spanischen Jugendstrafrecht*, Frankfurt a.M. 2003.
- CLAGES, Horst: «Diversion im Jugendstrafrecht», *Kriminalistik* 49 (1995), pp. 607 ss.
- DIEMER, Herbert; SCHOREIT, Armin; SONNEN, Bern-Rüdeger: *Jugendgerichtsgesetz*, 3. Auflage, Heidelberg, 1999.
- DIRNAICHNER, Udo: *Der nordamerikanische Diversionsansatz und rechtliche Grenzen seiner Rezeption im bundesdeutschen Jugendstrafrecht*, Frankfurt am Main (u.a.) 1990.
- DOKUMENTATION: «Gegenreform im Jugendstrafrecht? Wider die repressive Hilfllosigkeit! Stellungnahme von 55 Jugendstrafrechtsprofessoren und Kriminologen», *DVJJ-Journal* 3 (1998), pp. 203 ss.; *Strafverteidiger* 18 (1998), pp. 632 ss.; *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1998, pp. 446 ss.
- DÖLLING, Dieter: «Rechtsprobleme der Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis», en BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Hrsg.), *Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis*, Bonn 1989, pp. 243 ss.
- EISENBERG, Ulrich: *Jugendgerichtsgesetz*, 8. Auflage, München 2000.
- FUNES I ARTIAGA, Jaume: *Mediació i Justícia Juvenil*. Colecció Justícia i Societat Nr. 12, Barcelona 1994.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio: «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil. Un análisis crítico», *Revista de Derecho Penal y Criminología* n.º 3 (1999), pp. 33 ss.
- GENERALITAT DE CATALUNYA. DIRECCIÓ GENERAL DE MESURES PENALS ALTERNATIVES I DE JUSTÍCIA JUVENIL: *La mediación penal juvenil en Catalunya*, Barcelona 1997.
- GIMÉNEZ-SALINAS, Esther: «Justicia de Menores y ejecución penal. Poder y Control», *Revista hispano-americana de disciplinas sobre el control social* n.º 0 (1986), pp. 215 ss.

- GIMENO SENDRA, Vicente: *Absprachen im spanischen Strafverfahren*, ZStW 104 (1992), pp. 223 ss.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos: «La justicia de menors, present i futur», en *Jornades de formació sobre inadaptació infantil*, Vic 1986, pp. 21 ss.
- HEINZ, Wolfgang: *Diversion im Jugendstrafverfahren*, ZStW 104 (1992), pp. 591 ss.
- «Diversion im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht», *DVJJ-Journal* 3 (1998), pp. 245 ss.
- «Das strafrechtliche Sanktionssystem und die Sanktionspraxis in Deutschland 1882-1998 (Stand: Berichtsjahr 1998). Konstanzer Inventar für Sanktionsforschung». Pub. en Internet: www.uni-konstanz.de/rft/kis/sanks98.htm (Versión 1/2000).
- HELLMANN, Uwe: *Strafprozeßrecht*, Berlín (u.a.) 1998.
- HIRANO, Ryuichi: *Diversion und Schlichtung*, ZStW 93 (1981), pp. 1085 ss.
- KREY, Volker: *Strafverfahrensrecht*, Bd. 1, Stuttgart (u.a.) 1988.
- KUHLEN, Lothar: *Diversion im Jugendstrafverfahren*, Heidelberg 1988.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «La tercera vía», en GENERALITAT DE CATALUNYA. DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA (Hrsg.), *La mediació penal*. Colecció Justícia i Societat n.º 19, Barcelona 1999, pp. 107 ss.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén: *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Valencia 1999.
- MATHEIS, Bernhard: *Intervenierende Diversion – Eine empirische Untersuchung unterschiedlicher Verfahrens- und Reaktionsalternativen in Jugendstrafverfahren im Landgerichtsbezirk Kaiserslautern*, Diss. Jur. 1991.
- MINISTERIO DEL INTERIOR: *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 1999*, Madrid 2000. Publicación en Internet: www.mir.es/catalogo.htm.
- MOHREN, Veronika: *Die Veranlassung erzieherischer Maßnahmen durch den Staatsanwalt nach § 45 JGG*, Sinzheim 1997.
- MÜLLER, Henning Ernst: *Diversion im Jugendstrafrecht und rechtsstaatliches Verfahren*, Deutsche Richterzeitung 1996, pp. 443 ss.
- NIX, Christoph (Hrsg.): *Kurzkommentar zum Jugendgerichtsgesetz*, Weinheim (u.a.) 1994.
- OSTENDORF, Herbert: *Jugendgerichtsgesetz, 5. Auflage*, München 2000.
- RECHEA, Cristina; BARBERET, Rosemary; MONTAÑÉS, Juan; ARROYO, Luis: *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*, Universidad de Castilla-la Mancha/Ministerio del Interior, Madrid 1995.
- ROXIN, Claus: *Strafverfahrensrecht, 25. Auflage*, München 1998.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Francisco de Asís: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/92*, Madrid, Barcelona, 1999.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich; BEULKE, Werner: *Jugendstrafrecht, 13. Auflage*, Stuttgart (u.a.) 1998.

- SCHLÜCHTER, Ellen: *Strafprozeßrecht*, 3. Auflage, Thüningersheim (u.a.) 1999.
- VAN DEN WOLDENBERG, Andrea: *Diversion im Spannungsfeld zwischen «Betreuungsjustiz» und Rechtsstaatlichkeit*, Frankfurt am Main (u.a.) 1993.
- VON LISZT, Franz: «Die Kriminalität der Jugendlichen», en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 2. Bd., Berlín 1905, pp. 331 ss.
- VOß, Silvia: *Staatsanwaltschaftliche Entscheidung – Beeinflussung durch systematische Informationserweiterung?: Die Umsetzung des Bielefelder Modellversuchs durch die Staatsanwaltschaft*, Frankfurt a.M. 1993.
- WOLTERS, Jörg M.: «Jugendkriminologische und devianzpädagogische Thesen. Sozialpädagogik in der Jugendstrafrechtspflege», *Unsere Jugend* 42 (1990), pp. 173 ss.