



LAS MEDIDAS APLICABLES A MENORES INFRACTORES

UN ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 7 DE LA LORPM

Tesis Doctoral que presenta la licenciada

M^a Victoria E. Hernández González

para optar al Título de Doctor en Derecho

por la Universidad de Granada

bajo la dirección del

Prof. Dr. D. Carlos Aránguez Sánchez

Universidad de Granada

Curso Académico 2014/2015

Editorial: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autora: María Victoria E. Hernández González
ISBN: 978-84-9125-157-6
URI: <http://hdl.handle.net/10481/40368>

“A mis hijos Lucía y Javier”

AGRADECIMIENTOS

Un trabajo de investigación es siempre fruto de ideas, proyectos y esfuerzos previos que corresponden a otras personas. Pero también es fruto del reconocimiento y del apoyo vital que nos ofrecen las personas que nos estiman, sin el cual no tendríamos la fuerza y energía que nos anima a crecer como personas y como profesionales.

Un agradecimiento muy especial merece la comprensión, paciencia y ayuda recibidos de mi familia y amigos más allegados, que me apoyaron para escribir y concluir esta tesis.

Asimismo, y en definitiva, mi gratitud respetuosa se hace extensible hacia las personas de las que he aprendido.

Gracias a todos

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	XIII
INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN.....	1

CAPÍTULO I..... 13

ALGUNAS CUESTIONES GENERALES SOBRE DELINCUENCIA JUVENIL.

1... APROXIMACIONES CONCEPTUALES: NIÑO, MENOR, JOVEN.....	13
2... ADOLESCER EN LA ADOLESCENCIA.....	15
3... LA DELINCUENCIA JUVENIL.....	18
4... MODELOS DE TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES.....	20
4.1 Modelo de protección.....	20
4.2 Modelo educativo.....	21
4.3 Modelo jurídico.....	21
5... ORIENTACIONES EN LA INTERVENCIÓN PEDAGÓGICA.....	22
5.1. Concepto de educación.....	22
5.2. Determinación de la minoría de edad.....	23
6... CONCEPTOS ALUSIVOS A LAS PRIMERAS ETAPAS DEL DESARROLLO HUMANO.....	27
6.1. La etapa de infancia o niñez.....	27
6.2. La etapa de la adolescencia.....	28
6.3. La etapa de la juventud.....	29
7... NOCIONES LEGALES.....	30
8... DEFENSA DE LA SOCIEDAD.....	36

CAPITULO II..... 39

FUNDAMENTOS CRIMINOLÓGICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES DEL DERECHO PENAL DE MENORES

1... APROXIMACIÓN CRIMINOLÓGICA AL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL	39
2... ETIOLOGÍA Y RAÍCES DE LA DELICUENCIA JUVENIL.....	39
2.1. Factores circunstanciales.....	41
a) Violencia ambiental.	
b) Agentes socioeconómicos.	
c) Relaciones familiares.	
d) Grupo de iguales.	

e) Contexto escolar.	
f) Entorno urbano.	
g) Sexo.	
h) Escasez de valores.	
2.2. Factores de carácter individual.	45
a) Irregularidad anormal patológica.	
b) Anormalidad no patológica.	
c) Menores delincuentes con rasgos de personalidad normal.	
2.3. Factores sociales: las bandas juveniles.	49
a) Bandas criminales.	
b) Bandas marginales.	
c) Bandas conflictivas.	
3. LÍNEAS POLÍTICO CRIMINALES ANTE LA INFRACCIÓN JUVENIL Y MODELOS DE PREVENCIÓN.	52
3.1. Prevención primaria.	52
3.2. Prevención secundaria.	53
3.3. Prevención terciaria.	53
a) Reflexión axiológica.	
b) Aprendizaje observacional y mensaje pedagógico.	
c) Criminalidad subcultural y rearme axiológico positivo.	
d) Renovación cultural de ambiciosas políticas sociales.	
4. REFERENCIAS A INFORMES DELINCUENCIALES.	57
5. ENTORNOS DE RIESGO Y TEORÍAS EXPLICATIVAS.	59
5.1 Teorías psicobiológicas.	60
5.2 Teorías psicomorales.	60
5.3 Teorías psicosociales o interaccionistas moderadas.	61
5.4 Teorías del conflicto.	61
6. ESPECULACIONES Y FACTORES AL ÁMBITO DE LA DELINCUENCIA DE MENORES.	63
6.1 Factores internos.	64
6.2 Factores externos.	64
7. ÁREAS CONTEXTUALES CRIMINÓGENAS.	65
7.1 Área de la educación escolar.	65
7.2 Área socioeconómica y de relaciones sociales.	66
7.3 Área de las relaciones laborales.	66
7.4 Área de la marginación étnica.	66
7.5 Área en el consumo de tóxicos.	67

7.6 Área de la victimización de niños tratados como “cosas”	68
7.7 Área de la política criminal infantil	68

CAPÍTULO III..... 71

**EL ESTATUTO DEL MENOR INFRACTOR EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES
Y NACIONALES.**

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	71
2. ÁMBITO INTERNACIONAL	75
2.1. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a menores “Reglas de Beijing”	75
2.2. Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales a la delincuencia juvenil.	76
2.3. Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.	76
2.4. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.....	78
2.5. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)	78
3. ÁMBITO NACIONAL	78.
3.1. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.	78
3.2. La Ley 21/1987 de 11 de noviembre.	79
3.3. La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.	80
3.4. La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero.....	80
3.5. La Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento en los Juzgados de menores.	80
3.6. El Código Penal de 1995.	84
3.7. La Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.	85
3.8. El Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000.....	35
3.9. La Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre por la que modifica la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.	87

CAPÍTULO IV95
LOS SUJETOS E INSTITUCIONES BÁSICAS DEL DERECHO PENAL DE
MENORES.

1. MENORES.....	95
2. REPRESENTANTES LEGALES.....	100
3. LETRADO DE LA DEFENSA.....	100
4. INSTITUCIONES.....	103
4.1. Juzgado de Menores y Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.....	103
4.2. Juez (o Magistrado).....	104
4.3. Secretario.....	105
4.4. Juzgado de Instrucción.....	106
4.5. Audiencia Provincial y Audiencia Nacional.....	107
4.6. Sala Segunda del Tribunal Supremo.....	109
4.7. Sección de Menores de la Fiscalía de Menores.....	109
5. EQUIPO TÉCNICO.....	112
6. ENTIDAD PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.....	113
7. POLICÍA DE MENORES.....	119

CAPITULO V..... 125
PRINCIPIOS SUSTÁNTIVOS Y PROCESALES BÁSICOS DE LA LEY PENAL DE
MENORES.

1. ASPECTOS INSPIRADORES DE LA LEY.....	125
2. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS.....	126
2.1. Principio de responsabilidad penal de los menores.....	126
2.2. Principio de especialización.....	127
2.3. Principio del superior interés del menor.....	128
2.4. Principio de intervención mínima.....	131
2.5. Principio acusatorio.....	132
2.6. Principio de oportunidad.....	132
a) En fase de instrucción.	
b) En trámite de audiencia.	
c) En trámite de ejecución de medida.	
2.7. Principio de legalidad.....	136
2.8. Principio de establecimiento de tramos de edades.....	136
2.9. Principio de proporcionalidad.....	137

3. PRINCIPIOS PROCESALES.....	138
4. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA EJECUCION DE LAS MEDIDAS.....	138
5. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DELITOS O FALTAS.....	139

CAPÍTULO VI..... 141

RÉGIMEN APLICABLE AL MENOR Y AL SEMIADULTO.

1. ANTECEDENTES LEGAL Y DOCTRINAL MÁS INMEDIATO.....	141
2. APORTACIONES DE PSICOLOGÍA EVOLUTIVA SOBRE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DEL ADOLESCENTE.....	144
2.1. Características del desarrollo evolutivo.....	144
2.2. Cambios cognitivos durante la adolescencia.....	146
2.3. Desarrollo de la capacidad de comprensión social.....	149
2.4. Libertad de la voluntad como fundamento de la capacidad de culpabilidad.....	151
2.5. Diferentes grados de capacidad de la culpabilidad.....	152
3. LA EDUCACIÓN TRANSMITIDA EN VALORES.....	155
4. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 2006 EN ANALOGÍA CON LA PSICOLOGÍA EVOLUTIVA.....	156

CAPÍTULO VII..... 161

MEDIDAS SUSCEPTIBLES DE SER IMPUESTAS A LOS MENORES: ALCANCE DEL ARTÍCULO 7 DE LA LORPM.

1. DETERMINACIONES PREVIAS DERIVADAS DE LA INFRACCIÓN LEGAL.....	161
2. ENUMERACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LAS CLASES DE MEDIDAS DE LA LORPM.....	170
2.1. Medidas que suponen una privación de libertad.....	176
a) Internamiento en régimen cerrado.	
b) Internamiento en régimen semiabierto.	
c) Internamiento en régimen abierto.	
d) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto.	
e) Permanencia de fin de semana.	
2.2. Medidas que suponen una restricción de libertad.....	185
a) Tratamiento ambulatorio.	
b) Asistencia a centro de día.	
c) Libertad vigilada.	
d) Prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.	
e) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.	
2.3. Medidas que suponen una privación de derechos.....	195

a) Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor.	
b) Inhabilitación absoluta.	
2.4. Otras medidas.	199
a) Prestaciones en beneficio de la comunidad.	
b) Realización de tareas socioeducativas.	
c) Amonestación.	
3. LAS MEDIDAS CAUTELARES.	203
3.1. Concepto.	203
3.2. La detención como disposición cautelar.	204
3.3. Medidas cautelares para la custodia y defensa del menor o protección a la víctima.	208
3.4. Medidas cautelares exentas de responsabilidad.	212

CAPÍTULO VIII. 215

**CRITERIOS LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS Y
MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.**

1. MODOS EN EL SISTEMA GENERAL DE DETERMINACIÓN JUDICIAL.	215
2. EXCELENCIA DEL SIGNIFICADO “INTERÉS DEL MENOR”.....	220
2.1. Categoría de la edad.	222
2.2. Circunstancias familiares y sociales.....	223
2.3. La personalidad del menor.	224
3. REFERENCIA A LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.	225
4. POSIBILIDAD DE IMPONER MÁS DE UNA MEDIDA.....	228
5. ADECUACIÓN DE LA LEY A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	231
5.1. La pena para adultos como límite.	231
5.2. Límites de las medidas.	233
5.3. Supuestos que revisten extrema gravedad: concepto de “extrema gravedad”.	235
6. RESEÑA ESPECÍFICA A LA REINCIDENCIA.	236

CAPÍTULO IX..... 241
ESPECIAL ANÁLISIS DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO.

1. ALGUNAS NOTAS SOBRE DERECHO COMPARADO.....	241
2. DATOS HISTÓRICOS.....	243
3. LA FINALIDAD EDUCATIVA DE LOS CENTROS: EL HOSPICIO COMO ANTECEDENTE.	246
4. CLASES Y PARTICULARIDADES DE LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO.....	251
4.1. Ingresos cerrados.....	252
4.2. Ingresos semiabiertos.....	253
4.3. Ingresos abiertos.....	254
4.4. Ingresos terapéuticos.....	254
5. REGLAS ESPECÍFICAS DE LOS TIPOS DE INTERNAMIENTO.....	257
5.1. Aplicabilidad del internamiento en régimen cerrado y problemática jurídica bajo el régimen general penitenciario.....	258
5.2. Aplicabilidad del internamiento en régimen semiabierto.....	265
5.3. Aplicabilidad del internamiento en régimen abierto.....	267
5.4. Aplicabilidad del internamiento terapéutico.....	268
6. DURACIÓN DEL INTERNAMIENTO.....	270
7. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.....	272

CAPÍTULO X..... 279
DERECHOS Y DEBERES DE LOS MENORES INTERNADOS.

1. ORIGEN DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD PARA MENORES INFRACTORES.....	279
2. ESTATUTO DEL MENOR INTERNO.....	280
3. DERECHOS COMO MENOR EN LA EJECUCIÓN DEL INTERNAMIENTO.....	283
3.1. Derecho a la vida, integridad física y salud.....	283
3.2. Derecho a recibir una educación y formación integral.....	284
3.3. Derecho a preservar su dignidad e intimidad.....	285
3.4. Derecho al ejercicio de derechos civiles, políticos, sociales, religiosos, económicos y culturales.....	285
3.5. Derecho a la asistencia sanitaria gratuita y enseñanza básica obligatoria.....	286
4. DERECHOS EN LA CONVIVENCIA COMO MENOR INTERNADO.....	288
4.1. Derecho a estar en el centro más cercano a su domicilio.....	288

4.2. Derecho a comunicarse libremente con los padres, representantes legales, familiares u otras personas.	288
4.3. Derecho a comunicación reservada.	289
4.4. Derecho a una formación laboral.	289
4.5. Derecho a formular peticiones y quejas.	290
4.6. Derecho a recibir información.	290
4.7. Derecho a que sus representantes legales sean informados.	290
4.8. Derecho a que los menores internados tengan en su compañía a sus hijos menores de tres años.	290
5. LIMITACIÓN DE DERECHOS.	291
6. DEBERES.	292
6.1. Deber de permanecer en el centro.	293
6.2. Deber de recibir la enseñanza básica obligatoria.	294
6.3. Deber de respetar y cumplir las normas de funcionamiento interno.	294
6.4. Deber de colaborar para conseguir una actividad ordenada.	294
6.5. Deber de utilizar adecuadamente las instalaciones.	295
6.6. Observar las normas higiénicas y sanitarias.	295
6.7. Realizar las prestaciones personales obligatorias.	295
6.8. Participar en las actividades formativas, educativas y laborales.	295
7. ORGANIZACIÓN INTERNA.	295
7.1. Separación y clasificación.	298
7.2. Traslados.	299
7.3. Reclamaciones de los menores internados.	300
8. CARACTERÍSTICAS Y REGULACIÓN LEGAL DEL TRABAJO DE LOS MENORES EN LOS CENTROS DE REFORMA.	304
9. COMUNICACIONES CON EL EXTERIOR.	307
9.1. Visitas externas.	307
9.2. Visitas.	308
9.3. Visitas de convivencia familiar.	309
9.4. Visitas internas vis a vis.	310
9.5. Visitas con profesionales.	311
9.6. Comunicaciones telefónicas.	312
9.7. Comunicaciones escritas.	313
9.8. Limitaciones a las comunicaciones y visitas.	313
9.9. Permisos de salida ordinarios y extraordinarios.	315

CAPÍTULO XI.....	325
LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y LA DE AUDIENCIA O JUICIO ORAL EN EL PROCESO PENAL DE MENORES.	
1. INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE.....	325
1.1. Sujetos que deben denunciar.....	325
1.2. Recibimiento de la denuncia.....	326
1.3. Obligación de custodia.....	328
2. ACTOS PREPARATORIOS DE LA AUDIENCIA.....	331
3. CONCEPTO Y PETICIÓN DE AUDIENCIA.....	332
4. LA APERTURA DE AUDIENCIA.....	335
5. PERTINENCIA DE PRUEBAS Y SEÑALAMIENTO DE LA COMPARECENCIA.....	338
6. INICIO DE LAS SESIONES Y CUESTIONES PREVIAS.....	339
6.1. La conformidad.....	342
6.2. Asistentes a la audiencia.....	344
6.3. Audiencia en ausencia del menor.....	346
6.4. Práctica de la prueba.....	350
6.5. Conclusiones y terminaciones definitivas y derecho a la última palabra del menor.....	353
7. LA SENTENCIA.....	354
7.1. Partes del contenido ineludible en la sentencia.....	356
7.2. La suspensión de la ejecución del fallo.....	361
a) Requisitos para acordar la suspensión del fallo.	
b) Condiciones que debe cumplir el menor.	
c) Consecuencias del incumplimiento de las condiciones establecidas.	
CONCLUSIONES.....	369
BIBLIOGRAFÍA.....	383
HEMEROGRAFÍA.....	393
RECURSOS ON LINE.....	401
JURISPRUDENCIA.....	403

.

ABREVIATURAS

AA.VV	Autores Varios
AD	Actualidad y Derecho
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AGNV	Asamblea General de Naciones Unidas
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJD	Actos Jurídicos Documentales
AJM	Anuario de Justicia de Menores
Art. /Arts	Artículo/Artículos
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
APD	Agencia de Protección de Datos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia
AUE	Acta Única Europea
BC	Boletín Criminológico
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BOP	Boletín Oficial Provincial
BP	Boletín de Psicología
CA	Cuadernos de Actualidad
CE	Constitución Española
Cc	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCEE	Comunidades Europeas
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DA	Disposición Adicional
DD	Disposición Derogatoria
DGIP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias
Dir	Director
DOC	Diario Oficial de la Comunidad Europea
EAA	Estatuto de Autonomía para Andalucía
Ed	Edición
EEAA	Estatutos de Autonomía
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

FGE.....	Fiscalía General del Estado
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGP.....	Ley General Penitenciaria
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM.....	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
LPM	Ley Penal del Menor
LTTM.....	Ley de Tribunales Tutelares de Menores
RD.....	Real Decreto
RDCP	Revista de Derecho Penal y Criminología
RDP.....	Revista de Derecho Penal
RECPC.....	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REI	Revista de Estudios Internacionales
REIC	Revista Española de Investigación Criminológica
RGDP.....	Revista General de Derecho Penal
RLORPM.....	Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio; Reglamento de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores.
RP.....	Reglamento Penitenciario
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.....	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS.....	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vid	Véase

INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN.

Las medidas judiciales aplicables a menores infractores y por ende la justicia penal juvenil, ha alcanzado un gran desarrollo en los últimos años, ya que tanto en el ámbito legislativo, judicial, de ejecución como de intervención, estamos asistiendo a una transformación jurídica y social sin precedentes. La responsabilidad de los menores por los hechos delictivos previstos en la compilación penal constituye además una de las materias de mayor interés en el contexto social y jurídico-penal dentro del panorama actual de España, que preocupa en el espacio de seguridad y justicia, adquiriendo una especial curiosidad dado que las normas vigentes sobre responsabilidad penal de los menores son normas recientes, que aún requieren un cardinal estudio para su correcta aplicación.

En el desarrollo de los capítulos de nuestro trabajo de investigación hemos pretendido entre otras, la cuestión a nuestro modo de entender imprescindible, de plasmar que las medidas judiciales aplicables a los menores infractores están a medio camino entre la esfera jurisdiccional penal y la esfera psicoeducativa. Los debates que suscita la legislación penal juvenil no si empre han sido, son y serán seguramente acerca de la suficiencia del reproche punitivo pero cierto es que el ciudadano tiene en demasiadas ocasiones, la ausencia de regulación y de casi impunidad de los hechos delictivos cometidos por personas menores de edad y hemos intentado en nuestro trabajo plasmar que ello está lejos de la realidad jurídica-procesal, sin dejar de tener en cuenta lo complejo de alcanzar el equilibrio necesario entre protección de los derechos de las víctimas y perjudicados y la sanción de los menores autores de los hechos delictivos.

Justificamos nuestro estudio por la intensa preocupación que la sociedad actual tiene por la conducta antisocial infantil y juvenil, más conocida como de lindeencia juvenil, ha sido un fenómeno propio del siglo XX, ya que ha sido durante este siglo cuando los niños y adolescentes entraron a formar parte, plenamente de la estructura social. El progresivo reconocimiento de los deberes y derechos de los niños ha condicionado los cambios socio-jurídicos y normativos que tenían como objetivo valorar la conducta antisocial de los menores, término genérico y propio del ámbito jurídico que agrupa a niños, adolescentes y jóvenes menores de dieciocho años. La incorporación completa de estos nuevos sujetos a la sociedad ha sido, como muchos otros importantes

cambios sociales, motivo de nuevas regulaciones para atender a sus necesidades y sus peculiaridades en tre las que destacan todo lo referente a la conducta antisocial y/o delictiva por ellos protagonizada¹

Una cuestión irrefutable es que el contexto familiar ha cambiado², en buena proporción porque los padres ven a sus hijos como sujetos individuales, con personalidad propia, más independientes y a su vez porque los niños pasan más tiempo fuera del hogar en instituciones públicas (guarderías, clubes deportivos, de ocio, colegios,). Cada vez con más frecuencia la vida diaria del menor no viene decidida de forma exclusiva por su familia, en la que predomina el trabajo fuera de casa de ambos progenitores, así como una menor estabilidad en las relaciones de pareja, sino por sus interrelaciones sociales con compañeros y amigos de su misma edad.

Aunque la delincuencia juvenil y las medidas aplicables presentan unas características similares en la mayor parte de los países europeos, la respuesta de cada ordenamiento jurídico varía en algunos contenidos de manera significativa, reflejando en ella su historia y cultura así como su tradición legislativa y reglamentaria. Una premisa común es que el delincuente juvenil debe recibir una respuesta penal diferente de los adultos. Las diferencias aparecen referentemente a la hora de fijar el límite de edad donde comienza la responsabilidad penal de los menores, el régimen sancionador y la competencia de los Tribunales de menores.³

Pocos fenómenos traen consigo una alteración más aguda de la convivencia que el fenómeno delincencial y, especialmente la delincuencia cometida por menores de edad. Ante estos supuestos la sociedad en general se siente en ocasiones inermes e impotente⁴. La transcendencia social de la normativa, las diferentes concepciones ideológicas sobre el tratamiento de la delincuencia infanto-juvenil y el progresivo protagonismo que va adquiriendo los menores en nuestras sociedades contemporáneas, hacen también que el

¹ Así lo reflejan: PUEVO, A.A y ANTEQUERA FARIÑA, M, en “Inteligencia y desarrollo moral del niño delincuente: consideraciones psicológicas y jurídicas”. Grupo de Estudios Avanzados en Violencia. Facultad de Psicología. Univ. Barcelona.

² Sobre las transformaciones sufridas por la institución familiar, y el interés que estas transformaciones han despertado en la investigación criminológica contemporánea, véase: BANDINI, T, et al., *Criminología. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, 2^a ed. Vól.I, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 142 a 150 y 151 a 155.

³ Sobre los diferentes modelos de justicia juvenil, véase: VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C, *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y Criminológicas*, Colex, Madrid, 2003, p p. 248 a 259. HIGUERA GUIMERA, JF, *Derecho penal juvenil*, Bosch, Barcelona, 2003. pp. 43 a 68.

⁴ Tito Livio decía que “nulla lex satis cómoda ómnibus est” (“ninguna ley es favorable para todos”).

estudio de las medidas judiciales está plagado de interesantes perspectivas multidisciplinares situando al factor legal o jurídico como uno más de los confluente en el análisis del fenómeno delictivo de los menores.

En 1920, surgieron nuestros primeros Tribunales Tutelares de menores y con ellos lo que pudo llamarse el tratamiento penal diferenciado de los menores delincuentes. No fue fácil, su encaje, su anudación a una legislación entonces retributiva, ni la delimitación de sus especiales competencias, y consecuencias⁵.

Del estudio de las medidas del Art. 7 LORPM, destacamos el análisis de la medida de internamiento entre todas las demás, por privar de libertad, y con ello, de uno de los derechos de mayor relevancia constitucional, lo que implica un mayor esfuerzo en regular su contenido para señalar con claridad los límites de intervención. En este sentido, la figura correspondiente en adultos, la pena de prisión, goza desde el año 1979 de una regulación completa a través de la LOGP y su posterior Reglamento, que han adaptado el contenido de esta sanción al enunciado del Art. 25 de la Constitución que exige “orientar las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social”. Así, pues, el objetivo más específico de este trabajo, ha sido analizar el contenido de la medida de internamiento juvenil en términos constitucionales, tomando como referencia la perspectiva psicológica y educacional.

No resulta extraño, pues, que desde un modelo puramente proteccionista se haya evolucionado hacia un sistema procesal puro- aunque diferente- en el afán de reconducción del menor a los estándares sociales imperantes. Entroncar un estado de bienestar social, de seguridad y paz ciudadana, con un especial tratamiento penal que la actual sociedad demanda para los menores, no es tarea fácil y, de hecho, muchos estados democráticos no lo han conseguido plenamente.

En este trabajo nos vamos también a ocupar de presentar como esenciales objetivos, las distintas respuestas que la psicología y el derecho ofrecen en las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores que delinquen en su doble circunstancia

⁵ Como ajustadamente alude el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña VIDAL ANDREU, G.: de una filosofía no bien definida que tenía necesariamente que responder a esta pregunta: ¿qué hacer con un menor que ha cometido un delito como si fuera mayor?, o, lo que es más grave, ¿cómo compensar el pago por el hecho cometido y el especial tratamiento sancionador que el menor merece?, ¿qué derechos le caben a la sociedad y a la concreta víctima en este proceso de responsabilización? Revista Jurídica de Catalunya. Vol.106, Nº 4, pág.1109.

social y jurídica, el motivo, de que este estudio sirva para mejorar la intervención y tratamiento de transgresiones y comportamientos antinormativos.

La ley penal de menores española ha sido una historia de reformas, una legislación marcada por la inestabilidad y vacilación normativa. La versión original se aprobó en enero del año 2000, complementada por un Reglamento que vino a la luz cuatro años y medio más tarde, concretamente en julio de 2004. A lo largo de los años transcurridos desde entonces la ley del menor ha sido modificada en varias ocasiones, a través de una serie de reformas legales cuya importancia viene definida no tanto por el número cuanto por su alcance y su significado político-criminal⁶.

Dos significativas modificaciones, se aprobaron en los meses inmediatamente posteriores a la propia publicación de la LPM, durante el periodo de *vacatio legis* (periodo que dura un año). Así, se marcó la pauta para lo que ha sido una constante en la historia legislativa de esta reglamentación plasmada en la oscilación normativa, y a emanada de la elaboración y aprobación de modificaciones, casi siempre como consecuencia de espeluznantes delitos causantes de fuerte impacto social⁷. Con la normativa penal de menores se da la circunstancia de que los responsables políticos han mostrado desde el inicio una destacada falta de confianza en la propia legislación por ellos elaborada, de modo pues que es razonable que de manera continua emerja en el ambiente una sensación de provisionalidad de que la próxima reforma está próxima, ello teniendo asimismo en cuenta los tiempos de irracional fe en la que estamos instalados.

Es importante, de destacar a hilo de las reformas que la LO 7/2000 planteó una ruptura con algunos principios consustanciales a la justicia de menores que hace que, en la práctica, nos encontremos con “no principios”⁸. Y así, en referencia a delitos de terrorismo, dicha ley fue aprovechada para introducir un incremento de la duración de la medida de internamiento para delitos graves, pero que no necesariamente tienen que ver

⁶ Determinación que se ofrece en profundidad en: BARQUÍN SANZ, J. y CANO PAÑOS, M.A. “Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos,” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ISSN 1132-9955, N° 18, 2006, pp. 37-95.

⁷ En el Reino Unido fue relevante un hecho que en su momento tuvo una repercusión mediática y social a nivel mundial sin precedentes. Se trata del famoso y no menos triste caso de James Bulger, acontecido en Liverpool en febrero de 1993, en el que un niño de dos años fue golpeado y maltratado hasta morir por dos menores que en el momento de los hechos contaban con apenas diez años de edad.

⁸ Sin tener en cuenta que, como afirma MIR PUIG, “la pena es un instrumento hoy por hoy fundamental en la lucha contra el delito y en pro de la seguridad ciudadana, pero lo es no tanto porque sea el medio más eficaz de control social imaginable, sino, en cierto modo al revés, porque constituye una forma limitada de prevención sometida a garantías ya irrenunciables en un Estado social y democrático de derecho”.

con el terrorismo, como son el asesinato, homicidio (doloso), abusos sexuales cualificados o la violación⁹. Y en este orden de cuestiones sociales, los medios de comunicación se sirvieron para rellenar líneas de periódicos¹⁰.

Respecto a las tendencias comunes en las medidas judiciales de la justicia de menores, la caracterización más general en España y en otros países europeos, es que el derecho penal de menores se debe asimilar al derecho penal para adultos. Estas directrices constituyen en sí mismas un retroceso, una pérdida de un nivel de civilización que hasta hace poco parecía un fundamento fiable, al menos de los Estados democráticos de Europa. En este sentido no hay que olvidar que, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Art. 40, los Estados se han obligado a respetar los aspectos socioeducacionales de la personalidad de los niños. Dichas tendencias además hay que verlas en el contexto de un Derecho penal general que es, cada día más un “derecho penal de seguridad” y cada día menos un “derecho penal de libertad”.

En particular, destacamos que existe una tendencia a cambiar las fronteras entre minoría y mayoría de edad penal –y también una tendencia a tratar a los jóvenes de dieciocho a veintiún años como adultos- Así mismo, hay una tendencia fuerte –y con potencial autoritario- hacia agravaciones, internamientos de corta duración e en algunos casos, de duración indeterminada en otros y de incapacitación de autores de crímenes en casos específicos. El hecho de que en algunos países haya un aumento de criminalidad perceptible, indica que tal vez los medios de comunicación de masas desempeñan un rol

⁹ En este sentido, asegura GÓMEZ BENÍTEZ, que: “la indudablemente deseable persecución de los delitos de terrorismo se convierte en una excelente coartada para introducir en el ordenamiento jurídico-penal una serie de normas excepcionales”

¹⁰ De hecho los medios de comunicación afirmaron en su día que “los comandos de violencia callejera, creados a principios de los años noventa (...) se han convertido en el vivero natural de los actuales comandos de ETA (...) han alcanzado puestos de responsabilidad en la nueva dirección de ETA (...) han integrado este tipo de “lucha” como un “elemento más” dentro de la actividad terrorista de ETA: *El País, de 5 de junio de 2001*. De igual modo, los debates parlamentarios que giraron en torno a la LO 7/2000 reflejan la consideración mayoritaria de que es una reforma que atenta contra los principios inspiradores de la LO 5/2000. En concreto, sobre la contradicción con el principio de juez natural y el principio de proximidad y sobre la creación de una jurisdicción especial en la Audiencia Nacional –que estigmatiza al menor como terrorista- véase: enmienda 9 (Grupo Mixto), enmienda 31 (Xunta Aragonesista), Enmienda 68 (Grupo Parlamentario Vasco); en relación al carácter retributivo y es casamente reinsertador de la medida de inhabilitación de duración prolongada, véase: enmienda 9 y 61 (Grupo Parlamentario Vasco); sobre el efecto contaminador de crear centros especiales para menores que han cometido delitos de terrorismo, así como sobre el vaciado de competencias que ello supone para las CC.AA, véase: Enmienda 47 (Grupo Parlamentario Mixto), Enmienda 69 (Grupo Parlamentario Vasco); sobre las potenciales causas de alarma social que están detrás del surgimiento de la ley y los pretendidos efectos electoralistas de una norma que reforma otra antes de su entrada en vigor, véase: Enmiendas 10 y 40 (Grupo Mixto).

importante y también hay grupos de jóvenes inmigrantes (o hijos e hijas de inmigrantes), que son más visibles, pero que, tal vez, también están y se sienten menos integrados en la sociedad.

Lo que está cambiando desde hace un tiempo es el debate sobre las amenazas a la seguridad en los medios y en círculos políticos. Este debate, esta competencia entre seguridad y libertad, que es una carrera desigual¹¹, que siempre se va a decidir a favor de la seguridad, aunque no tiene nada que ver con la criminalidad de menores, también tiene un efecto perjudicial en el discurso público sobre esta criminalidad.

Un problema fundamental del derecho penal de menores es que es un híbrido con elementos de derecho penal para jóvenes y elementos de derecho de protección de los jóvenes. Como derecho penal presenta un rasgo destacado: por su orientación al derecho penal de adultos, provee reglas de imputación objetiva y subjetiva, desempeñando así una función garantista, asegurando la imputación justa, ya que no hay reacción si no ha y un delito cometido por el menor, de lo que sea responsable, pero también una función educativa: el menor aprende que la sociedad lo trata como persona responsable-también responsable por delitos- Ahora bien, estos procesos de imputación en general, y más aun para los menores, implican riesgos y daños de estigmatización y de producción de criminalidad. Como derecho de protección de menores alberga la ambición de ayudar en los problemas reales de los menores y de sus familias. Pero al mismo tiempo esta tendencia paternalista implica también riesgos de intervención ilegítima¹², riesgos de reacción inadecuada, el riesgo, en suma, de que el menor no se sienta tratado justamente en el contexto de la responsabilidad.

La discusión en torno a la idónea disposición de la LPM hay que encuadrarla en un contenido histórico en el que la política criminal española está sellada por una culminación de posturas represivas y populistas frente al delito¹³; igualmente el derecho

¹¹ En este sentido, véase P RITZWATZ, “La desigual competencia entre seguridad y libertad”, Revista General de Derecho Penal, núm. 7, 2007, accesible en <http://www.instel.es>.

¹² Siendo al respecto, una posición popular: “no importa si no ha cometido el delito o no, en todo caso lo que hacemos es bueno para el joven y su familia”.

¹³ Así, como referencia en la segunda mitad de la década de los noventa del pasado siglo, en España se hacen oír con creciente fuerza las voces que ponen en duda la eficacia de un código penalista que se encuentra en vigor desde el año 1996, que propugnan una perspectiva retribucionista y de “tolerancia cero” frente a la delincuencia, así como una acentuación de aspectos eminentemente defensistas de protección de la sociedad. Influyendo en este extremo dos circunstancias: 1- El asentamiento en España de las corrientes neoclásicas que, procedentes de la justicia penal y la criminología anglosajonas, parecen ser bien recibidas por el gobierno del Partido Popular, en el poder tras las elecciones de 1996(aunque tal espíritu de represión

penal juvenil español difícilmente podría haber permanecido extraño al ambiente represivo y populista que caracterizaba y caracteriza la época. Desde esta índole y con el trasfondo de un previo debate social circunscrito alrededor de una serie de homicidios cometidos por menores de gran repercusión mediática, se ha ido decidiendo llevar a cabo las modificaciones mencionadas en el texto normativo de menores infractores¹⁴.

Cuando se está hablando de un pacto para la justicia que conduzca a su modernización, necesariamente se crea un estado de confianza con una frustración y naufragio demandará la exigencia de responsabilidad ante la sociedad entera. En materia de menores se juega con un tema mayor. Gobierno y Comunidades Autónomas con las competencias transferidas han de asumir y posicionarse, en la medida de sus funciones, el imperativo categórico de la posibilidad práctica de la aplicabilidad de la ley y ejecutabilidad de las medidas.

La ley del menor desde su entrada en vigor, ha sido continuamente criticada por diversos colectivos de ciudadanos pidiendo un día sí y día no el endurecimiento de las medidas que se aplica a los menores, como si este argumento fuese la medicina para aniquilar la delincuencia juvenil¹⁵.

De esta manera y consecuencia de la mencionada presión e influencia social, surge la reforma operada en el año 2003 (LO 15/2003) que permitió que el perjudicado por el delito se personara en el proceso ante el Juzgado de menores. Dicha reforma abrió esta “acusación particular” a todos los casos, a diferencia de la que hasta entonces estaba contemplada en la ley, en la que sólo cabía la personación cuando el menor fuese mayor de dieciséis años y hubiere concurrido violencia, intimidación o grave riesgo para la vida,

no es patrimonio exclusivo de los grupos políticos enmarcados en la derecha, sino que también encuentra acogida en partidos orientados o posturas ideológicas orientadas hacia la izquierda). Estas corrientes promueven un derecho penal basado en exclusividad en criterios represivos y de prevención general: 2- El aparente aumento constante de las cifras de la delincuencia en España, a partir de los datos ofrecidos anualmente por el Ministerio del Interior, en los que se subraya la criminalidad de carácter violento. Este aumento llega a ser considerado al armamento de los grupos sectores políticos y sociales, acen tuando la sensación de miedo e inseguridad entre la población.

¹⁴ Compartimos la conclusión con ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a R., en la lógica preocupación respecto a “*que el éxito de la Ley del Menor va a depender en gran medida, de que se doten los suficientes presupuestos y medios personales y materiales para su aplicación práctica*”. Cuadernos de Derecho Judicial. N^o3, 2001.p.197.

¹⁵ Como bien opina: AGUIRRE ZAMORANO, P. (Vocal del CGPJ; Magistrado, especialista en Juzgado de menores)” *no es la panacea para erradicar la delincuencia juvenil, pues lo ideal no es que el Derecho Penal juvenil se parezca al Derecho Penal de adultos, sino al revés*”. Cuadernos de Derecho Judicial. N^o 15, 2000.p.455.

y prácticamente solo podía, el perjudicado, proponer pruebas sobre el hecho delictivo. En la misma línea de endurecimiento y tenacidad de la ley, se encuentra el Reglamento de la Ley (RD 1774/2004, de 30 de julio) en cuanto al régimen disciplinario de los centros de internamiento en el que se reconoce en el preámbulo, la inspiración en el Reglamento de la Ley Penitenciaria.

Igualmente, fruto de la presión referida, tuvo a contecimiento de la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre en la que se ha pasado de un modelo de responsabilidad a un modelo de seguridad con el pretexto de que las estadísticas revelan un aumento considerable de los delitos cometidos por los menores.

En cuanto a las consideraciones generales para la ejecución de las medidas, el elemento de terminante ha de ser el interés superior del menor. El Reglamento de desarrollo de la LORPM impone unas reglas que han de ser observadas en la ejecución de las medidas en tre las que destacan la aplicación de programas fundamentalmente educativos que fomenten en los menores el sentido de la responsabilidad y el respeto por los derechos y libertades de los otros y la prioridad de las actuaciones en el propio entorno familiar y social, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor. Si bien la LORPM no establece normas específicas de ejecución de medidas no privativas de libertad, sin embargo el Reglamento ha introducido una sección 2^a, dentro del Capítulo III, donde se determinan una serie de reglas específicas para la ejecución de determinadas medidas no privativas de libertad.

Existe una preferencia normativa por la intervención en el medio abierto que se ve apoyada por múltiples opiniones de expertos¹⁶, y es asumida como objetivo por algunas administraciones públicas ejecutoras de medidas judiciales¹⁷, siendo además las medidas que con más frecuencia se imponen en nuestros Tribunales de menores¹⁸.

¹⁶ URRA PORTILLO, J., (*“Criterios pedagógicos de intervención con menores en conflicto”*), en “La Ley de responsabilidad penal de los menores: situación actual”. C GPJ. Madrid. 2001) para quien las medidas alternativas al internamiento buscan devolver la justicia a la sociedad y cambiar cognitivamente al muchacho sin apartarle de su entorno. Con las intervenciones en medio abierto se consigue, además, frecuentemente implicar a la familia en la tarea educativa que se desarrolla con sus hijos durante la ejecución de la medida judicial.

¹⁷ En este sentido, por ejemplo, El Plan de Justicia Juvenil del Gobierno Vasco hasta 2007, señala que se ha de trabajar para que las medidas en el medio abierto supongan como mínimo el 90% del total de intervenciones, incluidas las mediaciones. Evaluación de las medidas en medio abierto del Plan de Justicia Juvenil de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Boletín Criminológico. N° 96, 2010.

¹⁸ En España, según las últimas estadísticas, la medida impuesta más frecuentemente fue la libertad vigilada (más de 7000 casos) seguida de prestaciones en beneficio de la comunidad (casi 6000 casos) y muy

Sin embargo, hemos de mencionar que a pesar de este desiderátum legal, administrativo y doctrinal, en la práctica existen muchas dificultades en varias CCAA para ejecutar medidas en medio abierto, debido sobre todo a problemas de carencia de recursos adecuados y escaso número de profesionales en cargados de la ejecución de la medida de libertad vigilada¹⁹.

En la retórica sobre la adolescencia es habitual leer que la realización de conductas ilícitas e infractoras durante este período de la vida es más habitual y frecuente de lo que pudiera deducirse de las estadísticas. Resulta, hasta cierto punto normal, que el menor en dicho período vital manifieste su rebeldía cometiendo infracciones e irregularidades más o menos graves: insultos, amenazas, reacciones desproporcionadas, comportamientos violentos, es a lo que están acostumbrados quienes habitualmente se relacionan con adolescentes. En la mayor parte de los casos este comportamiento anómalo se mantendrá durante un período para con el tiempo desaparecer.

Una correcta actuación de las instancias próximas al menor, fundamentalmente la familia pero también la escuela, seguramente logrará que ese período pase para alivio de los padres sin mayor trascendencia. No obstante, no todas las historias terminan de manera acertada, ya que en muchos casos tales conductas alcanzan un nivel de gravedad y frecuencia que ante las instituciones no pueden permanecer ajenas. Si la conducta del menor traspasa los, a veces, tenues límites, entre los comportamientos propios de la edad y aquellos tipificados como delito o falta nos veremos abocados a la institucionalización de la respuesta y al etiquetamiento del menor como “delincuente juvenil”.

El fenómeno que seguramente es tan antiguo como el hombre, se nos presenta desde las instancias comunicativas como uno de los problemas graves a los que se tiene que enfrentar las sociedades modernas. Con cierta frecuencia, la sociedad contempla como los medios de comunicación nos relatan y describen de forma insistente conductas y actitudes de extrema violencia protagonizadas por jóvenes produciéndose un efecto amplificador que opinamos poco ayuda a mejorar la situación y en la que las medidas aplicables quedan insignificantes.

por de trás los internamientos en régimen semiabierto. Informe de l Defensor del Pueblo, “Centros de menores y su situación de dificultad social”, Febrero, 2011.

¹⁹ El número de menores por educador vendría fijado en un máximo de veinte menores por educador que ejecuta la libertad vigilada.

Sin embargo, nos encontramos ante una materia jurídica, en la que para una adecuada aproximación del fenómeno y mejor comprensión de los contenidos expuestos en el Art. 7 de la LORPM es necesario que previamente nos acerquemos a la verdad criminológica a la materia juvenil con la finalidad de evaluar las respuestas psicológicas, biológicas y sociológicas que pueden acercarnos al origen y comprensión de la conducta. También a la propia fenomenología de los delitos que con mayor frecuencia cometen los menores y, asimismo a las estrategias de prevención. Será también importante analizar las diversas tendencias político criminales propuestas para la regulación de esta problemática social.

En cuanto a los principios y tendencias no minadas como indiscutibles, encontramos un acuerdo respecto a que los planteamientos que dominan el derecho penal de adultos no pueden ni deben imponerse incondicionalmente en la justicia de menores. Es innegable y positivo, que la edad de los sujetos y la consideración de niños es lo que determina la especialización de la jurisdicción de menores, ello tiene su origen y derivación en la consecución histórica que se impuso en toda Europa a principios del siglo XX, las secuelas de desprotección real de los menores, de ausencia de cauciones individuales, así como de criminalización de la pobreza fueron tan brutales que acabaron forjando una reacción contraria. Así la normativa penal de menores impone en España un modelo mixto de justicia de menores: el modelo de responsabilización del menor recogido en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, tomando como punto central el interés superior del menor²⁰ que exige, tanto tener en cuenta el delito cometido- que, en ocasiones, puede suponer un límite a la medida judicial-, como atender a la pluralidad de factores biopsicosociales que incurren en la infracción y que modularán el adeudo del menor.

²⁰ La recomendación Núm. R (87) del Consejo de Europa concreta el interés superior del niño en la jurisdicción de menores en la imposición de las medidas educativas y reinsertadoras del menor-limitándose en consecuencia el recurso al internamiento en la medida de lo posible-, así como impuestas en función de la personalidad y necesidades específicas del menor. Por su parte las Reglas de Beijing concretan el interés del menor en evitar la remisión de los casos a la jurisdicción de adultos, en limitar en la medida de lo posible la detención preventiva, en favorecer las medidas alternativas al internamiento, en facilitar las relaciones con la familia-sea evitando los internamientos demasiado alejados y poco accesibles, o favoreciendo el contacto regular con la familia-, o en legislar sobre la intervención de los medios de comunicación en el ámbito de la delincuencia y en las posibles reacciones sobre la misma.

Tras este desdoblamiento que exige la atención al interés superior del menor que ha cometido un delito se encuentra, tanto la consideración de que ese menor se encuentra en un proceso necesariamente incompleto de integración social, como la conciencia de que la sociedad tiene algo que ver y que decir en este acto de delincuencia juvenil²¹.

En consecuencia, la medida judicial sigue centrándose en la figura del menor que ha cometido el delito con la pretensión de lograr su integración social, realizando funciones de prevención especial positiva. Al tiempo, que, en principio, dejaría al margen otras posibles aspiraciones del derecho y la justicia como pueden ser la de apaciguar la alarma social producida por la comisión de un delito, la de legitimar el propio sistema legal, o la de disuadir a un público potencial de cometer una infracción. De manera que, las sucesivas reformas que ha experimentado la normativa penal de los menores, nos permiten observar el reparo de otros intereses junto al del menor que ha cometido un delito. La referencia genérica a que impere y se imponga la protección incondicional del interés superior del niño en todas las decisiones que les afecten dependerá de la razón por la que se interviene con la infancia.

Así, es claro que dicho interés adquiere la máxima atención e influye sobre cualquier otro en las situaciones y contextos de riesgo. Al tiempo que encontrará un menor protagonismo cuando éste ha cometido un delito. En este último supuesto, se percibe al menor que ha cometido el delito con sus circunstancias, pero también se coloca en un primer plano el daño cometido y la víctima del mismo. De modo que el interés del menor deberá medirse con el interés de la sociedad que reclama tanto el castigo del menor por el delito cometido, como la apología de una jurisdicción especializada en menores o la pacificación de la alarma social²², de la misma manera que tendrá que compartir protagonismo con el interés de la víctima o perjudicado que demandará la restauración del bien dañado por el delito o el siempre difícil restablecimiento de la situación anterior a la comisión de la infracción.

En este talante, cuando el menor comete un delito, éste parece terminar con la presunción de su “inocencia”, su interés es otro más entre el conjunto de los factores y

²¹ En concreto, SILVA SÁNCHEZ apunta que esta responsabilidad social por los delitos de los menores se parecía en la exención de responsabilidad penal de los menores que no han cumplido los catorce años. Para ellos se prevén los mismos mecanismos que para los menores desprotegidos, esto es la remisión del expediente y la imposición –en su caso– de una medida desde las instancias de Protección de la Infancia.

²² Como siempre SILVA SÁNCHEZ, “la justicia pasa a ser el feudo del feminismo de la necesidad psicológico-social de pena, o de venganza”. *Revista de Ciencia penal y criminología*. N° 2. 2000, pp. 265-266.

agentes a tener en cuenta en la respuesta judicial y se manifiesta a través de la dual exigencia de responsabilizarle por el delito cometido a través de la medida impuesta supuestamente educativa. Es más, se podría decir que las cuatro d, s que, según la Convención, deberían caracterizar la justicia de menores: desjudicialización, desinstitucionalización, descriminalización y proceso debido, son ahora cuestionadas. Al tiempo que vemos cómo las sucesivas reformas de la justicia de menores han promovido que ésta deje de ser un laboratorio de prácticas reinsertadoras a implementar en la justicia de adultos, para convertirse en un campo en el que proyectar las medidas invisibilizadoras desarrolladas con adultos.

CAPÍTULO I.

ALGUNAS CUESTIONES GENERALES SOBRE DELINCUENCIA JUVENIL.

1. APROXIMACIONES CONCEPTUALES: NIÑO, MENOR, JOVEN.

El argumento de cómo denominar a aquél o aquélla que comete una acción delictiva no es pacífico, y ha dado lugar a un amplio debate entre la doctrina y los expertos en este ámbito.

La Convención de los Derechos del Niño establece en su Art. 1 que: “a los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Se englobaría así en este término de niño a todas las personas hasta que cumplan dieciocho años de edad.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de menores señalan en la Regla 2.2º que “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto”. Con ello parece abarcar en el término menor todas las edades de una persona que son idóneas de un tratamiento penal especializado. Niño sería así la edad más temprana, aunque no la específica y joven la edad más cercana al límite a partir del cual se considera que una persona es adulta.

La Directiva de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil de 1990 (Directrices de Riad) utiliza los términos niño y joven de forma combinada o indistinta y en otras ocasiones usa el de “delincuente juvenil”.

Nuestro sistema penal pareció optar por la palabra “menor” cuando en el CP de 1995 se estableció en el Art. 19 que “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”²³. En concordancia con ello, la LO 1/1996, de 15 de

²³ En el mismo sentido, la LO 4/1992 de 5 de junio, utilizó en todo su Texto el término “menor” para referirse a las personas objeto de su competencia que eran los “mayores de doce años y menores de la edad fijada en el CP a efectos de responsabilidad criminal...”.

enero, utiliza con carácter general el vocablo menor y establece que “la ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan obtenido anteriormente la mayoría de edad”. La Ley 5/2000, denominaba menores a las personas que no han cumplido dieciocho años y jóvenes a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno. Así en el Art. 1.4 se establecía: “Al efecto de designar a las personas a quienes se aplica esta ley, en el articulado de la misma se utiliza el término menores para referirse a las que no han cumplido dieciocho años, y el de jóvenes para referirse a las mayores de dicha edad. Sin perjuicio de lo anterior, cuando esta ley se refiera genéricamente al menor o a los menores, se entenderá que lo hace a todos los incluidos en su ámbito de aplicación”.

La reforma su primer definitivamente la posibilidad de aplicar la legislación de menores a los jóvenes de dieciocho a veintiún años en determinados supuestos, con lo que el único término que se utiliza en la actualidad para referirse a las personas de catorce a dieciocho años, límite de la competencia de los Juzgados y Fiscalías de menores, es el de menor²⁴.

La STS de la Sala 2^o de 26 de marzo de 1999 (99/1597), al resolver un recurso contra una sentencia que había condenado a la Administración como responsable civil subsidiaria por los daños causados por un menor que estaba tutelado por la Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de la Rioja, utiliza en todo momento el término “menor”. La Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, órgano ante el que fueron recurridas todas las Resoluciones de los Jueces de menores dictadas al amparo de la LO 4/1992, ha utilizado, con carácter general, el término “menor”²⁵. La doctrina, en un primer momento, se refería a todas aquellas personas de menos de dieciséis años, o incluso dieciocho, con el término –niño-²⁶. Más tarde se equipara al niño a aquel que está en una fase de infancia o pre-adolescencia y se llama

²⁴ En lo que respecta a la Jurisprudencia recaída en nuestro país en la materia, las sentencias del pleno del TC 36/1991, de 14 de febrero y 668/1995, de 17 de marzo utilizan siempre el término “menor” al igual que la STC de la Sala 1^a TC 61/1998, de 17 de marzo. Sin embargo, la sentencia de la Sala 1^a. TC de 12 de julio de 1993 utiliza el término “adolecente” en varias ocasiones para referirse a un menor de dieciséis años.

²⁵ A modo de ejemplo: Resoluciones AA PP Málaga 16/2/98; La Rioja 21/3/96; Murcia 26/9/1995; Madrid 15/7/99 (22/99) y 13/9/99 (25/99).

²⁶ CUELLO CALÓN, C, *Tribunales para niños*, Madrid, 1917.
ALBÓ MARTÍ, R. *Los Tribunales para niños. El Tribunal para niños de Barcelona y su actuación en el primer semestre de funcionamiento*, Barcelona, 1992.
PLATT, A., *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, México: Siglo XIX, 1982.

adolescente o joven a aquel que ya ha cumplido catorce o quince años de edad y está por debajo de dieciocho años. El término menor ha sido defendido y utilizado por los más recientes autores que han propugnado la existencia de esa jurisdicción, con sus especialidades, para tratar, a través de ella, de lograr una actuación educativa respecto del menor que haya cometido el hecho delictivo, dotándole, al propio tiempo, de un sistema de derechos y garantías dentro del procedimiento²⁷.

2. ADOLESCER EN LA ADOLESCENCIA.

La adolescencia es un período evolutivo en el cual se atraviesa una diversidad de campos, que evidentemente, en cada individuo repercuten de manera diferente, de ahí, que en algunos seres los comportamientos propios de la adolescencia cesen una vez llega la edad adulta, y en otros se vuelvan un patrón de conducta de ajustado. A modo de resumen, podemos referir ciertas características propias de esta etapa que menciona KNOBEL²⁸, como son las fluctuaciones en el estado de ánimo y del humor, las sucesivas contradicciones en las manifestaciones de conducta, la falta de ubicación temporal en la que todo urge y todo debe ser al instante, la tendencia a la agrupación a la búsqueda de seguridad y de estima, la búsqueda insaciable de sí mismo y de su identidad.

Todas estas cuestiones van de la mano con el propio significado del término que les define FREIRE DE GARBARINO²⁹, afirmando que la etimología del término adolescente, proviene de “adolescere”, palabra vinculada con la dolencia, el crecer y el desarrollarse. No es extraño el origen de dicho término, ya que justamente, los profesionales en el tema, han coincidido desde siempre, en que se trata de una etapa de superación de duelos. El duelo por el cambio del cuerpo, el duelo por la pérdida de los padres de la infancia, el duelo que implica dejar de ser un niño (con los beneficios que eso conlleva), para lograr la independencia y llegar a la edad adulta. La Real Academia de la lengua española, define la adolescencia como una “edad que sucede en la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo”.

²⁷ DE LEO, G; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E.; GONZÁLEZ-ZORRILLA, C.; MOVILLA ÁLVAREZ, CI.; ANDRÉS IBÁÑEZ, P.; GARCÍA PABLOS, A.

²⁸ ABERASTURI, A., KNOBEL, M. *La adolescencia normal, un enfoque psicoanalítico*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

²⁹ FREIRE DE GARBARINO, M. “Identidad y adolescencia”. En: *Revista Uruguaya de Psicoanálisis*. Montevideo, Uruguay. Tomo V. Núm. 2-3: 230-250, 1963.

ABERASTURI Y KNOBEL,³⁰ plantean de forma interesante, diferentes formas de identidad que pueden presentarse en la adolescencia, dentro de las cuales refiere al “proceso de doble identificación” que explica la forma en la que el joven se va identificando: “identificación negativa”, en la que la figura real y negativa se vuelve el modelo; la “identificación con el agresor”, en la que se adoptan cualidades de aquellos que han agredido en diversas formas al joven; y las “identidades transitorias”, “las circunstanciales” y las “ocasionales” que por su nombre, ya dejan entrever que se trata de opciones específicas para determinadas situaciones. Todas ellas van tejiendo lo que será la identidad del adolescente, de forma individual, o simultánea.

Con una reflexión acerca de lo anterior, se afirma que se trata de una etapa muy compleja, en la que se visualizan claramente fenómenos que nos remiten a ciertas patologías. Con esto, no pretendemos afirmar que el adolescente sea un ser patológico, sino que tiene comportamientos tan variados, que podemos compararlos con los de diversos cuadros patológicos, y de ahí el peligroso límite que encontramos dentro de lo que es la “normalidad”, y la patología. Ya hacía referencia ANNA FREUD³¹, a que el desequilibrio es propio de la adolescencia, y que justamente la ausencia del mismo implicaría una rigidez que sí nos estaría remitiendo a la psicopatología. Entonces es deductivo que las anteriores características, aparezcan en los jóvenes.

ROMÁN PÉREZ,³² reseña que, tanto por la frecuencia, como por la estadística en los adolescentes que han delinquido, los trastornos de personalidad que más en juego están, son el antisocial y el borderline³³.

Sin embargo, CUELLO CONTRERAS³⁴, menciona que en cuanto a mayor tipicidad en los jóvenes que delinquen, considera que se encuentra el trastorno narcisista de la personalidad, caracterizado por la carencia de empatía e interés por el otro, la

³⁰ ABERASTURI, A., KNOBEL, M. Cit.

³¹ FREUD, A. (1992). Psicoanálisis del desarrollo del niño y del adolescente. Barcelona. Ed. Paidós.

³² ROMÁN PÉREZ, O. Perfil del menor infractor. Aspectos médico-legales. En el libro de BENÍTEZ ORTÚZAR, I. y CRUZ BLANCA, M.^a: El Derecho Penal de menores a debate. Madrid. Ed. Dykinson. 241-250.

³³ Trastorno de Personalidad en el que la inestabilidad afectiva, la impulsividad, la alteración de la autoimagen, las relaciones inestables de bido a los sentimientos de abandono y vacío de sentido y el comportamiento suicida y de automutilación, predominan.

³⁴ CUELLO CONTRERAS, J. Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad de l menor y su tratamiento educativo. En el libro de BENÍTEZ ORTÚZAR, I. y CRUZ BLANCA, M.^a.J: El Derecho Penal a debate. Madrid. Ed. Dykinson. 123-146.

explotación interpersonal para sus propios objetivos, se siente más importante y por ende no se relacionará con nadie “peor” que él y hará lo que sea para obtener lo que pretende.

Si bien no tenemos acceso a las cifras reales en las que tras la pericia psicológica-psiquiátrica de los adolescentes que han cometido un delito, a parece un diagnóstico certero de alguno de los trastornos anteriormente mencionados, podemos considerar, siendo o no siendo especialistas en el tema, que muchos de los criterios de personalidad, los vemos reflejados en todos los adolescentes. Los que delinquen, y los que no. Y debemos ser conscientes que la aparición de estos criterios no implica directamente la existencia de patología, de ahí la dificultad de establecer un diagnóstico en los jóvenes.

MORILLAS CUEVA,³⁵ menciona como la tipología conformada por la delincuencia llevada a cabo por jóvenes y niños, tanto por naturaleza, como por origen, difiere de la delincuencia ejecutada por los adultos. En los jóvenes se percibe una delincuencia expresiva, enuncia el autor citando a VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en la que se pasa al acto en búsqueda de un placer inmediato que va asociado con la exaltación, la adrenalina, la rebeldía y desobediencia propia de la edad, y también a la exclusión, discriminación y desigualdad.

FERRER VENTURA,³⁶ asocia la dificultad que tienen los adolescentes para resistirse a los cambios, con una sobrecapacidad de procesamiento del dolor que proviene del haber cometido un error, de haberse equivocado.

No queremos ahondar excesivamente en aspectos puramente psicológicos para no desvirtuar otros propósitos de este trabajo, sin embargo consideramos fundamental en diferentes puntos de este estudio aproximarnos a estas cuestiones que muchas veces se obvian cuando hablamos de jóvenes que cometen infracciones y que son naturales y hasta de necesaria aparición para esta etapa transitoria de la vida.

Es cierto que no podemos justificar un delito o una falta, con el hecho de que la transgresión y la impulsividad sean características normales en los adolescentes, sin embargo, consideramos que se trata de un factor que por momentos se subestima, se deja

³⁵ MORILLAS CUEVA, L. La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción. En el libro de BENÍTEZ ORTÚZAR, I., CRUZ BLANCA, M^a.J: *El Derecho Penal de menores a debate*. Madrid. Ed. Dykinson. 15-52.

³⁶ FERRER VENTURA, M., SARRADO SOLDEVILA, J. J., CARBONELL, X., VIRGILI TEJEDOR, C.; CEBRIÁ ANDREU, J. “Nivel de ansiedad de jóvenes infractores internados en un centro educativo de régimen cerrado”. En: *Anales de Psicología*, Vol. 24, Núm. 2, Diciembre, 2008, pp. 271-276.

de lado. No todos los adolescentes son infractores, es esta la prueba más clara para demostrar que hay otros aspectos en juego, sin embargo consideramos que debería darse la importancia que le corresponde a los aspectos psicológicos, a las historias de vida y a los factores biológicos y culturales, que evidentemente, hacen la diferencia entre un joven, y otro y en cómo estos se desenvuelven en su día a día.

3. LA DELINCUENCIA JUVENIL.

Partiendo de una idea general, delincuencia juvenil, es un concepto que cada vez se oye más y que se asocia con múltiples factores que van desde lo cultural hasta lo económico. Respecto a lo que se entiende por delincuencia juvenil, destacaremos algunos autores interesantes.

MORENTE MEJÍAS Y DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ-PINILLAS³⁷, citan a GARLAND, quien afirma que las relaciones conflictivas con el mundo del delito no son consecuencia de la irresponsabilidad de un sujeto, sino que la problemática de control y castigo del delito es un problema de orden social que por ende involucran a cada uno de los integrantes de dicha sociedad y sus decisiones en cada ámbito posible. Consideramos que puede tratarse de una reflexión ciertamente controvertida sobre todo si tenemos en cuenta el rechazo que en este momento precisamente tiene la sociedad con respecto a la delincuencia llevada a cabo por jóvenes, y que el hecho de situarse en el dentro de la responsabilidad social no siempre es bien entendido en términos de delincuencia. Sin embargo, consideramos que se trata de una reflexión inteligente y adecuada y que más allá de culpabilizar a la sociedad de un fenómeno la hace consecuente de la responsabilidad del cambio del mismo.

Es interesante la postura de CALATAYUD PÉREZ, quien refiere que se puede ser culpable y a la vez inocente, expresando que entre “un delincuente infantil o juvenil es un fracaso social los niños y adolescentes siempre son víctimas. Aunque lo sean de ellos mismos. Creo que cualquiera que se dedique a este oficio lo debe tener claro. Si entendemos que la culpa es colectiva, habremos hecho la mitad del camino para recuperar a un chaval que ha cometido una infracción”³⁸.

³⁷ MORENTE MEJÍAS, F., DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ-PINILLAS, M. Menores infractores e instituciones de reforma. Una mirada desde dentro. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*. Núm. 126, 2009, pp. 71-106. www.redalyc.org.

³⁸ CALATAYUD PÉREZ, E.; y MORAN MARTÍN, C. *Mis sentencias ejemplares*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2008.

URIARTE³⁹, ex presa que utiliza personalmente la palabra “*delincuente*” para hacer referencia a un producto institucional sobre el crimen y no por que realmente crea conveniente hablar de delincuencia juvenil. Para el autor se trata de una expresión que no hace más que contaminar la personalidad del joven y se anima a plantear que: “el delito no existe. No hay nada en el mundo óptico que tenga esencia de delito. No existe el delito natural... En realidad, la oticidad del delito es algo incorporado al paisaje de la socialización y la modernidad, es algo incorporado en matrices fuertemente fijadas en nosotros, que funciona como un equipamiento actitudinal y conceptual que piensa por nosotros... ¿Qué de común tienen un robo, una falsificación, un incendio, un atentado a la Constitución...? Lo único que los agrupa es que están descritos por la ley penal como delitos... Por cuanto tampoco no hay nada común por quienes comenten las infracciones en relación a ellas... En consecuencia hablemos de niñez, adolescencia infracción, o de jóvenes en infracción, por usar expresiones más neutras para aludir la cuestión”.

El pensamiento de URIARTE nos parece más que interesante y si bien no es uno de los materiales más modernos que contamos, se trata de un planteamiento por demás correspondiente a la época y al contexto. Creemos acertado el hablar de “jóvenes en infracción” dado que se trata de personas jóvenes que han cometido infracciones y no de delincuencia juvenil” que parecería estar dirigiéndose a un colectivo mafioso o a un grupo organizado. Parece oportuno agregar en esta instancia, un factor que MARTÍNEZ FUENTES⁴⁰ destaca como muy influyente en la preocupación social, y que es desconfianza a las leyes, las instituciones y más importante aún la justicia juvenil, un dato que no es menor y que forma parte de este fenómeno de “delincuencia juvenil”.

Lo mismo ocurre con el término -menores delincuentes- o -menores infractores-. Al hablar de un menor delincuente, ya estamos introduciendo al joven en una categoría, una etiqueta, una concepción que parece describirlo, como si el individuo, en su totalidad de persona fuese delincuente e infractor y nada más que eso. Se trata de un joven un niño o adolescente que ha cometido una infracción, una, dos, diez veces, pero que su existencia trasciende a los actos delictivos y que no tiene porque ser condenado a un título de por vida, porque no se puede asegurar que vuelva a delinquir o en qué forma lo va hacer. En

³⁹ URIARTE, C. “Delincuencia juvenil y derechos humanos”. [Conferencia dictada en el II Curso de Especialización]. En: “Protección jurisdiccional de los derechos del niño”. Buenos Aires: UNICEF, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1999.

⁴⁰ MARTÍNEZ FUENTES, F. Análisis reflexivo y crítico sobre la justicia de menores. En el libro de BENÍTEZ ORTÚZAR, I. CRUZBLANCA, M^a.J. *El derecho penal de menores a debate*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 301-333.

cuanto a esto, UCEDA i MAZA y otros⁴¹ se preguntan cómo y cuándo es que el niño que es perjudicado en su desarrollo y por tanto, es víctima de protección y está en riesgo y se vuelve un adolescente que producirá dicho riesgo y perjudicará a la sociedad.

Sin embargo, la criminóloga PÉREZ JIMÉNEZ⁴², sí habla de delincuencia juvenil y la define como un fenómeno social con la característica que se presenta en todas las sociedades de forma episódica en una minoría juvenil e en diferentes circunstancias sociales. Para explicar algunos de los comportamientos violentos, CUELLO CONTRERAS habla del déficit del control de impulsos como una variable importante del joven que delinque, que al portar un arma de fuego es más fácil que cometa un delito que un delito a las mismas circunstancias. Entonces, dentro del comportamiento delictivo del menor, existe la presencia (aunque no siempre) de trastornos de conciencia que a veces anulan la capacidad de responsabilidad así como una especial sensibilidad a las prohibiciones.

4. MODELOS DE TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES.

Si seguimos a GONZÁLEZ ZORRILLA,⁴³ pueden distinguirse tres modelos diferentes con relación al tratamiento de un menor que ha cometido un hecho delictivo. Estos modelos se corresponden con la evolución que ha existido en el mundo respecto a cómo afrontar el hecho de que un niño, menor o joven cometa una acción que la sociedad considera reprobable y con relación a la cual decide realizar una actuación determinada. A esa evolución no ha sido ajeno nuestro país.

4.1. Modelo de Protección: se corresponde plenamente con la situación vivida en España hasta el inicio de la década de los años noventa, y tuvo su origen a principios del siglo XX con el nacimiento de una serie de movimientos humanitarios y filantrópicos que se propusieron liberar a los niños del sistema penal de adultos, para lo que se crearon una serie de Tribunales especializados, formados por personas que no necesariamente eran jueces, en los que la finalidad esencial era “reeducar” al menor para intentar adaptarlo a

⁴¹ UCEDA, i MAZA, X., ROMERO MAZA, C., GARCÍA MUÑOZ, M. “De la protección a la judicialización: menor en riesgo versus menor de riesgo”. En: VARGAS VARGAS, D. *Actas del II Simposio Internacional Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre programas de cumplimiento de medidas judiciales de menores*. Tomo II. Sevilla: Universidad, 2008, pp. 121- 132.

⁴² PÉREZ JIMÉNEZ, F. Perfil del menor infractor y de los ilícitos cometidos. En: BE NÍTEZ ORTÚZAR, I; y CRUZ BLANCA, M^a.J *El derecho penal de menores a debate*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 225-240.

⁴³ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., *Epílogo a la justicia de menores de Gaetano DE LEO*. Barcelona: Teide, 1985.

los principios educativos establecidos por la sociedad, incluso, aunque no hubiese cometido un hecho delictivo. Todo iba a ser en su bien y por ello, no se estimaba necesaria la existencia de un proceso para imponer al menor, necesitado de su “ayuda”, una medida que siempre iba a redundar en su beneficio, aunque se tratase de un internamiento en un centro de los llamados de reforma o “reformatorios”.

En realidad, la finalidad de este sistema era lograr un control social más amplio de los menores que podían suponer un peligro, de lo que, cabe señalar, muchas de las personas que participaron en su aplicación no fueron conscientes. Los menores no salieron del derecho penal, sino todo lo contrario, en cuanto les fue aplicado un régimen, en muchos casos más grave que el que hubiese seguido con un adulto, ya que se vieron privados de derechos y garantías básicos del proceso penal, con unas llamadas “medidas educativas” cuya consecuencia final implicaba que eran sancionados, en muchos supuestos, de forma mucho más dura que lo que podía ser la pena aplicada a un adulto por los mismos hechos.

4.2. Modelo Educativo: surge con el estado de bienestar y su objetivo es justamente el contrario del anterior sistema descrito, en cuanto que su meta principal es no intervenir respecto del menor acusado de una infracción criminal. En Europa se desarrolla en los años sesenta, aunque en nuestro país, continuaba el modelo de protección. En este modelo educativo, los servicios sociales, a través de los trabajadores sociales, intentan ayudar al menor, sin distinguir si ha cometido o no un hecho delictivo y, puesto que la justicia supone un control social perjudicial para el menor, se intenta evitar su paso por ella mediante soluciones extrajudiciales y su ayuda dentro del ámbito familiar y social. Surgen así, los modelos de diversión y mediación, a través de los que se intenta evitar el paso del menor por los juzgados, mediante la realización por su parte de determinadas actividades de colaboración social o de reparación a la víctima.

4.3. Modelo Jurídico: a raíz de diferentes sentencias de la Corte Suprema en Estados Unidos en los casos Kent (1966), Gault (1969) y McKeiver (1971) se produjo una auténtica modificación en la concepción del tratamiento penal del menor. En dichas sentencias se criticaba el sistema de las Cortes Juveniles tal como estaba fijado y se establecía la necesidad de adoptar un nuevo enfoque relativo al tratamiento penal de los menores en el que se extenderán a los mismos las garantías constitucionales, lo cual debía de tener la consecuencia de reformar los procedimientos existentes para adaptarlos a esa

exigencia, abandonando las estructuras y principios que inspiraron la legislación inicial en esta materia. Esto originó, a su vez, un importante movimiento mundial tendente a dotar a los menores que pasaban por las instancias judiciales de una serie de derechos, y en el caso concreto de aquel país motivó el cambio de las leyes de los distintos estados para adaptarlas a un sistema de garantías procesales que también debían ser aplicadas a los menores. La resolución del caso Gault entendió que era necesario que se comunicase al menor y a sus padres o guardadores los cargos que se le imputaban para que pudiese preparar su defensa; también se aplicó el derecho del menor de ser defendido por un letrado y de no declarar contra sí mismo. Además, estableció que la confesión del menor no podía constituir la única prueba en que se basase su condena y que era necesario que existiesen otras pruebas. El menor comienza así a ser sujeto de derechos.

Este modelo también fue llamado de responsabilidad, en cuanto que de forma paralela al establecimiento de este sistema de garantías y derechos, se comienza a entender que el menor es responsable de sus actos y de las consecuencias sociales que estos tienen. De ahí que por primera vez, piense en la víctima de sus acciones y se establezca la posibilidad de que el menor repare los daños causados en forma de compensación, restitución o trabajo, y a sea directamente a la víctima, y a mediante actividades de colaboración social.

De lo anterior se deriva un menor énfasis en la idea de protección y asistencia al menor y al mismo tiempo, un acercamiento a los planteamientos de la justicia penal de adultos, aunque orientada a una finalidad educativa, con un importante número de medidas dirigidas a esos fines. Fiel reflejo de esta nueva tendencia o modelo fueron las distintas Recomendaciones y Reglas que surgieron en el ámbito europeo y en especial la Convención sobre los Derechos del Niño en el ámbito internacional, lo que, a su vez ha tenido un importante reflejo en la legislación de los diferentes países. En España, hubo que esperar a la Ley 4/1992, para que existiese una consecuencia legal de esta nueva tendencia, que ha quedado totalmente establecida en la LORPM.

5. ORIENTACIONES EN LA INTERVENCIÓN PEDAGÓGICA.

5.1 Concepto de educación.

La educación se podría definir como el proceso que tiene como meta formar a la persona, enseñarle a vivir y a convivir, y se basa en adquirir conocimientos, desarrollar valores, participar activamente en la comunidad, adquirir criterios, decisiones y comportamientos propios, y a expresar y reconocer emociones.⁴⁴ La educación es una de las principales tareas que tiene la sociedad. Los padres deben ser modelos de referencia, las primeras y principales figuras educativas, aunque no sean las únicas. Debe haber la participación de otros familiares, de la escuela, de los medios de comunicación y agentes externos e internos que en general nos rodean. Para ello, se hace necesario también de manera relevante poder compartir el tiempo con los hijos, respetar su identidad, favorecer su integración, ser coherente en el ejemplo.

La famosa frase de Pitágoras⁴⁵, escrita hace más de quinientos años y que aun en el siglo XXI nos invita a reflexionar y a repensarnos en nuestro papel de padres y educadores, es clave en la necesidad imperiosa de orientar la educación de los niños y jóvenes no sólo en valores sociales y personales sino para su desarrollo armónico.

Hoy día, el trabajo de educar es una responsabilidad que se le está dejando a la escuela, casi de manera exclusiva, y entendemos que el término educación que estudiamos en este trabajo no es la transmisión de conocimientos, sino la integralidad del saber ser y el saber hacer. Hay muchos niños y niñas que permanecen “soñolientos”, creando su propio mundo y sus propias estrategias de defensa. En nuestras escuelas y colegios muchas familias son ajenas al proceso formador de sus hijos, y estamos convencidos que ahora más que nunca la formación debe permanecer en las familias a pesar de que en un alto porcentaje habría que empezar a educar a padres, para que ellos pudieran entender y aprender cómo educar a sus hijos, que la mejor educación se da a través del ejemplo y del amor exigente. Infortunadamente, nuestra sociedad está conformada por cuantiosas familias disfuncionales y desestructuradas y los únicos que asumen las consecuencias de los errores de los adultos son los niños.

⁴⁴ Véase: TOURIÑAN, J.M (Dir). : *Educación en valores, sociedad civil y desarrollo cívico*. A Coruña, Netbiblo. 2008. p. 121.

⁴⁵ “*Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres*”

5.2 Determinación de la minoría de edad.

Existe una imprecisión en cuanto al concepto de la minoría de edad en cualquier ámbito de derecho, sea civil, administrativo o penal, ya que nos encontramos con diversas expresiones que pretenden hacer alusión a los sujetos menores de edad, y que para ello se suelen utilizar generalmente algunos apelativos tales como niño, adolescente, joven o menor, siendo en la mayoría de los casos utilizados como sinónimos y sin efectuar diferenciación conceptual alguna. No se toma la precaución y moderación necesarias de asignarles un contenido con el fin de lograr a los menores una somera diferenciación que permita reconocer con mayor claridad el objeto de estudio, utilizado de manera constante no solo por la doctrina sino también por el legislador, siendo excepcional la normativa que dentro de los ordenamientos jurídicos intenten dar un contenido concreto y claro a los términos con los que se hace alusión al menor de edad.

Así, cuando se hace referencia a términos como la infancia o la niñez, estamos aludiendo a categorías relativamente recientes en la historia de la humanidad, aunque de forma errónea se crea que han existido siempre por el hecho de ser coetánea su aparición con el mismo origen y desarrollo del ser humano, pero no hay nada más equivocado, ya que al parecer no existía diferenciación alguna en lo que reconocemos actualmente como infancia con la categoría de adulto. Este término se origina y comienza a incorporarse a partir del siglo XVII, en el que se hace patente la necesidad de diferenciar entre los sujetos menores de edad y los adultos con las circunstancias económicas, jurídicas y sociales existentes que rodeaban a los menores, que los sometía a un tratamiento indiferenciado a sabiendas de sus notorias cualidades especiales por las que se hacían acreedores a un tratamiento diverso. En esa línea, se ha afrontado el estudio de la infancia entendida como construcción social cuyo contenido deriva de la establecimiento y reconocimiento social del valor intrínseco de la infancia en la sociedad a través de la concreción de valores y principios por los que se sustenta dicho reconocimiento⁴⁶.

Posteriormente la situación del menor cambia de manera radical, se pasa de la absoluta indiferencia a asignarle un puesto protagonista en el concepto familiar y social⁴⁷.

⁴⁶ Véase ARIÉS, Ph., *El niño y la vida familiar en el antiguo Régimen*, Taurus, Madrid, 1988., También, GARCÍA MÉNDEZ, E., “La convención internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de compasión- represión a la infancia – adolescencia como sujeto de los derechos”, en *NFP*, Núm. 57, 1990, pp. 421-423, esp. p. 421.

⁴⁷ GARCÍA MÉNDEZ, E., “La convención internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de los derechos”, p. 422,

Pero además, para que dicha transformación fuera posible, la escuela incidió de manera considerable como mecanismo de socialización del menor, por medio del cual se presenta un interés especial por reconocerles un *status* acorde con sus condiciones y necesidades y al mismo tiempo, se prevé un proceso de adaptación de manera óptima en la sociedad.

Ahora bien, para lograr un mínimo de coherencia conceptual, ha de reconocerse que el término menores es el que alcanza mayor utilización por parte de la doctrina y la legislación; pero su uso obedece a razones que nos hacen cuestionar la idoneidad del mismo y nos llevan a concluir de manera apresurada que una de las principales causas por las que se ha relegado al menor a un segundo plano en el ámbito social y jurídico es la debida a la propia denominación por la que son designados como menores. Si atendemos a la cuestión meramente conceptual, advertimos que dicho término alude a diversas dimensiones de contenido: en cuanto a las proporciones se constituye el objeto más pequeño o inferior en relación a otro mayor; en orden a los signos matemáticos, es menor el término que está a la izquierda del número del que se deduce valor inferior en comparación con el que se encuentra a la derecha; finalmente, en el ámbito humano se define al menor como aquella persona que no ha llegado a la edad adulta legal.

El vocablo menor ha estado siempre provisto de una carga negativa por la que se le entiende como una entidad inferior, reducida y casi invisible, lo que absolutamente se refleja en los modelos que se han desarrollado para el tratamiento de los menores de edad, por virtud de los cuáles se les ignora, o se les protege arbitrariamente hasta el punto de desconocerles sus derechos y garantías, o bien desde otro extremo porque se les combate como al peor de los enemigos.

Queramos o no, la verdadera historia por la que ha transitado el menor de edad a través de las diversas épocas está caracterizada por la exclusión social que se lleva a cabo principalmente a través de la marginación, segregación y pobreza⁴⁸ en muchas sociedades; donde ni siquiera se les garantiza los medios mínimos que todo ser humano

considera que: “una historia crítica posterior permitirá percibir con nitidez el alto precio que la infancia pagará por esta nueva centralidad: pérdida total de autonomía y origen de una cultura jurídico-social que vincula indisolublemente la oferta de “protección” a la declaración previa de algún tipo de incapacidad. Parece posible identificar aquí la génesis y la prehistoria de la llamada “doctrina de la situación irregular”.

⁴⁸ DELGADO PALACÍN, A.: “La pobreza extrema”, en El País, Madrid, 17 de noviembre, 2009, sostiene que: “la pobreza extrema sigue siendo una realidad cotidiana para más de 1000 millones de seres humanos que subsisten por menos de un dólar por día. El hambre y la malnutrición afectan a un número poco menor de personas, unos 800 millones, cuya alimentación de no es suficiente para satisfacer sus necesidades energéticas diarias”.

necesita para subsistir, y donde es palpable el desconocimiento del verdadero papel que representa el menor de edad dentro de la sociedad, como la proyección misma de su futuro.

En este sentido, numerosos estudios sobre la infancia y la adolescencia se han mostrado bastante críticos con la utilización del término menores⁴⁹, por estimar que el mismo es claramente estigmatizante y segregador, ya que suele estar vinculado con todas aquellas situaciones en las que el menor es excluido de los diversos ámbitos de socialización como la familia y la escuela, y por el cual conceptualmente se identifican aquellos niños, adolescentes y jóvenes a los que no se les reconoce como sujetos con plenos derechos y deberes, y se les desconocen las más mínimas garantías, tal como sucede con aquellos que infringen la ley penal, es decir, que se convertirán en menores todos aquellos que se encuentren socialmente excluidos.

Nos adherimos, en parte, al argumento que considera que el término menores posee una carga negativa al tamente perjudicial, pero en concreto nos oponemos a ese inadecuado contenido que al mismo se ha asignado en el tratamiento jurídico de los menores de edad. En este sentido advertimos conveniente la utilización del término menores⁵⁰, pero desprovisto de la tradicional visión peyorativa del mismo, asignándole antes bien un contenido garantista y acorde con las nuevas realidades que exigen un tratamiento acorde con las necesidades y el respeto de los derechos y garantías previstas en los convenios internacionales, así como en los textos constitucionales y en las leyes pero dicha opción no obedece únicamente al hecho de que sea el término más utilizado por la doctrina y por el legislador en la normativa sobre la materia, sino además, a que en nuestra opinión, posee la cualidad de englobar a todos los demás conceptos existentes relativos a los menores acorde con las etapas del desarrollo que diferencia a un niño, a un adolescente y a un joven respecto de los adultos.

⁴⁹ GARCÍA MÉNDEZ, E. “La convención internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de los derechos”, *op.cit.*; p. 422, véase; en este sentido, URRÁ PORTILLO, J. *Menores, la transformación de la realidad: ley orgánica 4/1992*, Siglo XXI, México, 1995, p. 204, respecto al término menores afirma que: “ (...) hemos de constatar que no nos gusta esta acepción pues encierra una cierta minusvalía en relación a los mayores (...)”. Además, el término menores tiene una connotación que lo hace pasivo, receptor de protección; MORENO MEGÍAS, F., “ Los menores vulnerables: a proximación sociológica a los orígenes de la desigualdad social, Univ. de Jaén, Jaén, 1997, pp. 335-336.

⁵⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Situación penal de la protección al menor en España”, en *CPC*, Núm. 37, 1989, pp. 29-72, esp. pp. 30-32, quien se muestra crítica frente a la concepción del término menor como limitativo.

Ahora bien, tradicionalmente suele acudirse indistintamente a unos conceptos que son manejados como sinónimos porque aluden a los sujetos que no poseen la mayoría de edad civil establecida en los ordenamientos jurídicos, que su edad se establece por muchos estados en los dieciocho años. Entre tales conceptos encontramos: niño, pre-adolescente, adolescente, púber, impúber, joven; o aquellos genéricos en los que se engloban los antes mencionados como infancia, niñez, adolescencia y juventud.

6. CONCEPTOS ALUSIVOS A LAS PRIMERAS ETAPAS DEL DESARROLLO HUMANO

Las etapas evolutivas que recorre todo ser humano son aquellas en las que se consolidan los rasgos de personalidad y el carácter que identifican y diferencian a una persona de otra, y en las que confluyen un sin número de factores por los que se facilitará la transición por éstas con la obtención de resultados positivos, o por el contrario, se vivan experiencias que entorpezcan y generen resultados perjudiciales.

Por ello, no es de extrañar que las ciencias humanas como la psicología, la sociología, antropología, e incluso el derecho, se encuentren sumamente interesadas en abordar todo lo relativo al proceso evolutivo del ser humano y a su conducta, con especial énfasis en las primeras etapas del desarrollo, sobre las que existe consenso en el sentido de que representan la base fundamental sobre la cual se estructuran los rasgos de cada persona para llegar a la edad adulta, son categorías de construcción social, es decir, nociones cuyo contenido dependerá de las circunstancias sociales, jurídicas, políticas y económicas que las rodeen, puesto que en cada caso concreto se entenderán de una forma u otra tal como se ha expuesto que sucedía antes del siglo XVII en relación con lo que se entiende en la actualidad.

6.1 La etapa de infancia o niñez

La etapa de la infancia o niñez, se subdivide en dos períodos, pero ambos se caracterizan porque el menor se encuentra en un estado de descubrimiento del mundo, de su entorno, de sí mismo y de quienes lo rodean. En este período se inicia un proceso de consecución de muchas cuestiones indispensables para el desarrollo posterior, sobre todo en la primera etapa, como son: el hecho de adquirir habilidades motoras y de lenguaje, el desarrollo de la capacidad para una movilidad independiente, la iniciación de los contactos afectivos con sus familiares, lo cual permite proyectarse posteriormente a relacionarse con otros iguales en los primeros años de escuela.

Es determinante, que el menor experimenta un proceso de evolución decisiva en la etapa de la niñez en la que a lo largo de los siete primeros años se aprecian los rasgos de la personalidad del sujeto y se definen gustos, preferencias, actitudes y habilidades sociales. En esta etapa, cobran especial relevancia las experiencias vividas por los menores, ya que el buen ambiente en el que los mismos se desarrollen, la adecuada transmisión de valores, las demostraciones de afecto, la corrección y disciplina, la realización de actividades productivas, entre otros aspectos, podrán garantizar en mayor medida un desarrollo idóneo de la personalidad.

En este sentido, la categoría de niño se apreciará a partir del reconocimiento de esas dos etapas que se distinguen en la niñez: una primera que va de cero a siete años, y una segunda comprendida entre los siete y doce años de edad, con la que empieza la pre-adolescencia; aunque en términos generales, como ya se ha indicado con anterioridad según el Art. 1 de la Convención sobre los derechos del niño, se entiende por niño a todo ser humano menor de los 18 años de edad.

6.2 La etapa de la adolescencia.

El ciclo de la adolescencia, según los expertos, es la más problemática de todas, pues en ella el menor se encuentra inmerso en un estado de grandes transformaciones⁵¹, no únicamente en el aspecto físico sino también psíquico en el que empieza a experimentar un cambio casi incomprensible para sí, como son: el crecimiento físico, habitualmente caracterizado por la lentitud, cambios hormonales de gran influencia en el aspecto externo e interno, se producen manifestaciones físicas y psíquicas por las que se inicia un proceso de separación e independencia de la familia, lo que es generador de conflictos

⁵¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I, “Minoría de edad y derecho penal juvenil: aspectos político criminales”, en *Eguzkilore*, núm. 12, 1998, pp. 75-74, y esp. p. 69, basándose en la información que proporciona la psiquiatría infantil y juvenil y la psicología evolutiva, sostiene que: antes de la pubertad el niño presenta un desarrollo no solo físico sino también psíquico y emocional, altamente incompleto. La adolescencia es el período en que dicho desarrollo entra en proceso de cierre, el crecimiento finaliza a la vez que la madurez sexual. Tiene también una aceleración del desarrollo emocional y del desarrollo cognitivo, o de la inteligencia”. Asimismo, BURNS, C., *Los niños inadaptados*, edit. Herder, Barcelona, 1966, pp. 81-82.; CANESTRARI, R / BATTACHI, M. W, *El menor inadaptado*, Troquel, Buenos Aires, 1969, pp.206-207; FUNES ARTIAGA, J., *La nueva delincuencia infantil y juvenil*, edit. Paidós, Barcelona, 1984, pp. 55-57; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. , “ Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, en MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M (Dir.), *Menores privados de libertad*, Cuadernos de derecho judicial, núm. 15, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 249-288, esp. pp. 258-264.

prototípicos de los cambios experimentados por el menor en su desarrollo hasta la obtención de su identidad e individualidad⁵².

En este perfil de perspectiva, se explican sus actitudes de rebeldía, de negarse a acatar las reglas, de querer vivir sin ninguna clase de ataduras, de la experimentación sin límite, de querer ser aceptado y reconocido como miembro de un grupo de iguales. Sin embargo, la falta de modelos a imitar, las situaciones conflictivas, la falta de educación y la violencia, generan en los menores actitudes negativas su mamente perjudiciales para el adecuado desarrollo y consolidación de su personalidad. La adolescencia es definida como una etapa especialmente inestable con comportamientos rupturistas puesto que la relación del joven con la ley, con todo tipo de normas y con las figuras de autoridad ha sido siempre problemática⁵³.

Las características de esta etapa se centran principalmente en la experiencia de nuevas vivencias, en el descubrimiento y ejecución de cosas nuevas con el inusitado interés debido a cambios hormonales; en esta etapa la personalidad se encuentra en plena fase de construcción, donde la interacción con los demás y con su entorno será decisiva para la consolidación de su integración y adaptación dentro de la sociedad. Este período se caracteriza generalmente por la finalización de las etapas educativas, que son las trascendentales para las circunstancias futuras como el elegir el perfil laboral y el desarrollo de proyectos personales como la relación en pareja.

6.3 La etapa de la juventud.

La que podemos identificar como la época de la juventud no tiene mayores contrastes con la adolescencia, ya que simplemente se han sufrido los cambios más trascendentes y radicales, y el sujeto ha tenido el tiempo para asimilarlos mejor, puesto que los empieza a reconocer como parte esencial de su evolución por la llegada a la edad adulta. En este periodo, se es un poco más consciente de los deberes y las responsabilidades dentro del contexto que se ocupa en la sociedad, la familia o en la interacción con otros de la misma edad; pero aún subsisten con igual fuerza los deseos de conocer y experimentar cosas

⁵² ROSSI, P., *Las drogas y los adolescentes: lo que los padres deben saber sobre las adicciones*, p. 118: “La búsqueda de identidad y autoafirmación es una ardua tarea que el adolescente emprende con herramientas limitadas. Carece de valores propios y necesita confirmar si los que les transmitieron sus padres son los correctos. Descubre que posee algunas capacidades, pero no está muy seguro de cómo utilizarlas para obtener logros. Quiere integrarse a un mundo que aún no entiende, pero al mismo tiempo teme perder la seguridad del ámbito familiar. Quiere aceptar su cuerpo, pero todavía no lo ha descubierto cabalmente.

⁵³ GIL VILLA, F., *Juventud a la deriva*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 120.

nuevas, lo que en muchas ocasiones los lleva a obrar incorrectamente, aunque en relación con este aspecto consideramos que debe haber suficiente claridad en torno a que ello es fenómeno natural e intrínseco a la etapa del desarrollo que experimentan estos sujetos, ya que los mismos de sean explorar el mundo y su entorno de manera indefinida y profundamente hasta las últimas consecuencias, se vive rápida e intensamente, sus comportamientos se encuentran caracterizados principalmente por el interés de experimentar cosas nuevas y desconocidas, de transgredir las normas impuestas y en general de hacer los que se le prohíbe.

Centralmente, dentro de la denominación de jóvenes se reconocen dos ciclos espaciales como son: el primero, los menores-jóvenes entre los dieciséis y dieciocho años de edad, y el segundo, el joven-adulto entre los diecinueve y veintitrés años.

7. NOCIONES LEGALES.

Las definiciones de las que el legislador parte o incorpora en los ordenamientos jurídicos para el tratamiento del menor, se evidencian que obedecen más a una delimitación formal de los sujetos a los que aplicarán los contenidos de las normas, que al objetivo de asegurar el cumplimiento de los derechos y garantías de los menores.

La determinación y denominación de los diferentes grupos de menores no es una cuestión de mayor importancia, sino que, antes al contrario, tiende a ser algo accesorio, en que no se tenga en cuenta la precisión y diferenciación que se logre sobre cada uno de estos períodos: la infancia, adolescencia y juventud, que serán determinantes al momento de desarrollar un sistema de tratamiento jurídico penal idóneo acorde con sus necesidades.

Desde las disposiciones de los diferentes Convenios y Tratados internacionales se prevé un modelo para la concreción de los contenidos en los ordenamientos jurídicos de cada Estado sobre el concepto de menores, aunque los mismos no aportan la claridad esperada y necesaria, todo lo contrario, se muestran bastante confusos por la utilización indiferenciada de los mismos. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que se “entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad”; Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores de 1985, establecen que “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”. Por su parte,

las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad de 1990, disponen que por menor se entienda a toda persona de menos de dieciocho años de edad.

Con ello, apreciamos que tampoco los diferentes instrumentos internacionales sirven de prototipo para la diferenciación de los términos utilizados relativos a los menores; sin embargo, los mismos deben definirse sobre la relevancia central de la que parten en la fijación de los dieciocho años como la edad sobre la que enfatiza la protección a las personas que se encuentran en plena fase de desarrollo y consolidación de su personalidad.

Ahora bien, en España con la LO 5/2000 se establecía una originaria clasificación por la que se distinguían los sujetos que serían objeto de regulación de la misma⁵⁴, y además un mecanismo para diferenciar unos períodos de desarrollo de otros, con la finalidad, al parecer, de adecuar coherentemente el respectivo tratamiento a unos u otros. A sí, se preveía que, al efecto de la utilización del término para referirse a las personas que no han cumplido dieciocho años, y el de jóvenes para referirse a los mayores de dicha edad, cuando en la ley se alude a menor o menores, se entenderá que lo hace referido a todos los incluidos en su ámbito de aplicación (Art. 1.4 LORPM, suprimidos por la LO 8/2006). La noción del interés supremo del menor es la base del sistema penal español siendo el principio rector de las disposiciones normativas de menores⁵⁵.

⁵⁴ Acerca de las nociones legales incluidas inicialmente en la LO 5/2000 que diferenciaba en tres menores y jóvenes. DOLZ LAGO, M.J, La nueva responsabilidad penal del menor: comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Edic. Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pp. 41-46.

⁵⁵ Véase CABEDO MALLOL, V, *Marco constitucional de la protección de menores*, Edit. La Ley, Madrid, 2008, pp. 39-45, quién aborda el estudio de este principio desde el ordenamiento jurídico español en el derecho comunitario europeo, en el ámbito de las Naciones Unidas y en la jurisprudencia constitucional. El interés superior del niño ha sido consagrado por la Convención en su Art. 3 párrafo 1, en la estructuración de un sistema acorde con el singular estatus del menor e la sociedad como sujeto de derechos, estableciéndose que: en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o por órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño. Por ello, al establecer que deberá informar todas las acciones relativas a los niños suele ser invocado junto con otros artículos de la Convención para justificar o clarificar alguna cuestión completa; asimismo impregna todos los preceptos de la Convención y todos los derechos que en ella se recogen. Véase, en este sentido, FERNÁNDEZ CASADO, M^a D, “Una aproximación al principio del interés superior del menor”, en Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *Protección jurídica del menor*, Edit. Comares, Granada, 1997, pp. 246-252, esp pp. 248-250. No obstante, cuando se pretenden concretar los contenidos del interés superior del menor surgen interrogantes por la evidencia de que es un principio caracterizado por su ambigüedad, amplitud e indeterminación. Véase RIVERO HERNÁNDEZ, F, *El interés del menor*, edit. Dykinson, Madrid, 2000, p. 57, sostiene que: “el interés del menor constituye en efecto, en nuestro sistema jurídico y en otros, un conjunto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad

Se evidencia un gran vacío legal que genera inseguridad y oscilación jurídica, puesto que el legislador no ha especificado el contenido y alcance de lo mencionado por principio; siendo de suma importancia definir la precisión del contenido concreto.

Para la estructuración de dicho contenido consideramos que ha de partirse de las pautas siguientes: a) los menores en sus diferentes etapas de desarrollo son considerados social, constitucional, legal, institucional e internacionalmente como un valor intrínseco; b) es el principio rector de los modelos o sistemas de tratamiento de menores, sobre el cual se orienta la aplicación e interpretación de los contenidos legales; c) es un principio general de derecho de rango constitucional que vincula a los poderes públicos en la protección del menor. Igualmente proporciona criterios de interpretación normativa o como norma de aplicación supletoria⁵⁶; d) el interés del menor tiene como finalidad garantizar el bienestar del menor en todos los ámbitos de la vida; e) los intereses del menor poseen un carácter prevalente sobre los demás, por lo cual, si otros intereses entran en conflicto, el mismo se resolverá a partir de la ponderación de los intereses encontrados, y en su gestión a la prevalencia de los del menor⁵⁷.

En este sentido, el interés del menor ha de entenderse en proporcionar un trato adecuado en los derechos y normas que al menor de edad como persona le corresponden. El niño tiene un interés primario que ha de ser reconocido y protegido por el derecho, como persona humana en el disfrute de todos los bienes personalísimos como la vida, intimidad, integridad física y moral, entre otros⁵⁸.

Sin embargo ha de tenerse en cuenta que el contenido atribuido dependerá y variará según la evolución social y los valores preponderantes de cada sistema social y jurídico concreto, por ello depende no tan sólo de países y ordenamientos jurídicos específicos, sino también de las diferentes culturas, de manera que una determinada situación ante un

cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado en el momento de su aplicación”.

⁵⁶ Véase, al respecto, RIVERO HERNÁNDEZ, F, *El interés del menor*, op.cit; pp. 84-85; y, DE TORRES PEREA, J. M, *Interés del menor y derecho de familia, una perspectiva multidisciplinar*, edit. Iustel, Madrid, 2009, pp. 21-22

⁵⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F, *El interés del menor*, op.cit; p. 24; véase en este sentido, RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS, J.M; “El menor en el derecho. Sistema normativo y principios rectores del derecho de los menores”, en LÁZARO GONZÁLEZ, I (Coord.), *Los menores en el derecho español*, edit. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 33-138, esp. pp. 110-112

⁵⁸ RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS, J.M., “El menor en el derecho. Sistema normativo y principios rectores del derecho de los menores”, op.cit; p. 113

bien jurídico o de derecho protegido como interés preponderante puede ser valorada de diversas maneras en las diferentes culturas y sociedades⁵⁹.

De acuerdo con las precisiones expuestas, es posible definir un contenido acorde con la situación concreta de los menores infractores de la ley penal, ya que en virtud de su amplitud el principio puede ser adaptado a la satisfacción y consideración de los intereses prevalentes del menor en diversos ámbitos. En este sentido, el principio de interés superior del menor puede ser entendido como la realización u omisión de un conjunto de acciones y decisiones asumidas, en primer lugar por los diferentes agentes socializadores como la familia, la escuela y la propia sociedad, para lograr garantizar al menor unas circunstancias aptas para la consecución de un proyecto de integración social. Igualmente será determinante la actuación llevada a cabo por las instituciones y organismos del estado competentes para intervenir en el sistema de justicia penal de menores⁶⁰, pero sobre todo, por parte de los órganos de la administración de justicia competentes en el sistema penal especial de menores que renuncian a los principios propios de la justicia ordinaria y promueven el principio de oportunidad y la minimización de la justicia penal de menores a través de mecanismos restaurativos como la conciliación y la mediación en la reparación del daño⁶¹.

Una cuestión a analizar son los intereses que entran en conflicto, si hay un equilibrio en los mismos por ser equiparables, es decir, más o menos valiosos, o porque el legislador haya determinado los intereses legalmente protegidos y la prevalencia de unos sobre otros.

Pero el conflicto de intereses es patente en los sistemas de responsabilidad penal de los menores donde se evidencia una pugna entre la salvaguarda de los derechos individuales de los menores y la defensa de los intereses generales y sociales como la seguridad y la estabilidad, y en él formalmente parece dársele prevalencia el primero de

⁵⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F, *El interés del menor*, op.cit; p. 97

⁶⁰ BERNUZ BENÉITEZ, M^a J / FERNÁNDEZ MOLINA, E, “La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo”, en *RECPC*, Núm, 10, 2008, se encuentra (en línea) disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-13.pdf>, pp. 1-20, esp. p. 13, sostienen que: “sin embargo, cuando hablamos del interés del menor que ha cometido un delito, nos encontramos ante una contradicción: vemos un niño que está en fase de maduración y de integración, pero también a alguien que ha atentado contra el orden social”. En ese sentido se aprecia que esta problemática suele ser interpretada de manera desventajosa para el reconocimiento de los derechos y garantías del menor, dando prioridad a las demandas sociales que exigen mayor criminalización y reduciendo el principio a una mera declaración formal simbólica.

⁶¹ BERNUZ BENÉITEZ, M^a J / FERNÁNDEZ MOLINA, E, “La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo”, op.cit., p. 4

estos, como principio rector del sistema que se erige como respetuoso del nuevo estatus singular a tribuido al menor e la sociedad, e n t a n t o e s s u j e t o c o n p l e n o s d e r e c h o s y o b l i g a c i o n e s .

Por e l l o s e a f i r m a q u e e l p r i n c i p i o d e l i n t e r é s s u p e r i o r d e l m e n o r s e t r a t a d e u n a p r i o r i d a d q u e a l t e r a e n o r m e m e n t e l a s b a s e s s o b r e l a s q u e s e a s i e n t a l a a c t u a c i ó n d e l a i n s t i t u c i ó n e s t a t a l : n o e s l a d e f e n s a s o c i a l l o p r i o r i t a r i o , s i n o e l p r o p i o s u j e t o p a s i v o d e l a a c t u a c i ó n d e l E s t a d o y s u s u p e r i o r i n t e r é s⁶².

Sin embargo esto deja de ser así cuando las disposiciones que desarrollan el sistema penal de menores se orientan a la protección de los intereses de seguridad y estabilidad de la sociedad o a la satisfacción de intereses generales y particulares lesionados o puestos en peligro por la comisión de delitos perpetrados por un menor⁶³; puesto que entonces se parte d e c o n s i d e r a r a l m e n o r c o m o f o c o d e p e l i g r o p a r a l a s o c i e d a d a l q u e e s i n d i s p e n s a b l e c o m b a t i r a t r a v é s d e n o r m a s r e p r e s i v a s y p o r m e c a n i s m o s q u e t o r n e n m á s s e v e r o e l s i s t e m a p e n a l d e m e n o r e s , e l c u a l t e r m i n a o p e r a n d o e n t o t a l d e t r i m e n t o d e l o s d e r e c h o s d e s u j e t o s q u e p o s e e n u n e s t a t u s s o c i a l q u e e s i m p r e s c i n d i b l e p r o t e g e r p a r a e l b i e n e s t a r d e l a s o c i e d a d .

A n u e s t r o j u i c i o , l a c o n c r e c i ó n d e e s t e p r i n c i p i o e s u n a i n t e r r e l a c i ó n e n t r e l a s d i f e r e n t e s d i s p o s i c i o n e s c o n s t i t u c i o n a l e s d o n d e l a e s p e c i f i c i d a d d e l m i s m o d e r i v a d e l A r t . 39 C E , e n e l q u e s e e s t a b l e c e c o n c r e t a m e n t e u n l l a m a m i e n t o p a r a l a p r o t e c c i ó n d e l a f a m i l i a y l a p r o t e c c i ó n i n t e g r a l d e l o s m e n o r e s d e n t r o d e e s e n ú c l e o , e n i g u a l d a d d e c o n d i c i o n e s ; a s í c o m o e l r e c o n o c i m i e n t o q u e l o s m e n o r e s g o z a r á n d e l a p r o t e c c i ó n p r e v i s t a e n l o s a c u e r d o s i n t e r n a c i o n a l e s q u e v e l a n p o r s u s d e r e c h o s y a l u d e n d i r e c t a m e n t e a l a i m p l e m e n t a c i ó n p o r l a q u e s e m a t e r i a l i c e e l p r i n c i p i o d e l i n t e r é s s u p e r i o r d e l m e n o r⁶⁴.

⁶² HERNÁNDEZ GALILEA, J.M, “Naturaleza y fundamento de la intervención sobre menores en conflicto social”, en ID; (Coord.), *El sistema español de justicia juvenil*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 55-67, esp. p. 62

⁶³ Véase, al respecto, JESCHECK, H, H. / WEIGEND, T, *Tratado de derecho penal, parte general, V edición*; traducción. OLMEDO CARDENETE, M.D Edit. Comares, Granada, 2002, p.2-3, quien afirma que: “La misión del derecho penal es la protección de la convivencia en sociedad de las personas”. No obstante afirma a su vez que: “el derecho penal sólo puede garantizar la protección de la sociedad asegurando la paz pública de forma simultánea al respecto de la libertad de acción de todos luchando contra todo tipo de violencia antijurídica y amenazando con sanciones para vulneraciones considerables de l derecho, de acuerdo con el principio de justicia retributiva”

⁶⁴ Véase, en ese sentido, BAILACH MINGELL, M^a T., *Estudio de las normas sobre menores, y en especial la Ley de Responsabilidad Penal de Menores: (Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre)*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 16. Para el cumplimiento de esta finalidad se acude a la jurisdicción al uso del recurso de casación para la unificación de doctrina, véase, al respecto, SSTS núm. 1836/2002, de 7 de noviembre, (

Además, es esencial reconocer que la concreción del principio del interés del menor no se circunscribe a un ámbito exclusivo del ordenamiento jurídico, sino que, al contrario, es usual en contrarlo en la regulación de diferentes materias, como el CC, o en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, cuyo Art. 2, dispone que: en la aplicación de la presente ley primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, en el CP, cuyo Art. 156 toma como criterio rector el del mayor interés del incapaz, y en algunas disposiciones de la LEC⁶⁵.

En materia de responsabilidad penal, se acude a dicho principio para justificar la intervención del aparato punitivo del Estado como reacción o control social formal frente a los comportamientos infractores de la ley penal de los menores. En este sentido, se expresa en la legislación el proceso llevado a cabo contra los menores en caminado a la adopción de unas medidas que cardinalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción e interés superior del menor, valorados como criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas⁶⁶.

Se crea de esta manera un sistema guiado por principios generales, como son: la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educadora de l procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, el reconocimiento expreso de todas las garantías que emanan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las autoridades autonómicas

RJ/2002/9751), Ponente: JIMÉNEZ VILLAREJO, J.; y Núm. 11 5/2003, de 3 de febrero (RJ/2003/839), Ponente: JIMÉNEZ VILLAREJO, J.:“(…) Las discrepancias susceptibles de ser corregidas y resueltas mediante el recurso de casación para unificación de doctrina son las que se concretan en medidas impuestas a un determinado menor que, en su contenido, duración y objetivos, se apartan sensiblemente de otras que tomaron en consideración datos ídnticos o muy pa recidos sobre la gravedad objetiva de l hecho, la personalidad y situación del menor, su entorno familiar o social, su edad, sus necesidades, etc., porque lo que se persigue a través de este remedio es alcanzar, en el tratamiento de la responsabilidad penal de los menores y en su orientación educativa, siempre inspirada por el principio del superior interés del menor, el grado de coherencia y previsibilidad, dentro de la propia jurisdicción, que exigen los principios de igualdad y seguridad jurídica”.

⁶⁵ Véase, en ese sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*. pp. 26-30

⁶⁶ Disposiciones de la LORPM, que hacen referencia al principio del interés superior del menor como son, los preceptos: 7.3, 11.1, 13.1, 23.1, 27.3, 27.4, 28.1 párrafo 3, 29, 30.3, 36.3 y 37.4.

relacionadas con la protección, amparo y reforma de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de la ejecución.

Equivalentemente, se prevé que en este derecho ha de primar, como el elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el interés supremo que ha de ser valorado y estimado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales cualificados y especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de ofensa o el principio de presunción de inocencia.

Sin embargo, la ley resalta la importancia que revisten otro tipo de intereses como los del los propios perjudicados o víctimas del hecho cometido por el menor, estableciendo un procedimiento singular, rápido y poco formalista por el resarcimiento, en su caso, de daños y perjuicios. Sin embargo, la originaria ley establecía que “no existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor”, hecho que fue objeto de innumerables controversias que concluyeron con las sucesivas reformas de la ley aun durante la “*vacatio legis*”, a través de la implementación de un discurso político criminal que defiende el mayor endurecimiento del sistema penal de menores por el que se neutralice al menor como el foco de peligro que representa para la sociedad, atribuyéndole un tratamiento como enemigo y, por ende, axiomáticamente contrariando de manera clara los principios sobre los que fue fundamentado en sus inicios.

8. DEFENSA DE LA SOCIEDAD.

Cuando nos referimos a la defensa de la sociedad, estamos apuntando a todos aquellos mecanismos jurídicos que se verifican y formalizan para la protección de los intereses o bienes jurídicos de la sociedad. En la actualidad se aprecian numerosas disertaciones y políticas encauzadas a la satisfacción y garantía de la seguridad, el orden, la estabilidad y el bienestar social, aun en detrimento y quebranto de derechos particulares o individuales. Es así, como a partir de los atentados terroristas ocurridos a nivel mundial, principalmente los hechos sucedidos el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, irrumpen en el contexto social discursos como la “tolerancia cero”, “mano dura”, “populismo punitivo” o más fijamente la concreción de los postulados de teorías como el

derecho penal del enemigo; así se evidencia que este tipo de frases se pronuncian de modo obsesivo, como si fueran fórmulas mágicas para la demanda de la seguridad, el orden y el decoro⁶⁷.

No obstante, las políticas criminales enfocadas a materializar este tipo de discursos se conciben como estrategias para reducir de forma enérgica la frecuencia y la gravedad de determinados fenómenos percibidos como socialmente indeseables, lo cual es insuficiente para decir que constituyan una verdadera y propia orientación de carácter político. Igualmente, no existe un parámetro concreto para establecer que tipo de criminalidad o de conductas infractoras entrarían dentro de una definición que aboga por endurecer el sistema punitivo de los gobiernos como mecanismo para combatir o neutralizar los focos de peligro que ciertos sujetos representan para la organización social.

Todo ello acarrea problemáticas que son relevantes en cuanto a las consecuencias derivadas, como la que se presenta en los sistemas de responsabilidad penal de menores en los que es patente su contaminación por discursos que respaldan a un endurecimiento del sistema como mecanismo de combate a la criminalidad de menores, aun a sabiendas de que el derecho penal no es el instrumento más idóneo para resolver este tipo de cuestiones. En este sentido, acertadamente se ha afirmado: “mientras en el pasado las reformas en materia de justicia juvenil apostaban, en la mayoría de los casos, por reforzar la naturaleza p reventivo-especial del Derecho penal juvenil, han aparecido en la actualidad corrientes de opinión que promueven un derecho penal juvenil estrictamente retributivo e intimidatorio. Esta estrategia de mano dura o de la llamada “tolerancia cero” se encuentra actualmente extendida en determinados círculos de poder con el apoyo de gran parte de la opinión pública”⁶⁸.

⁶⁷ DI GIORGI, A, *Tolerancia cero*, trad. Iñaki Rivera y Marta Monclús, Edit. Virus, Barcelona, 2005, pp. 155-156, afirma que: “Zero tolerance, es, en realidad, algo que resulta difícil de definir: es más una nueva retórica política, casi una tendencia subcultural o una filosofía popular, que una estrategia específica de política criminal. Zero tolerance sólo es en parte una estrategia de seguridad urbana. La historia misma de la expresión lo demuestra: a partir de 1990, en lo tocante al contexto norteamericano (pero rápidamente en Europa) se comenzó a hablar de zero tolerance como si se tratase de una fórmula capaz de materializar, por el solo hecho de ser pronunciada, soluciones inmediatas para problemas muy diversos entre sí. De la droga a la macrocriminalidad, a la pedofilia, al abandono y fracaso escolar: zero tolerance va bien para todo”.

⁶⁸ CANO PAÑOS, M.A., “¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica”. p. 287. *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*. pp. 115, 214, 222, 251, 256, 283, 300 y 312.; BARQUÍN SANZ, J / CANO PAÑOS, M.A., “Los cambiantes principios del Derecho penal español de menores. Del interés superior del menor a la prevención general”, en MORILLAS CUEVA, L / NÁQUIRA RIVEROS, J. (Dir.), *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Dykinson,

Madrid, 2009, pp. 15-75, esp.p.68, afirman que: “(...) en España se está asistiendo en los últimos tiempos a la reducción de la política criminal a una estricta política penal. Inflexibilidad y “tolerancia cero” parecen ser las fórmulas escogidas por los órganos de decisión política-por encima incluso de su concreta ideología-, para hacer frente (en una palabra: para combatir) la delincuencia juvenil”; y BARQUÍN SANZ, J, “La ley penal del menor: una historia de reformas” en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 3-32, esp. pp. 4-5 y 29.

CAPÍTULO II.

FUNDAMENTOS CRIMINOLÓGICOS Y POLÍTICO CRIMINALES DEL DERECHO PENAL DE MENORES.

1. APROXIMACIÓN CRIMINOLÓGICA AL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.

La definición que de criminología ha dado el profesor GARCÍA PABLOS DE MOLINA, se acerca a un axioma tradicional como ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del estudio del crimen de la persona del infractor, la víctima y el control social de su comportamiento delictivo y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica, variables principales del crimen, contemplado éste como problema individual y como problema social comunitario, así como los programas de prevención eficaz del mismo y las técnicas de intervención positivas en el hombre delincuente⁶⁹.

La criminología tiene un objeto de estudio parcialmente coincidente con el derecho penal, ambas disciplinas estudian el delito y el delincuente, sin embargo, se distinguen por el punto de vista que cada una de ellas adopta para aproximarse a dicho fenómeno; el derecho penal utiliza un método lógico deductivo, le interesa el estudio de las normas jurídicas con el fin de averiguar que precepto o preceptos penales son de aplicación ante un determinado supuesto de hecho, en tanto que la criminología se aproxima a la cuestión desde un punto de vista empírico inductivo, le interesa otra realidad, no la realidad de las normas sino la realidad del ser, en el ámbito de la criminalidad, infanto-juvenil, las personas del infractor es un sujeto menor de edad dato éste que llega de tintes y matices a esta criminalidad y la hace en muchos aspectos la criminalidad adulta. Con el objetivo de determinar las particularidades que simboliza la delincuencia juvenil es necesario tratar de responder las cuestiones clásicas que han ocupado hace más de un siglo a los criminólogos.

2. ETIOLOGÍA Y RAÍCES DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

Seguramente en la génesis del delito cometido por un menor, hallaremos cualquiera de estos factores: familias desestructuradas, fracaso escolar, compañías

⁶⁹ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de criminología*. 4 (ed.) Valencia: 2009, p. 53.

inadecuadas, etc., que pueden dar explicación al porqué del comportamiento. Siendo en términos generales, en dicha explicación adecuada, no conviene perder de vista una serie de notas que singulariza el fenómeno delictivo en esta fase de la vida de la persona, características que están claramente vinculadas a las etapas de desarrollo personal que atraviesa el sujeto durante la adolescencia, es una fase compleja caracterizada por la ruptura de con la infancia y el tránsito hacia el mundo de los adultos, como ya hemos apuntado de infinidad de cambios físico y psicológicos. De esta forma, se han señalado como notas características de la delincuencia en este período, su normalidad, accidentalidad, ubicuidad y carácter simbólico⁷⁰. Es una delincuencia instalada en todas las etapas y estratos sociales, no es exclusiva de estratos sociales marginales. Es un fenómeno normal, es frecuente que el joven a estas edades cometa infracciones, ciertamente no es habitual que se ejecuten delitos graves, pero si está muy extendida la comisión de infracciones de bagatela, como es el hurto en comercios, viajar sin billete, daños en el mobiliario público, etc. Normalmente son hechos puntuales, por lo que se ha marcado su carácter episódico, aparecen para luego desaparecer sin dejar huella en el sujeto, que después, puede llevar una vida perfectamente normal e integrada en su entorno profesional, familiar y social. Es significativo su carácter simbólico, que persigue la provocación, también el reconocimiento de un status de l que todavía carece y que busca conformar con la realización de una tipología de conductas llamativas y de ruptura.

Es por ello que consideramos tan importante en esta etapa el grupo de iguales con el que el sujeto se identifica, frente al grupo de adultos, ante el que se siente extraño y

⁷⁰ Han señalado estas características: ALBRECHT, P.A.: *El derecho penal de menores* (trad. por BUSTO RAMÍREZ), Barcelona, 1990, p. 37. CANO PAÑOS, M.A.: *El futuro de derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España*. Barcelona, 2006, pp. 32-33. MARTÍN LÓPEZ, M^{AT}.: "Consideraciones sobre la delincuencia de menores" En: *Justicia con menores, menores infractores y menores víctimas*. Cuenca, 2000, p. 105.

Para el Defensor del Pueblo, los factores que influyen en la delincuencia juvenil hay que distinguir entre factores endógenos tales como "enfermedades psíquicas, traumas psicológicos y factores exógenos, tales como influencia negativa familiar, fracaso escolar, marginación social, medios de comunicación, etc. Sin embargo no existe una causa determinante, y sí una suma de factores de mayor o menor incidencia. Para poder establecer cuáles son los factores que inciden en la violencia juvenil y en la delincuencia hay que hacer una referencia al proceso de socialización, a lo largo del cual se va formando la personalidad del individuo, que consiste en el proceso mediante el cual la persona es absorbida por la cultura de una sociedad. Se trata de un aprendizaje por el que el individuo se adapta a las normas, imágenes y valores de grupo. Si este proceso falla, es cuando puede aparecer la violencia en los jóvenes y la desviación social".

En la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2010, se pone de manifiesto que los menores incurso en expedientes de reforma pertenecen en su gran mayoría al sexo masculino. En cuanto a las circunstancias endógenas y exógenas de los menores se apuntan fundamentalmente las siguientes: las deficiencias en el desarrollo físico y psíquico, con anomalías psicológicas y psiquiátricas; el abandono familiar; la pertenencia a familias con un alto grado de desestructuración y con un código de valores muy diferente al común, que dificultan y, a veces incluso impiden una futura reinserción del menor; la adicción al consumo de drogas.

opuesto, ello conduce a otra de las características significativas de la delincuencia juvenil, si bien no en todos los casos, en muchas ocasiones se delinque en grupo⁷¹.

Por tanto, aunque en términos generales en el *iter* del delito encontremos factores detonantes de la conducta, estamos concurrendo a una judicialización inadecuada de comportamientos propios de la adolescencia, que aun con encaje formal en la ley penal, recibirían una respuesta mucho más adecuada en otras instancias de control social. No cabe menospreciar que el menor, aunque penalmente responsable, no es un adulto y su específica imputabilidad puede aconsejar, en infracciones nimias, la desjudicialización y la firme respuesta educativa en otras instancias. El problema lo encontramos cuando esas instancias (escuela, servicios sociales, familia...) no pueden o no quieren asumir el cumplimiento de su obligación educativa.

2.1. Factores circunstanciales.

a) Violencia ambiental: el clima de violencia presente en las actuales sociedades desarrolladas utiliza como magnífica correa de transmisión los medios de comunicación de masas, destacando la importancia de la televisión y de internet. La violencia juvenil se ha convertido en un espectáculo potenciado por los mass media. El niño pasa horas delante del televisor o navegando por la red con escaso control paternal. La exposición constante a la visión de escenas de violencias conduce a la trivialización de la conducta violenta, no siendo algo que se repudie sino más bien todo lo contrario, es visto como un nuevo modelo a seguir⁷².

b) Agentes socioeconómicos: en ocasiones nos encontramos con menores desempleados en familias de bajos ingresos, situación que da lugar a tensiones en el seno

⁷¹ RECHEA, C. / BARBERET, R. / MONTAÑÉS, J. / ARROYO, L.: *Adolescencia: ¿un sarampión? Delincuencia Juvenil en Castilla-La Mancha*. Universidad de Castilla-La Mancha, Murcia, 1995, pp. 43 a 45. Según las conclusiones de la investigación realizada en base a cuestionarios de autoinforme a menores de la comunidad de Castilla-La Mancha a principios de los años 90, se alcanzaron las siguientes conclusiones: Se desbaratan algunos mitos: La normalidad de la conducta de sviada, un 79,2% de los menores entrevistados admite haber cometido algún tipo de delito alguna vez en su vida. Consumo de drogas, sí se muestran tasas altas de consumo de alcohol, pero no de drogas prohibidas. Conducta conflictiva propia de zonas conflictivas. La prevalencia total de conducta delictiva resulta más baja que en las zonas "calificadas" por servicios sociales y policía como no conflictiva. Propia de capas bajas o escaso nivel de estudios. Hay relaciones significativas entre determinados delitos con un nivel socio-económico alto. Mantenimiento conducta delictiva. Descienden las tasas de prevalencia conforme aumenta la edad. Los datos policiales reflejan un mínimo porcentaje de los delitos cometidos. En todas las categorías es más propenso que la mujer en cometer delitos.

⁷² Sobre la relación entre violencia y medios de comunicación. Véase.: GIL CALVO, E.: *Escenas de una pasión inútil* en violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar, Madrid, 1998, pp. 20-21. FERNÁNDEZ DOLS, J.: *De la violencia y otros trapos sucios: Una introducción a la psicología social*, en violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar., Madrid, 1998, pp. 36 y 37.

de la familia. Si a ello le unimos que la sociedad actual incita al consumo, puede provocar que el menor, al no poder obtener de manera lícita los recursos para adquirir aquello que desea, recurra para obtenerlos a vías ilícitas.

De otro lado, el desempleo provoca que el menor cuente con muchas horas libres al día, al no tener la habilidad para emplear dicho tiempo en actividades lúdicas o formativas provechosas, es fácil que incurra en conductas desviadas. Asimismo, el desempleo puede generar una sensación de ausencia de control de la propia vida, impide la independencia, lo que puede avocar al joven a situaciones de estrés o depresión, que fácilmente pueden conducir al mundo de las drogas para superar dichos estados y a su vez, para conseguir drogas, acudir al robo.

c) Relaciones familiares: la familia es el principal agente de socialización, si ésta deja de cumplir la esencial función de transmitir al menor la necesidad del respeto por los derechos ajenos podemos encontrar problemas de delincuencia. La mayoría de las teorías criminológicas consideran que la familia disociada es causa indirecta de la delincuencia⁷³. En la actualidad el tópico de la familia rota o desestructurada experimenta un proceso de revisión al considerarse de mayor importancia el funcionamiento de la familia que su estructura. Así, es más probable que el menor desarrolle una conducta desviada en estructuras familiares caracterizadas por la falta de afecto, el evado nivel de conflicto familiar, estilos disciplinarios excesivamente autoritarios, inconsistentes y con escasa supervisión⁷⁴.

En los últimos tiempos se observa un incremento significativo de episodios delincuenciales procedentes de ambientes normalizados, de familias no problemáticas, de clase media y media alta. En estos casos las conductas desviadas tienen conexión con la pérdida de autoridad parental, el descenso del tiempo invertido por parte de los padres con los menores, la menor interacción familiar, falta de control en el proceso de socialización del hijo y en los últimos dos años la crisis económica instalada en nuestro

⁷³ Una aproximación a la postura de las diferentes teorías criminológicas sobre la influencia de la familia disociada en el delincuente en: AEBI, MARCELO F.: *Familia disociada y delincuencia. El caso suizo en los años 1990*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología 05/08, 2003, pp. 4 a 6. Sin embargo, frente a la postura de la mayoría de las teorías criminológicas, en el estudio no se constatan significativas diferencias en el número de delitos entre menores criados en familia disociadas frente a los criados en familias intactas, la única diferencia significativa es el mayor consumo de drogas blandas de los menores provenientes de familias disociadas.

⁷⁴ MIRÓN REDONDO, L. / OTERO LÓPEZ, J.M.: *Jóvenes delincuentes*, Barcelona, 2005, pp. 81 a 129.

país, dando lugar al aumento estadístico del delito de maltrato familiar del hijo hacia sus progenitores⁷⁵.

Otro aspecto importante en el que destaca a la familia como factor desencadenante de la delincuencia, es el de los su puestos en que el menor es iniciado en la carrera delictiva por los padres u otros adultos que ejercen cierta influencia sobre él. Se las utiliza en una serie de actividades normalmente ligadas al lucro ilícito (prostitución, mendicidad...). En el ámbito criminológico se han realizado investigaciones sobre genéticas criminales para averiguar el influjo hereditario en la conducta desviada, en este ámbito destacan los estudios sobre familias criminales que revelan una elevada tasa de criminalidad en los descendientes de padres también delincuentes⁷⁶. Si bien no son estudios concluyentes, y se les puede objetar el hecho de que también surjan menores desviados en familias normalizadas y menores sin conflicto legal en familias problemáticas.

d) Grupo de iguales: la propia pandilla con la que realizan juegos infantiles puede llegar a convertirse en una banda de delincuentes juveniles. Como hemos señalado, la conducta adolescente tiene una importante connotación simbólica de ruptura frente a lo establecido y de unión con el grupo de iguales, ese sólido vínculo entre los integrantes del grupo puede conducir en ocasiones a la realización grupal de conductas que de manera individual no cometerían. Los modelos psicosociales de análisis de la conducta grupal ponen de manifiesto que los “iguales desviados promueven en el individuo la formación de valores antisociales, fomentan la adquisición de habilidades desviadas e incitan a la realización de conducta desviada”⁷⁷, por otra parte esa incidencia del grupo de iguales patentiza el fracaso de las personas y de las instituciones convencionales, especialmente de la familia en lograr la socialización del joven.

e) Contexto escolar: solamente un pequeño porcentaje de menores infractores no ha tenido problemas escolares. Fracaso escolar, falta de adaptación, conductas disruptivas en el aula, etc. En la actualidad asistimos a una etapa en que la influencia de la escuela en

⁷⁵ El maltrato hacia los progenitores es un fenómeno especialmente complejo en el que pueden influir los factores destacados en el texto, pero también otros como situaciones de hiperactividad o personalidad antisocial. Para un análisis más detallado del perfil del menor tirano, véase la monografía del profesor GARRIDO GENOVES, V.: *Los hijos tiranos. El síndrome del emperador*, Barcelona 2005.

⁷⁶ Véase. Sobre los estudios en genética criminal, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª ed. Valencia, 1996, pp. 157 y ss.

⁷⁷ MIRÓN REDONDO, L. / OTERO-LÓPEZ. *Jóvenes delincuentes*, Barcelona, 2005 p. 173.

el proceso de socialización es inferior a etapas anteriores, en contramos episodios de pérdida de la autoridad del profesor, como consecuencia de todo ello se presentan situaciones de agresión del alumno al profesor, siendo el chaval excesivamente protegido por sus padres, quienes no dudan en cuestionar al profesor cuando éste reprende o corrige al menor e incluso se llega a la agresión física o verbal del docente⁷⁸, mostrándole al menor el peor modelo para la resolución de los problemas o conflictos que la vida depara. Cuando el adolescente no logra triunfar en la escuela, no encuentra satisfacción en el marco escolar, puede buscar dicho reconocimiento en ambientes no institucionalizados, incluso desviados.

f) Entorno urbano: la delincuencia juvenil tradicional se suele concentrar en los barrios más deteriorados de las ciudades, áreas periféricas, con escasas dotaciones y con pocas opciones para un ocio saludable. Si bien cabría matizar la generalización de determinadas conductas vinculadas con el uso de las nuevas tecnologías que han venido a “democratizar” y generalizar el perfil del delincuente juvenil (ciberataques, grabaciones de agresiones con el teléfono móvil, acoso escolar...).

g) Sexo: Las estadísticas ponen de manifiesto, a la igual que ocurre con la criminalidad adulta, que los chicos delinquen en proporción superior a la de las chicas⁷⁹. Si bien las que delinquen lo hacen en la misma proporción que los chicos y son las más jóvenes las que más delinquen⁸⁰.

h) Escasez de valores: el consumismo, el éxito o ambición, van desplazando al esfuerzo, la educación y la solidaridad. Seguramente no es posible individualizar en cada caso qué factores concretos son los que han desencadenado el inicio de la carrera delictiva del joven, pero probablemente encontraremos algunos de los factores señalados. Factores que en aras a la prevención de la conducta desviada deberían ser abordados seriamente por las instancias de control social informal pues nos encontramos ante problemas esencialmente sociales o de parámetros educativos, lo que conduciría a una disminución sensible de los problemas por parte de las instancias de control social formal.

⁷⁸ Noticias como la publicada en el periódico EL PAÍS, el 16 de septiembre de 2009, son un buen ejemplo de lo afirmado en el texto: *Detenido el padre que agrede y amenaza de muerte a la directora de un colegio*. Una reprimenda del jefe de estudios al hijo del agresor podría ser el detonante del ataque. Ilustran perfectamente la complicidad de los progenitores.

⁷⁹ Según los datos publicados en la página web del Instituto Nacional de Estadística. www.ine.es/inebmenu/mnu_justicia.htm.

⁸⁰ FERNÁNDEZ, BARTOLOME, RECHEA Y MEJÍAS. *Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España*. Revista Española de Investigación Criminológica. Artículo 8, núm. 7, 2009, p. 26.

2.2. Factores de carácter individual.

Atendiendo al propio menor, su personalidad y carácter, se pueden clasificar los perfiles de delinquentes juveniles de acuerdo con los tres criterios que señala el autor, HERRERO HERRERO⁸¹ : menores que presentan rasgos de anormalidad patológica; menores con rasgos de anormalidad no patológica y una clasificación de rasgos de personalidad estadísticamente normales o próximos a la normalidad.

a) Irregularidad anormal patológica: englobaría al delincuente neurótico, que manifiesta una grave perturbación del psiquismo de carácter no constitucional si no sobrevenido que se manifiesta en desórdenes de su conducta. Dichos desórdenes pueden tener un origen variado: fracasos, frustraciones, abandono o muerte de seres queridos, castigos inadecuados. El sujeto intenta disminuir su sensación de angustia, nacida de su complejo de culpa, mediante la comisión de delitos, como persigue el castigo no oculta los indicios de su participación en el delito. El menor con psicosis⁸²: en este supuesto es la patología la que provoca que el menor realice la conducta desviada. Como bien señala el mencionado autor: la enfermedad mental afecta tan intensamente a la persona que la parece que desestructura su personalidad, se producen graves trastornos en el juicio y en la voluntad que desconectan al sujeto de la realidad. Uno de los trastornos más significativos en los adultos, pero también en menores y jóvenes es la esquizofrenia, modalidad de psicosis que puede dar lugar a la comisión de delitos. En menores y jóvenes destacan dos modalidades de esquizofrenia:

La simple puede aparecer en la adolescencia y, en ocasiones, de improviso. Con ella menores y jóvenes destacados en su tarea académica o en cualquier otro ámbito inician un proceso de deterioro a consecuencia de lo cual pueden involucrarse en la comisión de graves delitos.

La esquizofrenia hebefrénica propia de personas jóvenes, cursa con manifestaciones de “abulia”, despersonalización en forma de “fuga de ideas” y “huida del yo”, usurpando su lugar ciertas alucinaciones ópticas o auditivas, pudiendo llegar a delinquir por “imperativo trascendente” de esas voces, referentes a personas ubicadas por el paciente en el más allá. Los delinquentes psicopáticos o con trastorno de la

⁸¹ HERRERO HERRERO, Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico, Madrid, 2005, pp. 93 y ss.

⁸² GONZÁLEZ BARRÓN, R (Coord. y Dir.): Psicopatología del niño y del adolescente. Madrid, 2007.

personalidad: se caracterizan por su incapacidad de sentir o manifestar simpatía o alguna clase de calor humano para con el prójimo, por ello manipulan y utilizan al otro para satisfacer su propio interés. El menor psicópata realizara actos antisociales que expresan su frialdad y crueldad en las relaciones sociales.

b) A normalidad no patológica: Los menores con personalidad antisocial, son individuos no socializados que presentan rasgos tales como ausencias de sentimiento de culpa, insensibilidad, irritabilidad y escasa tolerancia a la frustración. La pauta para identificarlos puede darla la presencia de comportamientos antisociales (absentismo escolar, fugas del domicilio, peleas, abusos sexuales, agresiones físicas, daños a la propiedad...) que aparecen en la infancia o en la adolescencia y que en la edad adulta persisten. En cuanto a los factores que pueden provocar que el menor realice este tipo de conductas, el autor estudiado, subraya la predisposición congénita de tendencia a la hiperactividad, ausencia de las figuras paterna y/o materna, señalados como factores desencadenantes de un estado de abandono y de descontrol propios de un déficit de socialización primaria.

Inmersos en la anormalidad no patológica estarían también los menores con reacción social agresiva que se caracterizan por ser sujetos de aptitud y personalidad muy agresivas, haciendo gala de una violencia impulsiva e irracional, elevándose esta agresividad si hay abuso de sustancias tóxicas. Son individuos que en su infancia no han tenido un modelo coherente de disciplina y marcados con episodios de brutalidad bien entre los padres o contra el menor. Los menores con reacción de huida, tienen en común con la tipología que hemos referido anteriormente los antecedentes de rechazo paterno, la diferencia es que los anteriores responden a la frustración con agresión y estos con la huida, son personas que se sienten débiles, abandonados y por ello con deseos de venganza hacia sus padres: no suelen cometer hurtos fuera de casa sino dentro para financiar la huida. De unirse a algún grupo de delincuentes actúan siempre o casi siempre como delincuentes pasivos. Son objetivo fácil de la delincuencia organizada con el fin de realizar tareas simples pero imprescindibles y de gran riesgo (informadores, distribuidores, transportistas en propio cuerpo...).

c) Menores delincuentes con rasgos de personalidad normal: La mayoría de los menores que delinquen se engloban dentro de la normalidad. Pero hay de terminados factores de índole psicobiológica y sobre todo de naturaleza psicomoral o psicosocial que

les impulsan a delinquir. Se dejan superar por estos, a veces sin hacerles frente al poseer debilitados rasgos de su personalidad (afectividad, e motividad, egocentrismo, agresividad...). En estos menores delincuentes con rasgos de personalidad normal, siguiendo a HERRERO HERRERO, podemos incluir a los siguientes tipos de:

- c.1) Menores que llevan a cabo actos de vandalismo debido a las perturbaciones psicobiológicas que se producen en la preadolescencia y adolescencia por motivos de desarrollo y cambio.
- c.2) Menores que cometen robos, hurtos no por ánimo de lucro sino por motivos de autoafirmación personal ante sus compañeros, sobre todo los de lo contrario. Persiguen la admiración del otro.
- c.3) Menores que realizan delitos contra la propiedad o contra la libertad sexual movidos por un puro hedonismo, realizan las conductas que les proporcionan satisfacción sin preocuparse de las consecuencias.
- c.4) Menores que delinquen por falta de control social (formal o informal). Situación facilitada por la omisión de las instancias tradicionales de control (familia, escuela, entorno social...) que dejan hacer al menor, sin corregirle o sin enterarse de las andanzas del joven.
- c.5) Menores que delinquen por aprendizaje directo o imitación. La propia familia o el grupo de amigos puede ser un trasmisor perfecto de pautas de conducta delictivas. En muchas ocasiones el menor es utilizado por el adulto para la comisión del hecho.
- c.6) Menores que delinquen para satisfacer apetencias de tipo consumista. Cuando el menor no pueda alcanzar todo aquello puesto a su disposición por la actual sociedad de consumo, opta por tomarla.
- c.7) Menores maltratadores o autores de abusos sexuales que previamente han sido niños maltratados o víctimas de abusos.
- c.8) Menores con un perfil encajado por las posibilidades de las nuevas tecnologías. El adolescente curioso y abierto, como nadie, a las posibilidades que las nuevas ciencias aplicadas ponen a su alcance, manejando las mismas como vehículo inductor para acosar a sus compañeros. La tradición violencia

escolar ad quiere una nueva dimensión con la utilización de las nuevas tecnologías. Se utilizan éstas para recibir o ejercer el maltrato⁸³.

c.9) Menores con un nuevo perfil caracterizado por su pertenencia a cualquier clase social y no sólo a las más desfavorecidas, y que cometen actos de maltrato físico y psíquico contra sus progenitores. Este delito producido en el ámbito familiar es el que estadísticamente más ha aumentado en los últimos años. No existe un perfil exacto de las familias que acogen a un niño o joven maltratador pero los expertos coinciden en una mayor incidencia en las familias monoparentales (así las madres se convierten en las principales víctimas); se suele dar también en madres que vuelven a tener otra pareja. La madre es la martirizada en el 87% de las ocasiones. Se da más incidencia en hijos adoptados que en hijos biológicos.

Entre las razones que tras nuestro estudio hemos apreciado, resulta que la familia y la escuela han perdido en parte la capacidad y volumen en la educación y esto favorece a que jóvenes con ésta predisposición, que antes eran mantenidos por la sociedad, ahora tengan mucha más facilidad para exhibir la violencia e intimidación: el elemento decisivo son “las carencias más o menos claras en la adquisición de competencias personales” (empatía, tolerancia a la frustración etc.) agudizado todo ello por el hecho de que el hijo ideal de los padres está en franca contradicción con los hijos sociales ideales definidos por la sociedad de consumo.

La importancia de los medios en este factor es clave. La televisión enseña valores muy hedonistas y consumistas, y dificultan el aprendizaje de la autocontrol, es decir la capacidad y contenido de esforzarse por renunciar a cosas inadecuadas y para perseguir metas que requieren esfuerzos. Los hijos tiranos ven en los medios de comunicación muchas conductas y metas que son coincidentes con lo que ellos desean: pasarlo bien y hacer lo que quieran sin que nadie les obstaculice.

Desde el año 2000 los casos de maltrato de menores hacia sus padres se han multiplicado por seis. Los datos podrían ser sólo la punta del iceberg del problema, por la

⁸³ Sobre el ciberacoso, el artículo publicado en EIP aís de 16 de noviembre de 2007. *El ciberacosador actúa en frío*, p.p.40-41. Sobre violencia escolar: se puede consultar www.bullying-in-school.info/es

resistencia de los padres a denunciar a sus propios hijos ya que es lo más cruel que puede suceder y por ello sólo suele hacerse en casos extremos.

2.3. Factores sociales: las bandas juveniles

La tendencia humana a agruparse se manifiesta también en el delito y por ello es bastante frecuente que el menor se asocie con otros, de manera estable o transitoria, para llevar a cabo sus conductas infractoras. Tal posición se sostiene tanto desde perspectivas sociológicas como psicológicas de explicación de la delincuencia juvenil. Así, en la perspectiva sociológica se pueden incluir las teorías subculturales, teorías de la tensión de Cohen, teorías de la asociación diferencial de Sutherland y más recientemente, teorías del aprendizaje social. Todas ellas coinciden en señalar que la delincuencia juvenil se genera de manera significativa en un contexto de grupo, si bien difieren en que las de orientación sociológica definen las bandas como agrupaciones subculturales, las de signo psicosocial aluden al concepto de grupo de iguales cuya relación con la delincuencia se derivaría del papel de estos iguales en el aprendizaje de normas y patrones conductuales desviados⁸⁴.

El concepto de banda criminal se debe a la escuela de Chicago, que estudiaron el fenómeno de las bandas criminales juveniles con la conclusión de que existían grupos de menores cohesionados por cierta tradición, estructura interna espontánea, espíritu de cuerpo, solidaridad, conciencia de grupo y afinidad al terreno local. Dichas bandas eran dirigidas y lideradas e integradas por individuos cuyas funciones estaban bien delimitadas. Su objetivo era, fundamentalmente, la comisión de delitos contra la propiedad, cometiendo de forma ocasional delitos contra las personas sólo como medio para conseguir su objetivo final⁸⁵. El concepto de banda juvenil se podría definir como “un grupo de jóvenes unidos de forma permanente por mutuos intereses con las siguientes características: un nombre y una simbología que haga reconocible a la banda, un líder identificable, un territorio geográfico bajo su control, un lugar de reunión regular, e implicación en actividades delictivas”⁸⁶.

⁸⁴ MIRÓN REDONDO/OTERO PÉREZ. *Delincuencia juvenil.*, pp.131- 132.

⁸⁵ HERRERO HERRERO. *Delincuencia de menores: tratamiento criminológico y jurídico* p.111.

⁸⁶ *Derecho penal juvenil.* 2ª ed. Madrid, 2007, p. 42.

Las siguientes modalidades de bandas, continuando con HERRERO HERRERO⁸⁷, serían:

a) Bandas criminales: se estructuran mediante un liderazgo bien definido y visible, muy jerarquizado. Integradas por un número variable de miembros que distribuyen sus tareas de manera definida. Cometen, sobre todo, delitos contra el patrimonio así como algún ilícito de tráfico. Son las bandas que más obedecen al esquema tradicional, suelen pertenecer a las clases sociales bajas. A veces también aparecen bandas de delincuentes menores cuyos miembros pertenecen a las clases medias y medias-altas. Realizan delitos contra el patrimonio, fundamentalmente por diversión o por imitación.

b) Bandas marginales: son grupos de jóvenes atraídos por ideas viciadas que inculcan planteamientos subculturales con concepciones simplistas, resaltando la dimensión colectiva del ser humano y la necesidad de evadirse del mundo real a través del consumo de sustancias estupefacientes. Sus principios filosóficos a la comisión de delitos por su forma de vida excesivamente permisiva y anárquica impulsan a la realización de actividades social y jurídicamente ilícitas.

c) Bandas conflictivas: se caracterizan por estar inspiradas en ideas o sentimientos que propician el nacimiento del conflicto social. Esgrimen el conflicto social a través de concepciones y, sobre todo, acciones provocadoras para las posiciones intelectuales y conductuales de la gran mayoría (defensa de la xenofobia y el racismo). Casi todas se caracterizan por el uso de la violencia física, actúan en un determinado territorio y se identifican por una indumentaria. Su registro delictivo es muy amplio, las hay que llegan al homicidio, lesiones graves y muy graves, incendios, y también las hay que apenas rozan infracciones penales leves.

El comportamiento tribal propio de la adolescencia y juventud y las acciones violentas que protagonizan son una manifestación de delincuencia expresiva o simbólica, las gamberradas protagonizadas por los miembros de estos colectivos pueden ser interpretadas como “un gesto de despilfarro agresivo, algo que expresa cierto vitalismo

⁸⁷ Análisis de las diferentes tipologías de bandas según la clasificación expuesta en HERRERO HERRERO. *Delincuencia de menores...*, cit., pp. 112 y ss.

reivindicativo, una espontaneidad inventiva que juega con los límites, tanto éticos como legales de la sociedad”⁸⁸.

En España los fenómenos grupales que han alcanzado mayor significación por su relación con la delincuencia juvenil son los siguientes:

- Okupas: grupos de jóvenes anti-sistema de ideología libertaria. Su dinámica consiste en la ocupación de inmuebles vacíos. Desarrollan cierto nivel de conflictividad derivado del enfrentamiento con las fuerzas de seguridad en el momento del desalojo.
- Movimiento skinhead: la violencia forma parte de su acervo cultural, es su forma de expresión. “En su universo de valores, la violencia es una expresión legítima y real de la individualidad, aunque eso implique que deban saltarse algunas reglas oficiales de la convivencia social”.
- Grupos nacionalistas como Jarrai: caracterizados por su nacionalismo contra el estado español. Principal protagonista del fenómeno Kale Borroca, responsables de acciones vandálicas en las calles del País Vasco y Navarra. Denominados por las instancias oficiales como “terrorismo de baja intensidad”.

Las bandas latinas, se consideran un fenómeno de aparición reciente vinculado al masivo movimiento migratorio desde países latinoamericanos hacia España producido a finales de la década de los noventa del siglo pasado. Uno de los grupos con más significación en nuestro país es el de los Latin Kings⁸⁹, banda que nace en un centro penitenciario de Illinois, Chicago, en la década de los cuarenta. En España los Latin Kings nacieron el 14 de febrero del 2000 en el municipio madrileño de Galapagar. Presentan una serie de características predicables de la mayoría de bandas latinas de nuestro país: estructura fuertemente jerarquizada, funcionamiento sectario, código de disciplina, código del silencio, reglamentos, signos de identidad, tradición de rezos y rituales, financiación, actividades ilícitas y pago de impuestos y cuotas. Operan en un territorio con conexiones transnacionales y en la clandestinidad. En nuestro país es destacable el proceso de

⁸⁸ COSTA, P. O/ PÉREZ TORNERO, J. M/ TROPEA, F.: *Tribus urbanas. El ansia de la identidad juvenil: entre el culto a la imagen y la autoformación a través de la violencia*. Barcelona, 1996, p. 39.

⁸⁹ MADRID, D. / MURCIA, J. : *Tribus urbanas, ritos, símbolos y costumbres*. Córdoba, 2008, pp. 192-194. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Las bandas latinas en España: una problemática emergente*, en Estudios sobre la responsabilidad penal de menor (coord. por GONZÁLEZ CUSSAC/ CUERDA ARNAU), Castellón, 2006, pp.280 y ss. BOTELLO, S. / MOLLA, A.: *Reyes latinos. Los códigos secretos de los Latin Kings en España*. Madrid, 2005.

legalización iniciado en Barcelona para convertir en asociaciones juveniles dentro de la legalidad a las dos bandas latinas con mayor presencia: Latin Kings y Ñetas.⁹⁰

3. LÍNEAS POLÍTICO CRIMINALES ANTE LA INFRACCIÓN JUVENIL Y MODELOS DE PREVENCIÓN.

La moderna criminología incorpora como uno de sus elementos de mayor importancia la necesidad de aportar criterios y estrategias enfocados a la prevención de la conducta desviada. Es una de las grandes aportaciones de la criminología ya que investigadas e identificadas las causas vinculadas al desarrollo de la conducta delictiva el paso siguiente es poner en práctica programas de actuación dirigidos a la neutralización o minoración de los factores predisponentes. Resulta de singular importancia la aplicación de programas preventivos dirigidos a niños, pues la investigación criminológica evidencia que muchas carreras criminales se han estado en la infancia y adolescencia, siendo complicado, instalada la persona en la marginalidad y el crimen, que los programas de prevención tengan alguna efectividad. Sin embargo, la actuación preventiva en la infancia o adolescencia resulta de mejor pronóstico al ser mucho más fácil cambiar los comportamientos y teniendo los programas efecto a más largo plazo.⁹¹

En la criminología se distinguen tres modelos o clases de prevención⁹²:

3.1 Prevención Primaria: es la más ambiciosa, dirigida a todos los ciudadanos con el fin de intervenir desde la raíz del problema y actuar antes de que el delito se manifieste, centrando la aplicación de programas educativos basados en la diversidad, con atención adecuada e individualizada a los alumnos con mayores problemas de adaptación a la escuela, programas de atención a la familia, diversos en función de la problemática, programas de ayuda social, mejora del entorno comunitario, elevación del nivel y calidad de vida de las personas. La prevención primaria es la herramienta más sólida en la prevención de la desviación pero acompañado a esa solidez, sus efectos no se perciben de forma inmediata pues opera siempre a medio y largo plazo.

⁹⁰ Véase. Artículo publicado en el artículo El País, el 6 de marzo de 2006, *Las bandas latinas buscan la paz*. FEIXA, C. / CANELLES, N. *De bandas latinas a asociaciones juveniles. La experiencia de Barcelona*.

⁹¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ. Derecho Penal Juvenil, p. 108.

⁹² GARCÍA PABLOS DE MOLINA. Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas, p.237.

3.2 Prevención Secundaria: actúa frente al delito cuando y donde se manifiesta. Opera a corto y medio plazo y se orienta selectivamente a colectivos particulares, se plasma en la política legislativa penal y en la acción policial. Puede centrar su acción en individuos en situación de riesgo. Su campo de actuación es muy amplio: prevención del consumo de drogas, programas contra el absentismo escolar, prevención del maltrato infantil, atención a menores abandonados o en situación de desamparo⁹³.

3.3 Prevención Terciaria: su objetivo es la población interna, y su fin evitar la reincidencia. Dentro del ámbito de la prevención terciaria cabe hacer mención a los programas de desjudicialización y diversión. Tales programas se comenzaron a utilizar en los países del Norte de Europa y como consecuencia de su éxito se han extendido a otros ordenamientos. Considera el profesor, GARCÍA PABLOS DE MOLINA⁹⁴ que en el ámbito de la delincuencia infanto-juvenil la política preventiva debe tener en cuenta las siguientes variables

a) Reflexión axiológica: dado que el menor imita a los adultos, cabe revisar los valores de la sociedad adulta. La contradicción entre los valores formalmente proclamados (el esfuerzo, respeto, solidaridad...) y los efectivamente vividos (éxito rápido, corrupción, actitudes y comportamientos egoístas), es absolutamente contraproducente y negativa generando actos de irrelevancia e indiferencia ante los valores considerados positivos. Por ello se impone una revisión de los valores proclamados y vividos.

b) Aprendizaje observacional y mensaje antipedagógico: para una adecuada prevención de la delincuencia se impone la necesidad de eliminar mensajes perversos sobre la bondad del éxito económico rápido, fácil y mediocre, revalorizando el éxito obtenido a través del esfuerzo, del trabajo... En este punto es muy importante el papel de los medios de comunicación que tienen como grandes consumidores a los menores, y a los que con tanta frecuencia se les transmite el perverso mensaje del éxito económico fácil y cómodo.

⁹³ Propuesta de programa de intervención para centros de protección de menores en: GARRIDO GENOVÉS, V.: Los centros de menores en la prevención de la delincuencia en España. Un programa genérico de actuación. Eguzkilore, núm. 11, San Sebastián. Diciembre 1997, pp. 181 y ss.

⁹⁴ GARCÍA PABLOS DE MOLINA., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas.*, pp. 257 a 259.

c) Criminalidad subcultural y rearme axiológico positivo: la sociedad debe proporcionar al joven alternativas positivas de mejora. Frente a la criminalidad expresiva y simbólica propia de la adolescencia como mecanismo de ruptura y diferenciación de la sociedad adulta, ésta debe ofrecer una alternativa axiológica positiva dirigida a la mejora de la propia sociedad, a través del fomento de conductas solidarias, de compromiso, esfuerzo...

d) Renovación cultural de ambiciosas políticas sociales: es en el ámbito de la prevención primaria la que con instrumentos más sólidos se enfrenta al problema de la delincuencia. Es imprescindible implementar mecanismos de disminución de las desigualdades sociales con el fin de dotar a todos los menores de similares oportunidades de integración en la sociedad.

Así, en los programas de prevención primaria, destacan los de intervención en los ámbitos escolar, familiar y comunitario, dirigidos a los niños con el fin de evitar conductas agresivas con las propuestas de entrenamiento cognitivo⁹⁵, que ofrecen estrategias y habilidades para mejorar la resolución de problemas, razonamientos, autocontrol y relaciones interpersonales, con el fin de que los menores tengan instrumentos para resolver sus conflictos y problemas de forma no violenta. Los programas dirigidos al entrenamiento de los padres en la educación y tratamiento de los hijos, son especialmente importantes, dado el inusitado incremento, como anteriormente hemos indicado, en los últimos años de los delitos de menores en el ámbito familiar (agresiones verbales, físicas y amenazantes a padres), el perfil del menor delincuente ha cambiado pareciendo un nuevo modelo de menor delincuente, vinculado a la sociedad del bienestar, ególatra y despotica, principalmente con sus padres, derivándose a las situaciones mencionadas que comprenden el maltrato familiar. Con dichos programas, se pretende que los padres aprendan y se instruyan en utilizar técnicas y destrezas efectivas de disciplina y que ignoren comportamientos egoístas, de tiranía o chantajistas de sus hijos. En este marco de intervención familiar, los programas que resultan más prácticos, son los dirigidos a la familia en su conjunto, a todos los miembros del ámbito y núcleo familiar. Es también muy importante la intervención de la escuela especialmente a edades tempranas (educación infantil y primaria)⁹⁶ y a nte problemáticas específicas como el

⁹⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ. *Derecho Penal juvenil*. p. 114

⁹⁶ Sobre experiencias de programas en este ámbito, vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ. *Derecho Penal juvenil*. Cit pp. 118 a 124

consumo de alcohol y drogas vinculadas claramente a las infracciones penales, en este ámbito cabe destacar el Plan Nacional sobre Drogas así como planes autonómicos⁹⁷.

En el marco de la prevención secundaria, se han relevado efectivos programas de actuación directa sobre adolescentes en situación de riesgo, dichos programas son intensivos a corto plazo, siendo efectivos en la disminución de comportamientos antisociales de agraviadores juveniles violentos o considerados crónicos, el desarrollo del contenido de los programas inciden en todos los ambientes en que se desenvuelven los jóvenes: familia, grupo de iguales (amigos), centros docentes (escuela), etc. ; Destacamos el programa “Pathé”, que se dirige a la intervención escolar sobre estudiantes de secundaria, su evaluación, reveló un significativo descenso del consumo de drogas y delincuencia y menos castigos y expulsiones escolares que en el grupo de control, y también el programa “Care”, de intervención escolar realizado en Baltimore que dio como resultado un significativo descenso de la delincuencia dos años después de su finalización⁹⁸.

Desde un distinto enfoque los programas de prevención situacional,⁹⁹ basados en las teorías tradicionales de la criminalidad van dirigidos a reducir las oportunidades en la comisión del delito, especialmente interesantes en el ámbito de la delincuencia juvenil por su carácter accidental y esporádico. Dado que desde esta posición se mantiene que el delito no se manifiesta de forma aleatoria sino que hay una mayor prevalencia del mismo en determinados lugares y momentos (lugares de ocio durante el fin de semana). El delincuente realiza un balance de costes y beneficios y actuará sólo en aquellos casos en que vaya a tener un beneficio con el menor esfuerzo posible, por ello las estrategias preventivas se basan en un incremento de los costes y en una reducción de beneficios¹⁰⁰.

⁹⁷ MAGRO SERVET, V.: *La prevención en la delincuencia juvenil*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 12 de abril de 2001, p. 4.

⁹⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ. Op. Cit., p p. 124-125. Véase, también diferentes programas de prevención secundaria en HERRERO HERRERO. *Delincuencia de menor...cit.*, pp.218 y ss.

⁹⁹ SUMMERS, L.: Las técnicas de prevención situacional del delito aplicadas a la delincuencia juvenil. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, Núm 12 009, p p. 395 y ss. Como indica SUMMERS, estos programas se basan en las siguientes teorías: la teoría de las actividades rutinarias (Cohen y Felson, 1979); la teoría de la elección racional (Cornish y Clarke, 1986); la teoría del patrón delictivo (Brantingham y Brantingham, 1984, 1993); aquellas teorías que enfatizan la modificación del ambiente físico para prevenir el delito, incluidas la prevención criminal basada en la modificación del ambiente físico (Jeffery, 1971) y la teoría del espacio defendible (Newman, 1972); y, por último, la policía orientada a la solución de problemas (Goldstein,1979).

¹⁰⁰ La alteración del balance coste/beneficio se realiza empleando unas técnicas que son distribuidas en cinco grupos: 1. Aumentar el esfuerzo. 2. Incrementar los riesgos. 3. Disminuir los beneficios. 4. Reducir

El estudio de las estrategias de prevención situacional en el ámbito de la delincuencia juvenil puede provocar que los infractores ocasionales desistan de cometer delitos y los que delinquen con mayor frecuencia reduzcan el número de delitos cometidos. En referencia a los programas dirigidos a evitar la reincidencia tienen como destinatarios a los menores que ya están cumpliendo una medida judicial y en el marco de la misma se realiza un programa de intervención educativa entre cuyos objetivos está el evitar la recidiva.

La línea política criminal de la ley 5/2000, supone la asunción de los principios básicos de los sistemas de responsabilidad en materia de respuesta a la delincuencia juvenil. Se parte de la consideración del menor como sujeto responsable en proceso de formación, de ahí que la respuesta frente al delito cometido por éste, a tendiendo a l proceso madurativo en curso, no puede ser la pena dirigida al adulto responsable, sino una consecuencia orientada a colaborar en la educación y formación de ese menor, por ello, frente al derecho penal adulto en el que las finalidades preventivo especiales juegan un papel secundario en la de terminación de qué pena es la más conveniente, pesando especialmente el delito cometido; en el derecho penal de menores la orientación es preventivo especial, valorándose en la concreción de la medida de manera muy especial las circunstancias que han podido influir en la conducta del menor. El intenso valor que se da a la educación en la ley se completa con un reconocimiento pleno de los derechos y garantías jurídicas, recogiendo todos los derechos plasmados en la CE y codificación, presididos todos ellos por el principio del interés superior del menor.

1. Éste era el espíritu inicial de la ley cuando se aprueba en enero del año 2000, sin embargo, la utilización política de l derecho penal por parte de los partidos políticos mayoritarios ha dado lugar a que el esquema inicial se haya visto desdibujado por una serie de reformas que hacen que nuestro sistema transite desde criterios garantistas y de responsabilidad a esquemas más próximos al modelo represivo adulto orientado hacia principios de proporcionalidad estricta, lo que ha conducido a que algún sector doctrinal¹⁰¹, califique el modelo actual como

provocaciones. 5. Eliminar excusas. Clasificación realizada por C ORNISH, D. B. y C LARKE, R. V. (2003). *Las técnicas de prevención situacional del delito aplicadas a la delincuencia juvenil*, p. 396.

¹⁰¹ GARCÍA PÉREZ, O.: *La reforma de 2006 de la ley de responsabilidad penal de los menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana*. En JORGE B ARREIRO/FEIJOO S ÁNCHEZ. *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores de lincentes?* Barcelona, 2007. CUERDA ARNAU, M^a L.: *Delincuencia juvenil y actuación en grupo: acoso escolar y*

“modelo de seguridad ciudadana”. Las modificaciones han ido endureciendo la respuesta frente a la delincuencia juvenil, respondiendo de esta forma al alarmismo que se ha ido generando en la opinión pública como consecuencia del negativo papel que en la valoración de la misma han hecho los medios de comunicación de masas¹⁰² generando, como ha afirmado el profesor LANDROVE¹⁰³ “una imagen moribunda, distorsionada y alarmista de la delincuencia juvenil en su conjunto, como si sus delitos más graves y violentos no fuesen los menos frecuentes”. Puntuales sucesos, especialmente dramáticos motivaron una reacción inmediata dirigida a legislar a golpe de clamor popular, generando una política criminal emocional frente a los criterios de racionalidad y lógica reclamados por las instancias doctrinales.

4. REFERENCIAS A INFORMES DELINCUENCIALES.

De manera sucinta y de acuerdo con la estadística comparada oficial, fundamentalmente elaborada por los correspondientes institutos policiales, de los países de nuestra área de cultura (países occidentales más industrializados) la delincuencia juvenil “in genere” se aproxima, en cuanto al volumen de los últimos años, al 15% de la delincuencia general total¹⁰⁴. Si bien, las estadísticas de algunas de esas naciones, como es el caso, por ejemplo, de Francia, ofrecen cifras apreciablemente mayores: 20 ó 22%¹⁰⁵. Por el contrario, otros países ofrecen estadísticas muy por debajo de la media. Las más bien escasas encuestas de “victimización” y los más escasos, aún informes de “delincuencia autorrevelada”, apuntan igualmente a la notable participación

bandas juveniles, Retos de la Política Criminal actual. REGASP, Núm. 9. Revista Galega de Seguridad Pública, p. 143.

¹⁰² Quizás, como subraya SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, el eufemismo uso del lenguaje del que hace gala la LORPM, ha contribuido a potenciar esa actitud en la opinión pública. *El sistema de medidas en la ley penal del menor y las alternativas al proceso*, en: JORGE BARREIRO/FEIJOO SÁNCHEZ. *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva interdisciplinaria ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Barcelona, 2007, p. 76. Sobre el papel de los medios en la imposición de un modelo emocional frente al racional., Véase SÁNCHEZ LÁZARO, F.G.: *¿Cómo se valora un texto normativo? Sobre el ejemplo del reciente anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en *Derecho Penal y Psicología del menor*, Universidad de La Laguna, 2007., p. 60. SOLA RECHE, E./SERRANO SOLÍS, M.: *Presente y futuro de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad de los menores (Aspectos problemáticos de la aplicación de la Ley Penal del Menor)*, en *Derecho Penal y Psicología del menor*, Universidad de la Laguna, 2007, p. 6.

¹⁰³ LANDROVE DÍAZ, G. *Bandas Juveniles y delincuencia*, cit., p. 5

¹⁰⁴ A este respecto: “Anuarios Estadísticos” del Ministerio del Interior de España...

¹⁰⁵ Sobre este particular puede verse: “Aspects de la criminalité et de la délinquance en France”, de estos últimos años, en publicación de “La Documentation française” (París). Estudios de prestigio de este país, como BORRICAND, J., ponen el acento, al analizar esta delincuencia, en el relevante número de sujetos activos detenidos. Y así afirma que: “cuantitativamente, las estadísticas ponen de manifiesto un crecimiento sensible de este fenómeno.

de los menores en el campo de la actividad penalmente ilícita. Aunque también, aquí, la cifra negra, es muy alta¹⁰⁶.

El volumen de la delincuencia juvenil, hace referencia a su cantidad, comprendiendo criterios cuantitativos (densidad y concentración de moográfica...); la orientación y la intensidad delictiva expresan por el contrario su calidad, ya que hacen referencia a los bienes, valores o intereses agredidos por el infractor y a la gravedad de la lección; poniendo de manifiesto cuál es el peligro de tales delitos para la convivencia de una comunidad, al mismo tiempo que advierten a ésta sobre las disfunciones de sus formas de civilización y cultura, capaces de desestructurarla más allá de lo estadísticamente “normal”¹⁰⁷. No podemos olvidar que ésta clase de disfunciones se convierten siempre en estímulos o incitaciones criminógenos. Sobre todo, cuando los receptores son personas en proceso del desarrollo biopsicológico y maduración en las relaciones¹⁰⁸. La infracción cometida y el modo de cometerlo apuntan siempre a las carencias afectivas, a la ausencia de los valores personales y sociales que afecten al infractor, así como a las privaciones socioeconómicas en que se ve envuelto. En ello, no está exenta de responsabilidad la sociedad concreta donde aquél habita¹⁰⁹.

En España, durante la última década, dejando aparte la avalancha de entrada de jóvenes emigrantes en los últimos años, la delincuencia juvenil en España ha transcurrido, estadísticamente, sin especiales sobresaltos graves. En comparación con otros países política y socioeconómicamente afines al nuestro, es, según las estadísticas oficiales, matizadamente menor en cuanto a su volumen se refiere. Efectivamente, y por ejemplo en

¹⁰⁶ Autores como N. QUELOZ, sostiene que algunos estudios, en este sentido, llevados a cabo en América del Norte y en algunos países de Europa occidental, revelan (“encuestas de autodenuncia”) que el 80% de los jóvenes de entre doce y dieciocho años, requeridos a través de aquellos, habían cometido alguno o algunos de los delitos insinuados.

¹⁰⁷ Como ha escrito PICCA, G.: “El principio de la normalidad estadística de la criminalidad en toda sociedad, fue planteado desde 1982 por Dukheim. Esta observación fundamental da lugar a una consecuencia: el crimen no encuentra sus fuentes en causas excepcionales sino en la cultura de la sociedad en que se observa. En consecuencia, siempre debe analizarse el fenómeno criminal en relación con una cultura determinada en el tiempo, o en el espacio. De ahí, que el objeto de una crítica prioritaria por parte del criminólogo deba ser los valores y las normas propuestas por la sociedad e impuestas por el derecho”.

¹⁰⁸ Precisamente, por este peculiar modo de ser y estar del menor se analiza la delincuencia juvenil como una parte especial o específica de la criminalidad. Por ello, estudiosos como STEFANI, G y LEVASSEUR, G., han hecho observar que han de subrayarse las grandes diferencias que existen entre la delincuencia de adultos y la juvenil porque: “tanto en lo que concierne de las formas de las delincuencias como en su significación, tanto en sus causas como en su tratamiento..., la edad constituye una característica individualidad que hace evolucionar la capacidad física y psíquica en virtud en determinado tiempo que vive”. (“Criminologie et Science Penitentiaire”, Edit. Dalloz, París, 1985, pp. 84 y 95.

¹⁰⁹ Sobre este aspecto, por ejemplo: SCHNEIDER, H.J.: (1994) “Causas de la delincuencia infantil y juvenil”, en: Revista de Derecho penal y Criminología, N.º.4.p. 800 y ss.

el año 2010, el número de detenidos fue de 212.000 dentro de la delincuencia en general. Los detenidos, dentro de la delincuencia juvenil, fueron, según las estadísticas policiales 27.117, para el mismo año. Conforme a esta cifra, pues, los delincuentes juveniles detenidos representarían alrededor del 12% de la delincuencia total.¹¹⁰ Ha de advertirse que es arriesgado y asimismo inidóneo tratar de deducir “ratios” representativos de la delincuencia juvenil, partiendo de la comparación entre el número de detenidos de adultos y de menores; ya que es mucho más frecuente que los menores actúen en grupo. Ello puede conllevar, y de hecho conlleva, en consecuencia, que una única lesión jurídica producida al mismo sujeto pasivo (por ejemplo, contra la vida), al tener que ser imputada como tal (delito de homicidio) a cada uno de los codelincuentes, crezca más el número de delincuentes detenidos cuanto mayor sea el grupo (codelincuente) de los mismos. Y todo ello, sin que el bien jurídico (aquí vida humana) haya sufrido más de trimento que se hubiese sido autor (o sujeto activo) una sola persona.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que los delincuentes adultos actúan con mucha más frecuencia solos que los delincuentes menores, tendremos que, por el mismo volumen de bienes jurídicos quebrantados, habrá más delincuentes menores detenidos que delincuentes mayores de edad. Este dato ha de tenerse en cuenta, pues, a la hora de medir la delincuencia juvenil cuando para ello se parta de comparar su magnitud de detenidos con la de adultos. Desde este punto de vista, es claro, que no puede afirmarse con seriedad, que por ejemplo, la delincuencia juvenil representa a un 10% de la delincuencia total porque esa sea la “ratio” respecto de detenidos menores y detenidos adultos. Como mucho, podrá hablarse, en estos casos, de proporción de delincuentes, pero no de representatividad de la delincuencia como tal, ya que, en esta, cuenta y mucho, el número de veces que son quebrantados, objetivamente, los bienes jurídicos protegidos.

5. ENTORNOS DE RIESGO Y TEORÍAS EXPLICATIVAS.

Los contextos y factores que se encuentran en la base del delinquir, según sociólogos, criminólogos, psicólogos y demás cultivadores de las ciencias de la conducta, se ajustan a diversos esquemas etiológicos para tratar de encajar, en los mismos, el origen de la delincuencia en general. En la actualidad, se acude a teorías psicobiológicas, psicomorales, psicosociales o interaccionistas y teorías del conflicto.

¹¹⁰ La fuente de estos datos: “Anuario Estadístico del Ministerio del Interior. Madrid: Secretaría General Técnica, 2010”.

5.1 Teorías psicobiológicas.

Con estas teorías, se pretende situar el origen del paso del acto criminoso en la existencia de una pluralidad heterogénea de factores, de carácter genético, psicobiológico y psicofisiológico, que incidiendo de forma aislada, o en convergencia, en el individuo afectado, le impulsan con mayor o menor fuerza a la acción y operación antisocial. En este campo, estarían los supuestos de excesos de agresividad y ofuscación mal encauzada y orientada, o procedente de estados patológicos y, por ello, difíciles o imposibles de controlar. En consecuencia, suelen confluír en violencia, factor predisponente del acto antisocial e igualmente, los casos de anomalías genéticas (malformación y repetición de grupos cromosómicos).

Especial referencia merece, la concepción hereditaria o constitucionalista, que considera al delincuente como poseedor de dos tipos de rasgos, conectados con el sistema nervioso. El primero, representado por un componente emocional, que hace a las personas ser frecuentemente extrovertidas. El segundo, caracterizado por la dificultad o ausencia de capacidad de dar respuesta condicionada a los estímulos. En virtud de ello, la persona afectada ha de enfrentarse a grandes obstáculos para poder interiorizar puntos de comportamientos adaptados.

5.2 Teorías psicomorales.

Según estas teorías, la delincuencia (o el delincuente como desencadenante de la misma) sería reflejo de la confirmación, en él, de actividades por los elementos biofisiológicos, psicológicos, sociológicos, morales o, por lo que es más probable, por la convergencia en distinto grado, de todos estos factores de una personalidad delincuencial. Personalidad estructurada a partir de un conjunto de características fundamentales, vertebradoras de la misma, operantes en grado superior a la media, y expresivas, por su tendencia, de valores contrarios a los de la comunidad. Estas particularidades estarían representadas sustancialmente, por el egocentrismo, la agresividad (negativa) y la indiferencia afectiva¹¹¹.

¹¹¹ Así, las características neutralizarían los frenos inhibitorios frente a las pulsiones antisociales de la persona infractora. De modo complementario bastaría, para que estas radicales características de personalidad propias del acto antisocial, se proyectarán, de forma eficientemente concreta, en el mundo real, que el afectado por ellas un mínimo de “adaptación social” (habilidad y habilitación cognoscitiva y práctica del medio) y se encontra, al mismo tiempo, con la ocasión propicia o inmediatamente provocante. (E. de Greeff, Hesnard, Mailloux, Pinatel, Favard, Cario).

5.3 Teorías psicosociales o interaccionistas moderadas.

Desde la óptica de estas teorías, la delincuencia es fruto de la interacción entre estímulos individuales, sociales y situacionales. Prevalciendo, en todo caso, los estímulos sociales y situacionales, de carácter de estructura. Se impondrían, casi siempre, a determinados individuos, viniendo su escasa resistencia interior frente a aquellos, por carecer de recursos personales adecuados (de valores de convivencia, de respeto al prójimo, de motivación...) ¹¹²

5.4 Teorías del conflicto.

Para estas teorías, la delincuencia se desencadena impulsada por las contradicciones de las modernas sociedades, cultivadoras decididas de los valores del “tener” sobre los del “ser”; abiertas a la opulencia y receptivas de grandes bolsos de pobreza y hasta de indigencia. O exaltadoras del éxito puramente material, a la vez que mezquinas en proporcionar a sus miembros igualdad de oportunidades para lograrlo. Es decir, abonadoras de la llamada privación relativa, caldo de cultivo de inestabilidad social y hasta de revancha colectiva ¹¹³.

Así, todas las teorías mencionadas, afirman una serie de explicaciones en torno a la comprensión de la delincuencia: en lo que respecta a las teorías psicobiológicas: parecen explicar, adecuadamente, la delincuencia que PINATEL, ha denominado “psiquiátricamente definida”, es decir, la delincuencia que deriva de personas afectadas por psicopatías intensas (homicidios, violaciones, calumnias e injurias proferidas por los psicópatas necesitados de estimación...) ¹¹⁴, y sobre todo, estarían en conexión con estas tesis las conductas antisociales activadas por psicóticos bajo el influjo directo de la correspondiente psicosis, siempre que la psicosis de que se trate esté cimentada en base psicobiológica. El esquizofrénico, por ejemplo, sobre todo en los períodos de crisis aguda,

¹¹² Desde esta óptica, la criminalidad debe entenderse, por ejemplo, como un producto del aprendizaje “asociación diferencial”, de SUTHERLAND; como aceptación de una cultura específica, acogedora de ideales antisociales e incluso, antiéticos; COHEN.A; como fruto de ausencia o deficiente control social HIRSCHI.T; Se habla de teorías interaccionistas moderadas, porque existen, también, teorías de orientación psicosocial tendentes a explicar la criminalidad de sde postulados más o menos críticos, extremistas o radicalizados, aunque con diversa intensidad de tonos.

¹¹³ Estas sociedades son propicias para engendrar frustración, resentimiento, agresividad, pasotismo; ingredientes, todos ellos de delincuencia (delitos de lesiones, delitos contra la propiedad, delitos contra la salud pública -tráfico ilícito de drogas-)... (PARSONS, T. MERTON; MILLER; MATZ; SONGER...)

¹¹⁴ Para un concepto de psicópata y sus clases, puede verse: SCHNEIDER, K...: “Las personalidades psicopáticas”. Madrid: Morata, 1974; o, el magnífico estudio de GARRIDO GENOVÉS, V.: Psicópata ;Dir. Valencia: Lo Blanch., 1993.

y cuando la enfermedad cursa con delirio, está predispuesta a la comisión de delitos contra las personas: contra la vida o la integridad física¹¹⁵.

Fuera del ámbito de las psicopatías y psicosis, existen delitos de daños, de lesiones, o contra la vida, ocasionados a partir de las llamadas “reacciones primitivas”, y los mismos delitos, o parecidos, pueden devenir en virtud, asimismo, de las denominadas “reacciones afectivas” (“cólera anómala”), que hacen que la persona afectada elabore su respuesta activa encontrándose psicológicamente bloqueada¹¹⁶.

En lo que respecta a las teorías psicomorales: éstas, pueden esclarecer de algún modo los delitos provocados por crisis de valores, necesarios para la convivencia más elemental. Por ejemplo, la solidaridad con la vida o la integridad física de los otros (es el caso, en los delitos de omisión de deber de socorro...). Los provocados por crisis profundas de identidad del propio yo (conversión, por ejemplo, de persona pacífica en terrorista).

En cuanto a las teorías interaccionistas: éstas parecen explicar, especialmente, la delincuencia de “ghetto”, de grupos endogámicos y de pandilla. Es decir, cierta delincuencia tradicional o “hereditaria” (mafia); delincuencia de grupos étnicos; delitos de vandalismo¹¹⁷ y algunos delitos “callejeros”¹¹⁸. Y, desde luego los llamados delitos de

¹¹⁵ Para estas cuestiones, puede verse: GARCÍA ANDRADE, J.A.: “Psiquiatría Criminal y Forense”. Madrid: Centro de Estudios “Ramón Areces”. 1993.

¹¹⁶ Desde esta visión psicofisiológica o psicobiológica, pueden esclarecerse, igualmente, determinados delitos de injurias, atentados a la autoridad, robos con violencia e intimidación, porque en la base de los mismos se encuentra una factorialidad prevalente, fundada en crisis fundamentalmente de carácter fisiológico acontecida en no pocos adolescentes.

¹¹⁷ El “vandalismo” es un fenómeno que consiste en llevar a cabo comportamientos, dentro de un contexto urbano, orientados, de forma directa a producir daños o estragos materiales de forma puramente gratuita, sobre todo con respecto a muebles o inmuebles de carácter público o al servicio del público (cabinas telefónicas, paradas de autobuses, farolas de alumbrado público, pintadas en fachadas y monumentos). HERRERO HERRERO, C.: Criminología. Parte General y Especial. 2ª Ed. Madrid: Edit. Dykinson, 2001., pp.423 y ss.

El vandalismo de menores no puede confundirse sino más con la delincuencia callejera. El vandalismo puede asimilarse a dicha delincuencia en cuanto lesiona bienes jurídicos (la propiedad ajena) dentro de un contexto urbano, mediante el ejercicio de la violencia. Y, a veces excesiva, pero en el vandalismo, esta violencia no va dirigida directamente contra las personas ni para apropiarse de las cosas, BAILLEAU, F.” Délinquance et autres incivilités”, en: Information sociales, (84), 2000., p. 114 y ss.

El acto vandálico emerge desde motivación distinta. Ésta desde luego no descansa por ejemplo, ni en el ánimo de lucro ni en la satisfacción de la libido, ni en obviar oposiciones de terceras personas... La acción vandálica está impulsada por la satisfacción que produce, en el sujeto, la acción destructora.

¹¹⁸ Delitos callejeros, en su mayoría, han existido siempre. Sin embargo, debido a la consolidación de las sociedades modernas, masificadas, caracterizadas por relaciones secundarias y el anonimato, tales infracciones se han multiplicado, apareciendo algunas nuevas. En todo caso no se está ante delitos específicamente unitarios, pues no hacen referencia a la lesión de un solo bien social o jurídico, sin ante ataques de bienes o valores múltiples, realizados de semejantes modos. La modalidad semejante consiste en

“imitación”, exhibidos y a veces, sublimados por determinados medios de comunicación de masas.

Y en referencia a las teorías de conflicto: podrían hacer inteligibles los comportamientos relacionados con no pocos delitos socio-económicos, delitos conectados con la “cultura de evasión” e incluso, contra el orden público. Es decir, gran parte de los comportamientos antisociales emergentes que impulsan la llamada “cultura de la ilegalidad”.

6. ESPECULACIONES Y FACTORES AL ÁMBITO DE LA DELINCUENCIA DE MENORES.

Entre la delincuencia de los adultos y la de menores, existen numerosas diferencias, tanto en lo que conviene a las formas de la delincuencia como en su significación, tanto en sus causas, como en su tratamiento... lo que se explicaría porque la “edad constituye una característica individual que hace evolucionar la personalidad física y psíquica en virtud del tiempo determinado en que se vive”¹¹⁹. Pero, no obstante tales diferencias, con las matizaciones precisas, los contenidos de las teorías, son proyectables al mundo de la delincuencia juvenil. Con no rara frecuencia, en la base de los actos antisociales de menores de edad, se encuentran en proporción alta, factores psicobiológicos o psicofisiológicos. Los factores de carácter psicomoral (crisis de identidad personal, de conflicto, individual...) subyacen, por ejemplo, en el llamado “delito utilitario”, cometido por adolescentes. Delito que, por su objeto material, ha de encuadrarse en los delitos contra el patrimonio, pero cuyo móvil no es el lucro, sino el dar respuesta a su ansia de afirmación personal.

El autor NOEL MACCLOUX, en su estudio: “las vicisitudes del -super-yo- en el joven delincuente”, ha expuesto cómo, tras largas experiencias con muchachos, ha podido concluir que la personalidad criminal, casi siempre, hunde sus raíces en una crisis profunda de identidad por parte del niño. Crisis que puede surgir, por ejemplo, cuando los otros niños de su edad no guarden para con él, el mismo respeto que él se exige para ellos, o cuando los padres, ansiosos le repiten constantemente ante sus travesuras, fracasos

cometerlos con manifiesto afán de agredir, gratificándose con la acción violenta o con un cierto desafío a los controles de la conducta antisocial.

Esta delincuencia llamada en España, “callejera”; en Italia “microcriminalidad” o “criminalidad difusa”; en Francia “criminalité de voie publique” o “criminalité de proximité” y, en el área anglosajona, “street delinquency”, produce en la gran parte de la población, en la gente normal, sentimientos de gran inseguridad, de profundo y próximo temor a ser victimizadas.

¹¹⁹ Para profundizar sobre el tema véase: G. STEFANI, G. y LEVASSEUR, G. *Criminologie et Science Pénitentire*. Paris: Dalloz, 1995, pp. 84 y 95.

escolares u otros comportamientos parecidos, que “no esperaban otra cosa de él...”¹²⁰ El niño, ante esas identificaciones negativas, se va revistiendo, progresivamente, de las radicales de personalidad, que propician el paso a la cto de sviado. Es, desde luego, innegable la existencia de factores sociales en el origen de la delincuencia juvenil. Concretamente en la llamada “delincuencia heredada” (no herencia genética, sino por aprendizaje generacional, familiar o temprana convivencia) y, también por supuesto, operan factores sociales en la delincuencia incubada a impulsos de disfunciones familiares características¹²¹. Como factores pueden señalarse:

6.1 Factores internos.

- El progreso de la medicina, que al propiciar la disminución de la mortalidad infantil, comporta, simultáneamente, el incremento del número de niños “difíciles”.
- Calidad de la alimentación, que hace posible el crecimiento físico más rápido, y por lo mismo, otorga una pronta madurez física, pero no la correlativa madurez intelectual, afectiva y psicosocial. Este desequilibrio retarda la adquisición del sentido de la responsabilidad. Esta mezcla de cuerpo de adulto y psicología de niño configura una simetría peligrosa: incidencia, en estos menores de estímulos criminógenos con parecida intensidad a la de los adultos, sin tener la capacidad de persona adulta para hacerlo frecuente. Sin olvidar, que en base a la moldeabilidad de los elementos esenciales de la personalidad de los mismos, más propicia, si cabe en tales situaciones, estos menores tienden, espontáneamente, a la imitación de los mayores y no siempre, precisamente, en sus comportamientos más constructivos.

6.2 Factores externos.

-Deficiencias causadas en el medio familiar, proyectadas en general, en malos ejemplos de convivencia, ausencia de autoridad, sobre todo por parte del padre; trabajo absorbente de ambos cónyuges, negligencia o falta de tiempo en la transmisión de los valores positivos para autorrealizarse y para convivir de forma respetuosa y pacífica, que han de ir sedimentándose en el niño a través, sobre todo, de la socialización primaria. Escasez o

¹²⁰ Del mismo modo, para profundizar sobre esta temática, véase: MAILLOUX, N. “Las vicisitudes del super-yo”. En el *Pénitentiaire*. París: Dalloz, 1995., pp. 84 y 95.

¹²¹ ABRAHAMSEN, D. *La mente asesina*, México: F.C.E. 1986. También, a este respecto: HERRERO HERRERO, C. (1989). “Perspectivas criminológicas del menor marginado”. En: *Ciencia Policial*, (5) p. 21 y ss.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Madrid: Colex, 2003, pp. 121 y ss.

privación de cariño o afecto excesivo por parte de la figura materna, paterna, o de los dos. Padres que “lo perdonen todo”, que ni siquiera reprenden ante la comisión de los primeros delitos. Ausencia de actividades y de métodos en la enseñanza del niño o adolescente a controlar la agresividad que, aunque sea un fenómeno natural, ha de ser encontrada para que no desemboque en violencia, auto-agresividad anormal, o, incluso, patológicas.

- Deficiencia de la sociedad en:

a) Su actitud permisiva, que aniquila, con relación a los ciudadanos y, sobre todo los más jóvenes, numerosos frenos de resistencia a las malas tentaciones respecto de bienes, valores o interés de esa misma sociedad.

b) En su tendencia marcada a descansar sobre el dinero y el poder, lo que origina sentimientos de exclusión de los desfavorecidos, con respecto a la sociedad que la asume. Para afirmarse frente a ella, hay menores que acuden a la violencia, viéndose para el propósito, incluso de forma establemente organizada (bandas).

c) En la presencia y cultivo de sentimientos de angustia, de tedio..., bastante generalizados. Generados, al menos en su origen, por el abandono de referencias éticas, religiosas, humanísticas y culturales.

Todo ello acompañado del efecto de vacío personal, que se intenta llenar con nuevas y cada vez más intensas sensaciones, buscando, para ello, casi en exclusiva, alcanzar el placer inmediato. Lo que se oponga a ese fin, tiende a ser considerado como represivo o retrógrado.

7. ÁREAS CONTEXTUALES CRIMINÓGENAS.

En el entorno del menor hay determinados contextos sociales e institucionales que generan destacadas disfunciones, impulsoras de la criminalidad o infracción juveniles:

7.1. Área de la educación escolar: en este espacio existen, lagunas que impulsan a situaciones de marginación. Marginación que, por sus motivaciones, engendra de manera especial reacciones de desprecio social, agresividad y violencia. La escuela debería ir por delante de las “desviaciones sociales”, centrandose, en cada momento, el ideal educativo, elaborable desde postulados humanistas. Sin embargo, acaece, lo contrario. La escuela se limita a transmitir los mensajes de la cultura ambiente. En una sociedad tecnificada y

economicista, donde lo que importa es el éxito financiero (que es lo que otorga, en ella, el estatus social) y el joven valioso es el que supera las disciplinas orientadas a aquel fin. Inclusive se suprimen hasta, las disciplinas humanísticas. A los adolescentes que fracasan, por ello, en este sistema de estudios, se tiende a juzgarlos como poco valiosos y ellos mismos a considerarse, por sentimiento de frustración como fracasados y, a la postre, como marginados. Esto es extensible, por supuesto, a los no escolarizados¹²².

7.2. Área socioeconómica y de relaciones sociales: trabajos empíricos en torno a estas vertientes ponen de manifiesto cómo las precarias condiciones económicas familiares, el contexto inadecuado, las relaciones sociales, permanentemente distorsionantes con respecto al modelo considerable como “normal”, impide la aproximación a valores de realización personal y equilibrada y, por tanto, favorecedoras de una relativa adaptación social de convivencia. Los niños y adolescentes, inmersos en estos parámetros de referencia, están expuestos a la conducta “anormal”, no sólo por la presencia de los referidos agentes objetivos, sino también, por la ausencia de orientación parental idónea (los padres estarían incapacitados para infiltrar en sus hijas pautas socialmente integradoras)¹²³.

7.3. Área de las relaciones laborales: existen niños, adolescentes y jóvenes laboralmente explotados, que son aceptados, incluso por sus familiares más próximos, tan sólo como instrumentos de ingreso económico. Es imprescindible, por ello, que tales niños, adolescentes y jóvenes, que se ven envueltos en esas condiciones, tengan poco que agradecer al sistema social que le permite y consecuentemente, se sientan inclinados a despreciar sus valores y sus normas.

7.4. Área de la marginación étnica: la persistencia de la marginación, alejamiento y separación por pertenencia a determinados grupos raciales: se ha venido afirmando en Estados Unidos que el índice delictivo de las personas de raza negra sería de dos a cinco veces más alto que el referido a la población en general, exceptuados puertorriqueños y chicanos que de linquían, a proximadamente, con la frecuencia de los primeros. Algo análogo se ha mantenido en España, con relación a etnias minoritarias concretamente, con

¹²² Sobre este particular puede verse en: COY, E. y MARTÍNEZ, M^a del C. *Desviación social. Una aproximación a la teoría y a la intervención*. Murcia: Universidad, 1998., pp. 118 y ss.

¹²³ FERNÁNDEZ MOLINA, E. “Panorama actual de la delincuencia juvenil”. Obra. Col. Coord. por el GIMÉNEZ SALINAS. “Justicia de menores, una justicia mayor”. Madrid: CGPJ., 2000.

relación a los gitanos —si bien no existen— respecto de tal afirmación, estadísticas sólidas. Desde luego, se da como cierto que los gitanos (aproximadamente, el 1% de la población española) ha venido cometiendo, proporcionalmente, más homicidios, más agresiones contra la integridad física, más hurtos y robos..., que los no gitanos.

7.5. Área en el consumo de tóxicos: el entorno consumista y habitual de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y otras relacionadas con drogas tóxicas, proporciona un problema capital a la hora de abordar la cuestión de las drogas, que no es el de su relación con la delincuencia, sino indagar por qué, a pesar de sus trágicas secuelas, tanto personales como sociales, múltiples veces como generaciones de todas las clases sociales, de todos los países del mundo, se entregan a su consumo.

No obstante, en este punto es interesante, establecer la influencia del consumo de drogas en el origen de la delincuencia. A este respecto, hay que decir, que empezar, que carecen de fundamento empírico, las afirmaciones que si túan, en el consumo de tales sustancias, la génesis de más del 60% de la criminalidad. Aunque, tales sustancias en las infracciones cometidas por jóvenes, a parecen como factor influyente en una alta proporcionalidad. Por lo que respecta a la criminalidad endógena del consumidor, hay que apuntar a: delitos de imprudencia, o por dolo eventual, cometidos por él. Delitos de daños sobre las cosas, lesiones sobre las personas e, incluso, contra la vida, debido a los impulsos violentos, desencadenados por los efectos propios (estimulantes o desinhibidores) de la mayoría de tales sustancias. Casi todas ellas potenciadoras de la agresividad negativa y, por tanto de la violencia.

Por lo que atañe a la criminalidad exógena del consumidor, cabe destacar: delitos contra el patrimonio (robos con violencia o intimidación, o con fuerza en las cosas, hurtos...); falsificaciones de recetas para obtener el producto estimulante en farmacias; tráfico de estupefacientes, destinado a acaparar fondos para el propio consumo.

Se podría concluir que la droga, por sí misma, no es causa eficiente estimulante de comportamientos delictivos. Con frecuencia, quien accede a la droga es ya delincuente, se había iniciado ya en la delincuencia.

Quienes ya eran infractores, si no acceder a la droga, convirtiéndose en drogodependientes, potencian su carrera delictiva. Se presenta, pues, la droga, en estos supuestos, como virtud criminógena potenciadora.

También, se podría añadir que los delincuentes drogadictos generan una parte considerable de la “cifra negra” del delito en nuestras sociedades postindustrializadas. Agraviadores y toxicómanos no si empre convergen en su área social de procedencia. Cada vez más se incorporan al consumo jóvenes de extracción social media, e incluso, alta¹²⁴.

7.6. Área de la victimización de niños tratados como cosas: hace algunos años, podía afirmarse que no existían datos suficientes, ni rigurosos, sobre las múltiples vertientes victimizadoras en relación con los menores.

Hoy, por el contrario, se puede determinar con suficiente conocimiento de la causa sobre ellos, porque tanto organizaciones internacionales, instituciones de carácter público como organizaciones privadas o semiprivadas, con solvencia y capacidad probada, vienen suministrando, al respecto, información y datos suficientes. Al mismo tiempo que están de acuerdo en que tal plural victimización influye, de manera vigorosa e intensamente, en la gestión de numerosos comportamientos antisociales de los menores-víctima.

La amplia victimización de menores se está convirtiendo, por la propia naturaleza de los mismos hechos, sus contextos perversos, la personalidad en formación de las víctimas, en elementos notablemente destructores para la vida de estos niños y como una consecuencia inevitable, en diversa y dinámica fuente criminógena en relación con ellos¹²⁵.

7.7. Área de la política criminal infantil: los distintos agentes del “sistema penal” como consideramos obvio, no tienen ninguna misión de estimular la delincuencia. Pero no es menos cierto que, en la medida en que actúen de manera disfuncional, se convierten o pueden convertirse en creadores de incentivos delincuenciales. Desde esta perspectiva, cabría advertir a funcionarios y autoridades que han de tratar con menores, sea porque éstos han sido víctimas del delito o porque han sido sujetos activos de comportamientos ilícitos, que una inadecuada relación con estos ciudadanos, en pleno y forzoso período de

¹²⁴ Puede verse, a este respecto, NEUMAN, E. *Droga y criminología*. México: Siglo XXI., 1984; GARRIDO GENOVÉS, V.: *Delincuencia juvenil*. Madrid: Alhambra, 1987., pp. 153-156.

¹²⁵ Sobre este asunto puede verse: “Informe sobre renta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, elaborado por U. Muntarbhom, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de N.V, Secretaría General, octubre, 1994; “Informe sobre el niño como víctima y autor de delitos”, Secretaría General de N.U., Viena, mayo 1996; “Apartado III. Minus Sانس droit, minus victimes de la traite: les situations à niques”, en Informe- encuesta de BIUS-ADRI, 2000. “Les minensis étrangeus isolés: Les reponses des professionnels sur Paris-Ile de France”; “Propuesta de Plan de Acción contra la explotación sexual de menores”, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.

desarrollo personal, estaría destinada a convertirse en criminológicamente negativa. Por esta razón, las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores” avisan sobre la necesidad de no producir daños condicionales al menor de turno, cuando se produce el primer contacto con los referidos funcionarios, los funcionarios deben “hacer cumplir la ley”. No deben utilizar ninguna clase de lenguaje duro, han de abstenerse del uso de violencia física, a que no la mezclen durante la detención, con el ambiente de los adultos o de menores “habituales”... Estos primeros contactos con funcionarios de policía son de particular importancia porque pueden influir, profundamente, en la futura actitud del menor hacia las instituciones del Estado y de la sociedad.

Sin a ludir, que el éxito o fracaso de cualquier intervención de tratamiento, reinserción social, reeducación, va a depender, en gran medida, de la percepción favorable. Por el lo, para efectuar estas misiones con menores, las “Reglas de Beijing” exigen, de forma consecuente, la oportuna especialización policial, necesaria siempre, para hacer frente a la delincuencia de menores, con preferencia en su forma de prevención¹²⁶.

¹²⁶ A este respecto, y de forma más amplia, puede verse HERRERO HERRERO, C. “Prevención Policial. Un instrumento necesario en la lucha contra la delincuencia”. En: *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior*. Madrid: Ministerio del Interior, (127). 1992., pp. 24 y ss.

CAPITULO III.

EL ESTATUTO DEL MENOR INFRACTOR EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES Y NACIONALES.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

La idea de establecer una justicia penal diferente para los menores surge en Chicago, en 1899, donde el movimiento: “Los salvadores del Niño” impulsó la creación de un Tribunal para niños, lo cual constituyó el primer intento que se conoce de tratarles de forma distinta a los adultos que tenían que someterse a un procedimiento penal, y pronto estas instituciones se extendieron al resto del país. Se le dio al Tribunal de competencia en materia de niños “ dependientes, abandonados y delincuentes”. La competencia de dicho Tribunal no se limitaba a la posibilidad de intervenir cuando el menor realizaba una infracción penal, sino que su misión era igualmente la prevención y la actuación respecto de los menores en todas las cuestiones familiares o de protección que fuesen necesarias, sin que existiesen unos procedimientos formales y a través de su intervención, el Juez tenía amplios poderes de actuación y decisión.

De forma paralela, en Europa se fueron creando en Gran Bretaña (1912), España (1920), Los Países Bajos (1921), Alemania (1922) y Austria (1922), de tal forma que en 1931 se podían contabilizar treinta países con Tribunales específicos para menores o jóvenes.

A pesar de que ninguna norma internacional ha llegado a imponer la obligación a los Estados de tener Tribunales o Juzgados específicos de menores, lo cierto es que hay una tendencia generalizada a, al menos, tener un sistema jurídico diferenciado de los adultos que al mismo tiempo establezca sus derechos y garantías¹²⁷.

Nuestro país, a consecuencia de los movimientos filantrópicos que se crearon para proteger a los niños frente a los excesos y condiciones de miseria que surgieron de la

¹²⁷ Así, el Art. 40.3 de la “ Convención sobre Derechos del Niño”, de termina que : “ Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes...”.

rápida industrialización de principios de siglo, vio nacer en Cataluña y el País Vasco los primeros Tribunales de niños en Bilbao (1920), Tarragona (1920) y Barcelona (1921).¹²⁸

La primera ley que reguló su funcionamiento fue la Ley de Bases sobre organización y atribuciones de Tribunales para niños, publicados el 15 de agosto de 1918, objeto de sucesivas reformas hasta llegar al Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores y el Reglamento para su aplicación de 11 de junio de 1948. Este texto ha estado vigente hasta 1992 en que se publicó la ley 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento en los juzgados de menores. Si se tiene en cuenta que desde 1978 existe una Constitución que establece un sistema de garantías y derechos de las personas que deben someterse a un procedimiento judicial, sin distinción de edades y sobre la base del principio de igualdad contenido en su Art. 14.

El Texto de 1948 consideraba al menor infractor como un ser enfermo necesitado de ayuda y tratamiento y en consonancia con la exención de responsabilidad penal que los sucesivos Códigos Penales establecían para los menores de dieciséis años, creó un sistema inquisitivo en el que al Juez le eran otorgados amplios poderes, sin que existiese prácticamente ningún control a sus actuaciones y decisiones porque se entendía que todo lo hacía para ayudar y proteger al menor (de ahí la terminología “tutelar”), que aún no era responsable de sus actos.¹²⁹ Principios que hoy, resulta impensable que estén ausentes del proceso penal, tales como los de legalidad, tipicidad, acusatorio formal, contradicción y doble instancia o garantías como el derecho a ser informado o a ser asistido de letrado estaban proscritos puesto que, como todo era en bien del menor, no se estimaba necesaria su aplicación ya que se le estaba protegiendo.

El Juez podía actuar contra el menor que había cometido una infracción criminal y contra el que no la había cometido, puesto que la ley podía ser también aplicada a los menores que cometiesen conductas no delictivas pero que se consideraban irregulares, ya que su ámbito se extendía a los casos de menores de dieciséis años prostituidos,

¹²⁸ ALBÓ MARTÍ, R., *Los Tribunales para niños*. El Tribunal para niños de Barcelona y su actuación en el primer semestre de funcionamiento, Barcelona, 1922.

¹²⁹ Un número considerable de autores denunciaron la ausencia de garantías en esta legislación: BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, 1980; BERISTAIN, A., *Medidas penales en derecho contemporáneo*, Madrid, 1974; GIMENEZ-SALINAS COLOMER, E., *Delincuencia juvenil y control social*, Barcelona, 1981; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada en psicología social y sistema penal*, pp. 209-228.

MOVILLA ÁLVAREZ, CI., “Jurisdicción de menores y Constitución” en *los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*, Madrid, 1983; GONZÁLEZ ZORRILLA, C., “La justicia de menores en España”, epílogo al libro *La justicia de menores* de GAETANO DE LEO.

licenciosos, vagos y vagabundos, siempre que, a juicio del Tribunal respectivo, requieran el ejercicio de su facultad reformadora.

MENDIZÁBAL O SES, estableció una relación de cuales podían ser estas conductas irregulares y las clasificó según que supusiesen un atentado contra la propia realidad vital del menor, contra el significado de lo tuyo y lo mío o contra el respeto que nos merecen los demás. Dentro de la primera categoría incluyó como tales conductas los atentados contra la propia vida o la salud, frecuentar establecimientos inadecuados para su edad, vagar o deambular a de shora y pernóctar en la vía pública o de spoblado, merodear en las proximidades de las vías férreas, aeropuertos, autopistas o carreteras, ejercer la mendicidad y observar una conducta desordenada, disoluta o indecente. En el centro de la segunda categoría incluyó como conductas irregulares el apropiarse de cosas que no le pertenecen, utilizar las cosas comunes sin el cuidado de las que se usan como propias, molestar o causar daño a los animales ajenos u observar una conducta obscena en público.¹³⁰

El menor no tenía derecho a la defensa de un letrado, no era informado de sus derechos porque prácticamente no tenía ninguno y no existían unas normas de procedimiento ya que el Juez expresamente estaba autorizado en el Art. 15 de la LTTM, a no someterse a ninguno. La presencia del Ministerio Público no estaba prevista, por lo que el proceso era de carácter inquisitivo y el sistema de recursos a las resoluciones de los Jueces, que no tenían obligación de fundamentarlas, siendo por tanto, muy limitado.

Lo más grave de todo ello, fueron las consecuencias sufridas por los menores, ya que la ley preveía la posibilidad de adoptar diversas medidas con relación a ellos, entre las cuales se encontraba la de internamiento, sin especificar el límite máximo de su duración y sin que el Magistrado estuviese obligado a determinar lo o a revisar su resolución cada cierto tiempo.

De acuerdo con esa filosofía, los antiguos TTM, además de la facultad de reforma, que tenía carácter penal, asumían la llamada “facultad protectora” en virtud de la cual actuaban en protección de los menores “contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda o educación”. En realidad, ambas funciones o facultades se confundieron en la práctica y con frecuencia a un menor que se encontraba en una situación respecto de la

¹³⁰ MENDIZÁBAL OSES, L., *Introducción al Derecho Correccional de Menores*. Madrid: Instituto de la Juventud, 1974, pp. 260 y ss.

que era necesario adoptar alguna medida protectora,¹³¹ se le acababan aplicando auténticas medidas de reforma consistentes, incluso en privaciones de libertad, si cometían una infracción o incluso sin cometerla, por el mero hecho de fugarse de su domicilio. Se entendía que, como la actuación del Juez siempre iba a redundar en ayuda del menor, no importaba mezclar protección y reforma de menores e internarles durante largo tiempo en un centro de reforma y a que así se pensaba que a la vez se les estaba protegiendo. A consecuencia de ello, principios como el de legalidad o proporcionalidad ni siquiera se planteaban en el procedimiento, y a que no se estimaban necesarios al hacerse todo en interés del menor.

La Constitución de 1978 determinó un cambio sustancial que motivó importantes reformas legislativas tendentes a adaptar las leyes penales sustantivas y procesales a los principios y garantías que estableció.

Sin embargo, en la justicia de menores no hubo cambios significativos y se desconocían principios constitucionales como el de legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y tipicidad (Arts. 9 y 25.1), interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades (Art. 10.2), igualdad ante la ley (Art. 14), libertad y seguridad (Art. 17), o derechos como el de la tutela efectiva, al Juez natural predeterminado por la ley, a la defensa de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia (Art. 24).

Tras la STC 36/91 de 13 de febrero, que declaró inconstitucional el anteriormente mencionado Art. 15 de la LTTM, (lo que conllevó la promulgación de la LO 4/92 de 5 de junio, reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores), la justicia de menores se encontraba en una situación de interinidad procesal y de indefinición en la tramitación del proceso de menores, que hacía de la promulgación de una nueva legislación una auténtica cuestión de urgente necesidad legislativa.

Ya, la LTTM, establecía como principio general de la justicia de reforma de menores, que dicha legislación no tendría carácter represivo, sino educativo y tutelar; esta

¹³¹ Piénsese en casos de menores objetos de malos tratos, abandono o imposibilidad de los padres o tutores de atender a sus hijos.

premisa es realizada de forma efectiva por el legislador y plasmada en la LO 4/92¹³² en la que se establecieron los planes garantistas básicos para que el menor, como sujeto pasivo del procedimiento, gozara de las mismas garantías que los mayores tenían en la jurisdicción ordinaria. De este modo, se atribuye al Ministerio Público, (por vez primera en la historia legislativa de nuestros procedimientos penales, y a nuestro entender como “experiencia piloto”), la instrucción, o, si se quiere la fase de investigación del procedimiento. Desapareciendo en esta Jurisdicción la figura del Juez instructor, permaneciendo el órgano judicial exclusivamente para el enjuiciamiento de los hechos, y en su caso, para la adaptación de medias cautelares que impliquen restricción de derechos para el menor.

Una vez promulgado y puesto en vigor el nuevo CP por LO 10/95 de 23 de noviembre, en su Art.19 establece que: “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”, añadiendo este precepto que “cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo, podrá ser responsable con arreglo a la Ley que regule la responsabilidad penal del menor”. En virtud de ello, la Disposición Final 7ª, párrafo. 2º. CP, exceptuaba la entrada en vigor de este Art. 19 “hasta tanto a cualquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto”. Por ello, la Disposición Derogatoria 1ª, Apdo. a), mantuvo vigentes los preceptos del Código penalista de 1973 que se referían a la responsabilidad criminal de los menores. Dichos preceptos han sido finalmente derogados.

2. ÁMBITO INTERNACIONAL.

2.1 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a menores “Reglas de Beijing”.

¹³² La LO 4/92, de 5 junio, que reformó algunos Arts., y entre ellos el 15 (declarado inconstitucional por la STC 36/1991, de 14 de febrero), de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en su Exposición de Motivos afirmaba que el sistema de garantías procesales se debe aplicar en su conjunto al proceso de menores; y en su concreto, en el proceso de menores rige el derecho al Juez imparcial. Así se desprende también del Art. 402 b) III) Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, 20 noviembre 1989, ratificada el 30 noviembre 1990 (BOE 31 diciembre 1990) pues establece que “todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales... se le garantice que la causa será dirimida por una autoridad judicial... imparcial”; de las reglas de Beijing sobre la Administración de Justicia de Menores (1985); de las Directrices de Riad sobre delincuencia juvenil (1990) y de las SSTC 71/90, 36/91 (f.j.6) 233/93, entre otras. Y un pronunciamiento semejante se contiene en el Art. 6.1. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y en el Art. 10 Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) o en el Art. 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Fueron aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985. Tienen por objeto procurar el bienestar del menor, evitando, en lo posible, su paso por el sistema de justicia de menores y procurando que si tiene que pasar por el, lo sea de la manera menos perjudicial, fomentando dicho bienestar.

Un objetivo prioritario de estas Reglas fue el principio de proporcionalidad de la sanción que se aplique al menor con la gravedad del delito cometido y teniendo en cuenta las circunstancias personales del menor. Además, se hace hincapié en la necesidad de especialización de los que intervienen en el proceso.

Se especifica que los menores tienen derecho a las garantías procesales básicas (presunción de inocencia, derecho a ser notificado de las acusaciones, derecho a no responder, derecho de asesoramiento, a la contradicción y a la doble instancia, plazos de detención, y juicio imparcial y equitativo).

La prisión preventiva sólo se utilizará como último recurso y por el plazo más breve posible. Se establece la necesidad de que exista un catálogo de medidas a imponer a los menores lo más amplio posible y que éstas tengan por objeto el tratamiento y educación del menor.

2.2 Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales a la delincuencia juvenil.

Fue adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987 y estableció una serie de pautas de actuación en la misma línea que las mencionadas con anterioridad, entre las que cabe destacar: la necesidad de desarrollo de una política eficaz respecto a la prevención de la delincuencia juvenil, el Principio de mínima intervención y la motivación de las medidas privativas de libertad.

2.3 Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Fue ratificada por nuestro país el 30 de noviembre de 1990. Supone uno de los momentos más importantes en la evolución de la figura del niño o menor, como sujeto de derechos, con la necesidad de proporcionarle una protección especial que haga posible su bienestar y desarrollo. En el contenido de su articulado, se desprenden los principios: Principio de no discriminación evidentemente ligado al Principio de igualdad; Principio

del interés superior del niño y el Principio del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

Establece que niño es todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Por otro lado, el Art. 37 establece una serie de principios respecto a la privación de libertad tendente a lograr un sistema de garantías y derechos para los menores que se encuentren en esa situación.

Este Texto constituye la base de lo que ha sido el desarrollo de esta materia en los países que la ratificaron y constituye una referencia obligada en el nuestro, y a que, a diferencia de las Resoluciones o Recomendaciones, que carecen de carácter vinculante, el Art. 96 de la Constitución establece que los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Esto implica, según ha señalado el TS, la asunción por parte del Derecho positivo interno de la normativa internacional.¹³³

La Convención, ha sido ratificada por todos los países del mundo con excepción de Somalia y los Estados Unidos de América. Nos parece hasta cierto punto sorprendente que el país en el que por primera vez se establecieron los Tribunales de menores, y donde la Corte Suprema en el caso Gault (1967) determinó la necesidad de que jóvenes tuviesen el derecho a una serie de garantías constitucionales básicas¹³⁴ se esté cuestionando en la actualidad la necesidad de los mismos, como consecuencia de una nueva tendencia de política criminal, sin duda influenciada por las presiones sociales, que consideran que existe una excesiva delicadeza y sutileza de trato con los menores, por lo que la sociedad demanda al Estado medidas más eficaces y duras para luchar contra la delincuencia juvenil.

De todas formas y por lo que respecta a nuestro país, a pesar de la ratificación del Texto en 1990, hubo que esperar a la Ley 4/1992 de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento en los Juzgados de Menores, para que esos derechos y garantías del menor en el proceso penal, que la Convención recogía, fuesen establecidos por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico.

¹³³ STS, Sala 3ª, 30-9-1982.

¹³⁴ Derecho a recibir la asistencia de un abogado defensor, a que le sean notificados los cargos que se le imputan, a no declarar en su contra, a carearse con los testigos y a recibir copia escrita de las Actas del proceso.

2.4 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Fueron aprobadas por Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Constituyen un conjunto de reglas para lograr el establecimiento de un sistema de garantías, derechos y seguridad respecto de los menores que se encuentran privados de libertad.

La idea central de estas reglas es que sólo se podrá privar de libertad a un menor como último recurso, por el período mínimo necesario, y deberá limitarse a casos excepcionales. Las pautas y cánones se centran con prioridad en las condiciones básicas que deben tener los centros de internamiento, tales como: documentación relativa al menor, separación de los adultos, higiene, sanidad, intimidad, alimentación, educación adaptada a sus necesidades, actividades recreativas, prácticas religiosas, comunicaciones y visitas, régimen disciplinario y sanciones, programas de reintegración social y formación especializada de su personal.

2.5 Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

Fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990. Constituyen unos valiosos criterios de cómo evitar que los jóvenes cometan acciones ilícitas, labor que debería ser básica en todos los países y a la que, lamentablemente, se dedica un escaso presupuesto.

Hacen referencia tanto a la prevención general como a los procesos de socialización a través de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral y se atiende al importante papel que en este ámbito tienen los medios de comunicación.

3. ÁMBITO NACIONAL.

La publicación de la Constitución, no supuso una modificación en el sistema de enjuiciamiento a los menores que habían cometido un hecho delictivo, por lo que continuó la vigencia de la LTTM y su normativa complementaria.

3.1 La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.

Reguló la creación de los Juzgados de menores y estableció en el Art. 96: “En cada provincia, con Jurisdicción entoda ella y sede en su capital habrá uno o más Juzgados de menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de menores cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o a agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede”.

Por su parte, el Art. 97 dispuso: que corresponden a los Juces de menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieran incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y a aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes.

Fue la primera vez que se estableció la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad respecto a los menores, lo que estaba en evidente contradicción con el Art. 9., Apto., c) de la LTTM, que extendía la competencia de dichos Tribunales a los casos de menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos, siempre que, a reflexión del Tribunal respectivo, se estimase que requerían el ejercicio de su facultad reformativa, en total consonancia con la legislación de “peligrosidad social” vigente en la época.

3.2 La ley 21/1987 de 11 de noviembre.

En materia de adopción, supuso otro importante paso en cuanto que, además de modificar el sistema de adopción, otorgó la competencia para proteger a los menores a “la Entidad pública que en cada territorio tenga encomendada la protección de los menores” (Arts. 172 y ss. de LCc). Dicha Entidad, no es otra que el organismo al que cada Comunidad Autónoma haya asignado esta competencia, por lo que, desde ese momento, los Tribunales, dejaron de tener competencias en protección de menores y conservaron sólo la llamada “facultad de reforma”, de carácter penal.

Se produjo de esta forma una modificación esencial del sistema tutelar, hasta entonces vigente, que permitió que los menores que se encontraban en una situación que requería su protección, también fuesen considerados sujetos de derechos y garantías a los que sólo se les podían aplicar medidas protectoras por la entidad competente. Los Juzgados de menores pasaron a intervenir sólo si el menor había cometido un hecho delictivo y, en

todo caso, su actuación fue evolucionada para conformarla al principio de proporcionalidad.

3.3 La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

Esta ley es el Texto de referencia básico en esta materia de protección, de ámbito estatal, la cual realizó distintas modificaciones a los Arts. 172 y ss. CC para tratar de resolver una serie de problemas prácticos que se habían planteado.

La legislación distingue dos supuestos de actuación de las Comunidades Autónomas en esta materia:

-Cuando un menor se encuentra en la situación de riesgo que describe el Art. 17, es decir, cuando está en una situación que dificulta su desarrollo personal o social, sin llegar a los supuestos que requieren la asunción de la tutela del menor por parte de la Administración.

-Cuando se encuentran en la situación de desamparo que regulan los Arts. 172 y ss. CC, los cuales determinan que ese desamparo se produce cuando hay un incumplimiento o un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección.

3.4 La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero.

Esta sentencia, declaró la inconstitucionalidad del Art. 15 de la antigua LTTM, a raíz de varias cuestiones de inconstitucionalidad (números 1001/1988, 291/1990, 1620/1990 y 2151/1990)¹³⁵. En ella, se establecía que: “en los procedimientos para corregir a los menores, las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las Resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse”.

3.5 La Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio Reguladora de la Competencia y el procedimiento en los Juzgados de menores.

¹³⁵ Su ponente fue RUBIO LLORENTE, F., y supuso la base de toda la evolución que posteriormente se produjo en nuestro país, tanto en la esfera legislativa como jurisprudencial.

Hubo que esperar hasta esta normativa para tener una regulación normativa del procedimiento a aplicar a “los menores que hubiesen realizado hechos susceptibles de ser tipificados como infracciones penales”. Así, se trataba de una reforma urgente y parcial de la antigua ley que “adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”, para las que hemos tenido que esperar hasta la actual ley¹³⁶. Afortunadamente el legislador fue consciente de que la brevedad del Texto, dejaba muchas lagunas procesales, por lo que su DA 2ª determinó que: “En lo no previsto expresamente en esta ley, serán supletorias las normas contenidas en la LECrim., y en el Código penalista”.

Desde ese momento, se produjo un cambio radical en la concepción del proceso penal en nuestro país, no sólo con relación a los menores sino también respecto de los adultos, puesto que, para favorecer la separación entre las funciones de instruir y enjuiciar, se otorgó la instrucción del procedimiento al Fiscal y el Juez de menores pasaba a juzgar y controlar la ejecución, con la salvedad de su presencia en una comparecencia del menor ante el Juzgado para declarar sobre los hechos que se le imputaban, y que fue llamada fase intermedia¹³⁷.

Consecuencia muy importante, fue que el Fiscal, al igual que en el modelo anglosajón, recibía las denuncias que se presentaban contra los menores por haber realizado un hecho delictivo y decidía, sobre la base de un principio de oportunidad amplísimo y no reglado, si procedía o no la incoación de un expediente al menor. Además, dirigía la investigación de los hechos, impulsaba el procedimiento y acordaba la práctica de las pruebas que estimaba oportunas, solicitando al Juez la adopción de las medidas cautelares que entendía necesarias, incluido el internamiento provisional del menor por hechos muy graves y atendiendo a sus circunstancias personales y familiares.

¹³⁶ De acuerdo con ello, el Texto de 1992 reformó y dio nueva redacción a determinados preceptos de la antigua LTTM (Arts. 9, 15, 16, 17 y 23), dejó otros sin contenido (Arts. 5, 12, 21 y 22) y, en teoría, dejó subsistente el resto de su articulado.

¹³⁷ Estos dos puntos anteriores, recogidos por el TC en su Resolución 60/1995, de 17 de marzo.

Por otro lado, solicitaba al Juez su aprobación para la práctica de pruebas que, si podían ser restrictivas de derechos y libertades, necesitaban autorización judicial. En aplicación de ese principio de oportunidad, el Fiscal podía pedir en cualquier momento del procedimiento, el archivo de las actuaciones y decidir la posibilidad de ofrecer al menor la elaboración de una reparación extrajudicial, en casos de delitos no violentos, para evitar la continuación del proceso, si el menor reconocía los hechos de los que estaba acusado y se mostraba dispuesto a realizar alguna actividad reparadora con relación a la víctima o a la sociedad.

La LO 4/1992, estableció en su Exposición de Motivos como base de la actuación de los Juzgados de menores el interés del menor y tuvo una serie de aspectos positivos, que consideramos importante destacar si se quiere apreciar en toda su extensión la evolución del tratamiento penal del menor en España. Por primera vez se establece una edad mínima, por debajo de la que la justicia de menores no puede intervenir. El límite fue el de doce años y, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, si un menor por debajo de esa edad cometía un hecho delictivo, cualquiera que fuese su gravedad, todo lo más cabía la actuación protectora de la Entidad pública correspondiente (en cada Comunidad Autónoma), si su situación personal o familiar así lo aconsejaba, pero la Jurisdicción penal no tenía ninguna competencia sobre él.

El procedimiento se dividía en una fase de instrucción de las actuaciones en la Fiscalía de menores, en la que, además de investigarse los hechos, se elaboraba por un equipo técnico un informe sobre las circunstancias personales, sociales, familiares y escolares o formativas del menor, una fase intermedia en la que el menor acudía a una comparecencia a declarar ante el Juez y si el Fiscal decidía continuar adelante, una fase en el Juzgado de menores en la que, previos, los escritos de alegaciones del Fiscal y del letrado del menor, se celebraba una audiencia, similar a un juicio penal de adultos, y a continuación recaía una resolución del Juez, similar a una resolución, con posibilidad de ser recurrida en apelación.

Se separaron las funciones de instruir y juzgar y se concedió al Fiscal la instrucción de las actuaciones. El principio de oportunidad, unido a la edad mínima intervención, estaba presente a lo largo de todo el procedimiento y permitía que pudiese solicitar el archivo de las actuaciones en cualquier momento, lo cual siempre era

acordado por el Juez, en virtud del principio acusatorio y dado que no existía acusación particular; además, el Fiscal podía decidir si incoaba o no expediente al menor, respecto al que se hubiese formulado una denuncia, cualquiera que fuese la gravedad del delito cometido¹³⁸.

El menor era asistido de letrado obligatoriamente en el acto de la audiencia, así como en el momento de la detención y adopción de medidas cautelares, lo cual, si se piensa en la situación anterior, era toda una novedad positiva. Sin embargo, en el acto de la comparecencia ante el Juez (declaración del menor) esta asistencia era facultativa por parte del menor y su representante legal y a pesar de que muchos menores tenían derecho a la asistencia jurídica gratuita, fue un porcentaje muy bajo el que lo solicitó. Por suerte, la nueva ley prevé la asistencia obligatoria de letrado desde el momento en que se incoa un expediente al menor.

No debemos olvidar que en la fase de instrucción, se produce una actividad investigadora de la que el menor debe estar informado a través de su letrado, al margen de que pueda solicitar la práctica de las pruebas que estime convenientes en su defensa. Además, un Equipo técnico compuesto por psicólogos, educadores y trabajadores sociales realiza un informe sobre el menor, al que su letrado debe tener acceso desde el primer momento, dada la importancia que puede tener para la futura medida a imponer al menor¹³⁹.

El Art. 17 de la ley 4/1992, preveía un amplio catálogo de medidas de finitivas a imponer a los menores, cuyo límite máximo de duración era de dos años. Estas medidas eran, amonestación, internamiento de uno a tres fines de semana, libertad vigilada, acogimiento por otra persona o núcleo familiar, privación de derecho a conducir ciclomotores o vehículos a motor, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, tratamiento ambulatorio o ingreso en un centro de carácter terapéutico, ingreso en un

¹³⁸ En este sentido, dada la gran amplitud de poderes y en salvaguarda de las necesarias garantías, este principio de oportunidad debía de haber sido regulado de forma que se exigiese al Fiscal la motivación de todas sus decisiones, así como la obligación de notificarlas no sólo al Juez de menores, sino a todos los afectados por las actuaciones, incluidos los perjudicados y víctimas. Revista de la Facultad de Derecho. Univ. Complutense. Nº 96. 2000-2001; p.249.

¹³⁹ Ese Equipo técnico, puede proponer al Fiscal la realización de una reparación extrajudicial por el menor, que, puesto que implica un reconocimiento de los hechos por parte del menor y un compromiso de realizar una determinada actividad reparadora, debería de haber contado con el asesoramiento de un profesional como es el abogado.

centro en régimen abierto, semiaabierto o cerrado. Las medidas podían ser reducidas, sustituidas por otras más leves o incluso, dejadas sin efecto, si la evolución del menor lo aconsejaba.¹⁴⁰

Existía la posibilidad de que el Juez, a petición del Fiscal, pudiese acordar la adopción de una medida cautelar, incluido el internamiento provisional del menor, que estaba limitado a un tiempo máximo de un mes, que podía ser prorrogado en resolución motivada. Este internamiento sólo podía acordarse si el menor estaba acusado de haber cometido hechos graves y de repercusión y sus circunstancias personales y sociales así lo aconsejaban.

Todas las resoluciones judiciales podían ser recurridas sin limitación. En el caso de las sentencias y en el de los autos podía interponerse recurso de apelación en el plazo de cinco días ante la AP. Las providencias podían ser recurridas mediante recurso de reforma en el plazo de tres días.

3.6 El Código Penal de 1995.

La entrada en vigor del Código penalista, aprobado por LO 10/ 1995, de 23 de noviembre, evidenció el carácter provisional de la ley 4/ 1992, reguladora de la competencia y el procedimiento en los Juzgados de menores. De tal compilación, entre las “causas que eximen de la responsabilidad criminal” (Libro I, Título I, Capítulo II) se contempla en el Art. 19 la minoría de edad como una de esas causas cuando señala que: “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”.

Por su parte, el Art. 69, dentro de las reglas generales para la aplicación de las penas (Título I, Capítulo II, Sección 1^a.) establece que: “al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que esta dispongan”.

¹⁴⁰ Según la Disposición Adicional 3^a, resultaba competente para su ejecución la Entidad pública, que no era otra que el organismo de signado a efecto por la Comunidad Autónoma de Ilugar donde se encontrase el Juzgado que acordaba la medida.

De esta forma, se establecía la mayoría de edad penal a los dieciocho años equiparándola a la civil. Incluso se va más lejos y se posibilita que los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno puedan beneficiarse del tratamiento especializado de los menores.

3.7 La Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Supone el intento de la primera regulación completa del ámbito penal de menores en nuestro país, teniendo en cuenta la importante modificación sufrida por la misma a través de la LO 8/2006, de 4 de diciembre. A las regulaciones son la base de desarrollo pormenorizado de nuestro trabajo de investigación.

3.8 El Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio que aprueba el Reglamento de la LO 5/2000.

El citado Real Decreto consta de un precepto único por el que se aprueba el Reglamento LORPM y una Disposición Adicional y otra Final únicas. El Texto del Reglamento está dividido en cuatro Capítulos y una Disposición Adicional Única. El mencionado Reglamento LORPM fue largamente esperado por todos los operadores jurídicos que necesitaban de un instrumento para aplicar la ley sobre todo en materias como la ejecución de las medidas donde la misma no podía haber descendido a tratar materias de detalle que por sus características son propias de la regulación reglamentaria.

En el punto veinticuatro, de la Exposición de Motivos de la LORPM se determinaba que por último, procede poner de manifiesto: “que los principios científicos y los criterios educativos a que han de responder cada una de las medidas, aquí sucintamente expuestos se habrán de regular más extensamente en el Reglamento que en su día se dicte de la presente Ley Orgánica”. Desde esa óptica, afirmamos, que el Reglamento merece una valoración positiva ya que ha habido que esperar desde la entrada en vigor de la normativa en enero de 2001 hasta el 1 de marzo de 2005, fecha de la entrada en vigor del Reglamento, para que fuese publicado. Sin duda ello ha sido producto de largas discusiones entre las distintas CC.AA, directamente afectadas en las materias que regula. Las materias que centran su articulado son:

a) La actuación de la Policía Judicial.

- La forma de practicar la detención por la policía.
- La creación de un registro o archivo central de datos específico para menores, lo cual se pone en práctica, una suerte de antecedentes penales de los mismos, aunque no podían ser utilizados en procesos de adultos.
- La determinación de la edad de los menores indocumentados y respecto de los que se duda de la misma a cargo ahora de la llamada “*jurisdicción ordinaria*”.
- La manera de practicarse por la policía la Diligencia de reconocimiento prevista en el Art. 369 LECrim.

b) La intervención del Equipo técnico.

En el Capítulo II y en concreto en su Art. 4, se determinan sus competencias, dependencias orgánica y funcional, así como su composición y representación, mientras que en el Art. 5 se regulan las soluciones extrajudiciales, y tratadas en el Art. 19 LORPM, modificando cuestiones importantes de las mismas como la necesaria presencia del letrado defensor del menor, aunque aclara otras como la ineludible participación de la víctima en el proceso de mediación, que ya no tenía duda, conforme a lo previsto en el citado Art. 19 LORPM, pero que corrige una tendencia de determinadas Fiscalías de menores a no dar entrada a la misma en el desarrollo de la mediación.

c) La ejecución de las medidas cautelares y definitivas, con especial incidencia en el régimen disciplinario de los centros.

Se regulan en el Capítulo III. En la Sección 1^a, aparecen las reglas comunes para la ejecución de las medidas y en concreto los principios que deben inspirar la ejecución de las medidas (Art. 6) y los derechos de los menores en su desarrollo (Art. 7), así como la delimitación de las competencias de las administraciones públicas (Arts. 8 y 9), las actuaciones previas a la ejecución (Art. 10), entre las que destacan la designación del centro, la determinación de la fecha de inicio de ejecución y la elaboración de un programa individualizado. Igualmente, se regula el orden de ejecución de las medidas en el caso de que se hayan impuesto varias al menor (Art. 11), el expediente personal del mismo (Art. 12), los informes de seguimiento (Art. 13), la

actuación e n caso de incumplimiento de medidas (Art. 14) y la conciliación con la víctima en la ejecución (Art. 15).

En la Sección 2ª se determinan las reglas específicas para la ejecución de determinadas medidas no privativas de libertad, en concreto, las medidas de tratamiento ambulatorio (Art. 16), asistencia a un centro de día (Art. 17), libertad vigilada (Art. 18), convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (Art. 19), prestaciones e n beneficio de la comunidad (Art. 20) y realización de tareas socioeducativas (Art. 21) y su aplicación a las medidas cautelares no privativas de libertad (Art. 22).

En la Sección 3ª, aparecen las reglas específicas para la ejecución de las medidas privativas de libertad, con atención a los diferentes regímenes de internamiento (artículos 23 a 29), funcionamiento de los centros (artículos 30 a 33, 54), con especial referencia a los medios de contención (Art. 55), aseguramiento de derechos de los menores como el que las menores con hijos menores de tres años los tengan en su compañía (Art. 34), asistencia escolar (Art. 37), asistencia sanitaria (Art. 38) y asistencia religiosa (Art. 39), comunicaciones y visitas (Arts. 40 a 44), trabajo (Art. 53), peticiones, quejas y recursos (Art. 57), permisos de salida ordinarios y extraordinarios, así como salidas de fin de semana (Arts. 45 a 52) y derecho a recibir información (Art. 56). Se regulan también los traslados de centro (Art. 35), la competencia judicial para la decisión sobre la libertad del menor (Art. 36), y las inspecciones de los centros (Art. 58).

3.9 La Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre y los aspectos esenciales de la reforma.

Supone una importante y extensa reforma de la LO 5/2000 ya que afecta a gran parte de su articulado y modifica un buen número de cuestiones. La LO 8/2006, de 4 de diciembre, ha llevado a cabo una amplia modificación que ha afectado a casi la mitad de los preceptos, y así se suprime de manera definitiva la posibilidad de aplicar el régimen de la ley a los jóvenes de dieciocho a veintiún años, que se regulaba en el Art. 4 de la ley y cuya entrada en vigor estaba suspendida hasta el 1 de enero de 2007¹⁴¹. Dado que la reforma entró en vigor el 5 de febrero de 2007, ello supuso la posibilidad de aplicar la

¹⁴¹ En virtud de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP y del Cc, sobre sustracción de menores.

regulación de menores a los jóvenes vigente durante algo más de un mes, lo que suscitó diversas interpretaciones acerca de su alcance¹⁴².

En referencia al sistema de sanciones y a los criterios de aplicación, se introduce en el Apto. i) del Art. 7.1 la medida de “prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez”¹⁴³. Se amplían los supuestos en que puede ser aplicado el internamiento cerrado, siendo a cualquier delito castigado con pena grave, y ello parece que con independencia de si la pena grave es de prisión o de cualquier otra naturaleza, pues, a diferencia de lo que acontece en el Art. 10.2 LORPM, en el Art. 9.2 a) del mismo texto no se especifica que haya de ser una pena privativa de libertad, estableciendo así una excepción al régimen general de la Apto. 2º del vigente Art. 8.2 LORPM, e igualmente se puede aplicar a cualquier delito menos grave en el que haya intervenido violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o integridad de las personas, también es de aplicación a los restantes delitos menos graves si éstos se ejecutan en grupo o por menores que pertenecen a una organización o actúan a su servicio¹⁴⁴.

Analizando este punto, el ámbito de aplicación que se determina para el internamiento cerrado abarca toda la delincuencia de menores excepto la mencionada en el canon que prevé la posibilidad de que el MF desista de la incoación del expediente por delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas.

Así la justicia de menores se desarrolla en tres amplias respuestas: una de carácter informal para las infracciones menos graves y otra formal centralizada en la

¹⁴² Determinado en la Instrucción de la FGE 5/2006, de 10 de diciembre y SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. “Rebajas de enero” para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo? InDret. Num.1 2007, pp. 1-12. En: http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=924&pdf=400_es.pdf

¹⁴³ El Art. 7.1.i) añade que “esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Público deberá remitir testimonio de los particulares a la Entidad pública de protección de menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996”.

¹⁴⁴ El Art. 9.2 LORPM establece que: la medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando: los hechos estén tipificados como delito grave por el Código penalista o las leyes penales especiales; Cuando tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas o si los hechos tipificados como delito se cometan en grupo e el menor perteneciere o actuase al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, a que se dedicase a la realización de tales actividades.

medida de internamiento, especialmente en el de régimen cerrado, para el resto de la delincuencia. Aunque se podría cuestionar que en los supuestos de l Art. 9.2 no es obligatoria la imposición del internamiento¹⁴⁵, lo cierto es que si el legislador amplía los supuestos en que se admite la posibilidad de aplicar esta modalidad de privación de libertad y la duración de ésta, ello sólo puede tener sentido si se piensa que ésta es la respuesta adecuada en tales suposiciones o en buena parte de ellas. De no ser así, como máximo se habría establecido un régimen excepcional para algunos casos y no uno con la reivindicación de generalidad que se valora en esta regulación.

En cuanto a la duración del internamiento, también se amplía¹⁴⁶, estableciéndose como duración máxima general de las medidas los dos años, no existe ningún caso en el que esta medida privativa de libertad no pueda exceder en principio de los dos años. Y ello por que para los supuestos de l Art. 9.2 que es donde se recogen las hipótesis o suposiciones en que se puede asignar esta modalidad de internamiento rige lo prevenido en el Art. 10.1¹⁴⁷.

En el área procesal, habría que enfatizar la incidencia que en la privación de libertad tiene la nueva regulación de las medidas cautelares. Por una parte, se añade una nueva circunstancia que permite destacar una medida cautelar de riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, y por otra, se incrementa el tiempo de duración de la medida cautelar de internamiento en seis meses prorrogables por tres meses más. En la comentada reforma, además en lugar de eliminar la acusación particular, que se había

¹⁴⁵ En la Exposición de Motivos de la LO 8/2006 se dice que: “el sistema sigue dejando en manos del Juez, en último caso, la valoración y ponderación” de los principios del superior interés del menor y de la mayor proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del delito cometido.

¹⁴⁶ El Art. 9.3 LORPM reza a hora de la siguiente manera: “la duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el Art. 28.5 de la presente ley”.

¹⁴⁷ El Art. 10.1 LORPM dispone lo siguiente: “cuando se trate de los hechos previstos en el Apto. 2 del precepto anterior, el Juez, oído el Ministerio Público, las partes personadas y el Equipo técnico, actuará conforme a las reglas siguientes:

- a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.
- b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviese dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.

En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los Arts. 13 y 51.1 de esta LO una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se aprecia reincidencia”.

introducido a través de la LO 15/2003 y que suponía un cuerpo extraño en un texto legal que se había elaborado sin tenerla en cuenta, procede a regular su actuación. Sin embargo, tampoco ha sido, como acertadamente opina GARCÍA PÉREZ¹⁴⁸, totalmente consecuente con la idea, pues carece de sentido permitir que la acusación particular pueda instar la aplicación de medidas y, en cambio, no pueda proponer pruebas que versen sobre “la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor”. Esta limitación, que tenía sentido cuando no se permitía la acusación particular sino sólo una intervención muy restringida a ciertos pejudicados, resulta a hora un cuerpo extraño, puesto que si el acusador puede instar la aplicación de una sanción, también debería poder solicitar la práctica de cuantas pruebas estime oportunas sobre las características del menor para poder fundamentar adecuadamente su petición¹⁴⁹.

Según la memoria de la FGE de 2008 en el sector de los delitos cometidos por menores se apreció que los delitos contra la propiedad fueron los más numerosos (26.139) y de ellos 10.165 fueron robos con violencia o intimidación, 8.839 robos con fuerza y 7.135 delitos de hurto. A continuación, aparecen los delitos de lesiones (15.171) y los de daños (6.157), los delitos contra la salud pública (1.216), contra la libertad sexual (1.320), contra la vida (179) y de terrorismo (5).

Ello implica que no es cierto en absoluto que el número de delitos cometidos por menores vaya en aumento sino todo lo contrario y que, en todo caso, los delitos cometidos son graves en un pequeño porcentaje. Nada se sabe, porque no se dice, de las estadísticas a las que se ha recurrido para entender ese importante aumento de la delincuencia de menores, que, según se demuestra con datos objetivos no se corresponde con la realidad.

La percepción social de impunidad respecto de los menores y el consiguiente desgaste de la credibilidad de la regulación, ha tenido que ver mucho más con otros factores, entre los que cabe destacar la importante falta de medios con que ha contado la

¹⁴⁸ GARCÍA PÉREZ, O.: “La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores”. *Polít.crim.*, N° 5, 2008, A1-5, pp. 1-31. (http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_1_5.pdf)

¹⁴⁹ A este respecto, la Exposición de Motivos de la ley señala como principal argumento de endurecimiento que implica respecto del tratamiento penal de los menores, el aumento considerable de los delitos cometidos por estos que revelan las estadísticas. Un análisis detallado de tal afirmación permite constatar la falta de verdad de tal afirmación, ya que las estadísticas reflejan todo lo contrario, es decir, un descenso en el número de delitos cometidos por menores desde el año 2001, en que entro en vigor la ley 5/2000, hasta el año 2005.

ley para desarrollarse por parte de muchas CCAA lo que ha implicado, en la práctica, que un gran número de medidas de internamiento impuestas en sentencias firmes no se han podido ejecutar a su tiempo por falta de plazas en los centros de menores, con lo que estos entraban en una suerte de “listas de espera”. Es evidente que el retraso en la ejecución de una medida supone no solo que se retrasa un tratamiento educativo necesario y urge para un menor en situación de riesgo, sino que este percibe de inmediato la falta de respuesta social a su conducta delictiva y se anima a cometer nuevos delitos porque percibe que “aquí no pasa nada”.

Lo mismo cabe decir del insuficiente número de técnicos para controlar las medidas no privativas de libertad o de recursos adecuados para ellas, lo cual supone una incorrecta ejecución y la nueva percepción del menor de falta de respuesta a su conducta infractora. A ello no es ajeno tampoco que los tiempos de respuesta a la actuación delictiva de los menores por parte de las Fiscalías y Juzgados de menores han sido exageradamente largos, sobre todo, si se comparan con los de la jurisdicción penal de adultos. De ahí que, en definitiva, la sociedad perciba que no hay respuesta penal para los menores delincuentes y lo fácil es achacarlo a una ley muy permisiva y por el lo necesitada de reformas. La LO 5/2000 tenía defectos que, no eran precisamente los que tratan de reformarse con la LO 8/2006. Así, no se ha afrontado el problema que supone que el Ministerio Público sea a la vez instructor del expediente penal y parte acusadora del mismo, con el evidente desequilibrio del proceso que implica, si a ello se añade que no está previsto un sistema de recursos frente a sus decisiones, lo cual disminuye las garantías del resto de las partes procesales.

Otros problemas y dificultades procesales, eran la falta de una completa regulación de la asistencia letrada del menor y de la acusación particular, así como la forma de tramitarse la exigencia de responsabilidad civil y la intervención en el procedimiento del secretario judicial a los que si ha hecho frente la reforma.

Fuera de ámbito procesal otro inconveniente que consideramos, ha tenido la normativa penal de menores, ha sido el cambio de menores destinatarios de la misma ya que el legislador de la año 2000 no contaba con el incremento considerable de menores extranjeros en España, con diferentes formas de vida y expectativas, lo cual exigía respuestas judiciales más acordes con su situación. Igualmente, debemos mencionar las consecuencias negativas que ha producido el que cualquier delito de gravedad cometido

por un menor haya sido llevado de inmediato a los medios de comunicación de forma reiterada y alarmista. Esta exacerbación de la información de los delitos graves cometidos por menores, que no son tantos, ha creado en la sociedad la idea de que los menores están permanentemente cometiendo ese tipo de delitos y origina un sentimiento de amenaza respecto de ellos. Lo preocupante e inquietante es que parece ser que el legislador también se ha contagiado de ello sin que cuente, y eso es lo más grave, con ningún dato objetivo que justifique ese sentimiento de inseguridad frente a los menores.

Las líneas principales de la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, se acen túan en el carácter represivo de la respuesta penal a los delitos cometidos por menores, que se manifiesta en:

- La medida de internamiento en régimen semiabierto puede convertirse en ejecución de sentencia en régimen cerrado si se entiende que el menor no cumple los objetivos marcados y se celebra una nueva audiencia por la comisión de un nuevo delito (Art. 51.2).
- El Juez puede adoptar en sentencia distintas medidas de diferente naturaleza por un solo hecho delictivo (Art. 7.4).
- Se da nueva redacción y transcripción a los Arts. 9 y 10, que además integran a la antigua DA 4^a, y se aumenta el tiempo límite general de dos años, que puede imponerse de internamiento en régimen cerrado para todos los menores, en un año si los delitos cometidos fueron graves o menos graves con violencia o intimidación o grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas, o cometidos en grupo, banda, organización o asociación.
- Si el menor tenía dieciséis o diecisiete años y los hechos revisten extrema gravedad la medida de internamiento en régimen cerrado se convierte en obligatoria para el Juez y puede imponerla hasta un máximo de seis años. También es obligatorio el internamiento en régimen cerrado en los casos de los tipos penales agravados que contempla el Art. 10.2 (Arts. 138, 139, 179, 180, 571 a 580 CP y delitos con pena igual o superior a quince años) y puede llegar a ocho o diez años (Art. 11.2) en los menores de dieciséis o diecisiete años, tal como ya sucedía en la antigua DA 4^o.

Uno de los aspectos más criticables y censurables de la reforma es que en el nuevo Art. 14 se posibilita el paso a prisión de los menores de dieciocho años si al llegar a dicha

edad se es tá ejecutando respecto de ellos una medida de internamiento en régimen cerrado y no cumplen los objetivos en ella marcados. Por otra parte, en el caso de que el menor cumpla veintiún años el paso a prisión constituye la regla general salvo que esté cumpliendo los objetivos marcados. Todo ello se decide por el Juez, se supone que en base al *gún informe*, sin que con este en el texto legal quien será el competente para elaborar al *go t an t* trascendente para la vida del menor y que va a tener evidentes consecuencias negativas para él.

No podemos entender, a tendiendo a los principios de seguridad jurídica y penalidad, como a alguien que fue condenado como menor a una medida prevista en el Art.7 pueda, a lo largo de la ejecución de la misma, pasar a cumplir una pena establecida en el CP para los adultos. El plazo de internamiento cautelar se aumenta de tres a seis meses, prorrogables como antes por otros tres (Art. 28.3).

Hay, sin embargo, aspectos positivos y tangibles de la reforma:

- Incremento de la protección y derechos de las víctimas, que se manifiesta en cuestiones tan importantes como la reacción de una nueva medida cautelar o de definitiva de alejamiento de la víctima o sus familiares o como la nueva regulación de la protección a los menores víctimas o testigos en la LECrim., además, deben serles notificadas todas las resoluciones que tengan para ellas especial trascendencia.
- Regulación de la participación de la acusación particular en las distintas fases del procedimiento.
- Posibilidad de que el letrado del menor se entreviste de forma reservada con él antes de prestar declaración cuando está detenido (Art. 17.2).
- Regulación de la actuación del Secretario en el procedimiento, ya que antes parecía que estaba ausente del mismo.
- Nuevo enfoque de la exigencia de responsabilidad civil, más práctica y realista, de forma muy similar a la establecida en la LECrim.
- Se suprime definitivamente el antiguo Art. 4 y la posibilidad que en él se establecía de aplicación de lo previsto en la LORPM a los jóvenes de dieciocho a veintiún años en

determinadas circunstancias. Dicho precepto nunca llegó a ser aplicado en la práctica¹⁵⁰, ya que sucesivas disposiciones e instrucciones legales lo dejaron en suspenso y dada su redacción, y los problemas que podía plantear parece más conveniente su desaparición.

¹⁵⁰ Debe tenerse en cuenta que por un error del legislador el antiguo Art. 4 de la LORPM estuvo en vigor algo más de un mes y a unque la Instrucción 5/2006, de 20 de diciembre, de la FGE, propugnó la inaplicación del mismo durante ese tiempo, ese no fue el criterio de muchos Jueces de menores y de la AP de Madrid, así como del Consejo General de la Abogacía, que se mostraron favorables a su aplicación.

CAPITULO IV.

LOS SUJETOS E INSTITUCIONES BÁSICAS DEL DERECHO PENAL DE MENORES.

1. MENORES.

El Art. 1 de la Convención de Derechos del niño de la ONU de fecha 20/11/1989 entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que por la ley que le sea de aplicación haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En España, según el Art. 12 de la Constitución de 1978 y Art. 322 de la CC la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. A este tenor, el Art. 19 del CP también sitúa la mayoría de edad a los dieciocho años. Pero la LORPM, a la que se consigna el Art.19 del CP para la exigencia de la responsabilidad penal de los menores de dieciocho años, permite la intervención penal sobre los menores a partir de los catorce años, de donde puede deducirse que la de mayoría de edad penal en España no está en los dieciocho años sino en los catorce años. Por lo tanto, la mayoría de edad penal establecida en la compilación penal, no lo es a efectos de absoluta exención de responsabilidad penal de menores de dieciocho años, ya que en la regulación de la eximentes de la compilación penal no se recoge el de ser menor de dieciocho años y el Art. 19 del mismo Texto legal tan sólo dice que los menores de dieciocho años no serán responsables penalmente con arreglo a ese código, pudiendo serlo conforme a la normativa penal de menores.

En realidad, a los menores de dieciocho años no le es de aplicación el CP de los adultos, en cuanto a las consecuencias penales de su acción, pero sí le resulta de aplicación en el presupuesto normativo de esa consecuencia, en cuanto a la tipicidad de la conducta infractora y a que el Art.1 de la LPM, en su declaración genérica sobre la aplicación de la ley realiza una remisión al Código penalista o a las leyes especiales para la valoración jurídica de las conductas a los menores susceptibles de general responsabilidad penal, las cuales deberán de estar integradas en los tipos penales descritos en la normativa mencionada.

Tanto la Convención de Derechos del Niño de la ONU de 1989 (Art.40.3.a), como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 1985 (Art.4), permite el establecimiento de edades mínimas inferiores a la mayoría de

edad civil, a partir de las cuales es posible exigir responsabilidad penal a los menores, o lo que es lo mismo, debajo de las cuales no es posible exigir esta responsabilidad.

En nuestro derecho, desde el Real Decreto-ley de 1925, después de incorporado al CP de 1928, se fijó la edad de dieciséis años como edad mínima para exigir responsabilidad penal conforme al Código, constituyendo un a eximente de responsabilidad penal el ser menor de dieciséis años.

En la legislación histórica, el límite de edad penal estaba en los siete años, en la compilación penal de 1822, aplicándose el criterio del discernimiento entre los siete y diecisiete años. Los Códigos penalistas de 1848 y 1870 elevaron el límite a los nueve años, extendiendo el criterio del discernimiento entre los nueve y quince años de edad e introduciendo una atenuante de responsabilidad penal entre los quince y dieciocho años. Fue el Código de 1928 el que estableció el sistema que ha pervivido hasta la vigencia de la LORPM, y del Art. 19 CP de 1945, señalando la eximente de responsabilidad penal a los dieciséis años y la atenuante entre los dieciséis y dieciocho años. Los menores de edades comprendidas entre los doce y dieciséis años eran confiados a los TTM, que más tarde en un proceso lento que culmina con la LORPM, fueron sustituidos por la Fiscalías y los Juzgados de menores¹⁵¹.

Se considera “menores” a las personas comprendidas entre los trece y dieciocho años (Art.1) y “jóvenes”, las de edades comprendidas entre los dieciocho y veintiuno años (Art.1.2.) antes de su reforma por la LO 8/2006¹⁵². Ésta deroga expresamente el supuesto competencial de los jóvenes al dar contenido nuevo al Art. 4 de la LPM, refiriéndolo a los derechos de las víctimas y los perjudicados y suprimir los apartados 2 y 4 del Art. 1; sin embargo, como dicha normativa no entra en vigor hasta el día 5 de febrero de 2007, se plantea la discusión sobre vigencia sobre el precepto competencial entre el 1 de enero de

¹⁵¹ Sobre la evaluación histórica del tratamiento penal del menor puede consultarse cualquier Manual o Tratado de Derecho Penal. Por todos, Véase CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal* (Tomo I). Barcelona: Bosch, 1968, pp. 458, ss.,

¹⁵² El Art. 1.2. del Reglamento señala que: “Al efecto de designar a las personas a la que se aplica el presente reglamento en su articulado se utiliza el término menores para referirse a las personas que no han cumplido los 18 años, sin perjuicio de lo previsto en los Arts. 4 y 15 de la LO 5/2000 de 12 Enero, cuando sea aplicable”. El Art. 4 se refiere a los jóvenes (18 a 21 años) y la aplicación de la ley a los jóvenes (18 a 21 años) quedó en suspenso hasta un plazo de 2 años (hasta el 13 de Enero de 2000) en virtud de la disposición transitoria única de la Ley 9/2000 de 22 de Diciembre. Con posterioridad la disposición transitoria única de la LO 9/2002, de 10 de Diciembre aplazó esta suspensión hasta el día 1 de Enero de 2007. La Resolución de la Sala 2ª TS. Núm. 447/2001, de 15 de marzo de 2002, resolutoria del recurso de casación, Núm. 561/2001 se refería a la improcedencia de aplicar la LORPM para los jóvenes de dieciocho a veintiuno años, a la vista de la suspensión operada por la LO 9/2000. Finalmente, la LO 8/2006 ha derogado este supuesto.

2007 y el 5 de febrero de 2007. En contra de la vigencia del precepto se manifiesta la instrucción de la FGE núm. 5/2006, de 20 de diciembre de 2006¹⁵³, al considerar que el mismo ha sido derogado por la LO 8/2006 y que el error del legislador, no puede interpretarse a favor de una competencia derogada y temporal, ya que ello supondría un resultado prohibido por la codificación jurídica (Art.6.4 del Cc sobre fraude de ley).

Salvo mejor criterio en derecho, consideramos que habrá de entenderse que a pesar del Art. 2.2 del CP, el antiguo Art. 4 de la LORPM es un precepto que sólo está pensado en los jóvenes con una finalidad educativa y sancionadora para asuntos en tramitación por hechos cometidos con anterioridad al 5 de febrero de 2007, en los que el Magistrado tras oír al Equipo técnico al letrado del imputado y al Ministerio Público, resuelve a favor o en contra de la inhabilitación. Así pues, para que una persona mayor de dieciocho años y menor de veintiún, pasara a la jurisdicción de menores en el período comprendido entre el 1 de enero y 5 de febrero de 2007 o período posterior si los hechos hubiesen sido anteriores al 5 de febrero de 2007, son necesarios unos requisitos sustantivos y otros procesales.

En cuanto a los procesales, es preciso que así se declare expresamente mediante auto judicial firme del Juez de Instrucción o en caso de recurso del mismo de la AP.

Por lo que respecta a los requisitos sustantivos, deben de ser personas mayores de dieciocho años y menores de veintiún, sin antecedentes penales computables, que hayan cometido una falta (Arts. 617 A 637 de CP) o delito menos grave sin violencia o intimidación de las personas ni grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas.

Parece difícil que tanto el Fiscal como el Juez de menores rechacen la competencia para conocer las actuaciones remitidas por el Juzgado de instrucción, sobre todo, cuando el Auto judicial sea confirmado por la AP. Sin embargo, los Arts. 21 y 33.d. de la LORPM, autorizan que, respectivamente, bien el Fiscal o Juez de menores remitan las actuaciones al Juez competente, cuando consideren que no corresponde el conocimiento del asunto al Juez de menores.

Tratando la cuestión referente a la edad mínima de los menores a partir de la cual se entienden responsables penalmente, en el proyecto ley de la inicial LORPM remitido por el Gobierno (publicado en el BOCG de fecha 11.8.98), se fijaba en los trece años

¹⁵³ Con un arriesgado propósito de enmendar el error del legislador.

elevando en un año la entonces ley vigente que estaba en los doce años. La elevación a los catorce años fue debida a una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco¹⁵⁴.

El régimen jurídico de los menores de catorce años lo establece el Art. 3 de la normativa en los siguientes términos: “cuando el autor de los hechos sea menor de catorce años no se le exigirá responsabilidad con el arreglo de la presente ley, si no que se le aplicará lo dispuesto a las normas sobre protección de menores previstas en el código civil y de más disposiciones vigentes. El Ministerio Público deberá remitir a la Entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, al fin de valorar su situación, y dicha Entidad habrá de promover la medida de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996, de 15 de enero”.

Reprochamos que el legislador no especificara normas y medidas de protección del Cc y de la LO 1/1996 y, sobre todo, no haya previsto expresamente la posibilidad de un internamiento psiquiátrico de menores de catorce años que cometan crímenes graves, dado que no sería lógico que se mantuviera sin intervención protegida a un menor de esa edad que cometiera delitos contra la vida humana o realizara actos de terrorismo, puesto que dichos actos serían propios de un desequilibrio mental.

En todo caso, habrá que acudir al Art. 763 LEC aprobada por ley 1/2000 de 7 de enero, que entró en vigor el día 8 de enero de 2001, para proceder a ese ejercicio forzoso, el cual en su segundo párrafo, recogiendo literalmente la redacción dada al Art. 211 del Cc por la Disposición Final duodécima de la LO 1/1996, determina que “*el internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor*”. No consideramos que los ingresos en residencias o centros de protección de menores se puedan calificar de internamientos o privaciones de libertad, ya que la Constitución no admite privaciones de libertad por causas civiles, salvo los internamientos psiquiátricos o motivos graves de salud pública y éstos ingresos responden más a las características de una guarda residencial que a una privación de libertad¹⁵⁵. Además, la mayoría de edad del penado tiene tratamiento legal específico en el nuevo Art. 14 de la LORPM, según redacción

¹⁵⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congresos de los Diputados, Serie A., Núm. 144-10 de fecha 16.3.1999.

¹⁵⁵ En el mismo sentido STC Sala 2^a. Núm. 94/2003 de 19 de mayo (BOE de 6 de Octubre de 2003). Ponente: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.

dada por el Art. Único, Apto.10, de la Ley 8/2006 que viene a mantener la competencia de la Jurisdicción de menores hasta el cumplimiento de la medida si bien por el límite de los veintiún años (antes de la reforma estaba en los veintitrés años) si se encuentra internado en un centro. En ese supuesto, se estipula que pasará a seguir cumpliendo la medida en centro penitenciario. Como hemos hecho referencia, también la reforma ha establecido que una vez cumplido los dieciocho años el menor internado en centro de menores podrá pasar facultativamente a cumplir en prisión si así se decreta por el Juez competente, una vez oídos, el Fiscal, Letrado del menor, Equipo técnico así como, la Entidad pública de protección y/o reforma, si no cumple los objetivos educativos sugerido¹⁵⁶.

¹⁵⁶ El contenido puntual del Art.14 de la LPM, en vigor, es el siguiente:

- Cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las instituidas en esta ley se le hubiera impuesto una medida de las establecidas alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida, hasta conseguir los objetivos formulados en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores.

- Cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de menores, oídos el Fiscal, el Letrado del menor, el Equipo técnico y la Entidad pública de protección y/o reforma de menores podrá decretar en Auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario, conforme al régimen general previsto en la LOGP si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia.

- No obstante, lo señalado en los apartados anteriores cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad no hayan consumado su cumplimiento al alcanzar la persona su dicha edad, el Juez de menores oídos del Fiscal, el Equipo técnico y la Entidad pública de protección y reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme a régimen general previsto en la LOGP, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que proceda la utilización de las medidas previstas en los Arts. 13 y 51 de la presente ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

- Cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedará sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo que estuviera cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si éstas no fueren compatibles con el régimen penitenciario todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente proceda la aplicación de los Arts. 13 y 51 de ésta ley.

- La medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el Juez de menores con arreglo de la presente ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto LOGP, siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código penalista, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario.

2. REPRESENTANTES LEGALES.

Para determinar quienes ostentan la representación legal del menor, hay que acudir a las figuras civiles de los padres naturales o adoptivos, a los titulares de la patria potestad, a los tutores (tutela civil o administrativa), a los acogedores (en sus diferentes modalidades de acogimiento simple, permanente y preadoptivo) y a los guardadores (de derecho).

Ante la problemática de ausencia de representantes legales del menor detenido, en el momento de su exploración, el Art. 17.2., en lugar de cualificar como tal a su letrado o a un representante de la Entidad pública de protección a la que, en caso de desamparo, le corresponde la tutela, sin tener en cuenta que el Fiscal es el encargado de la instrucción del procedimiento, ha señalado que un representante del MF diferente al instructor asistirá al menor, seguramente basándose en el Art. 3.7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobado por ley 50/1981, de 30 de diciembre¹⁵⁷, no pensado para un supuesto semejante. En estos casos, puede darse cierto desequilibrio entre los representantes de la misma institución (MF), la cual se rige orgánicamente por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (Art. 124.2 de la Constitución)¹⁵⁸.

3. LETRADO DE LA DEFENSA.

La reglamentación penal de menores, en su redacción original implantó un sistema artificioso de designación del letrado del menor, por el Secretario, que originó algunos problemas, dada la actuación preceptiva de letrado o letrados en trámites previos a la misma iniciación del expediente, ante la policía o la fiscalía en las diligencias

¹⁵⁷ El cual dispone, entre las funciones del Ministerio Público: “*asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar, no pueda actuar por sí mismos...*”.

¹⁵⁸ Cabría plantearse si pueden asistir a esa declaración del detenido fiscales miembros de la sección de menores de la fiscalía no instructores del expediente en concreto, aunque lo sean de otros expedientes, o serán necesario acudir a otros fiscales de la plantilla del resto de la fiscalía. El problema dependerá de cada fiscalía según su organización de forma que si la distribución interna del trabajo de la sección de menores implica que cualquier fiscal destinado a la misma puede tomar declaraciones o decisiones en todos los expedientes, con independencia los que le toquen por turno de reparto, si están de incidencia o de guardia, creemos que tendrá la cualidad de instructor de expediente aunque no lo sea del expediente en concreto y no podrá asistir al menor, debiendo acudir a fiscales no destinados en la sección de menores. En todo caso, no parece razonable que la declaración del detenido la tome la policía en presencia del fiscal, en representante del menor, cuando la misma Institución del Ministerio Fiscal tienen en comendada la instrucción del expediente y la policía actúa bajo las órdenes de aquella. La FGE, ni en su Circular 1/2000 ni en su Instrucción Núm. 2/2000 se ha pronunciado sobre el particular.

preliminares¹⁵⁹, cuando lo más sencillo hubiera sido indicar que el primer letrado que tomara conocimiento del menor y de hecho fuera de oficio para todo el procedimiento, por la autoridad que conociera, salvo de signación de parte, conforme establecía el Art. 788 LECrim., y DF 1ª LORPM, a la fecha de la ley, y después el Art. 768¹⁶⁰.

En derivación, el original Art. 22.2 establecía: que una vez incoado el Expediente por el Fiscal y notificada la incoación al Juzgado de menores, el Secretario del Juzgado de menores, una vez recibida del Ministerio Público el parte de incoación del expediente, requerirá al menor y a sus representantes legales para que designe letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, aquél le será nombrado al menor de oficio de entre los integrantes de turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados”. Con este precepto el propio legislador desconocía inexplicablemente que, con anterioridad a ese momento de designación por el Secretario, la propia ley impone la presencia del letrado del menor, como lo es desde la detención (Art. 17) o en actuaciones previas de la Fiscalía antes de iniciar el expediente en las llamadas diligencias preliminares (Art.18).

Así, pues no era objetiva la ley, al desconocer que bien ante la policía y fiscalía, el joven de tenido tendrá que ser asistido de letrado, el cual podrá designarse desde ese momento en su defensa, sin que esa designación dolezca de vicio, por realizarse por autoridades no jurisdiccionales. De hecho, ante los problemas planteados por el sistema legal de designación del letrado, que motivaba un retraso considerable con efectos negativos en la instrucción del expediente, en la práctica se había optado en casi todas las fiscalías por tener designado al letrado que actúa ante ella, si no se designa a otro ante el Juzgado, dando conocimiento a éste de dicha designación. El Juzgado a la vista de esta comunicación de la Fiscalía tenía por designado a dicho letrado salvo por nueva designación ante él en un breve plazo, comunicándolo, a su vez a la Fiscalía para que constara en el expediente.

La LO 8/2006, en su Art. Único A ptdo. 17 modifica el Art. 22.2 de la LORPM, estableciendo que la designación del letrado se hará en la sede de la Fiscalía, en los

¹⁵⁹ Término impuesto por la FGE en su Circular 1/2001 que, a la vista de la autorización del término “*investigación preliminar*” empleado en el Art. 22.1 Apdo. c) de la LORPM para referirse al Expediente, induce a error, provocando confusiones innecesarias al pretenderse desde cierto sector la aplicación del Art. 22 a las Diligencias Preliminares no transformadas todavía en Expediente.

¹⁶⁰ Véase: DOLZ LAGO, M. J. “Menores y juicios rápidos. *La Ley* Núm.5782 (16 de mayo de 2003).

siguientes términos: “el Expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación, salvo lo dispuesto en el Art. 24 a tal fin, el Fiscal requerirá al menor y a sus representantes legales para que designe letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que de no hacerlo se le nombrará de oficio de entre los integrantes de turnos de especialistas del correspondiente colegio de abogados. Una vez producida dicha designación, el Fiscal la comunicará al Juez de menores”.

De otra parte, el letrado del menor aparece citado por la ley en todas las fases del procedimiento, desde su iniciación a su ejecución, estando legitimado para formular descripciones, peticiones y recursos a la defensa del menor, según se desprende de la lectura de los siguientes preceptos: Art.7 (de las medidas); Art. 9.4. (reglas para la aplicación de las medidas); Art.13 (imposición de varias medidas); Art.14 (modificación de la medida); Art.17 (detención de menores); Art.22 (designación por Secretario del juzgado); Art.23 (vista de l expediente de l a i nstrucción); A rt.24 (secreto de l expediente); A rt.26 (diligencias propuestas por el letrado); Art.28 (medidas cautelares); Art. 36 (conclusión de la i nstrucción); A rt. 31 (a pertura d e la f ase d e a udiencia); A rt.32 (s entencia d e conformidad); A rt.33 (solicitud de práctica de diligencias a l Juez de menores); A rt.34 (pertinencia de l as pr uebas y s eñalamiento de a udiencia); A rt.35 (asistentes y no publicidad de l a a udiencia); A rt. 36 (conformidad de l menor); A rt.37 (celebración de audiencia); A rt.39 (contenido y r egistro de l a s entencia); A rt.40 (suspensión de l a ejecución d e l F allo); Art.44 (competencia judicial e n ejecución d e m edidas); A rt.46 (notificación de la liquidación de la medida); Art. 48 (acceso al expediente de ejecución); Art.49 (informes sobre la ejecución); A rt.50 (quebrantamiento de l a ejecución); A rt.51 (sustitución de medidas); Art. 52 (presentación de recursos en la ejecución ante el Juez o Director del centro de internamiento); Art.53 (notificación del Auto de cumplimiento de la m edida); A rt. 56 (derechos de l os jóvenes i nternados); A rt.60 (recursos c ontra sanciones d isciplinarias); A rt. 64 (nombramiento pot estativo de l etrado) y D F 4^a (especialización de abogados).

4. INSTITUCIONES.

4.1 Juzgado de menores y Juzgado central de menores de la Audiencia Nacional.

A partir de la LORPM se acabó con la provisionalidad de la planta de los Juzgados de menores, que se constituyeron como órganos integrantes del Poder Judicial con la LOPJ de 1985 (Arts. 96 y 97). La creación de éstos órganos judiciales supuso la desaparición de los antiguos TTM, salvo en aquellos territorios donde no se crearon en los que siguieron ejerciendo sus funciones los TTM, conforme se indicaba en la Disposición Transitoria 4ª LOPJ y Única de la LO 4/1992, de 25 de Junio¹⁶¹.

En cuanto a la competencia del Juzgado Central de Menores deben hacerse unas consideraciones determinadas en la normativa del poder judicial¹⁶². Si se analiza el Art. 2.4 de LORPM en relación con el Art. 96.2 de la LOPJ, se observa que la competencia de la mencionada institución central, viene determinada por lo que regula la ley frente a la referencia de adultos del Art. 65.1.e) de la LOPJ que atribuye los delitos perpetrados en el extranjero a la Sala del Penal de la AN, excepto aquellas competencias que correspondan por normativa, al Juzgado Central de menores. Así, también debemos señalar que en las distintas modificaciones que se han producido en relación a la normativa penal de menores en conexión con el Juzgado Central de menores, se ha venido manteniendo la competencia de órgano judicial para conocer de los delitos de terrorismo comprendidos en los Arts. 571 a 580 del Código penalista.

No cabe en materia competencial, como cuestión de orden público, acudir a la vía de la interpretación integradora para atribuir a un órgano judicial una competencia que expresamente no está prevista por el legislador, cuando éste atribuye la competencia a los distintos órganos judiciales lo hace de forma concreta y clara; Así, respecto a la competencia de los distintos órganos judiciales centrales penales, hace constar, tanto en la

¹⁶¹ El Art. 47 de la Ley 38/ 1988, de 28 de diciembre de demarcación y Planta judicial (BOE, 313 de 30 de diciembre) estableció que: “la entrada en funcionamiento de juzgado o juzgados de menores supondrá el cese de los actuales titulares del Tribunal Tutelar de Menores cuyo ámbito territorial se corresponda con el de aquél o aquéllos y la integración del resto del personal en el Juzgado o Juzgados constituidos”.

¹⁶² Al respecto, el Art. 96 LOPJ determina:” 2.En la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá un Juzgado Central de Menores, que conocerá de las causas que le atribuya la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. : Y acudiendo a la citada legislación, la vigente LORPM, ésta en su Art. 2, Apto. 4 determina de forma clara que: “La competencia para conocer de los delitos previstos en los Arts. 571 a 580 del Código penalista corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional”.

establecida para los Juzgados Centrales de lo Penal como para los Juzgados Centrales de Instrucción¹⁶³, y como para el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria¹⁶⁴.

Sin embargo, el legislador es excluyente en este aspecto en cuanto a la competencia del Juzgado Central de menores, al delimitar visiblemente su competencia a los delitos recogidos en los Arts. 571 a 580 del CP. Y al ser esa su intención, no refiere ni cabe interpretar que ello se extiende a todos los delitos cometidos por menores que puedan referirse a la esfera penal de la AN, sino exclusivamente, a los delitos antes referidos. Debemos reseñar, además, que este precepto, es de reciente redacción, ya que viene dada por la ley 8/2006, donde el legislador ha mantenido la exclusividad para este Juzgado Central de menores en la materia de los delitos contenidos en los Arts. 571 a 580 del CP.

4.2 Juez (o Magistrado)

Según la DF 3^a, 2^o párrafo de la ley: “las plazas de Jueces de menores deberán ser servidas necesariamente por Magistrados, pertenecientes a la carrera judicial. A la entrada en vigor de esta ley los titulares de un Juzgado de menores que ostenten la categoría de Juez deberán cesar en dicho cargo, quedando, en su caso, en la situación que prevé el Art. 118,2 y concordantes de la LOPJ, procediéndose a cubrir tales plazas por concurso ordinario entre Magistrados”.

Por otro lado, la DF 4^a aboga por la especialización de los Jueces de menores¹⁶⁵, otorgándoles preferencia para desempeñar los correspondientes cargos en las Salas de menores de las Audiencias Provinciales y Juzgados de menores¹⁶⁶.

¹⁶³ Es el Art. 88 de la LOPJ que determina: “En la villa de Madrid, podrá haber uno o más Juzgados Centrales de Instrucción, con Jurisdicción en toda España, que instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la AN o, en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal y que tramitarán los expedientes de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega, así como los expedientes de extradición pasiva, en los términos previstos en la ley competente en relación a los penados que han cometido delitos competencia de la AN.

¹⁶⁴ Establecido en el Art. 94.4 de la LOPJ: “En la villa de Madrid, con Jurisdicción en toda España, habrá uno o varios Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria”, descritas en el Apto.1 de este precepto, y demás que señale la ley, en relación con los delitos competencia de la AN. En todo caso, la competencia de estos Juzgados Centrales será preferente y excluyente cuando el penado cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por la AN. Todos tienen asumida la competencia derivada de la AN.

¹⁶⁵ No obstante, cabe que en régimen de sustitución se ocupen por jueces sustitutos no especialistas o que cubran el servicio de guardia de menores Jueces de Instrucción no especialistas.

¹⁶⁶ En la redacción original se refería la Sala de Menores de los TSJ, modificado por LO 9/2000 de 22 de diciembre.

Por lo que respecta a los servicios de guardia que ha de tener en cuenta el Acuerdo del CGPJ de 10 de enero de 2001¹⁶⁷, por el que se aprueba el Reglamento 1/2001 del 10 de enero de modificación del Reglamento 5/1995 de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo que se refiere a la adopción de medidas urgentes y a la presentación de escritos durante el servicio de guardia, posteriormente modificado por Acuerdo 3/2001, de 21 de marzo (BOE núm. 76 de 29 de marzo de 2001). En dicho Acuerdo se atribuye la competencia al Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de la circunscripción que corresponda al Juzgado de menores, cuando no exista servicio de guardia propio del Juzgado de menores. Por otra parte, se establece un servicio de guardia de Juzgados de menores, en donde existan cuatro o más Juzgados de menores.

El Juzgado central de la AN en virtud del Art. 2 de la LO 7/2000 de 22 de diciembre, fue introducido por la DA 4ª de la LORPM con competencia para conocer en 1ª Instancia sobre delitos de terrorismo previstos en los Arts. 571 a 580 del CP.

4.3 Secretario.

La LORPM en su redacción original cita al secretario expresamente en los Arts. 22.2, para la designación del letrado del menor, una vez recibido el parte de incoación del Expediente emitido por el Ministerio Público, y en el Art. 46 relativo a la práctica de la liquidación en la medida impuesta al menor. La 8/2006, en su Exposición de Motivos expresa, formalmente “un segundo objetivo de recoger en el proceso de menores las nuevas misiones del Secretario judicial previstas en la LO 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, tras la reforma operada por la LO 19/2003”. Se refiere el legislador a los deberes de información y comunicación con las víctimas y perjudicados.

Al Secretario del Juzgado le corresponde las funciones genéricas, propias de los Secretarios judiciales previstas en la LO 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial¹⁶⁸ (Arts. 440 a 469, Título II de l Libro VI “del personal al servicio de la Administración de justicia” y Reglamento Orgánico del cuerpo de Secretarios judiciales aprobado por Real Decreto 429/1988, de 29 de Abril. Es destacable un efecto inicial en relación con los

¹⁶⁷ BOE del 12 de Enero de 2001, rectificación de errores BOE del 17.

¹⁶⁸ Según nueva redacción dada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ (BOE Núm. 309, de 26 de diciembre de 2003).

secretarios, al no ver establecido en su corporación Secciones de menores de las Fiscalías, dado que, desde 1992, una vez atribuidas la instrucción de los procedimientos al Fiscal, la ausencia del Secretario, como fedatario público, jefe de la oficina y director de la tramitación sin perjuicio de la superior dirección del Fiscal, perjudicaba el servicio al tener que asumir esas funciones el propio Fiscal o, en algunos casos, un oficial habilitado, como se postula por la FGE en sus Instrucciones Núm. 2/2000, de fecha 27 de diciembre y 3/2004, de fecha 29 de marzo. Sobre consecuencias de desaparición del Secretario de las Secciones de menores de las Fiscalías.

Finalmente, el Art. Único Apto. 34 de la LO 8/2006, añade una división al Art. 41 de la LORPM relativo a los recursos contra las resoluciones de los secretarios, disponiendo que: “contra la resoluciones dictadas por los Secretarios judiciales cabe los mismos recursos que los indicados en la ley de Enjuiciamiento Criminal, que sustanciarán en la forma que en ella se determina”.

4.4 Juzgado de Instrucción

La sistemática penal de menores hace referencias al Juzgado de Instrucción en dos supuestos: en el incidente de inhibición a favor de la Jurisdicción de menores de los jóvenes (mayores de dieciocho años y menores de veintiún) y en la tramitación del “*habeas corpus*”.

En relación a la inhibición a favor de la Jurisdicción de menores de los jóvenes hay que destacar que la LO 8/2006 ha suprimido este supuesto, quedando pendiente de pronunciamientos jurisprudenciales su vigencia temporal en el plazo desde el 1 de enero al 5 de febrero de 2007, a la vista de la “*vacatio legis*” de la LO 8/2006 que entró en vigor el día 5 de febrero de 2007 y de la fecha de finalización de su aplazamiento que fue el día 1 de enero de 2007, la FG en su Instrucción Núm. 5/2006 de 20 de diciembre, se pronunció en contra en la vigencia del precepto por estimar su aplicación un fraude de ley.

Al proveerse en los Arts. 69 CP y antiguo Art. 4 de la LORPM, la posibilidad de que los jóvenes de dieciocho a veintiún años puedan ser derivándolo a la jurisdicción de menores hay que tener en cuenta las decisiones de los Juzgados de instrucción sobre este particular dado que sólo mediante Auto expreso del Juzgado donde se aprecia las

condiciones legales necesarias, sería posible efectuar esta derivación. El Auto será susceptible del recurso de apelación en el plazo de tres días ante la AP.

La actuación del Juzgado de Instrucción en ésta materia tuvo dos aplazamientos. Uno de ellos: el primero se determinó, a través de la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, que demoró la vigencia del Art. 4 por un plazo de dos años, desde la vigencia de la LORPM, lo que situaba la entrega en vigor de éste precepto en el horizonte del 13 de enero de 2003, y el segundo, con anterioridad a esta fecha mediante la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, volvió a aplazar el precepto hasta el 1 de enero de 2007. Al ser demorado por la LO, 8/2006 y entrara ésta en vigor el día 5 de febrero de 2007, caben interpretar que tiene una vigencia temporal desde el día 1 de enero al 5 de febrero de 2007.

Por lo que respecta a los servicios de guardia, habrá que tener en cuenta el Acuerdo del CGPJ del 10 de enero de 2001, por el que se aprueba el Reglamento 1/2001, de 10 de enero, de modificación de Reglamento, Núm. 5/1995 de 7 de Junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo que se refiere a la adopción de medidas urgentes y a la presentación de escritos durante el servicio de guardia, posteriormente modificado por Acuerdo reglamentario 3/2001, de 21 de marzo. En dicho Acuerdo se atribuye la competencia durante el servicio de guardia al Juzgado de Instrucción o de 1ª Instancia e Instrucción de la circunscripción que corresponda al Juzgado de menores, cuando no exista servicio de guardia propio del Juzgado de menores.

4.5 Audiencia Provincial y Audiencia Nacional.

La competencia de la AP, se atribuye para conocer en 2ª Instancia de los recursos de apelación contra los Autos de los Jueces de Instrucción, en los que se inhiiban en la Jurisdicción de menores para jóvenes y de los recursos de apelación contra Autos y Sentencias salvo los procedentes del Juzgado Central de menores de la AN para cuyo conocimiento se atribuye la competencia a la Sala de lo Penal de la AN, según el Art. 41.4 de la LORPM, conforme a nueva redacción dada por el Art. Único, Apto. 34 de la ley 8/2006. La tramitación que deben seguir en la sustanciación de los recursos de apelación obliga a distinguir si se trata de un recurso de Sentencia o contra un Auto. La AP conocerá si empre los recursos de apelación contra sentencias de los Juzgados de menores, cuyo régimen se ajustará a los trámites del Art.41.1 de la LORPM, y contra

determinados Autos, que se sustanciarán conforme a los trámites que regulan la LECrim para el Procedimientos Abreviado.

En relación con los Autos, conocerá de los recursos de reforma contra Providencia de los Juzgados de menores y los que ponga n fin a l procedimiento o r esuelvan e l incidente (modificación d e l a medida i mpuesta, m edidas cau telares, su spensión d e l a ejecución de Fallo).

Las Audiencias Provinciales determinan la Jurisprudencia penal de la Jurisdicción de menores, en el territorio de la provincia, por lo que su doctrina tiene un gran valor para los Juzgados y Fiscalía de menores, afectos de interpretación tanto de las normas penales sustantivas como de las normas procesales que se apliquen. Igualmente, fijarán los criterios interpretativos de la inhibición que realicen los Juzgados de Instrucción a favor de menores en la delincuencia de los jóvenes, si bien se ha dejado sin efectos en el nuevo Art. 42 según redacción dada por la LO 8/2006, la competencia del TS, que podía conocer de éstos supuestos, siempre y cuando el Ministerio Público, en unificación de doctrina, recurriera los Autos definitivos dictados por las Audiencias Provinciales conforme al antiguo Apto. Núm. 8 del Art. 42 de la LORPM, salvo que se interprete la pervivencia del antiguo Art. 4 de la LPM, durante el período temporal comprendido entre el 1 de enero al 5 de febrero de 2007 y, en consecuencia, la vigencia de éste recurso de casación hasta el día 5 de febrero de 2007.. El precepto Único, Apto. 35 de LO 8/2006, ha dado nueva redacción al Art. 42 de la LORPM que regula el recurso de casación para unificación de doctrina, permitiendo éste ante la Sala 2^a del TS, contra las resoluciones dictadas en apelación por la AN y por las Audiencias Provinciales cuando se hubieren impuesto una de las medidas a las que se refiere el precepto 10, el cual ha sido también modificado por el Art. Único Apto. 6 circunscribiéndolas sólo a las derivadas de hechos que estén previstos en el Apto. 2 del Art. 9, que según la modificación realizada por el Art. Único Apto. 5 de la LO 8/2006 se ciñen a medidas de régimen cerrado en los siguientes tres supuestos: a) cuando los hechos estén tipificados como delito grave en el CP o en las leyes penales especiales, es decir, con penas superiores a cinco años de prisión, inhabilitación absoluta y especiales por tiempos superior a cinco años, suspensión de empleo o cargo público por tiempos superior a cinco años, privación de l derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco

años, la prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determinen el Juez o Tribunal por tiempo superior a cinco años, la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determinen el Juez o Tribunal por tiempo superior a cinco años; b) tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, que en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación entre personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas y; c) los hechos tipificados como delitos que se cometan en grupo o que el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda organización o asociación, incluso de carácter transitorio, o que se dedicare a la realización de tales actividades.

4.6 Sala 2ª del Tribunal Supremo.

Como hemos indicado, en el enunciado anterior, el Art. Único Apto. 35 de la LO 8/2006 ha dado nueva redacción de l Art. 42 de la LORPM que regula el recurso de casación para el recurso de doctrina, permitiendo éste ante la Sala 2ª del TS, contra las sentencias dictadas en apelación por la AN y AP cuando se hubieren impuesto una de las medidas a las que se refiere el Art. 10, el cual también ha sido modificado por el Art. Único Apto. 6, circunscribiéndolas sólo a las derivadas de hechos previstos en el Apto. 2 del Art. 9, que según la modificación realizada por el Art. Único Apto. 5 de la ley 8/2006, se ciñen a medidas en régimen cerrado.

Con anterioridad a la reforma de la LORPM operada por LO 8/2006 salvo que la nueva sea más favorable, para los hechos cometidos por menores hasta el día de la entrada en vigor de la nueva ley, esto es el 5 de febrero de 2007 eran susceptibles de casación para unificación de doctrina ante la Sala 2ª del TS, las sentencias de las Audiencias Provinciales que confirmen o impongan medidas a mayores de dieciséis años, que supongan bien un internamiento por tiempo hasta cinco años o superior, bien en trabajos en beneficio de la comunidad hasta doscientas horas o permanencia de fin de semana de hasta dieciséis fines de semana, complementadas en su caso, por un período de hasta cinco años de libertad vigilada, siempre que el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida e integridad física de las mismas.

4.7 Sección de menores de la Fiscalía o Fiscalías de menores.

Corresponde al Ministerio Público, la defensa de los hechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de la garantía del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la interpretación de los mismos impulsando el procedimiento.

La Fiscalía se consolida legalmente, casi en solitario, es la institución que está facultada para ejercer el principio de oportunidad reglada en la persecución de la delincuencia de menores, no incoando el expediente, o de sistiendo de su continuación, instando su sobreseimiento, dentro de los límites legales, incluso cuando exista delito menos grave o falta, conforme manifiestan las Reglas Mínimas de Naciones Unidas en su Art. 11.2¹⁶⁹.

La determinación de las diligencias necesarias e imprescindibles para buscar los fines que persigue la instrucción y diligencias que derivan tanto de la Ley 5/2000, como de lo dispuesto en la LECrim, destaca en primer lugar la declaración del menor, que según la normativa, no es una declaración esencial, ya que desde el primer momento de la incoación del Expediente el menor deberá ser informado del motivo y de los derechos que le asisten, por lo que solventa el problema de las acusaciones sorpresivas, proscritas por el Art. 24 CE, siempre y cuando el menor haya sido oído en diligencias policiales de tales derechos, y en su caso a instancia del letrado, que podrá oírse en declaración el menor cuando a qué lo solicite, entendiéndose que tal diligencia no es obligatoria cuando ya la haya practicado el Fiscal, si bien en todos los casos en que la declaración del menor denunciado o detenido sea incompleta o se requiera nuevas aclaraciones respecto de los hechos o de su participación en los mismos, el Ministerio Público, deberá oír en declaración al menor¹⁷⁰.

¹⁶⁹ En éste precepto se dice: “la policía, el Ministerio Público y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas”.

¹⁷⁰ Extremo éste, acordado en las Conclusiones aprobadas en la Cumbre Nacional de Canarias sobre el Fiscal y la Ley del menor, celebradas en Lanzarote los días 18 y 19 de octubre de 2001.

El procedimiento instituye que en todas las Fiscalías, existirá una Sección de menores compuesta por miembros de la carrera fiscal especialistas y administrativos que sean necesarios según se determinen reglamentariamente.

La especialización de los Fiscales se realizó a lo largo del año de “*vacatio legis*” y años posteriores, mediante los cursos de formación, que convocó el Ministerio de Justicia.

La Fiscalía, mantiene un papel relevante, reflejado en las citaciones de los siguientes preceptos: Art.3 (régimen de menores de catorce años), Art. 4 (régimen de mayores de dieciocho años), Art.6 (de la intervención del Fiscal), Art.7 (medidas), Art.8 (principio acusatorio) Art.9 (reglas para aplicación de las medidas) Art.13. (imposición de varias medidas), Art.14 (modificación de la medida impuesta) Art.15 (mayoría de edad del condenado) Art.16 (incoación de expediente), Art. 17 (detención de menores), Art.18 (desistimiento de la incoación) Art.19 (sobreseimiento) Art.20 (unidad del expediente), Art.21 (remisión del órgano competente) Art.22 (de la incoación del expediente), Art.23 (actuación instructora del Ministerio Público) Art.24 (secreto de expediente), Art.25 (participación del perjudicado e inexistencia de la acción particular y popular), Art.26 (Diligencias propuestas del letrado del menor) Art. 27 (Informe de los técnicos), Art.28 (medidas cautelares) Art.29 (medidas en caso de exención de responsabilidad), Art.30 (conclusión, instrucción y remisión del expediente de menores) Art.31 (apertura de la fase de audiencia) Art.32 (sentencia de conformidad) Art.33 (otras decisiones de Juez de menores) Art.35 (asistentes y no publicidad de la audiencia) Art.36 (conformidad del menor) Art. 36 (celebración de audiencia), Art.39 (contenido y registro de sentencia), Art.40 (suspensión del Fallo), Art.42 (recurso de casación para unificación de doctrina) Art.44 (competencia jurisdiccional e ejecución de medidas), Art.46 (liquidación de medidas), Art. 48 (expediente personal de la persona sometida a ejecución de una medida) Art.49 (informes sobre la ejecución) Art. 50 (quebrantamiento de la ejecución) Art.51 sustitución de las medidas) Art. 52 (presentación de recursos en la ejecución) Art.53 (cumplimiento de la medida) Art. 56 (derechos de los menores internados), Disposición Transitoria Única, Disposiciones Finales: 2^a (modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Público), 3^a (reformas e n materia de personal), 4^a (especialización de Fiscales).

5. EQUIPO TÉCNICO.

El Equipo técnico está integrado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales, especialistas en menores, manteniendo en la ley una importancia en función¹⁷¹, de lo que se determinó, por la doctrina como elemento vertebrador de la normativa. La Disposición Final 3^a de la LORPM, en su Apto. 5^o establecía que: el Gobierno a través del Ministerio de Justicia sin perjuicio de las competencias asumidas por las comunidades autónomas y en el plazo de seis meses, a la publicación de la presente ley en el BOE, adoptará las disposiciones oportunas para la creación de cuerpos de psicólogos educadores y trabajadores sociales y forenses. El Art. 27.1 de la LORPM, sitúa en el Equipo técnico bajo la defensa funcional de la fiscalía a efectos de elaborar el informe en la instrucción del expediente, al margen de su dependencia orgánica que lo será en sus CCAA¹⁷².

Ahora bien, aunque la ley se ha pronunciado con el Equipo técnico por su capacidad funcional de la Fiscalía, a efectos de sus informes en la instrucción, si embargo, es confusa esa dependencia cuando esos informes no son requeridos en la instrucción sino en los Juzgados de instrucción (antiguo Art. 4 de la LPM y Art. 69 del CP) o por los Juzgados de menores, en los supuestos contemplados en los Arts. 13,14,28,35,37,40,41,47,50,51 y Disposición Final 3^a, párrafo 5^o (reformas en materias de personal). El Reglamento establece que: los Equipos técnicos estarán formados por psicólogos, trabajadores sociales, cuya función es asistir a las materias propias de sus disciplinas profesionales, elaborando sus informes, efectuando las propuestas, siendo oídos en los supuestos, en la forma y establecidos en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y, en general desempeñando las funciones que tengan legalmente atribuidas. Del mismo modo, prestarán asistencia profesional al menor desde el momento de su detención y realizarán funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado. Podrán también incorporarse de modo temporal o permanente a los Equipos técnicos otros profesionales con las funciones

¹⁷¹ Si bien no es régimen de monopolio para la elaboración del informe por cuanto, el Art. 27.6 de la LORPM, admite que entre *“el informe a que se refiere el siguiente precepto. podrá ser elaborado o complementando por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado”*.

¹⁷² La Disposición Adicional 5^a LO 4/1992 establecía que: *“1.La escala de delegados profesionales técnicos de los tribunales de menores quedan declarada a extinguir. 2. Los delegados profesionales técnicos que, a la entrada en vigor de esta ley estén prestando servicios en los TTM o Juzgados de menores dejarán de prestarlos en la administración de justicia y quedarán adscritos a la Administración Pública que tengan competencia en materia de menores. 3. (...)”*.

que tienen atribuidas cuando las necesidades planteadas lo requieran y así lo acuerden el órgano competente.

Por otra parte, el Reglamento profundiza en la necesidad de que los Equipos técnicos estén suficientemente dotados a la hora de realizar adecuadamente su función. Indicándose que: “en todo caso la Administración competente garantizará que el Equipo técnico realice sus funciones en los términos que exijan las necesidades del servicio, adoptando las medidas oportunas al efecto; el Ministerio de Justicia y las CCAA con competencia asu medidas en sus respectivos ámbitos determinarán el número de Equipos técnicos necesarios, su composición y plantilla de conformidad, con las necesidades que presente los Juzgados de menores y Fiscalías garantizando que cada Fiscal instructor cuente con los medios personales adecuados suficientes para la emisión de los Informes determinados por la ley y en los plazos establecidos”.

En cuanto a las firmas y representación del Equipo técnico, que en la práctica había suscitado dudas en cuanto se bastaban firmas en uno de sus miembros, en representación de todos o era necesaria la de todos, el Reglamento despeja cualquier duda afirmando que: “los informes serán firmados por los profesionales del servicio técnico que intervengan en cada caso, la representación del Equipo lo ostentará aquel que sea designado por el Fiscal o el Juez de menores o en la actuación concreta que se trate”.

6. ENTIDAD PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

La reglamentación penal de menores, atribuye a las Entidades públicas de protección y/o reforma un papel destacado, refiriéndose a ellas de forma reiterada en el contenido de sus preceptos. El papel más destacado atribuido a las Comunidades, es la ejecución de las medidas impuestas por los Juzgados de menores, tal y como expresa la ley en su Exposición de motivos¹⁷³ y en el Art. 45¹⁷⁴, si bien esta competencia no es

¹⁷³ El punto 12 de la exposición de motivos dice que “la ejecución de las medidas judicialmente impuestas corresponden a las entidades públicas de protección y reforma de menores de las comunidades autónomas, bajo el inexcusable control del Juez de menores”.

¹⁷⁴ Su contenido se refiere a la competencia administrativa. La ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores en sus sentencias firmes es competencia de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, con arreglo a la disposición final vigésima segunda de la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor. Dichas entidades públicas llevarán a cabo de acuerdo con sus respectivas normas de organización, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta ley. La ejecución de las medidas corresponderá a las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla,

exclusiva ni absoluta. No es exclusiva porque existen supuestos en que la competencia corresponde a la Administración General del Estado o a la Administración Penitenciaria.

Así, la ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia, acordadas por el Juez central de menores o por la Sala correspondiente de la AN, se llevará a cabo en los establecimientos y con el control de personal especializado que el Gobierno de la Nación ponga a disposición de la AN, en su caso, mediante convenio con las CCAA¹⁷⁵. Igualmente, queda fuera del ámbito competencial de las comunidades la ejecución de las medidas en aquellos supuestos en que el menor, cumpla la medida en un centro penitenciario, pasando a ser competente en estos casos la Administración Penitenciaria, a quien corresponderá, igualmente, la competencia para la ejecución del resto de medidas pendientes de cumplimiento de l Art. 7.1 de L ORPM¹⁷⁶ (Art. 8.5 R LORPM). Corresponderá también a esta Administración pública la ejecución de las medidas de libertad vigilada previstas en el Art. 10 de la LORPM que establece reglas especiales de aplicación y duración de las medidas (Art. 10.4 LORPM y art. 8.3 RLORPM)¹⁷⁷.

Así, la competencia de las CCAA no es absoluta ya que no abarca a la ejecución de todas las medidas, tal y como es el caso de las medidas de privación del permiso de conducir, ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para cualquier tipo de armas y la inhabilitación absoluta, previstas en los párrafos n) y ñ) del Art. 7.1, cuya ejecución corresponderá a los órdenes administrativos competentes por razón de la materia en aquellos casos en que no sean ejecutadas directamente por el Juez de menores (Art. 8.4 RLORPM)¹⁷⁸. Tampoco será competencia de las CCAA y por tanto de la Entidad pública de reforma adscrita a los departamentos de justicia juvenil, la ejecución de la prohibición de aproximarse o

donde se ubique el Juzgado de menores que haya dictado la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el Apto. 3 del precepto siguiente. Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la administración del Estado, local o de otras comunidades autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución.

¹⁷⁵ Según lo establecido en el art. 54.1 de la LORPM, 2º párrafo, y el Art. 8.2 del RLORPM.

¹⁷⁶ Tras las modificaciones introducidas por la LO 8/2006, la referencia deberá entenderse hecha a las letras e), h), j) y l), pues la ejecución de las órdenes de alejamiento previstas en la letra i) corresponderá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

¹⁷⁷ Las referencias hechas en el art. 8.3 del RLORPM a la regla 5ª del Art. 9 y el Apto 2.c) de la disposición adicional 4ª de la L ORPM deberán entenderse hechas en la actualidad, tras las reformas introducidas por la LO 8/2006 al Art. 10.4.

¹⁷⁸ Tras las reformas introducidas por la LO 8/2006, las referencias a los párrafos m) y n) que reseña el art. 8.4 del RLORPM hay que entenderlas hechas a los párrafos n) y ñ)

comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, prevista en la letra i) del mismo precepto¹⁷⁹, medida que no cuenta actualmente con desarrollo reglamentario, pero que como la FGE ha manifestado en la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras las reformas de la legislación penal de menores de 2006, “desde el punto de vista del control material de la medida habrá de tenerse en cuenta que si lo acordado es un alejamiento puro, es decir, no integrado como regla de conducta en una libertad vigilada, deberá el Juez, oficiar a efectos de su control a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, si n que sea necesario (dada la ausencia del contenido educativo de la medida) requerir a la comunidad autónoma para que lleve a efecto su ejecución y control”. En el ámbito de adultos la función aparece expresamente atribuida a la policía judicial por el Art. 5 del Real Decreto 355/2004 de 5 de marzo, por el que se regula el registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica¹⁸⁰. Tampoco compete a las CC.AA la ejecutabilidad de la medida de amonestación, prevista en la letra m) del Art 7.1 de la ley la cual se hace efectiva en el mismo Juzgado durante la comparecencia judicial.

En cuanto a la función procesal de la entidad la intervención de la misma se sucede previa al inicio del expediente con la asistencia al menor detenido; igualmente la intervención durante la tramitación del expediente y previa al inicio de la ejecución recae en:

- La adopción de medidas cautelares (Art. 28)
- Informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar (Art. 27)
- Audiencia (Arts. 35 y 37)
- Adopción del acuerdo de suspensión del fallo (Art. 40)
- Recurso de apelación contra sentencia (Art. 41.1)
- Responsabilidad civil solidaria (Art. 6.1)
- Revisión de sentencia (DT 3ª y 4ª)

¹⁷⁹ Esta medida fue introducida en la LORPM por la reforma llevada a cabo por la LO 8/2006 de 4 de diciembre.

¹⁸⁰ El citado precepto establece que los Secretarios Judiciales remitirán para su anotación al registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, dentro del plazo de 24h posteriores a la declaración de firmeza de la correspondiente sentencia, el modelo telemático de nota de condena expresado en el anexo I.a. Asimismo, para facilitar la inmediata comunicación a la policía judicial de las penas y medidas de seguridad impuestas a los efectos de su ejecución y seguimiento, los secretarios judiciales remitirán simultáneamente a la policía judicial copia impresa del modelo telemático de nota de condena.

Respecto a la intervención durante la ejecución de la medida dicha entidad adopta funciones en:

- Incidencias durante la ejecución (Art. 44.1)
- Competencia administrativa para la ejecución (Art. 45)
- Liquidación de la medida, de signación de técnico y de signación de centro (Art. 46)
- Determinación del orden de cumplimiento (Art. 47.5)
- Expediente personal (Art. 48)
- Informes sobre ejecución (Art. 49)
- Sustitución de la medida (Art. 13 y 51)
- Traspaso al sistema penitenciario (Art. 14)
- Informe final (Art. 53)
- Control de la libertad vigilada sucesiva al internamiento (Art. 10.4)
- Intervención preceptiva en la suspensión de la ejecución del Fallo (Art. 40)
- Intervención preceptiva en la sustitución de medidas (Art. 51)
- Intervención preceptiva en la revisión de penas de prisión inferiores a dos años (DT 4^a)
- Intervención no preceptiva en la modificación de la medida impuesta (Art. 13)
- Intervención no preceptiva en el informe sobre situación psicológica, educativa y familiar (Art.27)
- Intervención no preceptiva en la audiencia (Art. 35)
- Intervención no preceptiva en la interposición del recurso de apelación contra la sentencia (Art. 41)

Hay otras actuaciones de esta institución que se enmarcan fuera del procedimiento, bien porque el mismo no llega a iniciarse, bien porque el mismo finaliza sin que deba ejecutarse sentencia, o bien por actuaciones una vez cumplida la sentencia y son:

- Menores de 14 años (Art. 3)
- Modificación de la medida impuesta (Art. 13)
- Desistimiento de la incoación del expediente Art. 18)
- Sobreseimiento del expediente (Art. 33, en relación con los Arts. 19, 27.4 y 30.4)

- Condiciones a las que queda sometida la suspensión de la ejecución del Fallo (Art. 40)
- Actuaciones de protección posteriores al cumplimiento de la medida (Art. 53)

La Entidad pública de protección o reforma suele estar integrada en un Departamento con competencias en Justicia, Igualdad y/o Bienestar Social. Con la nueva ley, adquiere una notabilidad y relevancia especial pues ha de ser oída en numerosos trámites además de corresponderle la ejecución de las medidas previstas (Art. 45 LORPM). Son pues, las CCAA las que se van a encargar de ejecutar las medidas impuestas por los Jueces en sus sentencias, si bien éstos, conservan el control sobre dicha ejecución. Para cumplir dicho cometido los entes territoriales pueden utilizar sus propios recursos o sus propios convenios con otros entes públicos e incluso con Entidades privadas siempre que no tengan ánimo de lucro.

El cometido principal que se atribuye a dichas Comunidades por la ley penal de menor es la de ejecutar las medidas, hay que resaltar que la Entidad pública es atendida y escuchada en cuantiosos trámites y diligencias en materia de protección y reforma. Dicha Entidad pública se tiene en cuenta en:

- En la aplicación de la medida de libertad vigilada tras el internamiento en régimen cerrado, tal medida debe ser ratificada mediante Auto por el Juez, previa audiencia del Fiscal, letrado y representante de la Entidad pública, de protección o reforma de menores (Art. 10.4 LORPM).
- Realización de informe de la Entidad pública en casos de modificación de la medida (dejar sin efecto, reducir o sustituirla). Se exige informe de l Equipo técnico y, expresamente *en su caso*, de la Entidad pública de protección o reforma (Art. 13 LORPM).
- En el intervalo de adoptar las medidas cautelares solicitadas por el Fiscal, el Juez ha de oír a la Entidad pública de protección y reforma que informará sobre la naturaleza de la medida a adoptar (Art. 28 LORPM).
- Puede acudir a la audiencia el representante de la Entidad de protección o reforma que haya intervenido en la instrucción cuando el Juez, así lo acuerde (Art. 35 LORPM).

- En los supuestos de suspensión de la ejecución del fallo, además del Fiscal y el letrado del menor, serán oídos el representante del Equipo técnico y el representante de la Entidad pública de protección o reforma (Art. 40 LORPM).
- En el recurso de casación del TS podrá recabar informe de la Entidad pública, de protección o reforma (Art. 42 LORPM).
- Las incidencias que se presenten de la ejecución de las medidas serán resueltas por el Juez mediante Auto, oída, entre otros, la representación de la Entidad pública (Art. 44. 1 LORPM).
- POLICIA DE MENORES.

Uno de los principios que rige la actuación de todos los agentes implicados en el proceso de menores es el de la especialización. A nivel internacional cabe destacar que dicha exigencia se plasma en la normativa de ámbito internacional¹⁸¹.

La historia de estos grupos especializados se remonta al año 1981, en el que la comisión de la policía judicial impulsó la creación de grupos especializados en las capitales de provincias más importantes. En 1988 desde el Cuerpo Nacional de Policía se promueve la creación de los GRUME. También en el seno de la Guardia Civil se decidió la implantación, en 1995, de los grupos mujer y menor (EMUME) integrados en las unidades de la policía judicial. Entre sus ámbitos de actuación se encuentran los delitos de la delincuencia juvenil. La ley 5/2000 se refiere en varios momentos a la actuación policial, en primer lugar, en el Art. 6 al referirse a la actividad instructora del Ministerio Público, que ordenará practicar a la policía judicial todas las actuaciones necesarias de los hechos, y la participación del menor en los mismos. Asimismo en el Apto. 4º de la DF 3ª, se provee que el Gobierno a través del Ministerio del Interior y sin perjuicio de las CCAA, adecuará las plantillas del grupo de menores de la policía judicial, con objeto de establecer la adscripción a las secciones de menores de las fiscalías de los funcionarios necesarios a los fines propuestos en la ley. De la misma manera, el Art. 17 concreta las

¹⁸¹ Determinada en el Art. 12 de las Reglas de Beijing de 1985, en el cual se indica que: “Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo con exclusiva a menores o que se dediquen a la prevención de la delincuencia de menores recibirá instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad”.

características de la detención del menor. Cabe apuntar que el Reglamento, dedica los Arts. 2 y 3 a la actuación de la policía judicial¹⁸².

Actualmente en todas las brigadas provinciales de policía judicial y en su caso, las comisarías locales, se cuenta normalmente con grupos especializados en el tratamiento policial de menores. Trimestralmente se confecciona y remite a la Comisaría General de la policía judicial, una sucinta memoria de actividades policiales relacionadas tanto con la protección como con la reforma de menores.

La competencia de los grupos de menores de la policía son los siguientes:

- a) Tareas de protección: el tratamiento de los menores de dieciocho años en situación de riesgo y desamparo y los menores de catorce años infractores.
- b) Tareas de reforma: el tratamiento de los menores infractores entre los catorce y dieciocho años.
- c) Intervención: en colaboración con la unidad correspondiente en casos específicos de victimización de menores de dieciocho años.
- d) Intervención: en colaboración con la unidad correspondiente en mayores de dieciocho años en infracciones no prescritas cometidas entre los catorce y dieciocho años.
- e) Intervención: en colaboración con la unidad competente en supuestos de aplicación del régimen de extranjería de los menores.
- f) Intervención: en colaboración con la unidad competente en supuestos de menores infractores en actos de carácter de naturaleza terrorista. Los infractores mayores de dieciocho años quedan excluidos del ámbito de competencias de los grupos o equipos de menores, no siéndoles de aplicación el régimen especial de actuación policial con menores. Los grupos o equipos de menores sólo podrán intervenir en los supuestos o con los requisitos fijados en los preceptos legales. La actuación policial con los menores infractores estará sujeta a la concurrencia de los siguientes requisitos:

¹⁸² Sobre el régimen de la actuación policial. Véase.: ANTÓN BARBERÁ, F. / COLÁS TURÉGANO, A. *Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor. Aspectos policiales*, en *Justicia Penal de Menores y Jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Valencia, 2002. ANTÓN BARBERÁ, F. “Protocolos de actuación policial en materia de menores” En: “El nuevo régimen penal del menor. Enfoque multidisciplinario e internacional”. *Cuadernos de derecho CES*, Medellín, 2008, p. 221.

- Verosimilitud y credibilidad de los hechos denunciados.
- Determinación de la edad e identidad de los partícipes y cómplices
- Tipicidad penal de la conducta denunciada y declarada

Los menores comprendidos en el régimen especial de actuación policial bien en tareas de protección o reforma serán sólo y únicamente los menores de dieciocho años, quedando excluidos de dicho ámbito de actuación policial los menores infractores entre dieciocho a veintiún años, con los que se seguirá en todo caso, el tratamiento policial y procesal ordinario. Si el menor que ha cometido el delito, tiene menos de catorce años, como se indica en el precepto tercero de la ley, será sometido a un régimen de protección, ello se traducirá en que la actuación policial se ceñirá estrictamente al ámbito de la actuación general y a su protección específica, atendiendo a las siguientes indicaciones:

- a) Aplicación de las normas correspondientes de protección de menores, tanto generales como específicas de la comunidad autónoma.
- b) Puesta en conocimiento del Ministerio Público.
- c) Participación al Fiscal de las circunstancias y de los hechos conocidos, con elaboración y remisión, en su caso, del correspondiente informe policial.
- d) Cumplimiento de las instrucciones o de las órdenes impartidas por el MF, en especial las relativas a la determinación de la edad e identidad del menor.
- e) Entrega del menor a su representante legal (padres, tutores, o guardadores) o Entidad pública de protección de menores.

En cuanto al régimen jurídico específico de la medida legal de la detención contenida en el Art. 7 de la LORPM, así como del Art. 3 del Reglamento, de ambos se deduce la siguiente característica de la misma: la detención deberá practicarse en la forma que menos perjudique al menor, en su persona, reputación o patrimonio, con una respuesta policial proporcionada a las circunstancias personales del menor y del delito cometido, especialmente en los casos de los delitos violentos, sexuales o terroristas, cometidos por menores entre dieciséis y dieciocho años. Los funcionarios policiales encargados de la detención deberán informarle de los hechos que se le atribuyen, de las razones que han motivado la adopción de la medida. Así como de sus derechos,

especialmente de los reconocidos en el Art. 520 de la LECrim¹⁸³. La detención deberá ser inmediatamente comunicada a los representantes legales del menor y al Fiscal, si el menor fuera extranjero y residiera habitualmente fuera de España, también a las

¹⁸³ Art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificado por ley 53/ 1978.

1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesaria para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

2. Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

- a) Derecho a guardar silencio no declarado si no quiere, a no contestar a alguna o a algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.
- b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- c) Derecho a designar Abogado y a solicitar a su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara abogado, se procederá a la designación de abogado de oficio.
- d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.
- e) Derecho a ser asistido gratuitamente con un intérprete cuando se trate de un extranjero que no hable el castellano.
- f) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre o por cualquier otro de pendiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

3. Si se tratare de un menor de edad o incapacitado, la autoridad bajo cuya custodia se encuentren el detenido o preso notificará la circunstancias del apartado 2.d) a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fuera halladas se dará cuenta igualmente al Ministerio Público. Si el detenido menor o incapacitado fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.

4. La autoridad judicial y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentren el detenido o preso, se abstendrán de hacerle recomendaciones sobre la elección de abogado y comunicarán en forma que permita su constancia, al Colegio de abogados, el nombre de la abogado elegido por o a qué para su asistencia o petición de que se le designe de oficio. El Colegio de abogados notificará a la designada dicha elección, a fin de que manifieste su aceptación o renuncia. En caso de que el designado no aceptare el referido encargo, no fuera hallado o no compareciere, el Colegio de abogados procederá al nombramiento de un abogado de oficio. El abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad, y en todo caso, en el plazo máximo de 8 horas contadas desde el momento de la comunicación al referido colegio. Si transcurrido el plazo de ocho horas de la comunicación realizada al Colegio de Abogados, no compareciere injustificadamente letrado alguno en lugar donde el detenido o preso se lo consintiere, sin perjuicio de las responsabilidades contraídas en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los abogados designados.

5. No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de letrado, si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados, exclusivamente, como delitos contra la seguridad del tráfico.

6. La asistencia del abogado consistirá en:

a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el Núm. 2 de éste precepto y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f).

b) Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la Diligencia en que el abogado ha ya intervenido, una vez terminada ésta la declaración o ampliación de los extremos que consideren convenientes, así como la consignación en el Acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la Diligencia en que hubiere intervenido.

autoridades consulares. La declaración del detenido se llevara a cabo en presencia de su letrado y de sus representantes legales, salvo que las circunstancias, con relación a estos últimos aconsejen lo contrario, en dicho caso el menor estará asistido por un representante del Ministerio Público distinto del instructor. Las dependencias en las que permanecerá el menor custodiado han de ser adecuadas a sus circunstancias y en todo caso separadas de las que se utilizan para los mayores de edad. En todo momento recibirá la asistencia social, médica y psicológica que precise. La duración de la detención por parte de los funcionarios policiales será estrictamente necesaria para el esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de veinticuatro horas el menor detenido ha de ser puesto en libertad o a pericia y disponibilidad del Fiscal. Al llevar a cabo la detención de menores, se evitará, en la medida de lo posible, el empleo de un lenguaje duro, la espectacularidad, la violencia física y la exhibición.

Respecto al cacheo de los menores detenidos, se realizará con respeto absoluto a sus derechos fundamentales y siempre como medida de seguridad para el propio menor y los actuantes, retirándole cualquier objeto que pudiera hacer peligrar su integridad física o su seguridad o la de los que lo custodian, especialmente en los casos de menores entre dieciséis y dieciocho años autores de delitos violentos, sexuales o terroristas¹⁸⁴. En cuanto al esposamiento de menores se llevara a cabo en los casos que sea necesario, como respuesta proporcional a la naturaleza del hecho cometido y a las circunstancias personales del menor, especialmente en caso de delitos violentos, sexuales o terroristas cometidos por jóvenes entre dieciséis y dieciocho años, y viendo igualmente por el respeto de sus derechos.

Referente al traslado de menores se ejecutará del modo que menos perjudique al menor, con respeto y garantía de sus derechos. En la medida de lo posible, los traslados se realizarán en vehículos sin distintivos y por policías no uniformados, si bien, y a criterio del responsable policial actuante y atendidas las circunstancias de cada caso y la disponibilidad de los recursos existentes, también podrán realizarse en vehículos con distintivos policiales y por personal uniformado. En ambos supuestos, dichos traslados se practicarán siempre de forma separada de los detenidos mayores de edad. En todos los casos, deberán tomarse las medidas de seguridad que se consideren necesarias y

¹⁸⁴ Al respecto, el Apto.5º del Art.2 del Reglamento es específica: que el cacheo y el esposamiento físico de los menores detenidos se llevara a cabo en los casos en que sea estrictamente necesario y como medida proporcional de seguridad para el propio menor detenido y los funcionarios actuantes, cuando no sea posible otro medio de contención físicas del menor.

proporcionales a la situación, atendida la naturaleza de los hechos y las características del menor.

CAPÍTULO V.

PRINCIPIOS SUSTÁNTIVOS Y PROCESALES BÁSICOS DE LA LEY PENAL DE LOS MENORES.

1. ASPECTOS INSPIRADORES DE LA LEY.

Las normas jurídicas penales son siempre una respuesta, acertada o no, a una cuestión nacida de la convivencia de seres humanos dentro de una sociedad organizada. Los conflictos de convivencia se han originado en todas las épocas y en todos los lugares, disponiendo los países, en cada momento, de unas determinadas formas de gestionar estas cuestiones.

Nuestros legisladores de hoy han querido que en España la respuesta al conflicto social nacido de la conducta de un menor de edad sea la Ley Orgánica la que puede valorarse con la perspectiva de los años, reflexionando sobre los resultados que vayan arrojando los datos de su aplicación.

Como argumenta la Magistrada-Juez, MARTÍNEZ SERRANO, A.¹⁸⁵ la filosofía de la ley va ligada a lo que sus operadores jurídicos y sociales hagan con ella. Según ella, preocupa que la aplicación que la ley de responsabilidad penal de los menores, con el elevado número de asuntos que desembarcan en las Fiscalías y Juzgados de menores, unido a la carencia de medios personales y materiales de toda índole a la falta de especialistas pueda llegar a que esta Jurisdicción de menores se convierta en una Jurisdicción penal bis de mayores y, lo que aún sería peor que el derecho penal del menor fuese el más pequeño de los derechos penales. Para evitar esto tenemos que tener siempre presentes los principios que inspiran la ley y que hacen del conjunto de sus normas una legislación distinta para una jurisdicción diferente. A través de un recorrido por los principios informadores de la ley de responsabilidad penal de los menores podemos trazar un perfecto retrato de la misma.

¹⁸⁵ Véase en su artículo titulado: “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000”. En: *Cuadernos de derecho judicial*. Núm. 3, 2001 (Ejemplar dedicado a: *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales* / ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R. (Dir.), pp. 17-40.

2. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS.

2.1. Principio de responsabilidad penal de los menores.

La Exposición de Motivos de la LO 5/2000 en su punto 4º afirma de manera indubitada el principio de responsabilidad penal de los menores cuando dice: “el Art. 19 del CP aprobado por la LO 10/1995, fija efectivamente la mayoría de edad penal a los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una ley independiente. También para responder a esta exigencia se aprueba la presente ley si bien lo dispuesto en este punto en el CP debe ser complementado en un doble sentido. En primer lugar, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias en su sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable...”.

Con esta ley se zanja una vez por toda una larga polémica sobre si las normas relativa a la reforma de menores son o no derecho penal. Efectivamente lo son. Nos encontramos ante un derecho penal distinto. Un derecho para exigir responsabilidad a las personas de edades comprendidas entre catorce y dieciocho años por unos hechos tipificados como delito o falta en las leyes penales y con unas consecuencias diferentes que las señaladas en estas mismas leyes. Estas peculiaridades hacen que el propio legislador defina la naturaleza de la ley como formalmente penal y materialmente sancionadora educativa.

De su naturaleza formalmente penal se deriva:

- Que su aplicación sólo sea posible cuando se ha infringido y transgredido el estatuto punitivo.
- Que se establezca una edad de catorce años, por debajo de la cual se entiende que no se puede exigir responsabilidad penal.
- Que se instaure un procedimiento con reconocimiento expreso de todas las garantías de respeto hacia los derechos constitucionales.

De su naturaleza materialmente sancionadora educativa se deriva:

-Una justicia esencialmente individualizadora en la que por el contrario de lo que sucede en el derecho penal de adultos, no se dispone una sanción para cada delito o falta, ni, necesariamente, a todo hecho delictivo sigue una respuesta judicial.

-El establecimiento de un amplio catálogo de medidas para seleccionar en cada caso la más adecuada, no sólo a los hechos cometidos sino a la edad, circunstancias familiares y sociales, personalidad e interés del menor.

-Tan peculiar naturaleza de la ley, hace que la justicia de menores se mueva permanentemente en la cuerda floja, en un difícil equilibrio entre educación y control a veces incomprendido por determinados sectores sociales que demandan más control y en otros casos más entendido por quienes pretenden que la jurisdicción de menores sea la panacea a cualquier problema relativo a los mismos.

2.2. Principio de especialización.

El legislador ha querido una Jurisdicción técnica y especializada, una normativa particular. Todos los intervinientes en el procedimiento de menores: Jueces, Fiscales, Abogados, y Equipos técnicos deben ser especialistas en la materia. A la especialización de los tres primeros se refieren la DF 4º de la ley¹⁸⁶. En estos mismos términos de especialización se refiere la ley al Equipo técnico, indicando que el interés del menor ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de la ciencias no jurídicas.

Sin embargo, en materia de recursos, se echa de menos la especialización de la 2ª Instancia tras la modificación del Art. 41, operada por la LO 9/2000, de 22 de diciembre, atribuyendo a las Audiencias Provinciales la resolución de los recursos de apelación y suprimiendo de este modo, las previstas Salas de menores de los Tribunales Superiores de

¹⁸⁶ 1.“El Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, en el ámbito de sus competencias respectivas procederán a la formación de miembros de la Carrera Judicial y Fiscal especialistas en materia de menores con arreglo a lo que se establezcan reglamentariamente...”, 2.“En todas las Fiscalías existirá una sección de menores compuesta por miembros de la carrera fiscal, especialistas...”, “El Consejo General de la Abogacía deberá adoptar las disposiciones oportunas en los que resulte necesario se impartan cursos homologados para la formación de aquellos letrados que de seen a adquirir la especialización en materia de menores afin de intervenir ante los órganos de esta jurisdicción.

Justicia, a las que el legislador se refería en la Exposición de motivos en los siguientes términos¹⁸⁷.

2.3. Principio del superior interés del menor.

El principio del interés superior del menor es la base y el fundamento de nuestro sistema penal de menores. Éste es entendido, como el principio rector, es decir, un principio sobre el cual se orienta la aplicación y la interpretación de todas las disposiciones normativas¹⁸⁸, en concordancia con los Convenios y Tratados internacionales suscritos y ratificados por los Estados que entran a ser parte del ordenamiento jurídico de éstos¹⁸⁹.

Del “interés del menor” y del “superior interés del menor” se habla reiteradamente tanto en la Exposición de Motivos de la ley como a lo largo de su articulado, así, en la primera se dice: “... en el derecho penal de menores ha de primar, como el elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor...”, “...la adaptación de medidas cautelares sigue el modelo de solicitud de parte, en audiencia contradictoria, en la que debe valorarse especialmente, una vez más el superior interés del menor...”.

Este principio se haya implícito en el espíritu de todas las legislaciones de menores inspiradas en la Convención de los derechos del niño, sin embargo raramente parece definido.

¹⁸⁷ “...el sistema de recursos ordinario se confían a la Sala de Menores de los Tribunales Superiores que habrán de crearse, las cuales con la inclusión de Magistrados especialistas, aseguran y refuerzan la efectividad de la tutela judicial en relación con las finalidades que se propone la ley”.

¹⁸⁸ Véase, CABEDO MALLOL, V, *Marco constitucional de la protección de menores*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 39-45, quien aborda el estudio de este principio desde el ordenamiento jurídico español en el derecho comunitario y europeo, en el ámbito de las Naciones Unidas, y en la jurisprudencia constitucional.

¹⁸⁹ El interés superior del niño ha sido consagrado por la Convención en su Art. 3. Párrafo 1, en la estructuración de un sistema acorde con el singular status de l menor en la sociedad como sujeto de derechos, se establece que: en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés del niño. Por ello, al establecer que deberá informar todas las acciones concernientes a los niños suele ser invocado junto con otros artículos de la Convención para justificar o clarificar alguna cuestión concreta; asimismo impregna todos los artículos de la Convención y todos los derechos que en ella se reconocen. Véase, en este sentido, FERNÁNDEZ CASADO, M^a. D, “Una aproximación al principio del interés superior del menor”, en Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Protección del menor, Comares, Granada, 1997, pp. 246-252, esp. pp. 248-250.

Según vuelve a opinar la Magistrada-Juez MARTÍNEZ SERRANO,¹⁹⁰ hay que comprenderlo de una parte, como la necesidad de atender a criterios varios (circunstancias sociales, psicológicas, culturales...), no exclusivamente jurídico, siempre que se adopte una resolución que afecte a un menor de edad. De otra, como la prevalencia del interés del menor cuando éste entre en colisión o concorra con otros intereses legítimos de particulares o de defensa social. En el primer aspecto de atender a criterios varios no exclusivamente jurídicos para adoptar las resoluciones que atañen a los menores de edad, juegan un papel importantísimo los equipos técnicos que con su asesoramiento ilustran a los operadores jurídicos a lo largo de todo el procedimiento:

-Emitiendo informe sobre la situación psicológica educativa y familiar del menor, así como de su entorno social.

-Informando sobre la posibilidad y conveniencia de que el menor efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima,

-Proponiendo la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido suficientemente expresado el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos.

-Informando sobre la conveniencia de la adopción de medidas cautelares.

-Informando en la audiencia acerca de las medidas solicitadas.

-Informando igualmente en trámite de ejecución de medida.

La definición del interés del menor no es sencilla, existe cierta vaguedad jurídica del mismo y necesita concreción para cada caso individualmente considerado, para lo cual requiere procesos complementarios de valoración y una ponderación detallada de todas las circunstancias personales, familiares y sociales concurrentes, de manera que resulta difícil resumir en una fórmula genérica que deba entenderse por el mismo, aunque si es imprescindible de terminar sus contornos¹⁹¹. Cada uno de los que intervienen directa o indirectamente en el proceso de menores puede tener una idea distinta de cuál es el verdadero interés del menor y la consecuencia práctica va a ser para el menor

¹⁹⁰ *Ibid*, p. 24.

¹⁹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., CUERDA ARNAU, M^a.L., “Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, ob. cit. p. 106.

totalmente indiferente según cuál de esas posturas prevalezca a la final, con lo que el concepto, nacido en origen para tener un carácter totalmente objetivo, puede llegar a convertirse en algo muy subjetivo e indeterminado, lo que según ORNOSA FERNÁNDEZ, sería contrario a los principios de seguridad jurídica e igualdad¹⁹². No obstante, desde nuestra óptica, consideramos en cierto modo la conveniencia de cierta ambigüedad del concepto en tanto que el acotamiento del principio interés superior del menor en atención a las circunstancias del menor resulta un añadido más de garantía ya que priorizar los elementos que le rodean sobre un principio genérico de interés del menor permite adecuar al máximo la respuesta que se dé al mismo, sin que en este caso, el carácter subjetivo del interés del menor pueda suponer una desventaja.

Atendiendo a las referencias recogidas en la LPM, estimamos que el interés del menor concuerda con los fines de educación que la normativa proclama. En todo caso, hay que tener en cuenta que en la elección de la medida, su duración y contenidos ha de partirse de la que sea menos restrictiva de libertad o limitadora de derechos, siempre que ello que sea compatible con los fines de reinserción social de las medidas¹⁹³. Por tanto, el interés del menor exige que la medida sancionadora que se imponga dependa de las posibilidades del menor de cara a que pueda responsabilizarse de una manera eficaz¹⁹⁴.

Teniendo en cuenta lo anteriormente a firmado, la aplicación de tal principio supone valorar diversos criterios relacionados con las necesidades y circunstancias del menor, no exclusiva ni preferentemente jurídicos¹⁹⁵, en la elección de la medida, con preferencia sobre otros en caso de conflicto y adaptándolos a la evolución del menor, lo que implica

¹⁹² ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R., *Derecho penal de menores*, ob. cit. p. 87.

¹⁹³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit. p.

181.

¹⁹⁴ HIGUERA GUIMERA, J.F., *Derecho penal juvenil*, ob. cit. p. 253.

¹⁹⁵ Nos encontramos ante criterios técnicos facilitados por equipos profesionales especializados en ciencias no jurídicas relacionadas con el mundo juvenil. BENITO LOPEZ, A.M^a. “La Ley Penal del Menor y su aplicación. 76. Sobre la importancia del informe del equipo técnico al respecto téngase en cuenta la sentencia de la AP de Sevilla, Núm. 115/2002 de 26 de abril (ARP 2003/675), en cuyo fundamento jurídico segundo se expone lo siguiente: la necesaria intervención del equipo técnico viene impuesta en el Art. 7, 3, 27, 35 y 37 de la LORRPM, y es una consecuencia de uno de sus principios orientadores “el superior interés del menor”. Interés que según su Exposición de Motivos, ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio, desde luego, de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales e indiscutibles como el principio acusatorio, de defensoría o de presunción de inocencia. En este mismo sentido, el primero de los preceptos citados establece que para la elección de la medida o medida adecuadas, tanto por el MF y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el Art. 27 de la presente ley.(...).

una constante búsqueda de nuevos recursos. Por tanto, la correspondiente reacción jurídica contenida en la ley se determina, no tanto, por el hecho material en sí, sino más bien por la personalidad del sujeto menor de edad, así como por su entorno familiar y social¹⁹⁶.

Por nuestra parte, opinamos que el interés superior del menor, aceptando la noción del mismo inicialmente propuesta, permite plantear la selección de una medida que permita afrontar la responsabilidad del menor, en lugar de dirigirse en exclusiva a la superación externa de las deficiencias socioeducativas que este puede presentar.

2.4 Principio de intervención mínima.

VINYAMATA CAMP, E¹⁹⁷ afirma que la justicia fue concebida con el objetivo de resolver pacíficamente los conflictos, sin embargo, actualmente asociamos a la idea de justicia el concepto de castigo y con frecuencia la realidad de los procesos judiciales acaba siendo así. La justicia, en muchos casos acaba siendo un tipo de arbitraje mediante el cual ni se resuelven definitivamente los conflictos ni tampoco se solucionan de manera ágil y eficaz. Estas reflexiones unidas a la legitimidad surgida en las últimas décadas de las dificultades experimentadas por el aparato judicial para poder absorber tantos conflictos y la crisis del sistema penal, han dado lugar a la aparición de corrientes jurídicas a favor de un derecho penal mínimo acogiendo cada vez más los diversos sistemas de índole jurídica al principio de intervención mínima penal como uno de los principios inspiradores del sistema penal. En la mayoría de las legislaciones el principio de intervención mínima se manifiesta a través de la despenalización de conductas merecedoras de escaso reproche social y de la potenciación del principio acusatorio y del principio de oportunidad.

La ley de menores constituye un claro exponente de incorporación del principio de intervención mínima a nuestro Ordenamiento Jurídico, afirmando y potenciando el principio acusatorio e introduciendo abiertamente el principio de oportunidad.

¹⁹⁶ BARQUIN SANZ, J, CANO PAÑOS, M.A, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores”. Ob.cit. p. 19.

¹⁹⁷ *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación.* Barcelona: Ariel, 1999.

2.5 Principio acusatorio.

Atrás quedó la figura del Juez de menores inquisitivo que dirige la investigación, busca las pruebas del delito y de la participación del menor y finalmente resuelve. El Juez de menores se configura en la 5/2000 como un Juez garante de los derechos individuales de todas las partes implicadas en el proceso. Al Ministerio Público, se atribuye la instrucción del procedimiento y al Juez de menores la resolución, teniendo presente que la solicitud de medida que formule el primero condiciona la de prisión de los segundos. El principio acusatorio se recoge de manera expresa en la ley, determinando: “el Juez de menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Fiscal”

2.6 Principio de oportunidad.

El principio de oportunidad, de escasa tradición en países no anglosajones, va implantándose y adquiriendo relevancia en las legislaciones penales modernas¹⁹⁸. Dentro de lo que es el principio de oportunidad se puede distinguir dos modalidades o manifestaciones de lo mismo, la conocida como la oportunidad libre, propia de sistemas anglosajones, y la que se ha dado en llamar oportunidad reglada instaurada en los sistemas continentales europeos, y en algunos países centroamericanos. En los EEUU rige plenamente el principio de oportunidad en su modalidad de oportunidad libre. Esta encaja en un juicio penal transigido, basado en un acuerdo previo entre acusación y defensa sobre una reducción de la pena. El acuerdo se traduce en una “confesión” ante el Juez o Tribunal que emite sentencia sin continuar el juicio contradictorio y conforme a lo convenido entre las partes, obteniendo, de este modo la acusación una sentencia condenatoria, en todo caso, y la defensa una condena de menor gravedad que la que se seguiría en el supuesto de prosperar los cargos inicialmente formulados. El contrario, la llamada oportunidad reglada se abre paso no exenta de polémica, en los países en los que se tienen como piedra angular del sistema penal el principio de legalidad.

¹⁹⁸ Principio de oportunidad definido por GIMENO SENDRA como “la facultad, que la titular de la acción penal asiste para disponer bajo determinadas condiciones de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado un hecho punible contra un autor determinado”. Véase: GIMENO SENDRA, J. V. “Proceso penal de menores”. En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Núm. 6, 2001, pp. 1413-1419.

La discusión se centra en la posibilidad o no de compatibilizar ambos principios. El principio de legalidad obliga al Fiscal en defensa de la legalidad a ejercitar todas las acciones penales que considere procedentes. El principio de oportunidad permite al Fiscal ejercitar la acción o archivar la causa en determinadas condiciones, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. Conciliar los dos principios parece posible si se tiene en cuenta que es la misma ley la que fija la circunstancia y condiciones en las que el Fiscal puede dejar de ejercitar la acción penal, clasificándose del siguiente modo las causas en las que se basan las autoridades legales para el no ejercicio de la acción penal: a) causas relacionadas con la naturaleza del hecho: carácter mínimo de la infracción; culpabilidad leve del infractor; contribución mínima del delito y antigüedad de la infracción; b) causas relacionadas con el autor del hecho: delincuente primario; edad juvenil o senil. - infractor- víctima.- Cambio positivo del comportamiento tras la infracción menor.- Conveniencia de aplicarle una medida rehabilitadora en vez de una pena. - Sumisión a un tratamiento rehabilitador; c) causas basadas en la relación entre delincuente y víctima: - parentesco próximo.- Reparación voluntaria del daño.- Restitución de la cosa.- Delito provocado por la víctima; d) causas basadas en el interés general: - escasa lección social producida por el delito.- Estimulación para pronta recuperación de delito.- Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.- Favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones y por lo tanto un proceso ágil.

De la necesidad de en contrar el interés del menor, de evitar su estigmatización a través de su paso por la Administración de justicia y de la búsqueda de otros ámbitos extrajudiciales para resolver los conflictos han surgido los llamados programas “diversión” o “derivación” incorporadas a las legislaciones de menores modernas basadas en la Convención de Derechos del Niño.

La legislación penal de menores, está claramente en esta línea, apostando con fuerza por el principio de oportunidad reglada que se contempla en todas las fases del procedimiento:

a) En fase de instrucción: - antes de la incoación del expediente, el Fiscal puede desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves, sin violencia o intimidación en las personas o faltas y el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza; después de la incoación del

expediente, el Ministerio Público puede desistir de la continuación del expediente atendiendo a las circunstancias del menor y a la gravedad y circunstancias de los hechos (siendo únicamente posible esta alternativa cuando los hechos constituyan delito menos grave o falta) y valorando especialmente la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos así como que se haya producido conciliación o reparación o que el menor se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo técnico.

Igualmente, el Fiscal puede desistir de la incoación del expediente a propuesta de los miembros del Equipo técnico cuando el hecho imputado constituya delito menos grave o falta, por haber sido expresado suficientemente el reproche al menor a través de los trámites ya practicados o por considerar inadecuado el interés del menor cualquier intervención dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos.

b) En el trámite de audiencia: -antes de acordar la celebración de la audiencia se puede evitar la celebración de la audiencia en el supuesto de conformidad, del menor y de su letrado, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de menores, éste dictará sentencia sin más trámite imponiendo la medida solicitada. A través de esta alternativa se consigue una responsabilización del menor que asume sus propios actos admitiendo los hechos que se le imputan y aceptando la medida que se le propone como consecuencia de los mismos a la vez que se evita la continuación del procedimiento y con ello los efectos estigmatizadores que pueden derivarse del juicio.

Del mismo modo, el Juez de menores puede acordar la no celebración de audiencia en los supuestos previstos en el Art. 33 Apts. b) y c): “en los casos no previstos en el Art. anterior a la vista de la petición del Fiscal y del escrito de alegaciones del letrado del menor el Juez adoptará una de las siguientes decisiones...; -el sobreseimiento, mediante Auto motivado de las actuaciones con remisión de particulares a la Entidad pública correspondiente cuando así se haya solicitado por el Ministerio Público”. En el primero de los supuestos se entiende que el Fiscal solicitaría la apertura de audiencia mientras que la defensa interesaría el sobreseimiento, resolviendo, en este sentido el Juez. En el segundo caso, se entiende que el Ministerio Público no obstante estima la existencia del hecho típico y pide el archivo por sobreseimiento con remisión de las actuaciones de la Entidad pública.

Acordada la celebración de la audiencia: en supuesto previsto en el Art. 36.2, es decir, si al inicio de la audiencia el menor se declarase autor de los hechos y manifestase estar de acuerdo con la medida solicitada por el Fiscal, oído el letrado del menor, el Juez podría dictar sentencia de conformidad. Lógicamente, igual que debe suceder en el supuesto del Art. 32 no dictará sentencia de conformidad en aquellos casos en los que el Magistrado entienda de que el hecho pudiera ser típico que concurren una circunstancia eximente de responsabilidad penal o que las peticiones entrañen fraude de ley procesal por aplicación de lo dispuesto en el Art. 793 de la LECrim y del mismo modo tendríamos que añadir, como específico de esta Jurisdicción aquel supuesto en el que Juez estime que el acuerdo pudiera ir en contra del interés del menor a la vista de lo informado por el equipo técnico. En paralelo el Art. 40 prevé que el Juez de menores pueda acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo estipulado y hasta un máximo de dos años.

c) En trámite de ejecución de medida: -el Art. 50.2 permite en caso de quebrantamiento de medida una privativa de libertad que el Juez de menores a instancia del Fiscal pueda sustituir aquella medida por otra de la misma naturaleza, e incluso, excepcionalmente, a propuesta del Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor así como el Equipo técnico, pueda sustituir dicha medida por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste para su cumplimiento; -durante la ejecución de la medida el Juez de menores que haya impuesto las medidas, podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Público, del letrado del menor o de la Administración competente y oídas las partes, así como el Equipo técnico y la representación de la Entidad pública dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta ley, por tiempo igual o inferior al que reste a su cumplimiento, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 50.2, y siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta, todo ello de acuerdo con lo establecido en el Art. 51.1 de la ley.

Finalmente, la conciliación de menor con la víctima cualquiera que sea el momento que se produzca podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez a propuesta del Fiscal o del letrado del menor y oídos el Equipo técnico y la representación de la Entidad pública juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya

cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor (Art. 51.2).

2.7 Principio de legalidad.

La única fuente creadora de medidas aplicables a los menores que los cometen es la Ley 5/2000, que recoge el principio de legalidad en los Arts. 1 y 8 párrafo 2º en su vertiente sustantiva y en el Art. 43 con relación a la ejecución de las medidas. En el precepto primero se establece que la ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados o de litos o faltas del código o de las leyes penales especiales, quedando por tanto fuera de esta responsabilidad cualquier otro tipo de conducta de los menores que no esté tipificada como delito o falta.

Igualmente, el principio de legalidad se contempla el Art. 8 párrafo 2º cuando dice que la duración de las medidas privativas de libertad no podrán exceder en ningún caso del tiempo que hubiera durado la pena privativa en libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho si el sujeto de haber sido mayor de edad hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con la compilación penal. Se impone pues un límite temporal de cumplimiento de las medidas privativas de libertad en relación, no ya a la duración que establece la propia ley, sino en relación, a la responsabilidad que se le podría exigir en concreto a esa misma persona si fuese mayor de edad con arreglo a la compilación, garantizando de este modo, que en ningún caso la responsabilidad del menor en aplicación de la ley 5/2000, pueda ser mayor que la que le respondería si fuese adulto.

Por último, el Art. 43 .1 de clara expresamente la vigencia del principio de legalidad en la ejecución de las medidas: “no podrá ejecutarse ninguna de las medidas de las establecidas en esta ley sino en virtud de resolución firme de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma”.

2.8 Principio de establecimiento de tramos de edades

Los efectos procesales y sancionadores de la LORPM, dentro de la categoría de menores infractores distingue dos tramos de edades: de catorce a dieciséis años y de dieciséis a dieciocho años, edades en cualquier caso referidas al tiempo de la comisión de los hechos. Esta diferenciación por edades afecta no sólo a la duración de las medidas que señala el precepto noveno, más limitada para los menores de dieciséis años sino también a

la posible intervención del perjudicado en el procedimiento, al que sólo se le permite la personación en el supuesto del que menor imputado tuviera cumplidos los dieciséis años al tiempo de la comisión de los hechos.

2.9 Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad no opera de igual modo, en la LORPM que en el derecho penal de adultos. En este último la pena debe guardar siempre la proporcionalidad debida con la gravedad del hecho cometido. En el derecho de menores, salvo en los supuestos de los delitos previstos en los Arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código con pena de prisión igual o superior a quince años, para los que la ley establece la imposición de la medida más grave internamiento en régimen cerrado, el principio de proporcionalidad tiene menos intensidad que en el derecho de menores, en el doble sentido, de que no siempre a la comisión de un delito seguirá la imposición de una medida y de que tampoco necesariamente, a la comisión de un delito grave va a seguir una sanción grave. En cambio, sí opera en sentido inverso, es decir, que la proporcionalidad entra en juego en todo caso cuando se trata de un hecho leve al que jamás pueda seguirle una sanción grave.

3. PRINCIPIOS PROCESALES.

La legislación penal de menores, dispone un procedimiento con expreso reconocimiento de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales:

- Derecho al Juez natural: que lo es el Juez de menores del lugar donde se haya cometido el hecho delictivo.
- Derecho a un Juez imparcial: el Juez de menores se configura a lo largo de todo el articulado como un Juez de garantías de los derechos individuales de todas las partes implicadas en el proceso y en particular del interés del menor.
- Derecho de presunción de inocencia
- Derecho a no declarar
- Derecho a no declararse culpable
- Derecho a ser notificado de las acusaciones
- Derecho a que la causa sea dirimida sin demora
- Derecho a la valoración de la prueba: la sentencia debe fundarse en la prueba practicada en la audiencia.
- Derecho a doble instancia
- Derecho a un juicio regido por los principios: Acusatorio; Defensa; Inmediación; Concentración; Contradicción; Publicidad: salvo que en interés del menor imputado o de la víctima el Juez acuerde que las sesiones no sean públicas.

4. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS.

1. Ejecución de las medidas a cargo de las CCAA: la ejecución material de las medidas adoptadas por los Jueces de menores, excepto la medida de amonestación que se efectúa en la sede judicial, corresponde a las CCAA y a las ciudades de Ceuta y Melilla.

2. Principio de internamiento como último recurso: la privación de libertad se reserva para los casos en que el menor sea condenado por acto grave en el que concurra violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

3. Principio de resocialización: como indica el propio legislador en la Exposición de motivos, esta ley establece un amplio catálogo de medidas aplicables, debiendo primar el interés del menor a la flexible adopción judicial de la medida más idónea, y buscando en todo caso la reeducación de los menores de edad infractores.

5. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DELITOS O FALTAS.

La legislación atribuye al Juez de menores competencia para resolver la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la misma, estableciendo para ello un procedimiento singular. Con él se abandona el anterior sistema de separación absoluta del ejercicio de la acción penal y civil, favorable para el menor por cuanto que el procedimiento seguido ante el Juzgado de menores no se complicaba por ninguna cuestión o persona ajena al mismo, pero que por el contrario, en la mayoría de los casos, los perjudicados no se veían compensados en forma alguna, pues, ante la necesidad de tener que acudir al procedimiento civil ordinario para ser indemnizados, no ejercitaban sus acciones.

Tampoco se corresponde el referido procedimiento con el sistema tradicional en nuestro Ordenamiento Jurídico del ejercicio acumulado de la acción civil y penal dentro del mismo proceso penal.

Consideramos que se ha tratado de hacer, con buena intención pero con escasos resultados, un sistema diferente tratando de compaginar, pero sin inmiscuirse, los derechos del menor y del perjudicado. Este procedimiento civil paralelo al procedimiento penal, seguidos ambos ante el mismo Juez de menores, y cuya sentencia no produce los efectos de cosa juzgada, nos parece un innecesario derroche procesal que además no evita que un menor se pueda ver inmerso en juicios durante años. Se trata pues, de una solución artificiosa que no añade nada positivo.

Quizás no habría que haber añadido o inventado nada nuevo y tan solo se trataba de haber tomado una decisión sobre la conveniencia o no de continuar con el anterior sistema, o por el contrario, admitir que el perjudicado pudiera ejercitar la acción para el resarcimiento de daños y perjuicios, formulando su petición, de manera exclusiva sobre

este extremo, dentro del procedimiento principal, de biendo resolver la sentencia sobre ambas cuestiones: penal, con imposición de medidas en su caso y civil: con los correspondientes pronunciamientos. Con el principio de responsabilidad civil solidaria: la norma establece la responsabilidad civil solidaria del menor y de sus padres, tutores, acogedores, guardadores o guardadores de hecho, por los daños y perjuicios causados, sin perjuicio de que el Juez pueda moderar esta responsabilidad cuando no hubiere favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

CAPÍTULO VI.

RÉGIMEN APLICABLE AL MENOR Y AL SEMIADULTO.

1. ANTECEDENTE LEGAL Y DOCTRINAL MÁS INMEDIATO.

Hasta la aprobación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP, los códigos precedentes, es decir, el Texto refundido de 1973, el Código de 1944 y el de 1932, en el Art. 8.2, fijaban la minoría de edad penal en dieciséis años, de manera que: - por debajo de esa edad el menor era inimputable y se le aplicaba la LTTM, como método reglado de protección y reforma de menores; - entre los dieciséis y los dieciocho años se le aplicaba la atenuante de minoría de edad penal del Art. 9.3 de los citados códigos penales en el marco de la legislación penal común; - y a partir de los 18 años desaparecía la citada atenuante.

En este contexto, los avances de la biología, la psicología y los estudios criminológicos sobre el incremento de la delincuencia juvenil, recogidos por CUELLO CALÓN¹⁹⁹, QUINTANO R I POLLÉS²⁰⁰, LUZÓN DOM INGO²⁰¹ y SERRANO GÓMEZ²⁰², venían evidenciando la diferencia cualitativa existente entre el menor y el adulto. Ello determinó que la dogmática jurídico-penal, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, comenzará a posicionarse de forma unánime reclamando la exclusión de los menores de dieciocho años del derecho penal común y su sometimiento a la Jurisdicción especial de menores, para recibir un tratamiento acorde con su grado de madurez²⁰³. En

¹⁹⁹ CUELLO CALÓN, E.: “El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Núm. 5 mayo, 1944, p. 491. Igualmente, el mismo autor en su trabajo “El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo V, Fasc. II, mayo-agosto, 1952, p. 301.

²⁰⁰ QUINTANO R I POLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, Vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, p. 170.

²⁰¹ LUZÓN DOMINGO, Diego, “Tratamiento penal de la delincuencia juvenil”, en *Anuario de Derecho Penal*, Tomo XIX, Fasc. III, septiembre-diciembre, 1966, p. 402.

²⁰² SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “La edad penal”, en *Policía española*, núm. 89, mayo 1969, pp. 7-9. También este autor en *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, Doncel, 1970, pp. 31-33.

²⁰³ La primera iniciativa legislativa encaminada a modificar la edad de comienzo de la responsabilidad penal atenuada de los menores y su límite, es decir, el período de la semiimputabilidad, se encuentra en el Anteproyecto de Bases del libro I del Código de laborado en el año 1972 por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Gabinete de Estudios, Cuadernos Informativos, Núm. 11, diciembre de 1972, citado por CEREZO MIR, J., “El tratamiento de los semiimputables”, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, 1982, p.133. Este Anteproyecto fija el comienzo de la responsabilidad penal del menor en los 15 años y la extiende hasta los 21 años, dentro del marco del Derecho Penal común, destacando, de un lado, el acierto de disminuir el límite de la mayoría de edad penal a los 15 años, sobre la base de que la investigación criminológica ha subrayado la gran

cambio, el trazado doctrinal fue dispar cuando se trataba de los mayores de dieciocho años pero menores de veintiuno, es decir, del semiadulto o joven adulto, al que, por las

importancia de la delincuencia de los jóvenes de 15 años en nuestro país y, de otra parte, el valor positivo de la extensión hasta los 21 años del límite máximo de edad para la atenuante de edad juvenil.

El segundo intento de modificar el período de semiimputabilidad es llevado a cabo por el proyecto de LO del Código penalista de 1980, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*, el 17 de enero de 1980. Este proyecto establece esencialmente los mismos límites de edad que figuraban en el anteproyecto de bases del Libro I del CP de 1972, salvo el período de la atenuante de edad penal. Así, el Art. 26. 3º fija el límite de la inimputabilidad en los 15 años, sometiendo a los menores de esa edad que ejecuten un hecho delictivo a los tribunales tutelares de menores. Sin embargo, la mayoría de la doctrina se muestra contraria a la reducción de la edad de la imputabilidad disminuida a los 15 años, mientras se sostenga la sujeción de estos jóvenes al Derecho penal de los adultos, a la vez que postulan alternativamente la creación de un Derecho Penal juvenil independiente de la jurisdicción ordinaria.

El tercer proyecto legislativo, que por primera vez se dirige a excluir al semiimputable del derecho penal común, corre a cargo de la propuesta de anteproyecto del nuevo Código de 1983. En esta propuesta, a diferencia de las anteriores, son acogidas con buen criterio las reivindicaciones de la doctrina mayoritaria, y, por primera vez, se da un gran paso en esta materia al regular la posibilidad de dejar fuera de la legislación penal general a los semiimputables. En este sentido, su Art. 22. 3º señala que está exento de responsabilidad criminal “el menor de dieciocho años”, ordenando que los menores de esa edad que ejecuten un hecho previsto como infracción penal queden sujetos a la jurisdicción especial de los tribunales de menores. La propia Disposición Final 2ª encarga al Gobierno remitirlo a las Cortes en el plazo de seis meses. Por último, en cuanto a los jóvenes de entre dieciocho y veintiún años, el Art. 99 se caracteriza por una redacción muy positiva, al prever la posibilidad de que el tribunal sustituya la pena de prisión impuesta por el internamiento en un centro reeducador para jóvenes delincuentes, sin que en ningún caso este internamiento pudiera exceder de cuatro años. La doctrina reacciona favorablemente frente a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo CP de elevar el límite de la minoría de edad penal a los dieciocho años.

En cuarto lugar, con el Borrador de Anteproyecto del Código de 1990 y el Anteproyecto del Código Penal de 1992, se registra un retroceso en el camino de exclusión del semiimputable del Derecho Penal común. Así, el Art. 19.3º del Borrador de Anteproyecto del Código de 1990 vuelve al sistema tradicional instaurado en España desde el CP de 1928, de declarar exento de responsabilidad criminal al menor de 16 años. Este Borrador, también favorece la postura continuista que en materia de tratamiento del menor delincuente se mantenía en el Art. 65 del Código penalista de 1973. Su Art. 66 prevé que el Juez o Tribunal impusieran al menor de dieciocho y mayor de dieciséis años la pena inferior en uno o dos grados, a su arbitrio, y el Art. 98 restringe la posibilidad de sustituir la pena impuesta por el internamiento en un centro reeducador para jóvenes delincuentes durante un tiempo no superior al de la pena, en aquellos supuestos de delitos castigados con pena privativa de libertad inferior a 6 años. Por su parte, el Anteproyecto del CP de 1992 confirma de nuevo el insatisfactorio sistema propuesto por el borrador de Anteproyecto del CP de 1990 de mantener al semiimputable dentro del ámbito de aplicación del Código de los adultos. Frente a lo expuesto, postulan la exclusión de los semiimputables del Código mediante la elaboración de un Derecho penal juvenil, el CGPJ, “Anteproyecto del CP de 1992 e Informe y votos agregados del CGPJ”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 11, Madrid, 1992, p. 212, y autores como SÁINZ C ANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3º ed. Barcelona, Bosch, 1990, p. 664; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del delito*, 2º Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 131.

Las reivindicaciones de la dogmática jurídico penal a propósito de la exclusión del semiimputable del derecho penal de los adultos y la instauración de una jurisdicción específica, se hacen realidad en dos momentos diferentes en el año 1994. Primeramente, el Anteproyecto del CP del citado año, en su Art. 20.1 establece que “están exentos de responsabilidad criminal con arreglo a este código los menores de 18 años”. Con este precepto el legislador da respuesta a la primera de las peticiones de la doctrina, es decir, excluye de la responsabilidad criminal prevista para los adultos a los menores de dieciocho años, pero ello no significa que estos resulten exentos de responsabilidad penal, aunque este Anteproyecto no especifica cómo sería ésta ni quién la regularía. Cuando el citado Anteproyecto se convierte en el proyecto de ley orgánica del Código de 1994, el legislador da respuesta a la segunda de las reivindicaciones de la doctrina, consistente en la creación de un nuevo derecho penal juvenil para el semiimputable al margen del derecho penal común. Efectivamente, en la nueva redacción del Art. 20 queda redactado como sigue: “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley penal juvenil y del menor”.

mismas razones psicológicas y criminológicas, la mayoría de los autores consideraba que no han alcanzado su completa madurez, siendo cualitativamente diferente del adulto y teniendo una capacidad de culpabilidad o imputabilidad disminuida y reducida, pero discrepaban sobre el régimen jurídico adaptable y aplicable a estos jóvenes. Así es, unos autores defendían la aplicación de un tratamiento delimitado sólo a concretos semiadultos en la competencia jurisdiccional especial de menores, previa comprobación de su incompleta madurez, con la aplicación de la jurisdicción ordinaria para el resto; otros, demandaban un tratamiento de atenuación o de especialización para todos los jóvenes adultos en el ámbito del Código, estableciendo una atenuante genérica²⁰⁴; finalmente, estaban los autores que instaban un procedimiento singular para todos estos sujetos, en una Jurisdicción juvenil especial, al margen del Derecho penal común²⁰⁵.

²⁰⁴ LUZÓN DOMINGO, D., “Tratamiento penal de la delincuencia”, en *Anuario de Derecho penal*, cit; pp. 402 y 407 - 409, también el mismo autor “Legislación Penal Juvenil”, en *Delincuencia juvenil. Estudio de su problemática en España*. Núm. 14. Madrid: Colección de estudios, Secretaría General Técnica del Ministerio de Gobernación 1972, pp. 51-53. Partiendo de la base de que la psicología de los adolescentes y jóvenes es muy distinta a la de los adultos, defiende un tratamiento diferenciado para aquellos. Al referirse al mayor de dieciocho años y menor de veinte, sostiene que es ineludible que este joven, incluso cuando tuviera la inteligencia completamente desarrollada, todavía estaría carente de experiencia y su voluntad se encontraría a menudo influida y disminuida por impulsos, pasiones, agentes externos, etc; es decir, que a esa edad, estaría la inteligencia desarrollada pero faltaría la debida reflexión. Por ello, propone el reconocimiento de esa falta de plenitud y de madurez en el momento de pedirle cuentas por sus actos ilícitos, así como la consideración de la posibilidad de atenuar la pena mediante una atenuante genérica, que no obligase a bajarla en uno o dos grados, como la que es de aplicación a los menores de dieciocho años, sino que obrase sólo como las demás atenuantes no cualificadas. En consecuencia, para este autor, basta una reforma del Código penalista en el sentido indicado para que estos semiadultos sean tratados adecuadamente dentro de la jurisdicción común. PALACIO y SÁNCHEZ IZQUIERDO, J, *Edad, derecho penal y derecho tutelar*, cit., p. 59-67, 85-90, apoyándose en argumentos de orden social, biológico, psicológico y criminológico, pone de relieve que el mayor de dieciséis años y menor de veintiún años, presenta unos problemas propios que lo diferencian del menor y del adulto. Asimismo señala que a este periodo intermedio, apreciado con criterios bio-psicológicos, se debe aplicar en el terreno jurídico un derecho de transición, toda vez que las normas del derecho tutelar de menores pueden resultar ineficaces, de igual modo que el tránsito directo al derecho penal de adultos es, sin duda, excesivamente brusco. Para imponerles el tratamiento adecuado a sus peculiaridades bio-psicológicas, propone la reestructuración del CP, de la LECrim., así como de la LGP.

²⁰⁵ Entre los penalistas que reclaman la exclusión del mayor de dieciocho años y menor de veintiuno del derecho penal común, para su sometimiento al derecho penal juvenil, figuran QUINTERO OLIVARES, G, y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, cit, p.85. Estos, después de echar en falta la carencia de un derecho penal para jóvenes y adolescentes, como el existente, por ejemplo, en la antigua República Federal de Alemania, y de indicar como pauta legislativa a seguir la de elevar la edad penal a los dieciocho años, opinan que debía definirse la fase intermedia de intervención del derecho penal juvenil, que habría de comprender, por ejemplo, hasta los veintiún años. También, CANTARERO BANDRÉS, R. *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*. Madrid: Montecorvo, 1988, p. 228, se inclina por la creación de una ley penal juvenil aplicable no sólo a los individuos entre trece y dieciocho años, sino también a los llamados jóvenes-adultos hasta los 21 años. En este sentido, la asociación profesional de la magistratura en el “Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura sobre el Borrador de Anteproyecto de parte general de código penal”, en *Actualidad penal*, Núm. 14, abril, 1991, p.212, aboga porque se acometiesen las tareas tendentes a elaborar el adecuado régimen normativo para el tratamiento de jóvenes de catorce a dieciocho años, por ejemplo, o incluso hasta los veintiún años.

2. APORTACIONES DE LA PSICOLOGÍA EVOLUTIVA SOBRE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DEL ADOLESCENTE.

2.1 Características del desarrollo evolutivo.

El régimen jurídico aplicable al menor y al semiadulto de manda un estudio definido y delicado del contenido de la capacidad de culpabilidad y su fundamento en el periodo de la adolescencia, al objeto de verificar y constatar posteriormente si la posición mantenida por el legislador concuerda o presenta discordancia con las más modernas revelaciones aportadas por otras ciencias no jurídicas en esta materia, en exclusiva, con la psicología evolutiva.

Dentro de la ciencia psicológica, la psicología evolutiva o del desarrollo es la disciplina que estudia los cambios que sobrevienen a las personas a medida que avanzan en edad durante el ciclo vital²⁰⁶. De las múltiples características que presenta el desarrollo humano hay que recalcar seguidamente las que forman la piedra angular sobre la que la moderna psicología evolutiva explica el desarrollo, tanto de la capacidad intelectual del sujeto, como de su facultad para comprender la sociedad y las normas que regulan la convivencia en ella. Pero también se han de señalar los periodos en los que suelen ordenarse cronológica y cíclicamente los cambios que surgen durante el desarrollo humano.

El desarrollo humano es multidimensional e interdisciplinario. Es multidimensional porque se trata de un proceso complejo generalmente dividido en cuatro dimensiones básicas que se irán desdoblando dentro de cada periodo de edad: desarrollo físico, cognitivo, emocional y social. Aunque cada espacio subraya un aspecto particular del desarrollo, hay una interdependencia considerable entre dichas áreas. De este modo las capacidades cognitivas pueden depender de la salud física y emocional, así como de la experiencia social, o del desarrollo social. El desarrollo social está influido por la maduración biológica, la comprensión cognitiva y las reacciones emocionales²⁰⁷.

²⁰⁶ Esta definición, con leves diferencias de formulación, es compartida actualmente por la mayoría de los psicólogos evolutivos. Véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E y MUÑOZ HUESO, A. *La psicología del desarrollo: concepto y evolución histórica*. Madrid: CCS, 2004.

²⁰⁷ RICE, Ph. *Desarrollo humano: estudio del ciclo*. (Traducción) ORTÍZ SALINAS, M^a E; (Revisión técnica M^a de Lourdes Reyes Ponce). México: Prentice Hall Hispanoamericana, 1997, pp. 9-10.

En el desarrollo durante el curso de la vida influye e interviene la herencia y el ambiente. La herencia, entendida como un conjunto de factores biológicos y genéticos, y el ambiente, concebido como el entorno y hábitat, que se interpreta por las modernas psicologías como condicionantes que interactúan en el diseño del desarrollo y que no pueden ser explorados aisladamente.

Otra peculiaridad viene dada por el carácter continuo del desarrollo. La psicología evolutiva actual²⁰⁸ sostiene que, aunque algunos aspectos del crecimiento físico se paralizan, durante todo el ciclo vital el desarrollo del ser humano continúa su proceso de adaptación y cambio.

El desarrollo, igualmente refleja continuidad y discontinuidad. Una de los asuntos básicos a los que se enfrentan los psicólogos evolutivos, para quienes la existencia del cambio no plantea duda alguna, es la relativa a si el desarrollo tiene lugar de manera continuada, a través de cambios cuantitativos, o tras etapas discontinuas, que reflejan cambios cualitativos²⁰⁹. Sobre este extremo, hoy en día la mayoría de los psicólogos defienden que el desarrollo es un proceso de cambios cuantitativos y cuantitativos, es decir, sostienen que algunos de los aspectos del desarrollo son continuos, mientras que otros aspectos muestran características y particularidades similares a las etapas.

El desarrollo se efectúa a través de una serie de estadios, etapas o periodos, cada uno de los cuales tiene sus propias singularidades²¹⁰. Dichos cambios sobreenvenidos durante el ciclo vital suelen ordenarse cronológicamente desde la concepción a la vejez: a) prenatal: comienza con la concepción y termina con el nacimiento; b) infancia: comprende los dos primeros años; c) niñez: va desde los dos hasta los doce años; d) adolescencia: abarca desde los doce o trece años hasta los dieciocho o veinte años; e) juventud: desde los veinte a los cuarenta años; f) madurez: de los cuarenta a los sesenta

²⁰⁸ Durante años los psicólogos aceptaron lo que ahora parece una idea increíble: que el desarrollo empieza antes del nacimiento y termina con la adolescencia. De este modo, en el pasado se aceptaba que la mayor parte de los aspectos del desarrollo (físico, cognitivo, emocional y social) alcanzaban su apogeo al final de la adolescencia y después se detenían de alguna manera mágica. Véase RICE, F. Philip, *Desarrollo humano. Estudio del ciclo vital*, cit., p. 10.

²⁰⁹ Como expone GARCÍA MADRUGA, J.A., “Estructura y mecanismos de cambios en la psicología evolutiva”. En: CORRAL IÑIGO, A y PARDO DE LEÓN, P. (Dir.) *Psicología evolutiva I. Introducción al desarrollo*. Vol. I. Madrid: UNED, 2001, cit., p. 70, la continuidad implica o bien constancia en determinados rasgos o caracteres, o bien un tipo de cambios aditivos, cuantitativos, mientras que la discontinuidad supone necesariamente la aparición o emergencia de rasgos o características nuevas en el desarrollo, esto es, la existencia de transformaciones, de cambios cualitativos.

²¹⁰ Véase DELVAL., Juan, *El desarrollo humano*, Madrid: Siglo Veintiuno de España editores, 3º ed., 1996, p. 130.

años; g) vejez: de los sesenta años en adelante. Se considera sin embargo, que es más ilustrativo seguir la división que fracciona los principales cambios del desarrollo humano en tres grandes periodos: a) desarrollo infantil: comprende desde la concepción hasta la edad de doce o trece años; b) desarrollo adolescente: abarca la etapa que transcurre desde la edad anterior hasta los dieciocho o veinte años; c) desarrollo adulto: desde los veinte años en adelante.

Los psicólogos evolutivos apelan a la edad para señalar de manera aproximada, el momento en el que aparecen y terminan determinados cambios físicos, cognitivos, emocionales y sociales durante el desarrollo del ser humano²¹¹. Ello no representa que la edad produzca el cambio, sino que movido por otras fuerzas éste suele producirse a determinadas edades.

No obstante, difieren ligeramente unos de otros en cuanto al instante que señalan para el inicio o término de cada periodo. Así, para unos el comienzo de la adolescencia tiene lugar a los doce años mientras que otros lo fijan a los trece, en cambio su conclusión unos la fijan a los dieciocho años y otros a los diecinueve y mayoritariamente a los veinte²¹².

A pesar de estas leves discrepancias cronológicas, lo que resulta evidente e indudable es que en su conjunto se coincide en señalar que el periodo de desarrollo humano llamado niñez concluye entre los doce y los trece años, la adolescencia comienza a esa edad y se completa entre los dieciocho y los veinte años, y la edad adulta se inicia cuando la adolescencia llega a su fin, es decir, a partir de los veinte años.

2.2 Cambios cognitivos durante la adolescencia.

En psicología evolutiva, el desarrollo cognitivo trata del estudio de los cambios que sobrevienen a las personas en el proceso de avance del pensamiento, de la memoria,

²¹¹ Sostienen BERMEJO, V. y LAGO, M^a.O., “Conceptualización del desarrollo”, en V. BERMEJO (ed.), *Desarrollo cognitivo*. Madrid: Síntesis, 1994, p. 47, que “el tiempo puede ser útil en psicología del desarrollo como referencia o indicador aproximado de la aparición de cambios comportamentales en la vida humana y, sobre todo, adquiere mayor interés como dimensión a lo largo de la cual pueden ordenarse una serie de acontecimientos.

²¹² Véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., “Desarrollo en la adolescencia (12 a 16 años) II”, en E. GONZÁLEZ GONZÁLEZ (coord.), *Psicología del ciclo vital*, CCS, Madrid, 2000, p. 285; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E y FERNÁNDEZ MARTÍN, M^aP “ Los jóvenes en la sociedad actual (de 17 años en adelante)”, en GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E (coord.), *Psicología del ciclo vital*, CCS, Madrid, 2000, p. 361; GONZÁLEZ ROMÁN, M^aP, “Edad adulta”.

del razonamiento, de la forma de solucionar problemas, etc. durante el ciclo vital²¹³. La importancia del análisis de la evolución de la capacidad cognitiva del sujeto se determina en que su presencia es un requisito imprescindible, aunque no suficiente, para que simultáneamente, durante el proceso de socialización y a través de la conveniente interacción social, se origine el desarrollo de la capacidad de comprensión social, moral, política, legal etc.

El principal artífice de la teoría del desarrollo cognitivo es Piaget. Según la posición defendida por este autor, durante el desarrollo cognitivo, se producen una serie de cambios secuenciales en la organización del pensamiento, es decir, en la forma de pensar y de razonar de la persona, que vienen delimitados por varias etapas o estadios, cada uno de los cuales implica modificaciones cualitativas en el pensamiento. Las edades medias de cada periodo varían sensiblemente de un medio social, o incluso de un país o de una región, a otro. La velocidad de desarrollo cognitivo en las diferentes etapas dependerá de la frecuencia de las incitaciones intelectuales recibidas de los adultos o de las posibilidades de actividades espontáneas del niño²¹⁴. Finalmente, el proceso de transición de un estadio a otro se efectúa de manera bastante continua y menos brusca de lo que parece²¹⁵.

A pesar del mérito y de la trascendencia de esta teoría en el área de la psicología cognitiva, numerosas investigaciones revelan la existencia de concretos efectos de considerable importancia en el la²¹⁶. Ante tal situación, las modernas posiciones doctrinales que tratan de explicar la evolución de la capacidad cognitiva de los sujetos durante el ciclo vital efectúan una reorientación de la Teoría de Piaget.

Hoy en día existe consenso entre los psicólogos del desarrollo para definir la adolescencia como el periodo de transición entre la infancia y la edad adulta²¹⁷. Esta etapa transitoria se extiende desde los doce o trece años hasta el periodo comprendido entre los

²¹³ Véase RICE, Ph. *Desarrollo humano: estudio del ciclo*. [Traducción] ORTÍZ SALINAS, M^a E.; (Revisión técnica M^a de Lourdes Reyes Ponce). México: Prentice Hall Hispanoamericana, 1997, p. 10.

²¹⁴ Véase PIAGET, J. *El nacimiento en la inteligencia del niño*. Madrid: Crítica, 2007, p. 210.

²¹⁵ Véase PIAGET, J. *El nacimiento en la inteligencia del niño*. Madrid: Crítica, 2007, p. 95.

²¹⁶ Las críticas suscitadas con motivo de las diversas investigaciones realizadas para constatar los postulados de la teoría de PIAGET pueden estudiarse, entre otros, en RODRIGO LÓPEZ, María José, “La teoría de Piaget: el desarrollo de las operaciones concretas y formales” en VEGA VEGA, J. L., *Psicología evolutiva. Fundamentos del desarrollo. Desarrollo cognitivo. Desarrollo social. Universidad nacional de educación a distancia*, Madrid, 1994.

²¹⁷ Así, por ejemplo, RICE, F. Ph, *Desarrollo humano, estudio del ciclo vital*, cit., p. 326, señala que la adolescencia “es una etapa de transición entre la niñez y la edad adulta por la que deben pasar los individuos antes de que puedan tomar su lugar como mayores”.

dieciocho y los veinte años. El inicio de la adolescencia acontece aproximadamente en el momento en que se produce el hecho biológico de la pubertad²¹⁸, es decir, cuando tienen lugar una serie de transformaciones físicas en caminadas a alcanzar la plena madurez sexual del niño. Aunque su conclusión es más difícil de delimitar externamente porque no viene marcada por ningún hecho biológico, lo cierto es que termina con el inicio de la edad adulta, esto es, cuando el adolescente ha alcanzado su pleno desarrollo físico, cognitivo, social y legal, que socialmente se exterioriza mediante la adopción de los roles propios de los adultos, por ejemplo, independizarse, contraer matrimonio, trabajar etc. aunque estos se retrasan cada vez más debido a la situación socio-económica por la que atraviesan los países de nuestro entorno cultural.

Los cambios cognitivos que se producen en la forma de pensar del ser humano durante la adolescencia son expuestos por PIAGET²¹⁹ de modo certero. Para éste, el inicio del pensamiento formal o abstracto tiene lugar hacia los doce años, toda vez que a partir de este momento se instaura progresivamente una nueva forma de pensar en el adolescente, que lo va llevando en la dirección de la reflexión libre y desligada de lo real²²⁰. Sobre esa edad tiene lugar una transformación fundamental y primordial en el pensamiento del niño que fija el final del razonamiento preciso para dar paso al pensamiento abstracto más lógico y reflexivo²²¹. El adolescente adquiere una nueva capacidad que, desligada y liberada de lo concreto, de lo que está dado o de lo que es, le va a permitir hacer reflexiones y teorías, ver el mundo y a la gente que habita en él,

²¹⁸ Identifican el hecho biológico de la pubertad con el inicio de la adolescencia FIERRO, A., "Desarrollo social y de la personalidad en la adolescencia", cit., p. 99, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., "Desarrollo en la adolescencia" (12 a 16 años) II", cit., p. 285.

²¹⁹ Véase PIAGET, J. *El nacimiento en la inteligencia del niño*. Madrid: Crítica, 2007, cit., pp. 94-99.

²²⁰ Como expone PIAGET, J. *El nacimiento...*, cit., p. 94-99, las características de esta nueva capacidad cognitiva son las siguientes: a) aparece la abstracción: se despierta un interés en el adolescente por los problemas intelectuales, sin relación con las realidades vividas día a día, que le permiten anticiparse a situaciones futuras y el aborazar con una facilidad que sorprende teorías abstractas; b) es más lógico: las operaciones lógicas realizadas en el plano de la manipulación concreta comienzan a ser traspuestas al plano de las meras ideas, expresadas en un lenguaje cualquiera (el lenguaje de las palabras o el de los símbolos matemáticos, etc.) pero sin el apoyo de la percepción ni la experiencia, ni siquiera la creencia; c) pasa a ser hipotético-deductivo: el adolescente es capaz de extraer conclusiones de meras hipótesis, y no sólo de la observación de la realidad, con plena validez al margen de su verdad de hecho, lo que supone una dificultad y un trabajo mental superiores a los que entraña el pensamiento concreto; d) y surge la reflexión: ésta es como un pensamiento de segundo grado, así, mientras el pensamiento concreto es la representación de una acción posible, el pensamiento formal, por el contrario permite la representación de una representación de acciones posibles.

²²¹ Esta misma transformación en la forma de pensar y de razonar que tiene lugar al final de la niñez y durante la adolescencia se puede apreciar en el área de la comprensión ilegal. Así, en el área de la legalidad el tránsito desde una concepción concreta de la ley, según la cual el adolescente piensa en ésta, la justicia, en términos de maldad, castigo y coerción, a otra abstracta conforme a la cual el adolescente reconoce que el propósito de la ley es proteger y favorecer a la sociedad y al ciudadano.

incluyéndose a sí mismo de una manera distinta, pensar no solamente en lo que es sino en lo que podría ser, en posibles consecuencias antes de que ocurra. Aceptar y comprender no sólo lo que está dado sino también lo que podría ocurrir, y razonar sobre la educación, la moralidad, la religión, la justicia y la existencia. Necesario es tener en cuenta que esta nueva capacidad, producto de la transformación sobrevenida al pensamiento a partir de los doce o trece años como consecuencia de la interacción social no se adquiere automáticamente sino que va desarrollándose de modo paulatino durante la adolescencia²²². Su conclusión tiene lugar al final de ésta, es decir, entre los dieciocho y los veinte años, siendo precisamente a los veinte años cuando la capacidad cognitiva del conjunto de los individuos no afectados por alguna anomalía alcanza un estado óptimo y estabilizado, con escasos progresos posteriores.

2.3. Desarrollo de la capacidad de comprensión social.

El proceso de socialización reside en el aprendizaje o interiorización por parte de los individuos de una determinada sociedad de las normas, roles, valores y costumbres que otros han de haber aprendido previamente, de acuerdo con las cuales se produce la comunicación y cooperación social.

El desarrollo social tiene lugar lentamente, mediante la interacción del individuo con la sociedad, a través de la familia, la escuela, los grupos deportivos, las instituciones públicas, el sistema jurídico, etc.; a medida que vaya adquiriendo y aplicando habilidades cognitivas al mundo social, en los distintos campos o dominios sociales, como el de la adopción de perspectivas o de roles sociales, el de la moralidad, el de la legalidad,...

Las investigaciones efectuadas sobre el desarrollo social indican y demuestran que el progreso en la adopción de perspectivas sociales, así como en el campo moral, legal o político, exige una base de evolución cognitiva, es decir, una relación entre el desarrollo intelectual y el social²²³. Este sustrato cognitivo es una condición necesaria, aunque no suficiente, que permitirá el desarrollo de dichas áreas, en función de la estimulación social recibida. De ese modo, si mediante la interacción del sujeto con el entorno social éste adquiere cierto desarrollo cognitivo y de adopción de perspectivas,

²²² Así lo indica PIAGET, J. *El nacimiento...*, cit., p. 95, cuando dice que “la producción de esta nueva forma de pensamiento (...) se efectúa en realidad de una manera bastante continua”.

²²³ Defiende esta relación entre el desarrollo cognitivo y los distintos campos del desarrollo social, entre otros, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E. “Desarrollo en la adolescencia: desarrollo social y moral, problemática en el desarrollo de esta etapa”. *Psicología de la educación y del desarrollo en la edad escolar*. (coord.) GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., BUENO, J. A. Madrid: CCS, 2004, p. 338.

pero no recibe estimulación social, por ejemplo, en el campo de la legalidad no habrá desarrollo legal, aunque sí cognitivo. Por el contrario, sin desarrollo intelectual no habrá desarrollo de perspectivas sociales, ni legal, tampoco moral, etc.

Gran cantidad de psicólogos sostienen que en el desarrollo social tiene lugar una secuencia vertical de etapas que se suceden a lo largo del ciclo vital. Para éstos especialistas existe una apreciable diferencia entre el desarrollo cognitivo, moral, legal etc., de manera que es necesario haber alcanzado una etapa para poder pasar a la siguiente. Así, en el área del pensamiento cognitivo, es imprescindible alcanzar el estadio de las operaciones concretas, características de la infancia, para que pueda devenir el de las operaciones formales.

Simultáneamente a esta secuencia vertical de etapas, en el desarrollo social, también se produce una secuencia horizontal de campos o dominios sociales. Así es, los estudios efectuados en esta materia ponen de manifiesto que existe un paralelismo entre el desarrollo cognitivo y el moral, legal, económico, etc., evidenciándose, por ejemplo, que la persona que se encuentre en la etapa de las operaciones concretas del desarrollo intelectual, también se hallará en el nivel preconventional del desarrollo legal. En esta línea, los estudios realizados por los psicólogos han constatado de igual manera que esa secuencia horizontal de campos parece desenvolverse dependiendo de la estimulación social recibida en cada una de las distintas áreas sociales.

En cuanto a la concepción de las leyes, el razonamiento legal durante la adolescencia no es estático sino que va evolucionando en dos direcciones. De una parte, se produce un descenso de la concepción concreta y restrictiva o represora de la ley, que es muy frecuente al comienzo de la adolescencia, y luego va disminuyendo hasta el final de ésta, en que pasa a ser prácticamente inexistente y, de otra parte, al mismo tiempo, tiene lugar un incremento del pensamiento abstracto y benéfico de la ley, inusual al comienzo de la adolescencia, y frecuente a su conclusión.

La generalidad de los niños menores de doce años cumplen las leyes para evitar las consecuencias negativas y para obedecer a la autoridad. A partir de los doce años, en el periodo de la adolescencia, se produce un dinamismo en las distintas causas de cumplimiento de la ley que se desplaza como sigue: a medida que aumenta la edad va descendiendo el número de sujetos que cumplen las normas por el temor al castigo y por obediencia a la autoridad, a la vez que surgen otras razones para justificar su

sometimiento a la ley, como es la conformidad personal (se quiere ser un buen chico para no decepcionar las expectativas que tanto la autoridad como la sociedad tienen puesta en él), la conformidad social (estiman que actuando conforme a la ley se evita el caos social y se funciona mejor), racional-beneficioso-utilitario (basada en la toma racional de decisiones y en consideraciones utilitarias de bienestar individual y social), y al final de este período hacen su aparición argumentos basados en principios.

Finalmente, en la adultez hay una estabilidad de las distintas causas de cumplimiento de la ley. En este período son pocos los adultos que obedecen las leyes motivados por el temor al castigo o por evitar las consecuencias negativas, en cambio la mayoría casi absoluta de ellos lo hace por otras razones valorativas, como las de conformidad social, las de conformidad personal etc.

2.4. Libertad de la voluntad como fundamento de la capacidad de culpabilidad.

En el área del Derecho penal, la capacidad de culpabilidad se refiere a los requisitos psicológicos que habrán de concurrir en una persona para que el Estado la considere en condiciones de responder frente a la sociedad por los actos que realice en su contra.

Acertadamente, la doctrina mayoritaria indica que tal capacidad consiste en la de comprender el carácter ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión²²⁴. Para obtener el fundamento de la capacidad de culpabilidad es necesario indagar en sus elementos. Por lo que respecta a la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito de su conducta se considera que en ella no reside el cumplimiento de la capacidad de culpabilidad, puesto que la capacidad intelectual únicamente denota que el sujeto disfruta de determinadas facultades psicológicas, como la capacidad de comprensión social y legal en virtud de la cual percibe la antijuridicidad de su conducta, pero tal capacidad no le basta o no es suficiente para decidir su actuación en el sentido esperado o en la ley o en su contra, pues para ello se requiere algo más. Si el sujeto primeramente ha de tener

²²⁴ Así, por ejemplo, CERESO MIR, J, *Curso de derecho penal español. Parte General. III. Teoría jurídica del delito*, p. 51. Tras rechazar la definición que venía sosteniendo la ciencia del derecho penal español de la imputabilidad como capacidad de entender y de querer porque la considera dogmáticamente insostenible, pues si faltaba en el sujeto por completo, la capacidad de entender y de querer quedarían excluidas la acción y la omisión como primer elemento del concepto del delito, en cambio “le parece más acertado (...). El concepto de imputabilidad como capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a ese conocimiento que inspira (...) la regulación de las eximentes de anomalía o alteración psíquica y de intoxicación plena (...) o de hallarse de la influencia de un síndrome de abstinencia”.

capacidad para comprender la ilicitud de su conducta en algo más que necesita para actuar de acuerdo con dicha comprensión consiste en la aptitud psíquica para autodeterminar su voluntad en ese sentido.

De ello se desprende que la última causa o el fundamento de la capacidad de culpabilidad se haya precisamente en esa capacidad de autodeterminación o libertad de la voluntad que posee el sujeto, pues sin ésta nunca podrá decidir si acepta o rechazando la legalidad vigente, únicamente cuando dispone de capacidad intelectual para comprender el significado antijurídico de su conducta. Todo ello matizado, pues al tratarse de una capacidad dinámica fruto de un continuo proceso de evolución y de transformaciones psicológicas su grado de desarrollo es distinto en la adolescencia y en la fase adulta. Durante la adolescencia, el sujeto es cualitativamente distinto al adulto porque posee una mitigada capacidad de comprensión social y legal, así como la capacidad igualmente atenuada para autodeterminar su voluntad conforme a tal comprensión.

2.5. Diferentes grados de capacidad de culpabilidad.

Cuando el menor tiene entre doce y catorce años sobreviene una transformación fundamental en su inteligencia que acuña el final del pensamiento concreto y el inicio del formal o abstracto. Esta nueva capacidad cognitiva permite a su vez, a través de la correspondiente interacción con las familias, escuela, comunidad medios de comunicación sistema jurídico, etc., que comienza a desarrollarse simultáneamente de una parte, su capacidad de comprensión social, y, de otra, cuando esa interacción le proporciona información jurídica, el desarrollo de la capacidad de comprensión legal. Esta evolución psicológica indica que en éste menor ha surgido la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta, es decir, el elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad, que, a su vez, conlleva la aparición de la capacidad de autodeterminar su voluntad de actuar conforme a esa comprensión, esto es el elemento volitivo de la capacidad de culpabilidad. Éste menor, es cualitativamente distinto al niño. A pesar de que disponen de capacidad intelectual y volitiva, pues no posee, sin embargo, la suficiente capacidad de culpabilidad como para considerarlo responsable de las infracciones legales que comentan.

Durante el período comprendido, entre los doce y catorce años, se entiende que por razones cualitativas y cuantitativas, se debe partir de la base de que el menor tiene

una insuficiente capacidad de culpabilidad para responder ante la sociedad del acto delictivo que realice²²⁵. Cuando el adolescente se encuentra en el período de edad entre los catorce y dieciocho años de edad, como consecuencia del proceso de socialización a través de la correspondiente interacción con la sociedad, se produce un nuevo incremento de la capacidad para comprender la ilegalidad de su comportamiento, así como la aptitud para autodeterminar la voluntad de acuerdo con tal comprensión, este ascenso de la capacidad intelectual y volitiva indica que dicho menor es cualitativamente distinto al de edad inferior. Además, permite sostener que posee la suficiente capacidad culpabilidad, es decir, que tiene la suficiente capacidad para comenzar a responder ante la sociedad de los actos que realice en contra de ella. Tal capacidad es defendible por una razón de carácter cualitativo basada en el progreso que experimenta el elemento intelectual de la capacidad culpabilidad. Al aumentar la capacidad de pensamiento formal así como la de comprensión social y legal, también se eleva el entendimiento de la antijuridicidad ante la conducta, que este período se estima suficiente porque el menor muestra una aceptable comprensión abstracta de la ley, así como las funciones que ésta desempeña en la organización de la convivencia social.

Otra razón, se citaría en que, a causa de la anterior evolución sobreviene asimismo un nuevo aumento de la capacidad de autodeterminar la voluntad para obrar conforme a esa comprensión, pues ahora amplía el repertorio de causas de cumplimiento de la ley, como la conformidad social, razones de tipo racional, beneficioso utilitario, principios, etc., lo que le permite elegir entre ellas con mayor libertad antes de decidirse a actuar. De este modo, al ser suficiente el desarrollo de la capacidad intelectual también es suficiente el de la capacidad volitiva.

La tercera razón, sería de índole cuantitativa consistente en que ha desaparecido la causa que aconsejaba no reconocer capacidad de culpabilidad por razones cuantitativas, pues a los catorce años la generalidad de los menores normales ha entrado

²²⁵ “En efecto, entre los doce y catorce años se produce el tránsito de niño a adolescente, es decir, de las operaciones concretas a las formales como éste cambio no es brusco sino gradual, durante éste período el adolescente razona como un niño y otras como tal a adolescente evidenciando a sí una insuficiente capacidad intelectual. Durante estos años, además de cumplir las normas por el temor al castigo y la obediencia a la autoridad, hacen aparición nuevas causas de cumplimiento de la ley, aunque toda vía escasas, como la conformidad personal, que patentiza esa insuficiente capacidad volitiva para poder decidir su comportamiento por uno o por otro motivo”. En: Revista de ciencia penal y criminología, ISSN-e 1695, N°3, 2001.

en la fase del pensamiento formal y dispone capacidad suficiente para comprender la antijuridicidad de su conducta, así como para autodeterminar su voluntad conforme a ella.

A partir de los dieciséis a los dieciocho años, continúa desarrollándose la atenuada capacidad intelectual y volitiva del menor. Durante estos años el adolescente es cualitativamente distinto al del período anterior y al semiadulto y, a pesar de que se ha incrementado su capacidad de culpabilidad ésta aún continúa siendo disminuida.

Entre los dieciocho y los veinte años, el sujeto se halla en la fase final de la adolescencia, es decir, es un semiadulto. La persona que se encuentra en esta etapa presenta ciertas peculiaridades que aconsejan o reconocen plena capacidad de culpabilidad. De la misma manera, que al comienzo de la adolescencia por razones cualitativas y cuantitativas se estima que el adolescente entre doce y catorce años tiene una capacidad de culpabilidad insuficiente en este punto, también en virtud de análogas razones, se sostiene la capacidad de culpabilidad disminuida del mayor de dieciocho y del menor de veinte años.

Desde el punto de vista cualitativo, entre los dieciocho y veinte años, que es cuando los psicólogos sitúan el final de la adolescencia y el comienzo de la edad adulta, tiene lugar la transición de aquella a ésta. Ello significa, en cuanto al elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad, que de esta etapa se produce, por un lado, la conclusión del desarrollo de la capacidad de comprender la ilicitud de la propia conducta y, por otro, también sobreviene la cristalización de su uso. En los años en los que tiene lugar la conclusión del desarrollo de la aptitud intelectual del joven debido a que éste no la ha asimilado completamente, unas veces razona como un adolescente, mostrando así una capacidad intelectual disminuida, mientras que otras lo hace con un adulto, en cuyo caso exhibe una capacidad completa para comprender la antijuridicidad de su comportamiento.

La consolidación del manejo de esa capacidad intelectual plena se consigue mediante su ejercicio y con el paso del tiempo. Así, en este período los jóvenes adultos continúan poseyendo una capacidad intelectual atenuada. Por lo que respecta al elemento volitivo, en estos años también se completa la evolución de la capacidad para autodeterminar la voluntad de obrar conforme a la previa comprensión que posee, a la vez que se consolida el uso de ésta. En consecuencia, hasta los veinte años está menguada la capacidad volitiva del sujeto.

Desde la perspectiva cuantitativamente, no todos los semiadultos completan el desarrollo de sus capacidades intelectual y volitiva de manera automática al llegar a los dieciocho años, sino para unos finaliza para esa edad, para otros a los dieciocho años y cinco meses o los diecinueve años, etc., aunque para la mayoría casi absoluta para ellos habrá concluido a los veinte años. Ello se debe a que el ritmo y equilibrio de desarrollo de tales capacidades no es idéntico ni equivalente en todas las personas, sino que depende de la estimulación y del contacto que reciban a través de la familia, las instituciones públicas, la política, la escuela, la prensa, el sistema jurídico, la justicia, los jueces.

3. LA EDUCACIÓN TRANSMITIDA EN VALORES.

La concepción que respecto a la educación defendemos en este trabajo entraña educar en valores, misión irrenunciable y de intrínseca dificultad pero que consideramos indispensable para la educación de calidad, la cual no puede consistir sólo en la transmisión de saberes, sino que debe orientarse también hacia la formación de personas capaces de afrontar los desafíos de la sociedad actual y con ello el propósito de evitar que el joven pueda entrar en el ambiente delictual. Así, la misión de padres, educadores y la sociedad en general debe coadyuvar para que el educando descubra por sí mismo los valores y herramientas que le permitan poner en práctica esos conocimientos, así como descubrir por sí mismo otros nuevos.

En una sociedad tan compleja como la actual cada vez resulta menos válido un modelo de educación que reúna los requisitos pedagógicos y académicos que aúnan tan compleja misión. Desde una perspectiva específica y refiriéndonos a la académica, el profesor debe conocer la sociedad en que vive y hacer del aula un medio en que el alumno pueda analizar y responder de manera sistemática a los numerosos interrogantes que emergen. Sería irresponsable que se presentara como transmisor de todo el saber cuando resulta evidente que el ambiente contextual actual ni siquiera el docente universitario puede limitarse a transmitir conocimientos. De modo, pues, el profesor debe sugerir, facilitar o contribuir a crear las condiciones que hagan posible que el educando acceda al conocimiento de valores por medio de su experiencia.

En cuanto a la interiorización de valores, su decirse que los valores no se conocen sino que se viven. A nuestro entender, sería más correcto decir que los valores sólo se conocen cuando se viven. Por tanto, el conocimiento de un valor sólo puede venir a través de la experiencia. Si esto, es así, resulta particularmente difícil educar en valores,

pues sólo educando puede educarse a sí mismo en valores viéndolos, experimentándolos. El que educa sólo puede y debe limitarse a sugerir, facilitar o contribuir a crear las condiciones que hagan posible que el educando acceda al conocimiento de valores, por medio de la experiencia. Alejándonos de reflexiones teóricas, es preciso describir conductas y actitudes concretas para inferir los valores que las animan. Sólo reflexionando acerca de cómo vivo seré capaz de conocer qué valores me guían, extremo éste complejo cuando el joven alcanza una madurez escasa. A la difícil tarea de bucear en uno mismo para descubrir valores, se une la no menos difícil tarea de escoger una selección de valores interiorizados y vividos que se desea exteriorizar y transmitir, resultando dudoso pueda no transmitirse lo que se vive. He aquí, uno de los problemas esenciales en educación: si se conocen sólo los valores que se viven como tales, se puede educar en valores²²⁶. La educación en valores sería la clave en el cambio social. La sociedad necesita que se potencien los valores relacionados con la tolerancia, la diversidad y el respeto de los derechos humanos y de los bienes colectivos²²⁷.

En definitiva, la sociedad está necesitada de educadores ilusionados y competentes con la tarea educativa, impulsora y estimuladora del saber y de la vida, agentes de desarrollo y cambio social. El reconocimiento de la intrínseca dificultad que entraña la educación en valores es su misión irrenunciable. Mediar es transmitir valores, es conectar vivencias y elementos culturales.

4. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 2006 EN APLICACIÓN DE LA PSICOLOGÍA EVOLUTIVA.

El 24 de enero de 2006, el Gobierno presentó en el Congreso de los Diputados el proyecto de ley de orden orgánico de modificación de la ley penal de los menores. En la Exposición de Motivos del citado proyecto, el Gobierno hace un balance positivo de los

²²⁶ En este sentido: El aprendizaje mediado es un “constructo” desarrollado para describir la interacción especial entre el joven y el mediador (profesor, padres y/o persona encargada de la educación del menor), que hace posible el aprendizaje intencional y significativo. La experiencia del aprendizaje mediado es una condición necesaria para lograr el desarrollo y el enriquecimiento del sujeto. FEUERSTEIN, R: defiende una dimensión socializadora del aprendizaje, mientras que los conductistas: ROMÁN, M Y Díez, E., hablan de un modelo determinista, estímulo-respuesta. La mediación impulsa la asimilación de los estímulos que recibe el sujeto y ello facilita que se pueda dar sentido y significación a la experiencia y, por lo tanto al aprendizaje significativo. El aprendizaje mediado facilita el desarrollo del potencial de aprendizaje y es capaz de crear en los sujetos determinadas conductas que anteriormente no poseían. Así, el proceso de mediación social posibilita el aprendizaje de valores y actitudes, que tratan de asimilarse y convertirse en individuales. Los jóvenes de este modo, adquieren cultura social desde el aprendizaje compartido.

²²⁷ Así lo manifiesta, CERRILLO MARTÍN, R.: “Educar en valores, misión del profesor”. Departamento de Didáctica y Teoría de la Educación. 2003. Universidad Autónoma de Madrid.

cinco primeros años de vigencia de la LO 5/2000, a la vez que reconoce algunas disfunciones en su aplicación, que pretende corregir, como son: a- aumento considerable de los delitos cometidos por menores; b - preocupación social generada por dicho incremento; c- desgaste de credibilidad de la ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentes cometidas por estos menores, como son los delitos y las faltas de carácter patrimonial; d- el aumento, aunque no significativo, de los delitos de talante violento, si bien los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social.

Con la finalidad de resolver estos problemas se plantea la revisión de determinados aspectos de la LO 5/2000, intensificando su rigor punitivo. Estableciendo las siguientes novedades:

-En los delitos graves o menos graves pero ejecutados con violencia o intimidación en personas o cometidos en grupo o banda u organización, incluso de carácter transitorio cuando el menor tiene catorce o quince años, se incrementa en dos o tres años la duración del tiempo de internamiento, y cuando tiene dieciséis o diecisiete años también se eleva de cinco a seis años.

-En los delitos de homicidios, asesinato, violación, abuso sexual grave, terrorismo o los castigados en la compilación penal, con penas de prisión o igual o superior a quince años, cuando el sujeto tenga catorce o quince años se incrementa la duración de las medidas de internamiento en centro cerrado de cuatro a cinco años, mientras que para los mayores de esa edad, o menores de dieciocho años se mantiene la duración de la medida de uno a ocho años.

-La duración máxima de la medida de internamiento por la comisión de más de uno de éstos últimos delitos, cuando el menor tiene menos de dieciséis años se vuelve a incrementar la medida de cinco a seis años, mientras que para el que tiene dieciséis o diecisiete años se mantiene el límite en diez años.

En cuanto a las novedades con respecto al menor, que ha alcanzado la mayoría de edad penal se prevé lo siguiente:

-Se faculta al Juez para poder acordar que el menor que estuviese cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y alcanzase la mayoría de dieciocho años,

pueda terminar de cumplir la medida en un centro penitenciario, cuando su conducta no responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

-Si la medida de internamiento en régimen cerrado se impone al que ha cumplido veintiún años o, impuesta con anterioridad, no ha finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el Juez ordenará su cumplimiento en un centro penitenciario, salvo que excepcionalmente proceda a la sustitución o modificación de la medida.

-La medida de internamiento en régimen cerrado impuesta después de que el menor alcance los dieciocho años se cumplirá en un centro penitenciario siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el sujeto hubiera cumplido ya total o parcialmente bien una pena de prisión impuesta con arreglo al CP, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario. Igualmente, de acuerdo con la Disposición Derogatoria Única, se invalida el precepto 69 de l C P, suprimiendo la posibilidad de aplicar el derecho penal juvenil a los sujetos comprendidos entre los dieciocho y los veintiún años.

Una vez que se aprueba la modificación de la L ORPM, por la Ley 8/ 2006, consideramos acertada la decisión del legislador de mantener por razones de seguridad jurídica el criterio cronológico puro para presumir *iuris et de iure* que a partir de los catorce años todos los menores normales poseen una capacidad de culpabilidad atenuada.

A su vez, resulta igualmente positiva la división que hace de la adolescencia en dos subperiodos que comprende desde los catorce a los dieciséis años y de los dieciséis hasta los dieciocho años, porque en ellos la facultad intelectual y autoexhortativa experimenta un apreciable experimento.

Entendemos que el endurecimiento de las medidas aplicables a los menores no es compatible con los avances proporcionados por la psicología evolutiva sobre su capacidad de culpabilidad, por que en el plano intelectual pueden poseer la capacidad para comprender la antijuridicidad del hecho realizado y, en el plano volitivo, la también capacidad para determinar su voluntad de obrar con arreglo a esa comprensión;

Sin embargo, hubiera sido más acertado que esta nueva normativa viniese acompañada capitalmente de una significativa dotación presupuestaria destinada a incrementar tanto el número de centros de menores como de personal especializado, psicólogos, trabajadores sociales, educadores, juristas, así como variados recursos en

general para desarrollar la actividad en la ejecución de las medidas impuestas a los menores.

En cuanto al semi-adulto la ley 8/2006 no ha tenido en cuenta los siguientes datos de transcendental grado e importancia y por tanto consideramos una falta el excluir al citado semi-adulto. Así, se ha prescindido de la opinión y reivindicaciones expuestas por la doctrina mayoritaria especializada²²⁸.

Por otro lado, el legislador expone que hace esta reforma basándose en la experiencia de los cinco primeros años de vigencia, pero resulta que precisamente, los preceptos derogados nunca se han llegado a aplicar (Arts. 1.2. y 4 de la LORPM, y el Art. 69 del CP).

Tampoco dice el legislador los motivos o razones que lo llevan a excluir a estos jóvenes del derecho penal juvenil, pues las causas que lo llevan a promover y suscitar las reformas planteadas son atribuibles a los menores de dieciocho años y al impacto y alarma social de la ley, pero no al incremento de los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años que hayan causado preocupación social por la llana razón de que nunca se le ha aplicado dicha ley.

Igualmente, en la nueva normativa no se han valorado ni estimado los estudios aportados por la moderna psicología evolutiva, que nos llevan a decir que las persona que se encuentra en esta etapa final de la adolescencia presenta ciertas peculiaridades y singularidades que aconsejan no reconocerle plena capacidad de culpabilidad, siendo conveniente y eficaz aplicar un tratamiento especial a estos semi-adultos en la Jurisdicción de menores, que podrá ser completado a partir de los veintitrés años en un centro penitenciario.

Consideramos un error desconocer estos argumentos por lo que la ley significa un retroceso, una regresión a la situación del siglo pasado, volviendo al sistema cronológico puro para excluir a todos los mayores de dieciocho años del Derecho penal juvenil, sacrificando así la posibilidad de aplicar la ley a unos sujetos que aún no tienen plena capacidad de culpabilidad, por ello, esta nueva normativa no responde a otra cosa que a

²²⁸ Destacando que siguen pronunciándose a favor de aplicar un tratamiento especial a estos jóvenes, en la Jurisdicción especial de menores. En: CUELLO CONTRERAS, J; M APPELLI CAFFARENA, B.; Curso de Derecho Penal. Parte General, .Técno 2011.

mejorar ante la sociedad la mala imagen de la legislación penalista de menores, olvidándose lo principal y trascendente que a nuestro juicio es la cuestión de los sujetos a los que va dirigida.

CAPÍTULO VII.

MEDIDAS SUCEPTIBLES DE SER IMPUESTAS A LOS MENORES: ALCANCE DEL ART. 7 DE LA LORPM.

1. DETERMINACIONES PREVIAS DERIVADAS DE LA INFRACCIÓN LEGAL.

La ley bajo la reseña: “De las Medidas” consagra una de las más específicas y conseguidas particularidades que, junto a un procedimiento especial caracteriza al derecho penal de menores en nuestro país, regulando de manera diferenciada y autónoma las consecuencias jurídicas aplicables y adaptables a los menores que realizan infracciones penales²²⁹. El estudio y el análisis de las medidas no deben perder los postulados esenciales: a) se trata de un catálogo de respuestas tipificadas en la normativa como consecuencias jurídicas derivadas de la infracción legal cometidas por el sujeto menor de edad mayor de catorce años; b) como expresamente señala la Exposición de Motivos de la ley, las medidas tendrán una orientación esencialmente sancionadora-educativa, dirigidas al interés superior del menor donde se deduce en su elación y ejecución como regla general el Juez de menores atenderá a razones fundamentalmente de prevención especial²³⁰.

De dichas premisas se puede afirmar un punto de partida para extraer la naturaleza jurídica de este instrumento punitivo teniendo en común con las penas (consecuencias

²²⁹ MORILLAS CUEVA, L. / CRUZ BLANCA, M^a.J. “Del menor delincuente a las medidas a aplicar”, en MORILLAS CUEVA, L. / NAQUIRA RIVEROS, J. *Derecho penal de menores y adolescentes. Una visión dual desde Chile y España*, Madrid: 2009, p. 211-212.

²³⁰ Al respecto véase: BAELLO ESQUERDO, E. “La incesante aproximación del derecho penal de menores al derecho penal de adultos”. *Revista General de Derecho Penal*, 2009, Núm. 11. La idea inicial de la que partía la LORPM en su redacción original pretendía con las medidas propuestas y sus reglas generales en su determinación e ejecución, ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor con una intervención de naturaleza educativa que rechazaba expresamente otras finales del derecho penal de adultos, de tal forma, que se pretendía impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para integrar para el menor infractor en la sociedad. Como se observa en una simple aproximación a las reformas introducidas en el texto original de la LORPM, especialmente en las leyes orgánicas 7/2000 y 8/2006 esa idea, paulatinamente ha sido desplazada por una finalidad retributiva de prevención general de defensa social y de seguridad ciudadana, sobre todo en la llamada delincuencia de especial gravedad, en la que la respuesta punitiva se ha ido endureciendo al ejándose del proclamado interés superior del menor. □ Al respecto MORILLAS CUEVA, L. Señala lo siguiente: “La narrada especialidad del sistema de medidas respecto al de penas no estriba, pues, sólo en sus clases o criterios de determinación sino en la finalidad que unas y otras están llamadas a cumplir puesto que la aplicación de aquellas está orientada esencialmente a la reeducación de los menores infractores mientras que las penas, como es sabido, sirven además a otras finalidades preventivo generales”, en “La política criminal del menor como expresión de una continua contradicción”, BENITEZ ORTÚZAR, I. / CRUZ BLANCA, M^a. J., *El derecho penal de menores a debate*. Madrid, 2010, p. 23.

jurídicas asociadas a la comisión de infracciones penales por el sujeto imputable adulto), que son la respuesta del Estado de derecho frente a la comisión de un hecho tipificado como delito o falta; sin embargo, en su determinación y ejecución se alejan de éstas, al estar (como regla general) privadas de la función de prevención general de las penas, asemejándose en parte al cumplimiento de las medidas de seguridad posdelictuales, previstas en el Código para los “estados peligrosos”, considerando éstos la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas, como sujetos carentes de capacidad para comprender el significado antijurídico de su conducta o para dirigir la misma de acuerdo a esa comprensión (inimputables)²³¹.

La naturaleza legal de las medidas, no queda clara en tanto que en su presupuesto entronca notoriamente con la naturaleza jurídica de las penas (aplicables al adulto imputable), mientras que en su determinación y aplicación (la mayoría de ellas) muestran mayor semejanza a las medidas de seguridad (aplicables al adulto inimputable). Esta dualidad propia de las medidas instituidas por la legislación penal de los menores, hace que la doctrina especializada no llegue a conseguir un acuerdo en cuanto a la determinación de su naturaleza jurídica.

Principalmente como indica BENÍTEZ ORTÚZAR²³² son cuatro las posiciones doctrinales que de una u otra manera se posicionan sobre esta cuestión: a) aquel sector doctrinal que las considera auténticas penas en tanto que no son más que la consecuencia jurídica de la infracción penal cometida por el menor de edad mayor de catorce años, al respecto señala que el no de nominarlas penas, como, por ejemplo, hace el legislador alemán, aún con el atributo de “juveniles” (penas juveniles), no es más que un “fraude de etiquetas”, en tanto que –en su categoría más grave (internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto)-, su materialización no es más que una privación de libertad con un tratamiento específico orientado expresamente con criterios educativos, pero privación

²³¹ Al respecto MORILLAS CUEVA, L. Señala lo siguiente: “La narrada especialidad del sistema de medidas respecto al de penas no estriba, pues, sólo en sus clases o criterios de determinación sino en la finalidad que unas y otras están llamadas a cumplir puesto que la aplicación de aquellas está orientada esencialmente a la reeducación de los menores infractores mientras que las penas, como es sabido, sirven además a otras finalidades preventivo generales”, en “La política criminal del menor como expresión de una continua contradicción”, BENITEZ ORTÚZAR, I. / CRUZ BLANCA, M^a. J., *El Derecho Penal de menores a debate*. Madrid, 2010, p. 23.

²³² En: *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudios jurídicos)*. (Dir.) MORILLAS CUEVA, L.; (Coord.) SUÁREZ LÓPEZ, J.M^a. Madrid: Dykinson, 2010.

del libertad coactiva al fin y al cabo²³³; b) los autores que las consideran, con algún matiz diferenciador, medida de seguridad específicas para el menor infractor, atendiendo a su orientación exclusivamente preventivo-especial²³⁴; c) otro sector doctrinal las contempla como medidas de seguridad o penas según los pasos, en razón esencialmente a la finalidad preventivo-especial de las medidas señaladas por la normativa penal, para concretar que, por ejemplo, las medidas de internamiento en centro de internamiento o la del tratamiento ambulatorio son auténticas medidas de seguridad, mientras que otras están más cercanas al concepto de pena, como por ejemplo el internamiento en régimen cerrado, que pueden oscurecer la perfección de éstas consecuencias como medidas²³⁵; d) En último lugar hay otro grupo de autores que las estima como medidas “sui generis”, es decir, como consecuencias propias de los contenidos de la ley, de su naturaleza, de sus objetivos de los principios que la orientan de los presupuestos de determinación y ejecución en los que se sustenta y que la sitúan en un alejamiento conceptual también práctico tanto de la pena en un sentido tradicional como de la medida de seguridad²³⁶.

Este último perfil argumental señalado por un cualificado sector de la doctrina nos parece la más adecuada, en tanto, que cualquier razonamiento dogmático que se pueda proponer al efecto debe ir dirigido hacia la conclusión que consiste en afirmar que las medidas del Art. 7 LORPM tienen una naturaleza propia, distinta a las de las penas, y distintas a las de las medidas de seguridad, ambas de l CP, en tanto que ni son penas

²³³ En esta línea entre otros: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “El sistema de medidas de la ley penal del menor y las alternativas al proceso”. En: JORGE BARREIRO, A. / FEIJÓO SÁNCHEZ, B. (ed.) Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, Barcelona: 2007, p. 75; MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal parte general, Valencia: 2008, p. 365., CERESO MIR, J., Lecciones de derecho penal. Parte general (I II) Madrid: 2001, p. 83., B OLDOVA P ASAMAR, M .A., El sistema de aplicación de las sanciones en el derecho penal de los menores tras la ley orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, en: JORGE BARREIRO, A. / FEIJÓO SÁNCHEZ, B. (e d.) Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva interdisciplinar, Barcelona: 2007, p. 75., L ANDROBE D ÍAZ, G., “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”. En: La ley 2000, Tomo IV, p. 6.

²³⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., Sin llegar a definirse claramente, tras un largo razonamiento del por qué no pueden considerarse penas las medidas de la LORPM, parece decantarse por su consideración de medidas de seguridad en DÍAZ- MAROTO Y VILLAREJO, J., (Dir.) Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores. Madrid: 2008, pp. 110-126.

²³⁵ PÉREZ MACHIO, A. I., Adivierte que lo correcto en el ámbito de la responsabilidad penal de menores paso por el hecho de resaltar la diversidad de medidas en los casos de inimputables (tratamiento ambulatorio y tratamiento terapéutico) y diferenciarlas del conjunto de penas igualmente contempladas en el catálogo del Art. 7 que, aunque orientas a la educación y la prevención especial no pierden su naturaleza penal al estilo de las previstas en el código penal de adultos. PÉREZ MACHIO, A. I., El tratamiento jurídico-penal de los infractores – LO 8/2006-, Valencia, 2007, pp. 145-146. URBANO CASTRILLO, E. / DE LA ROSA CORTINA, J. M. Comentarios a la ley orgánica de responsabilidad penal del menor, Pamplona, 2001, p. 88 y 89. HIGUERA GUIMERÁ, J.F. Derecho penal juvenil, Barcelona, 2003, p. 341.

²³⁶ MORILLAS CUEVA, L. / CRUZ BLANCA, M^a.J., “El menor delincuente...”, cit. p. 214; en igual dirección: CRUZ BLANCA, M^a.J. *Derecho penal de menores...cit.*, p. 193. SIMONS VALLEJO, R. Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor”. En la ley, 2002, Tomo II, p. 27.

porque si bien tiene como fundamento la culpabilidad, sin embargo, no siempre son proporcionadas a la gravedad del delito, ni tampoco son medidas de seguridad, por tanto, su fundamento no se basa en la peligrosidad del sujeto²³⁷.

Ahora bien, siendo lo reseñado cierto, consideramos que no es completamente exacto. La fundamentación de la imposición de la medida encuentra su razón en la comisión de un hecho tipificado como delito o falta por un sujeto imputable que actúa con conocimiento y voluntad y sobre el que no existe una causa de inexcusabilidad de una conducta adecuada a la norma, es decir, sobre la base de la culpabilidad (responsabilidad) del menor de edad, mayor de catorce años infractor; con respecto a la proporcionalidad de la infracción en relación a la medida a imponer la afirmación inicial relativa a que no es proporcional, debe matizarse, sobre todo después de las últimas reformas, de la LORPM y de la inclusión del llamado “período de seguridad” para el cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado en casos de omisión de de terminados de delitos calificados como muy graves atendiendo a la compilación.

En definitiva, que la proporcionalidad de la normativa penal de los menores no sea equivalente a la de la compilación preceptiva en el CP respecto de la pena. Se trata de otros parámetros de proporcionalidad distintos a los establecidos por el código para la aplicación y determinación de las penas ante los hechos tipificados como delitos o faltas realizados por adultos imputables.

Verdaderamente, partiendo de las premisas que hemos apuntado, creemos sensato dar un paso más; Realmente la denominada “medida” por la LORPM no es más que una tercera consecuencia jurídica, de naturaleza jurídico penal de las que dispone el Estado frente a la comisión de hechos típicamente antijurídicos por el ser humano²³⁸.

²³⁷ En este sentido: SERRANO TÁRREGA, M. D. *Derecho Penal Juvenil*. Madrid, 2005, pp. 339-340.

²³⁸ En una concepción más amplia, puede incluirse una cuarta categoría jurídica de respuesta penal frente a hechos realizados a través de la persona jurídica que serían las llamadas consecuencias asesoras del Art. 129 CP. Al respecto, con la conceptualización nominal de “penas” pero, obviamente, con unas reglas distintas de determinación y aplicación de los últimos proyectos de reforma del Código que avanza decididamente hacia la muy discutible responsabilidad penal de las personas jurídicas, debiendo, en su caso reformular toda la teoría jurídica de las consecuencias jurídicas del delito, construidas históricamente bajo el principio de “Societas delinquere non potest”.

Lo más relevante, relativo a la naturaleza, que muestra unanimidad de la doctrina especializada es que se trata de una institución de naturaleza jurídica penal, marcando la LPM un punto de inflexión, respecto al histórico sistema tutelar de los menores infractores vigente en España en el siglo XX. Afirmaba la naturaleza penal de las medidas, lo que hace el legislador es crear otra categoría jurídica que, junto a la pena y a la medida de seguridad va a servir para responder frente al ilícito penal realizado.

Además, de la creación de una tercera respuesta penal frente al delito, junto a la pena y medida de seguridad, con elementos en su configuración, de terminación, aplicación y ejecución diferenciada, respecto de las anteriores atendiendo a la edad cronológica del infractor, es la razón principal que puede llevar a la política criminal de un Estado a crear un derecho penal de menores diferenciado en su aplicación y respuesta punitiva de los adultos, manteniendo en común con éste, sus presupuestos.

De esta manera, si miméticamente se continúa insistiendo en la identificación entre la medida de la normativa penal del menor respecto de la pena del CP, incluso con adjetivos con la de nominación como “pena juvenil”, dejaría de tener sentido la construcción de un “derecho penal de menores” específico. En tanto que lo que diferencia al derecho penal de adultos del derecho penal de menores es precisamente la respuesta punitiva del Estado, lo que obliga a la creación de nuevo, de unos novedosos instrumentos jurídicos de respuesta, que en el caso español se han denominado “medidas”, con principios que en unos casos coinciden con las penas y con otros con las medidas de seguridad pero que en otros casos se inspiran directamente de otras disciplinas no jurídicas.

Así, lo que garantiza su naturaleza penal, es que los menores van a estar sometidos en el procedimiento y en la determinación, aplicación y ejecución de las consecuencias jurídicas derivadas del ilícito penal cometido al sistema garantista del Estado democrático de derecho por el que se rige el Derecho penal, y que obliga a que las medidas impuestas al menor no puedan ser en ningún caso, ni más gravosas ni de mayor duración que las penas o medidas de seguridad que le hubiera correspondido al autor de ilícito penal mayor de edad. Nada más, pero tampoco, nada menos, en tanto que obliga a construir un nuevo sistema jurídico, de naturaleza penal, diferenciado en atención a la edad del sujeto infractor; con especial relevancia y notabilidad en la determinación de la respuesta social frente al hecho realizado.

Atendiendo a lo apuntado, en un razonamiento contrario a lo afirmando, si se continuara afirmando la consideración de penas de las medidas previstas para el infractor penal menor de edad, mayor de catorce años, con el adjetivo que se le pudiera ocurrir al legislador, con una simple matización en la aplicación y ejecución respecto de la pena prevista para el mayor de edad, se debería concluir afirmando la innecesidad de un cuerpo legislativo específico para el menor de edad, la propia ley sería innecesaria, superflua y bastaría incluir de nuevo en el articulado de la compilación una atenuación específica en el catálogo de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, tal y como ha ocurrida en los distintos códigos penales españoles en los dos últimos siglos, previos al CP de 1995, incluyendo en la L GP y el Reglamento que la desarrolla un modelo de tratamiento específico para estos menores de edad mayores de catorce años. Y lo único cierto, es que esta tendencia político criminal es la que ha roto decididamente en la legislación penal desde la entrada en vigor del CP de 1995 y, sobre todo, desde la aprobación en el año 2000 del primer Texto de la LORPM.

Afirmada, por tanto, la entidad propia de las “medidas” de la ley, como una tercera categoría jurídica de respuesta penal frente a la comisión de hechos tipificados en el CP o en las leyes penales especiales como delitos o faltas, debe hacerse una pequeña que puede llevar a planteamientos confusos. El legislador del año 2000, al elaborar las reglas penales, se encuentra con una tradición político-criminal histórica que decididamente se propone a cambiar. Obviamente, la delincuencia juvenil no surge con la entrada en vigor de la LORPM. Históricamente si empre se han ejecutado conductas tipificadas, como delitos o faltas por menores de edad, mayores de catorce años, pero también se cometen infracciones legales (antes y ahora) por menores de catorce años. Ese no es el problema. Lo que cambia con la LORPM es la respuesta del Estado frente a esas conductas, pasando —en la franja de edad de los catorce a los dieciséis años porque a partir de los dieciséis años el menor era responsable penalmente de acuerdo al CP con una atenuación específica—, y es esa respuesta la que pasa de un sistema tutelar ajeno a los postulados garantistas del derecho penal, a un sistema de responsabilidad penal.

Partiendo de esa decidida premisa, el legislador, quizá para no perder una cierta cohesión legislativa histórica, mantiene la denominación de la respuesta social frente a la infracción penal cometida por el menor que aplicaban los TTM y posteriormente los Juzgados y Tribunales de menores.

Tal vez esa sea la única razón que justifique el equívoco término “medidas” a las consecuencias jurídicas derivadas del delito establecidas en esta ley. Lo único que se mantiene es la denominación de la respuesta social frente al ilícito penal cometido por el menor.

En definitiva, se mantiene el nombre pero con la LORPM se crea una nueva categoría legal de respuesta social frente a la infracción y transgresión punible, de clara naturaleza penal, es decir, una tercera categoría de consecuencias jurídicas del delito. Así, si la pena en breves palabras, es en consecuencia jurídica asociada a la infracción penal cometida por el sujeto de mayor de edad, con capacidad para comprender el significado antijurídico de su conducta y para actuar de acuerdo a esa comprensión, si la medida es la consecuencia jurídica asociada a la infracción penal cometida por el sujeto que no tiene capacidad para comprender el significado antijurídico de su conducta o de actuar de acuerdo a esa comprensión, la “medida” recogida en la normativa penal de los menores será la consecuencia y derivación jurídica asociada a la infracción penal relacionada al menor de edad de catorce años. Consecuencia jurídica derivada de la infracción penal que, aún cuando en su aplicación como regla general, de imposible cumplimiento en la atención de la propia naturaleza y contenido de determinadas medidas deba incorporar un contenido educativo, no deja de ser una sanción impuesta por la comisión de un hecho tipificado en la legislación penal²³⁹.

²³⁹ Al respecto, CRUZ BLANCA, M^a.J., señala lo siguiente: “No obstante, la LORPM utiliza puntualmente el término –sanciones-, al señalar que: “(...) el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordially de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector (...)”. De este modo, se matiza la verdadera naturaleza jurídica de las medidas, ya que, no se limitan a cumplir exclusivamente finalidades reeducativas sino también sancionadoras, como reiteradamente señala la ley al hacer hincapié en la naturaleza sancionadora-educativa del proceso y las medidas; Así, en la Exposición de motivos se a severa que: la redacción de la presente ley orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente formal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y las medidas aplicables” lo que significa, según advierte su Apto. 1,7 que la ley desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores”, pretendiendo “ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención educativa a unque desde luego de especial intensidad rechazando expresamente otras finalidades esenciales en el derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la reforma”, CRUZ BLANCA, M^a.J., “Sobre las medidas tras la reforma operada LO 8 /2006 de 4 de diciembre”, BENÍTEZ ORTUZAR, I. / CRUZ BLANCA, M^a.J., *El derecho penal de menores a debate*. Madrid, 2010, p. 161; también MORILLAS CUEVA, L. / CRUZ BLANCA, M^a.J., “Del menor delincuente y de las...”, cit., p. 212.

No obstante, debemos señalar que aún desde la propia Exposición de Motivos de la ley se establece como criterio inspirador del propio sistema penal del menor y, por tanto, por sus consecuencias jurídicas, el especial interés del menor, ya desde el inicio y sobre todo en sus sucesivas enseñanzas del texto de la ley, cada vez más se hace patente la cohabitación de este interés superior del menor con principios preventivo-generales de defensa social. Ello va concluyendo las características y particularidades de una constitución jurídica como la “medida” que no tiene más que una década en la historia judicial española²⁴⁰. Al respecto, se acerca la propia Exposición de Motivos de la LO/2006 de 4 de diciembre, dispone que: “el interés superior del menor que va a seguir primando en la ley es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando al Juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y a favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”²⁴¹.

En cualquier caso, la variabilidad de las reglas de determinación y aplicación de la medida no deben afectar a su consideración como auténtica respuesta penal frente a la

²⁴⁰ Sobre la evolución hacia un sistema de defensa social en la legislación española relativo a la responsabilidad penal de los menores. Ampliamente, CUELLO CONTRERAS, J., “La Ley de Responsabilidad Penal del Menor. Una vigencia plagada de reformas” en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., (Coord.) Reforma del Código penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI, Madrid: 2008, pp. 23-31.

²⁴¹ El interés superior del menor con el que inicialmente se aprueba a LORPM, no solo va a cohabitar con criterios claramente de defensa social preventivo generales, la reforma operada LO 8/2006 de 4 de diciembre en su redacción, no deja de soltar pinceladas claramente retributivas, aún navegando por ese cada vez más desdibujado “interés superior del menor”. Así, por ejemplo en la nueva redacción de lo que pasa a ser Art. 13.1. LORPM, incluso cuando regula la posible modificación de la medida impuesta exige que, “se exprese suficientemente a éste – al menor- el reproche merecido por su conducta”. Este Art. 13.1 dispone del siguiente: “el Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Público, del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del Equipo técnico y, en su caso, de la Entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta”.

Al respecto, fruto de “la hostilidad reinante en España a los aspectos más educativos de la LORPM, a favor de los oscuramente represivos”, CUELLO CONTRERAS, J., afirma como con la entrada en vigor de la LO 8/2006 de 4 de diciembre “se batan todos los retos de reconducción de lo educativo a lo represivo...”, muestra de ese espíritu reaccionario y ante educativo de la reforma...”, “la ley de responsabilidad penal...”, cit., p. 29.

El abandono del interés superior del menor para los casos de delincuencia grave es afirmado por BERNÚZ BENÍTEZ, M.J., Cuando afirma que “ante la delincuencia gravísima aunque excepcional, las funciones a cumplir por la justicia de menores se confunden e identifican con las propias del derecho penal de adultos”, “justicia de menores española y nuevas tendencias penales” la regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil”. En: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (REDPC) 07 – 12. (2005).

infracción cometida. La medida determinada por el Juez de menores atendiendo a las reglas procedimentales establecidas en la LORPM no deja de ser una sanción que se establece sobre un sujeto que se considera responsable del hecho realizado.

La vertiente educativa aparece en la ejecución de la medida, aquí es donde debe aislarse cualquier tipo de retributivo o de prevención general. Por otra parte, esta circunstancia va a determinar un nuevo elemento diferenciador respecto de la pena del CP, en tanto en que la ejecución del programa educativo impuesto al menor responsable a través de cualquiera del catálogo de medidas recogidas en el Art. 7.1., de la LORPM e impuesta por el Juez en la sentencia sancionadora- educativa, va a tener un efecto coactivo. Es decir, el programa educativo incorporado a la medida adoptada para el caso concreto va a ser de obligado cumplimiento²⁴².

Consideramos que es absolutamente rechazable que el consentimiento del menor en los contenidos de deshabitación de tóxicos se tenga en cuenta, dado que precisamente porque se es menor ha de velarse por la mejor receta en la imposición de la mejor medida que ha de cumplir. De otra parte, cuando el Art. 7.3., de la LORPM, en el que se contiene el principio general del principio de aplicación de las medidas que se atenderá para el establecimiento de la medida aplicable “no sólo” – lo que significa que se atenderá también a ello- “a la prueba y a la valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad circunstancias familiares y sociales la personalidad y el interés del menor (...)”, se está matizando el tan nombrado principio de flexibilidad en la adaptación de la medida en atención al interés superior del menor y ello se hace con criterios claramente punitivos y de proporcionalidad de la sanción respecto al hecho realizado. Así, el significado de lo expuesto en dicho Art. 7.3., de la LORPM puede expresarse del siguiente modo: *“si bien a la luz del principio de resocialización y las necesidades de prevención especial el juzgador pudiera considerar que el menor infractor necesita una medida de mayor duración que la que corresponde a un adulto, esto se ha de ser necesariamente limitado*

²⁴² Con la única excepción de las medidas que consisten en someter al menor a un tratamiento de deshabitación, bien como medida de internamiento terapéutico, bien como tratamiento ambulatorio, en cuyo caso la propia ley exige el consentimiento del menor, debiendo el Juez aplicar otra medida en caso de rechazo del tratamiento propuesto.

por el primer criterio de la determinación de la medida establecido por el precepto: la valoración jurídica de los hechos”²⁴³.

En conexión, la propia Exposición de Motivos de la LO 8/2006 de 4 de diciembre, por la que se modifica la LORPM, con rotundidad vuelve a reactivar el principio de proporcionalidad de la sanción en una doble dirección: en relación a la edad de menor infractor y en relación a la entidad de los delitos cometidos²⁴⁴.

2. ENUMERACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LAS CLASES DE MEDIDAS DE LA LORPM.

El Art. 7.1., LORPM recoge el elenco de medidas aplicables al menor de edad, mayor de catorce años. Dichas medidas ordenadas según la restricción de derechos que suponen son las siguientes:

- Internamiento de régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.
- Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrá realizar fuera del mismo alguna o algunas de las

²⁴³ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “El interés superior del menor y la proporcionalidad del derecho penal de menores: contradicciones del sistema”. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. / CRUZ BLANCA, M^a.J., El derecho penal de menores a debate. Madrid: 2010, pp. 109-110., quien argumenta esta afirmación del modo siguiente: “Por tanto, y en el marco de la privación de libertad para realizar la valoración jurídica a la que alude el Art. 7.3 de la LORPM se ha de tener en cuenta todas las circunstancias que estén presentes en el iter ejecutivo: las que afectan al mayor o menor contenido de injusto, las que afectan a unas mayor o menor culpabilidad lo que se refiere al grado de ejecución (si está consumado o en grado de tentativa) y a la autoría o participación (si es autor, o si es un cómplice). Ciertamente, el mencionado precepto de la LORPM no alude a ello expresamente, pero habrá que interpretar su contenido para respetar los principios de culpabilidad y proporcionalidad y en la medida en que ha de establecerse la pena que le correspondería de ser adulto, no queda otra opción que tomar en consideración todo el sistema de reglas para la aplicación de las penas que se recogen en el capítulo II de la Ley de Código penal, dado que la ley no ha desarrollado criterios específicos de imputación en el ámbito de los menores. Así, como, la LORPM no aclara si las reglas establecidas para los casos de máxima gravedad en el Art. 10.2 y que conlleva la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado de mayor duración, resultan aplicables en también en los casos de tentativa, complicidad o concurrencia de delitos incompletos. En principio cabría optar por una respuesta afirmativa dado que la ley no distingue en aplicación en el principio de flexibilidad. En cualquier caso, a la hora de calibrar la extensión concreta, habrán de tenerse en cuenta estas circunstancias así como la prohibición de superar el tiempo de privación de libertad que le correspondería a un mayor de edad en la misma hipótesis, dado que se trata de una regla de máxima rigidez y excepcionalidad, razón por la cual algunos autores aún sin base legal, han estimado que, en tales casos, debería optarse por la aplicación de las reglas del Art. 10.1. a) y b) en su modalidad de extrema gravedad según se trate de un menor de 14 ó 15 años o bien de 16 ó 17 respectivamente”.

²⁴⁴ Al respecto, el párrafo 6º de la Exposición de Motivos de la LO 8/2006 de 4 de diciembre, señala lo siguiente: “por otra parte, se adecua el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores, y se suprimen definitivamente la posibilidad de aplicar la ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años. Además, se añade una nueva medida, semejante a la prevista del Código penal, consistente en la prohibición de al menor infractor de aproximarse y comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares o con las personas que determine el Juez”.

actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de las medidas. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.

- Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

- Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este precepto. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a su circunstancia.

- Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, abstinencia al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este precepto. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación el Juez habrá de aplicarle una medida adecuada a sus circunstancias.

- Asistencia a un centro de día. Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

- Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o

noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socioeducativas asignadas por el Juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia.

- Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo según los casos, procurando ayudar a aquella a superar los factores que determinaron la infracción cometida.

Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la Entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención e laborado a efecto y aprobado por el Juez de menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir en su caso, las reglas de conducta por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

- a) Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello;
- b) Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral de educación sexual, de educación vial u otros similares;
- c) Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos;
- d) Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa;
- e) Obligación de residir en un lugar de terminado;
- f) Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de menores o profesional que se designe para informar de las actividades realizadas y justificarlas;
- h) Cualesquiera otras obligaciones, que el Juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra la dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores, o guardadores, el Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la Entidad pública de protección del menor, y dicha Entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél.

- Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determinen el Juez. Esta medida impedirá al menor

acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como, a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determinen el Juez o el Tribunal, impedirá al menor establecer con aquellas por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Público deberá remitir testimonio de los particulares a la Entidad pública de la protección del menor, y dicha Entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél.

- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir durante el período de tiempo establecido por el Juez con otra persona con una persona distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquella en su proceso de socialización.

- Prestaciones al servicio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indique de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad.

- Realización de tareas socio-educativas. Las personas sometidas a esta medida han de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

- Amonestación. Esta medida consiste en la reprehensión de la persona llevada a cabo por el Juez de menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido instándole a no volver a cometer tales hechos en un futuro.

- Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de arma. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor o un arma respectivamente.

- Inhabilitación absoluta. La medida de inhabilitación absoluta produce la inhabilitación definitiva de todos los honores empleos y cargos públicos sobre el que

recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida”.

Del catálogo de medidas de finidas en el Art. 7.1., de la LORPM es posible hacer una categorización de las mismas atendiendo a varios criterios clasificatorios:

- Medidas que suponen una privación de libertad;
- Medidas que suponen una restricción de libertad;
- Medidas que suponen una privación de derechos;
- Otras medidas²⁴⁵.

²⁴⁵ Según BENÍTEZ ORTÚZAR, I., cualquier sistema clasificatorio en el ámbito de derecho es discutible y sólo tiene una función sistemática en el estudio de determinadas categorías jurídicas. Así, por ejemplo, la doctrina especializada suele hacer otro tipo de clasificación, atendiendo exclusivamente al criterio de la privación de libertad. Así, por ejemplo, MORILLAS CUEVA, L. / CRUZ BLANCA, M^a.J., propone la siguiente clasificación: “se pueden distinguir entre privativa de libertad- internamiento en régimen cerrado, internamiento en régimen semiabierto, internamiento en régimen abierto, internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto y abierto y, permanencia de fin de semana- y no privativas de libertad –tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socio-educativas, amonestación, privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos de motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, inhabilitación absoluta-“, MORILLAS CUEVA, L. / CRUZ BLANCA, M^a.J., “El menor delincuente...”, cit., p.223, autores que también parecen ofrecer otra tipología de clasificación atendiendo a la capacidad cognitiva y volitiva del menor infractor (en razón al Art. 5 de la LORPM, distinguiendo entre medidas sancionadoras-educativas aplicables al menor imputable, Art. 5.1. LORPM) en el que entrarían todas las medidas del Art. 7.1. LORPM, y medidas de seguridad terapéuticas (aplicables al menor inimputable, Art. 5.2 LORPM), que abarcaría exclusivamente el internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto y el tratamiento ambulatorio, cit., pp.216-222. También sigue la clasificación entre medidas privativas de libertad y no privativas de libertad SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “El sistema de medidas...”, cit., p. 77.

Otra clasificación, probablemente atendiendo al órgano de ejecución de las medidas es la que clasifica en : a) Medidas de internamiento (que incluye el internamiento en régimen cerrado, el internamiento en régimen semiabierto, el internamiento en régimen abierto y en internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto y abierto); b) Medidas de medio-abierto, en las que se incluirían el tratamiento ambulatorio, la asistencia de un centro de día, la permanencia de fin de semana, la convivencia con otra persona, familia, o grupo educativo, las prestaciones en beneficio de la comunidad y la realización de tareas socio-educativas; c) Medidas de ejecución directa por el Juez, que incluirían la prohibición de aproximarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, la amonestación, la privación del permiso de conducir o vehículos a motor, del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas y la inhabilitación absoluta, al respecto, B LANCO B AREA, J.A., “Responsabilidad penal del menor: Principios y Medidas judiciales aplicables en el Derecho penal español”. Revista de Estudios Jurídicos 8/2008, pp. 68-75.

GONZÁLEZ RODRIGUEZ, M. R. Propone a su vez distintas clasificaciones: a) principales y complementarias o accesorias; b) I. Privativas de libertad, II. Restrictivas de derechos y III. Admonitorias; c) I. Privativas de libertad, II. Restrictivas de libertad, III. Costrictivas y Coercitivas, IV. Privativas de derechos y V. Otras; d) I. Terapéuticas; II. De reinserción; III. Preventivas; e) I. Expresivas de reproche social, I.) De carácter sancionador, en “Las medidas aplicables a la delincuencia juvenil tras la Ley

Con una simple finalidad sistemática del amplio catálogo de medidas que acopia el Art. 7.1. LORPM se ofrece la clasificación apuntada asumiendo la discutibilidad de los criterios utilizados, de igual modo, que se discute cualquier sistematización que se haga de una determinada categoría jurídica, que se propone con la única finalidad de ordenar una serie de medidas aplicables al menor infractor atendiendo a unos criterios determinados. A hora bien, como a certadamente indica BENÍTEZ ORTÚZAR, por discutible que sea cualquier sistematización doctrinal del inventario de medidas aplicables al menor infractor que se proponga, será menos discutible y más acertada que la realizada por el legislador en el precepto y mencionado Art. 7.1. LORPM, la cual no sólo es discutible e impugnabile, sino que parte directamente de postulados erróneos. Al respecto, baste simplemente señalar que cuando afirma que: “las medidas que pueden imponer los Jueces de menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes”, de ninguna forma puede asumirse que la última medida del elenco, la “inhabilitación absoluta” que la que supone una menor restricción de derechos. Al contrario, por su nulo efecto resocializador o educativo, el cual imprime incluso las medidas de internamiento, puede afirmarse que (de largo) es la medida más grave de todas las incluidas en el expresado precepto. Basta compararla con la medida de amonestación o la de realización de tareas socio-educativa o de prestaciones en beneficio

Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 de 12 de enero”. Boletín Aranzadi Penal 9/2003, p. 7.

Por su parte, HIGUERA GUIMERA, J.F., Las clasifica en: I) Medidas sancionadoras educativas; A) Medidas sancionadoras educativas y privativas de libertad; B) Otras medidas sancionadoras educativas (restrictivas de libertad y privativas de derechos); II) Medidas de seguridad; o bien; medidas principales, medidas accesorias, medidas principales o complementarias o accesorias; Derecho Penal Juvenil..., cit., pp. 341-ss.

A su vez, ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R., Las clasifica en: A) Medidas privativas de libertad, incluyendo los internamientos (en régimen cerrado, semiabierto, abierto, y terapéutico) y la Permanencia de fin de semana; B) Privativas o restrictivas de derechos, incluyendo; Tratamiento ambulatorio; Asistencia a un centro de día; Libertad vigilada; Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima; Prestaciones en Beneficio de la Comunidad; Realización de Tareas socio-educativas; Privación del permiso de conducir, o de las licencias administrativas o Tenencia de uso de arma y la Inhabilitación absoluta; C) Protectoras, donde incluye la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; y D) Admonitorias, que abarca la medida de Amonestación. Ofreciendo otra clasificación atendiendo a la aceptación o no por el menor: A) Voluntarias: Prestaciones al servicio de la comunidad, Internamiento en centro terapéutico y Tratamiento ambulatorio; B) Forzosas: todas las demás. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R., Derecho Penal de Menores (4^a ed.), Barcelona, 2007, pp. 217-218.

Otra clasificación es la ofrecida por FEIJÓO SÁNCHEZ, B., en: I) Medidas privativas de libertad (Internamientos en su distintas modalidades y Permanencia de fin de semana); II) Medidas no privativas de libertad con orientación educativa: Libertad Vigilada, Prestaciones en Beneficio de la Comunidad, Asistencia a un Centro de día; Realización de Tareas socio-educativas; Tratamiento ambulatorio; Amonestación y Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; III) Medidas no privativas de libertad complementarias de las medidas de orientación educativa: Prohibición de aproximarse a la víctima, sus familiares y otras personas; Prohibición del permiso de conducir o de la licencia administrativa para el uso o tenencia de armas y la Inhabilitación, en DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. (Dir.) Comentarios a la ley...cit., pp. 131-ss.

de la comunidad para constatar el error que comete el legislador, error que tiene más importancia cuando se trata de una ley penal so metida a los criterios de taxatividad derivados del principio de legalidad en materia penal²⁴⁶.

2.1. MEDIDAS QUE SUPONEN UNA PRIVACIÓN DE LIBERTAD.

Los internamientos, en sus distintas modalidades, suponen una privación de libertad del menor de edad, mayor de catorce años infractor, previstas para los casos que representen “una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza particularmente grave de los hechos cometidos”²⁴⁷, implicando el ingreso de l joven infractor en un centro específico para tal fin diferenciado del centro penitenciario de cumplimiento de penas privativas de libertad de adultos²⁴⁸. El conjunto de medidas que suponen una privación de libertad aparecen expresamente con el nombre de “medidas privativas de libertad” en el Reglamento que desarrolla la LORPM²⁴⁹. Debemos de advertir, no obstante, que afirmar la calificación como “medidas privativas de libertad” tal y como hace el reglamento es un exceso en tanto desde su propia catalogación parece desprenderse de su carácter educativo-sancionador, primando su perfil de defensa social, segregando al infractor sancionado de este tipo de medidas de la sociedad, con un carácter preventivo general.

Por ello, y aunque sólo sea un problema de tipo semántico es preferible calificarlas como medidas que suponen privación de libertad. Así, las restricciones de libertad que implica cada una de las medidas de internamiento (en sus distintas modalidades) o la

²⁴⁶ Al respecto, con claridad expositiva CRUZ BLANCA, M^a.J., señala lo siguiente: “aunque el Art. 7.1. LORPM define las medidas que pueden ser impuestas a los menores ordenándolas (según la restricción de derechos que suponen) detallando el contenido de cada una de ellas”, CRUZ BLANCA, M^a.J., “Sobre las medidas...”cit., p. 162. Lo cierto es que esta afirmación es difícilmente mantenible con un mínimo de cordura jurídica. Basta observar el apartado ñ) (inhabilitación absoluta) de este Art. 7.1. LORPM y comparar sus efectos restrictivos de derechos respecto de otros apartados del mismo Art. para desvirtuar el enunciado inicial del Art. La desvirtuación más escandalosa aparece contrastando los efectos de la medida de inhabilitación absoluta respecto de la medida de amonestación pero no sólo de ella. Es bastante más grave, de nulos efectos preventivos especiales que cualquiera de las otras medidas recogidas en el catálogo incluido en dicho Art. 7.1. LORPM, incluso con las privativas de libertad, en tanto que estas siempre en su aplicación van a estar dirigidas al menor infractor, mientras que la inhabilitación absoluta supone una inocualización del menor sin ningún tratamiento educativo.

²⁴⁷ Exposición de Motivos de LORPM.

²⁴⁸ Los centros para la ejecución de medidas privativas de libertad aparecen regulados en el Art. 54 LORPM. Centros que deberán de estar divididos en módulos adecuados a la edad madurez, necesidades y habilidades de los menores internados y regidos por una normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad conseguir una convivencia ordenada que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los jóvenes internados.

²⁴⁹ Al respecto, la sección 3^a del capítulo III del Reglamento de Responsabilidad Penal de los Menores aprobado por Real Decreto 1774/ 2004 de 30 de julio se rubrica “Reglas específicas para la ejecución de las medidas privativas de libertad”.

permanencia de fin de semana, atendiendo a los criterios legales para su detención, no deberían poder ser considerados como el fin último de la ejecución de la medida, sino como la fórmula idónea para (atendiendo a las circunstancias concretas del hecho y al interés superior del menor) llevar a cabo la finalidad educativa, socializadora que debe regir toda medida por su carácter sancionador- educativo²⁵⁰. En este sentido, no debe ignorarse que toda la actividad de los centros en los que se ejecuten medidas de internamiento estará inspirada por el principio de que el menor internado es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad; y que en consecuencia la vida del centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda presentar para el menor o para su familia, favoreciendo los vínculos sociales en contacto con los familiares y allegados y la colaboración y participación de las Entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas y culturalmente²⁵¹.

Las medidas de internamiento previstas en la LORPM que responden según declara su Exposición de Motivos “a una mayor peligrosidad manifestada en la naturaleza particularmente grave de los hechos cometidos”, suponen el ingreso del menor en un centro diferente a los previstos para los adultos. La mayor o menor intensidad en la restricción de la libertad del menor que cada uno de los internamientos comportan dan lugar a distintas clases de medidas que suponen una privación de libertad del menor de edad mayor de catorce años infractor, con una intensidad y duración diferenciada, en atención a la gravedad del hecho y en atención a la edad del menor infractor (los distintos tipos de internamiento y sus regímenes los hemos analizado en este trabajo de investigación de manera más específica en el capítulo titulado “Estudio específico de la medida de internamiento y su marco jurídico”²⁵²

²⁵⁰ Sobre esta idea, sobre la que la medida de internamiento, en sus distintas modalidades que gradúan la restricción de libertad del menor, quedaría relegada a los supuestos en los que trasladar al menor al centro aparezca como la acción más adecuada para superar, o como mínimo mejorar la grave situación psicosocial y educativa del menor haciendo depender la terminación de la medida principalmente de su mayor o menor capacidad para afrontar de forma autónoma la responsabilidad que se desprende del hecho cometido vid, ampliamente CRUZ MÁRQUEZ, B., *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, Madrid, 2007.

²⁵¹ El Apto. 3º del Art. 55 continúa diciendo “a tal fin se fijarán reglamentariamente los permisos ordinarios de los que podrán disfrutar el menor internado, a fin de mantener contactos positivos con el exterior y preparar su futura vida en libertad”.

²⁵²

a) Internamiento en régimen cerrado.

La medida de internamiento en régimen cerrado aparece regulada en el Apdo a) del Art. 7.1 LORPM y en el Art. 24 del Reglamento que desarrolla la LORPM.

La finalidad fundamental de l i nternamiento no pue de s er ot ra qu e l a c omún a cualquiera de la medidas catalogadas en la normativa estudiada, esto es, la reeducación del menor, en este caso, tratando de que éste adquiriera los recursos de competencia social para que p osteriormente mantenga un c omportamiento r esponsable cuando e sté e n libertad²⁵³. Si endo pa ra ello ne cesario que l a medida t enga un c ontenido e ducativo específico fijado por el Juez en su resolución sancionadora²⁵⁴.

Lo afirmado anteriormente cambia de manera radical con la aprobación y entrada en vigor de la ley 8/2006 por varios motivos: a) se amplía el catálogo de infracciones por las que las medidas puede imponerse; b) se alarga el intervalo de tiempo de internamiento en régimen cerrado, se obliga al Juez a determinar la aplicación de ésta medida en delitos de extrema gravedad y c) en determinados casos se prevé el cumplimiento de la medida o de parte d e la medida en el cen tro penitenciario d e ad ultos so metiendo al su jeto a l o dispuesto para la misma en la LOGP y al Reglamento que la desarrolla.

En conexión y respectivamente, la mencionada ley indica que: faculta al Juez para poder a cordar, pr evia a nuencia de l M inisterio y l a E ntidad públ ica de pr otección o reforma de menores, que e l m enor que e stuviese c umpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y a alcanzase la edad de dieciocho años, pueda terminar de cumplir la medida en un c entro penitenciario cuando su conducta no r esponda a los objetivos propuestos en la sentencia. Al mismo tiempo, si la medida de internamiento en régimen c errado s e i mpone a l que ha cumplido ve intiún a ños o, i mpuesta c on anterioridad, no ha finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el Juez ordenará su cumplimiento e n un c entro pe nitenciario, s alvo que e xcepcionalmente pr oceda l a sustitución o modificación de la medida²⁵⁵.

²⁵³ CRUZ B LANCA, M^a.J., “ Sobre l as medidas...” , c it., p p. 1 63-164. T ambién MO RILLAS CUEVA, L. / CRUZ BLANCA, M^a.J., “El menor delincuente...” cit., p. 228.

²⁵⁴ ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R., *Derecho penal de menores...* cit., p.206.

²⁵⁵ Apto.7º de la Exposición de Motivos de la LO 8/2006 de 4 de diciembre, por la que se modifica la LORPM.

Como bien indica CRUZ MÁRQUEZ, en estos casos mencionados ser ompe completamente con la finalidad de la LORPM²⁵⁶, llegando a un régimen punitivo más represivo que el previsto en el Código, Texto refundido de 1973, cuando se incluía la minoría de edad, entre los dieciséis y dieciocho años, como una circunstancia significativa de la responsabilidad penal atenuante muy cualificada que se materializaba con una rebaja de la pena prevista para el autor del delito mayor de edad en uno o dos grados. Pero el carácter retributivo, de defensa social y preventivo general de la ley no queda en la discrecionalidad del Juez penal, convertida en obligatoriedad en el Art. 14.3 reflejado en aquellos casos en los que sea impuesta a los que hayan cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad²⁵⁷.

Es decir, en estos casos, aún cuando la infracción debe haberse cometido cuando el sujeto era menor de edad, directamente se renuncia en la aplicación de la medida al fin esencial del “interés superior del menor”, sometiéndolo para el cumplimiento o el resto del cumplimiento de la medida de alojamiento en régimen cerrado, al tratamiento ordinario previsto para el cumplimiento de la pena privativa de libertad prevista para el infractor adulto.

b) Internamiento en régimen semiabierto.

La medida de internamiento en régimen semiabierto, aparece regulada en el Apto. b) del Art. 7.1 LORPM y el Art. 25 del Reglamento que desarrolla la misma. En su concepción inicial, la medida de internamiento en régimen cerrado se diferencia con la de

²⁵⁶ CRUZ MÁRQUEZ, B., advierte expresamente de que la intención represiva de esta medida es innegable, “como también lo son las terribles dificultades para armonizarla con el componente educativo del sistema juvenil”. Véase: *La medida de internamiento y sus alternativas...*, cit., pp.38-39.

²⁵⁷ Dispone el Art. 14.3 LORPM lo siguiente: “No obstante, lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas al que haya cumplido 21 años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no haya finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el juez de menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el Equipo técnico, la Entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario, conforme al régimen general previsto en la LOGP, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede a utilización a las medidas previstas en los Arts. 13 y 51 de la presente ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia”. En la misma línea, el Apto. 5 del Art. 14 de la LORPM señala lo siguiente: “La medida de internamiento en régimen cerrado que impongan el Juez de menores con arreglo a la presente Ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme, al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario conforme a los Aptos. 2 y 3 de este precepto.”.

régimen semiabierto en que en ésta última una parte importante de los objetivos previstos en el programa educativo del menor podrán realizarse en contacto con personas e instituciones de la comunidad, lo que sin duda constituye un aspecto muy positivo de esta medida²⁵⁸, manteniendo en ambos casos el “domicilio de l menor” e n e l c entro d e internamiento. Hasta la entrada en vigor de la 8/2006, ésta medida de internamiento en régimen semiabierto, que permite un régimen de contacto de l menor infractor con el exterior mayor que en el internamiento de régimen cerrado sin dejar de ser una medida privativa de libertad, su transformación en medida de régimen cerrado no era posible, en tanto que ésta última sólo era aplicable cuando taxativamente lo indicaba de manera expresa la propia LORPM. De forma, que el menor sancionado con este tipo de medidas sólo podía ver limitado el régimen de cumplimiento de internamiento en régimen semiabierto determinado en la sentencia sancionadora impuesta por el Juez de menores como consecuencia de la realización de alguna falta disciplinaria. La transformación regresiva de l a medida de internamiento en régimen semiabierto a l a medida de internamiento en régimen cerrado estaba, por tanto, vetada.

Sin embargo, dicha ley, ha venido también a restringir el contenido de la medida de internamiento en régimen semiabierto al complementar el precepto 7.1 b) un párrafo que condiciona la realización de las actividades del menor fuera del centro a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de menores suspenderlas por tiempo de terminado acordando e n que t odas l as actividades se lleven a cabo dentro del centro.

Como ha señalado un sector de la doctrina, “con esta adicción el internamiento en régimen semiabierto puede convertirse de facto en un internamiento en régimen cerrado que, a un por tiempo de terminado se impone e n fase de ejecución de medida y n o e n virtud de s entencia l o que n o s ólo pue de suponer un a vul neración de l pr incipio acusatorio²⁵⁹ sino, lo que puede ser más grave, hacer cumplir al menor una medida de

²⁵⁸ CRUZ BLANCA, M^a.J., “Sobre las medidas...”, cit., p.165; también MORILLAS CUEVA, L. / CRUZ BLANCA, M^a.J., “El menor delincuente...”, cit., p. 229.

²⁵⁹ En este sentido, CRUZ BLANCA, M^a.J., “Sobre las medidas...”, cit., p.165; también MORILLAS CUEVA, L. / CRUZ BLANCA, M^a.J. “El menor delincuente...”, cit., p. 229; quienes señalan que “probablemente, la presunta vulneración del principio acusatorio previsto en el Art. 8.1 LRPM haya sido la razón de que la FGE en su Circular 1/2007 sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006 afirme que “pese al silencio del Art. 7.1. b) habrá de entenderse necesaria la

internamiento en régimen cerrado fuera de los casos previstos en la LPM que limita ésta última medida a supuestos específicamente tasados por la ley²⁶⁰.

c) Internamiento en régimen abierto.

La medida de internamiento en régimen abierto se recoge en el Apto. c) en el Apdo. 7.1. LORPM y el Art. 26 del Reglamento que desarrolla la ley. A diferencia de lo que ocurre con la medida de internamiento semiabierto, en la medida de internamiento en régimen abierto, el menor infractor debe llevar a cabo, no sólo algunas o algunas de sus actividades fuera del centro, sin que ello se condicione a su evolución personal. Además, la ley no permite lo que pudiera denominarse una “regresión en grado” a una medida más restrictiva de libertad como, sí ha previsto expresamente en el caso del internamiento del régimen semi-abierto tras la entrada en vigor de la ley 8/2006.

Al contrario el desarrollo que hace de la medida en régimen abierto el Reglamento permite una especie “de progresión en grado”, atendiendo a las características personales del menor y la evolución de la medida, a instancia de la Entidad pública competente y por acuerdo del Juzgado de menores, posibilitando que el menor no acuda a permanecer al centro por un período determinado de tiempo acudiendo solamente con una periodicidad que se establezca para el seguimiento y control de la medida²⁶¹ o, incluso, a que continúen fuera del centro en viviendas o instituciones de carácter familiar bajo el control del centro de internamiento²⁶².

d) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto.

La medida de internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto aparece recogida en el Apto. b) del Art. 7.1 LORPM.

audiencia del Fiscal, conforme al Art. 44.1 LORPM y habrá igualmente que oírse al menor, conforme a lo dispuesto en el Art. 9.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor”.

DOLZ LAGO, M. J. “¿Endurecimiento simbólico de la Ley Penal del Menor?” VILLAGRASA ALCAIDE, C y RAVETLLAT B ALLESTÉ, I, (c oord.) *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño* Barcelona: Bosch, 2009, pp. 839-878.

²⁶⁰ En opinión de DE URBANO CASTRILLO, E. / DE LAROSA CORTINA, J.M., Esta modificación “hace borrosos los límites que separan esta medida y la de internamiento de régimen cerrado”, en *La responsabilidad penal de los menores. Adaptada a la LO 8/2006 de 4 de diciembre*, Navarra, 2007, p. 74.

²⁶¹ Art. 26.3 Reglamento de Responsabilidad Penal de los Menores.

²⁶² Art. 26.4. Reglamento de Responsabilidad penal de los Menores.

La LO 8/2006, ha diferenciado la medida de internamiento terapéutico que, en su relación anterior aparecía de forma genérica en tres regímenes de cumplimiento cerrado, semiabierto, abierto, en coherencia con la diferenciación existente en la medida de internamiento en los que podríamos llamar en un centro de cumplimiento genérico y con “el principio general de proporcionalidad previsto en el Art. 6 CP que, de aplicación subsidiaria la ley del menor impediría imponer un internamiento terapéutico en régimen cerrado si el menor comete una infracción no prevista entre los supuesto que en la LORPM permite imponerlo (Art. 10 LORPM)”²⁶³.

La medida de internamiento terapéutico aparece también desarrollada en el Art. 27 del Reglamento. Esta medida en sus distintas modalidades, junto con la medida de “Tratamiento Ambulatorio” está expresamente prevista para aquellos casos en el que concurra en el menor de edad mayor de catorce años infractor, alguna de las causas de inimputabilidad de los Aptos. 1, 2 y 3 de l Art. 20 del CP, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 5 .2. L ORPM. En estos casos, realmente podría afirmarse que estas medidas cumplirían una auténtica función de medidas de seguridad equivalentes para los mayores adultos inimputables.

No obstante, lo que diverge a esta medida de internamiento terapéutico de las medidas de seguridad equivalentes a éstas recogidas en el Código español es que su aplicabilidad no es excluyente para aquellos menores infractores que no se hallan inmersos en una causa de imputabilidad de los Aptos. 1, 2 y 3 de l Art. 20 de l CP, pudiendo ser adoptadas por el Juez de menores en otros casos, en los que el menor es plenamente imputable, pero la medida es recomendable en atención al interés superior del menor.

Por otra parte, la medida de internamiento terapéutico, en sus distintas modalidades de aplicación, podrá ser determinada por el Juez de menores en la sentencia sancionatoria en aquellos casos en los que el menor sufra algún tipo de trastorno psíquico, adicción o alteración en la percepción aún cuando la infracción cometida no esté

²⁶³ CRUZ BLANCA, M^aJ., *Sobre las medidas...*, cit., p.167; también MORILLAS CUEVA, L./ CRUZ BLANCA, M^aJ., *El menor delincuente...*, cit., p.232; quienes señalan que así se evitan pronunciamientos como el de la SAP de Guadalajara de 18/02/2003 (JUR 2003 /85044) que impuso a un menor de diecisiete años por un delito con robo con fuerza y una falta de hurto en grado de tentativa la medida de internamiento terapéutico (¿En qué régimen?).”

relacionada directamente con estas circunstancias²⁶⁴. La propia ley advierte la posibilidad de que el menor rechace la medida en su modalidad de sometimiento a un tratamiento de deshabitación, “lo que comporta un enfrentamiento realista a la evidencia de que la eficacia del tratamiento depende de la colaboración del menor”²⁶⁵.

La redacción de la ley, que podría plantear dudas acerca del momento en el que el rechazo del tratamiento de deshabitación podría ser relevante, es desarrollada por el Art. 27 del Reglamento, advirtiendo la validez de lo mismo tanto en el inicio como en el desarrollo. En ambos casos la Entidad pública competente deberá de comunicarlo al Juez de menores “a los efectos oportunos”. Efectos que no podrán ser otros que cambiarla por otra medida de las establecidas en el catálogo del Art. 7.1, adecuadas a las circunstancias concretas del menor infractor y a la gravedad del hecho cometido.

Corresponde indicarse que la posibilidad de rechazo de este tipo de medida queda limitada por expresa disposición del Art. 7.1 Apto. d) LORPM de forma que cuando la medida de internamiento lo sea por anomalías o alteraciones psíquicas o por sufrir el menor alteraciones en la percepción respecto a la conciencia de la realidad, el rechazo del menor a someterse al tratamiento indicado en la sentencia no tendrá validez siendo su imposición coactiva de cumplimiento obligatorio.

La normativa señala, por otra parte, que esta medida podrá ser adoptada solo como complemento a otra medida. Aunque no lo indique expresamente el texto legislativo y no aparezca desarrollado en el Reglamento, cuando se trate de una aplicación complementaria, no parece mantener un alto grado de complementariedad con el resto de las medidas de internamiento, en tanto que lo diferencia a éstas de la internamiento terapéutico, precisamente es el propio programa específico del desarrollo de la medida, compartiendo ambas la privación de libertad del menor infractor.

e) Permanencia de fin de semana.

Esta medida aparece regulada en el Apto. g) del Art. 7.1 LOPRM; y desarrollada en el Art. 28 del Reglamento que la desarrolla, el cual señala que: una vez recibido en la

²⁶⁴ De esta opinión FEIJÓO SÁNCHEZ, B., siguiendo a GÓMEZ RIVERO y MAPELLI CAFFARENA, en AAVV. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., (Dir.) *Comentarios a la ley reguladora...* cit., p.139.

²⁶⁵ ABEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo...” cit., p.118.

entidad pública e l testimonio de la resolución firme con el número de fin de semana impuestos y las horas de permanencia de cada fin de semana, el profesional designado se entrevistará con el menor a l efecto de e laborar e l programa individualizado de la ejecución de la medida (PIEM) en el que deberán constar la fechas establecidas para el cumplimiento de las permanencias, los días concretos de cada fin de semana en los que se ejecutará la medida y la distribución de las horas entre los días de permanencia, así como el lugar donde se cumplirá la medida. El profesional designado también propondrá las tareas socioeducativas que deberá realizar el menor, de carácter formativo, cultural o educativo, el lugar donde se realizará y el horario de realización.

Esta medida compartía unos objetivos de política criminal similares a la pena de “arresto de fin de semana” que como novedad incluía l a L O 10/ 1995, de 24 de noviembre, por la que se aprobada el CP, hasta su desaparición del catálogo de penas del CP en la reforma de este texto legislativo por Ley 15/2003, en tanto que como indica la propia Exposición de Motivos parece: como una medida adecuada para menores que cometan actos vandálicos o agresiones leves durante los fin de semana.

Ciertamente se trata de una medida que supone una privación de libertad intermitente²⁶⁶ y que entronca difícilmente con el carácter educativo que debe imprimir cualquier medida dirigida al menor de edad mayor de catorce años infractor, tanto como por su corta duración como por la continuada interrupción temporal de su ejecución, ya que dificulta el desarrollo y puesta en marcha de un plan educativo tendente a enfrentar al menor con su hecho delictivo, concienciarle de su injusto y proporcionarle a la vez hábitos de comportamiento que redunden en beneficio de la sociedad²⁶⁷, por lo que la determinación con el Juez de menores debería ser muy analizada y también matizada, limitándola a aquellos menores infractores cuya realidad familiar, laboral y social esté perfectamente normalizada en los períodos intermedios semanales durante los que no están sometidos a la misma²⁶⁸.

²⁶⁶ AGUIRRE ZAMORANO, p. “Capítulo III. Las medidas (Título II, Arts. 7, 13,14 y 15)”, AAVV., *Justicia de menores: una justicia mayor*, Madrid, 2000, p. 87.

²⁶⁷ PÉREZ MACHÍO, A.I., En: *El tratamiento...*cit., p. 93.

²⁶⁸ No obstante, se pronuncian sobre los aspectos positivos de la medida de permanencia de fin de semana; así lo han señalado entre otros, GÓMEZ RIVERO, M.C., “Algunos aspectos de la L O 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. *Actualidad penal*. Núm.10, 2001, p. 181; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. En A AVV. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., (Dir.) *Comentarios a la Ley Reguladora...*cit., p. 142; CRUZ BLANCA, M^a.J., “Sobre las medidas...” p. 170. También MORILLAS

2.2 MEDIDAS QUE SUPONEN UNA RESTRICCIÓN DE LIBERTAD.

La doctrina mayoritaria solamente se diferencia en tre medidas privativas de libertad y medidas no privativas de libertad (o privativas o restrictivas de derechos), aunque nos parece conveniente que sin exhaustividad organizar las llamadas “medidas no privativas de libertad en distintos apartados, aglutinando las mismas entorno a criterios sistemáticos coherentes.

Así, en tre las que se han denominado “medidas restrictivas de libertad” se han incluido aquellas medidas que, sin suponer una completa privación de libertad ambulatoria del menor sancionado por comisión de un hecho tipificado como delito o falta del CP o en las leyes penales especiales, sí suponen una restricción de su libertad ambulatoria, con una mayor o menor intensidad dependiendo del contenido que a cada medida le determina la ley y el Reglamento que la desarrolla. En este sentido, atendiendo a la sistemática apuntada y al orden expositivo que mantiene el Art. 7.1 de la misma, se incluye las siguientes medidas: Tratamiento ambulatorio (Apto. e); Asistencia a centro de día (Apto. f); Libertad vigilada (Apto. h); Prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determinen el Juez (Apto. i); Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (Apto. j).

a) Tratamiento ambulatorio: parece recogido en el Art. 7.1. e) de LORPM, con el siguiente tenor literal: *“las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica adición al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias tóxicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá apoyarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo, cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias”*.

CUEVA, L / CRUZ B LANCA, M^a.J. “El menor delincuyente...”, cit., p. 234, señalando a los efectos positivos de la misma *“para los menores que cometen actos violentos durante el desarrollo en los partidos de fútbol celebrados los fines de semana”*, a lo que habría que objetarse que el razonamiento deja tener validez en el momento en el que el desarrollo de los partidos de fútbol se ha prolongado a lo largo de los días de la semana.

A su vez, las reglas para la ejecución de la medida de Tratamiento ambulatorio aparecen recogidas en el Art. 16 del Reglamento indicando que: para elaborar el PIEM, la Entidad pública designará el centro, el servicio, o la institución más adecuada a la problemática detectada, objeto del tratamiento, entre los más cercanos al domicilio del menor en los que exista plaza disponible. El contenido determina que: los especialistas o facultativos correspondientes elaborarán tras examinar al menor, un programa de tratamiento que se adjuntará al PIEM que elabore el profesional designado por la Entidad pública. En dicho programa de tratamiento se establecerá las pautas socio-sanitarias recomendadas, los controles que deberán seguir el menor y la periodicidad con la que ha de asistir al centro, servicio o institución designada, para su tratamiento, seguimiento y control. A su vez, cuando el tratamiento tenga por objeto la deshabituación del consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, o sustancias psicotrópicas y el menor no preste su consentimiento para iniciarlo o, una vez iniciado, lo abandone o no se someta a las pautas socio-sanitarias o a los controles establecidos en el programa de tratamiento aprobado, la Entidad pública no iniciará el tratamiento o lo suspenderá y lo pondrá en conocimiento del Juez de menores a los efectos oportunos.

Se ha considerado esta medida como restrictiva de libertad en tanto que, la misma, manteniendo un objetivo y la finalidad de la medida de internamiento terapéutico no priva por completo de libertad ambulatoria al menor infractor, pero sí le restringe la misma, en tanto que el menor al que le sea impuesta verá restringida su libertad en aquellos aspectos recogidos en el programa concreto de ejecución de la medida y el programa de tratamiento individualizado de terminado por los correspondientes especialistas o facultativos²⁶⁹, esta medida está indicada para los casos de menores infractores con problemas emocionales, psíquicos o relacionados con cualquier adicción que no exija internamiento, es decir, en aquellos casos en los que, en virtud del interés superior del menor resulte adecuado el tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción de consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas o alteraciones en la percepción y puede ejecutarse en servicios públicos o privados integrados en la

²⁶⁹ A respecto, señala la Exposición de Motivos de la LORPM, lo siguiente: “*En su realización pueden cambiarse diferentes tipos de asistencia técnica y psicológica. Resulta muy apropiado para casos de desequilibrio psicológico o perturbaciones del psiquismo que pueda ser atendidos sin necesidad de internamiento. La diferencia más clara con la tarea socio-educativa, es que ésta pretende lograr una capacitación, un logro de aprendizaje empleando una metodología, no tanto clínica, sino de orientación psicoeducativa. El Tratamiento Ambulatorio también puede entenderse como una tarea socio-educativa muy específica para un problema bien definido*”.

Comunidad, siguiendo un programa terapéutico que les ayude a superar procesos adictivos o disfunciones de su psiquismo, pudiéndose combinar diferentes tipos de asistencia médica y psicológica²⁷⁰.

b) Asistencia a centro de día.

Se regula en el Art. 7.1.f) de la LORPM, con la siguiente redacción: “*las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio*”.

La Asistencia a centro de día igualmente, es desarrollada en el Art. 17 del Reglamento de responsabilidad penal de los menores, con el siguiente tenor literal: “*para elaborar el PIEM, la Entidad pública designará el centro de día más adecuado, entre los más cercanos al domicilio del menor en los que exista plaza disponible*”.

El profesional designado por la Entidad pública en coordinación con dicho centro, se entrevistará con el menor para evaluar sus necesidades y elaborar el programa de ejecución, en el que constarán las actividades de apoyo educativas, formativas, laborales o de ocio que el menor realizará. La periodicidad de la asistencia al centro de día y el horario de será de ser compatible con su actividad escolar si está en el período de la enseñanza básica obligatoria y, en la medida de lo posible en su actividad laboral.

A los efectos de lo establecido en este precepto, tendrá la condición de centro de día los recursos incluidos en la red de servicios sociales de cada comunidad autónoma, siempre que se encuentren plenamente integrados en la comunidad y sean adecuados a la finalidad de la medida. Al margen de la finalidad socio-educativa que lleve al Juez a determinar su imposición atendiendo al interés superior de l menor²⁷¹ dirigida a

²⁷⁰ Como apunta el profesor GUTIÉRREZ CASARES, J. R., en *Curso sobre Adolescentes y violencia doméstica*, “... los niños con trastornos de conducta, lo que se predica de buena parte de los menores que frecuentan nuestra Jurisdicción, suelen tener otros trastornos psiquiátricos que no son diagnosticados. Es por ello que los Equipos técnicos, Fiscalías y Juzgados de menores han de esforzarse porque tales menores cuenten con unos diagnósticos correctos, bien a través del Equipo técnico, del médico forense o de otros recursos sanitarios que pueda proporcionar la Entidad pública cuando ya se está ejecutando alguna medida, todo ello con la finalidad de que se aplique al menor el tratamiento más adecuado y lo más pronto posible, ya que, como menciona el referido psiquiatra, las intervenciones precoces son las mejores” (recogido por SAN MARTÍN LARRINOSA, M. B., “*Experiencias prácticas en la ejecución judicial de medidas en medio abierto de la LO 5/2000 de responsabilidad penal de los menores*”. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 2001).

²⁷¹ Al respecto, Ibid, CRUZ BLANCA, M^a.J., “Sobre las medidas...”, cit., p. 172. También en: MORILLAS CUEVA, L. / CRUZ BLANCA, M^a.J. “El menor delincuente...”, cit., p. 237; ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho penal de menores...* cit., pp. 211-212.

proporcionar al menor un ambiente estructurado durante una parte del día, en el que se lleven a cabo actividades socio-educativas que puedan compensar las carencias del ambiente familiar de aquél²⁷², su ejecución supone una limitación de la libertad ambulatoria del sujeto, en tanto que éste está obligado a acudir al centro designado y a realizar el contenido determinado en el PIEM concreto.

c) Libertad vigilada.

La medida de Libertad vigilada está recogida en el Art. 7.1 Apto. h) de la LORPM, y en ella, se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquella a superar los factores que determinaron la infracción cometida.

Asimismo, esa medida obliga a su caso, a seguir las pautas socio-educativas, que señale la actividad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención e laborado al efecto, aprobado por el Juez de menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, la reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes: 1^a) obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia 2^a) obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares; 3^a) prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos; 4^a) prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa; 5^a) obligación de residir en el lugar determinado; 6^a) obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas; 7^a) cualesquiera otras obligaciones que el Juez de oficio o a instancia del Ministerio Público estime convenientes para la reinserción social del condenado, siempre que no atente contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la posibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la Entidad pública de protección del menor y dicha

²⁷² Exposición de Motivos de la LORPM.

Entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél.

La materialización y ejecución concreta de la medida de libertad vigilada aparece desarrollada en el Art. 18 del Reglamento especificando que: una vez de signado el profesional encargado de la ejecución de la medida y notificada la designación al Juzgado de menores se entrevistará con el menor al efecto de elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida. En dicho programa, el profesional expondrá la situación general detectada, los aspectos concretos referentes a los ámbitos personal, familiar, social, educativo, formativo o laboral en los que se considera necesario incidir, así como las pautas socioeducativas que el menor deberá seguir para superar los factores que determinaron la infracción cometida. También propondrá la frecuencia mínima de las entrevistas con el menor, que posibiliten el seguimiento y el control de la medida, sin perjuicio de otras que puedan mantener el profesional y el menor en el curso de la ejecución, cuando el primero las considere necesarias. Si con la medida se hubiera impuesto al menor alguna regla de conducta que requiera para su cumplimiento un programa o recurso específico, éste se elaborará o designará por la Entidad pública y se adjuntará al programa de ejecución individualizado.

La medida de libertad vigilada, en sí misma consiste en el sometimiento del menor infractor a un régimen de libertad restringida. Es decir, entendemos que sería una especie de libertad tutelada cuyo contenido específico atiende al seguimiento y cumplimiento de las diferentes y variadas obligaciones que el Juez puede incluir en la misma para su especificidad y concreción en el programa de ejecución²⁷³. Las cuales pueden limitar el ejercicio de la libertad ambulatoria del menor (obligación de asistir regularmente a un centro docente, obligación de someterse a un programa formativo, cultural, profesional, de educación sexual o similares, prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos, o espectáculos, prohibición de ausentarse del lugar de residencia, obligación de comparecer ante el Juzgado de menores o profesional que se designe).

²⁷³ Un interesante trabajo de campo sobre la aplicación de la medida de libertad vigilada sobre jóvenes infractores puede verse en: BERNÚZ BENEITEZ, M.J./ FERNÁNDEZ MOLINA, E./ PÉREZ JIMÉNEZ, F., “La libertad vigilada como medida individualizadora en la justicia de menores”. En: *Revista española de investigación criminológica*, Art. 6. Núm. 7 (2009). www.criminología.net; Véase, CRUZ MÁRQUEZ, B., La medida de internamiento y sus alternativas...cit., pp. 115 y ss.

En definitiva, el sometimiento del menor a un régimen de libertad controlada cuyo contenido y alcance será determinado de manera expresa por el Juez en la resolución judicial²⁷⁴, a la que el Art. 7.1.h L. ORPM de ja una puerta abierta a su imaginación para imponer para las obligaciones que estime convenientes para la reinserción social del condenado, con la única limitación de que las mismas no atenten contra su dignidad como persona²⁷⁵. Esta medida es una de las más antiguas en la legislación de menores²⁷⁶ y de desempeñando como hemos de terminado una pluralidad de funciones en el derecho penal juvenil. Además, en el Art. 28 se introduce como medida cautelar²⁷⁷.

En cuanto a los presupuestos de aplicación definitivos en la imposición de la medida de libertad vigilada entendemos que siempre debería el Juez ponderar la necesidad de imponer o no reglas de conducta durante el plazo de cumplimiento, además de las pautas sociales y educativas que señale la Entidad pública como responsable de la ejecución y el profesional encargado de su seguridad que a efectos del desarrollo en la intervención depende a su vez de la mencionada Entidad pública.

²⁷⁴ Al respecto se ha afirmado que la medida de libertad vigilada ofrece tres dimensiones diferentes: a) vigilancia, seguimiento y asistencia del menor a cargo de personal especializado combinando así las dimensiones a segurativa, asistencial y educativa; b) programa de actividades o pautas socio-educativas fijadas en el programa individualizado de ejecución aprobado por el Juez de menores, que deberán servir para superar los factores que determinaron la infracción cometida; c) posibilidad de establecer reglas de conducta; Ib id, F EIJÓO S ÁNCHEZ, B. E n AA.VV. D ÍAZ M AROTO Y VILLAREJO, J., (Dir.) Comentarios a la ley reguladora..., cit., pp. 146- ss.

²⁷⁵ Al respecto, A GUIRRE ZAMORANO, P. Señala que esa “puerta abierta”, a la imaginación del Juez del Ministerio Fiscal en la que la “*delincuencia juvenil tanto por sus protagonistas como por los hechos cometidos es cambiante y la ley no debe agotar las reglas de conducta que se pueden imponer*” Cap. III. Las medidas (Título Segundo...cit., p. 89).

²⁷⁶ En la Ley del Tribunal Tutelar de Menores de 1918 se introdujo la libertad vigilada en el Art. 12.5 con la finalidad de que se designe un individuo que permita controlar la conducta del menor infractor. Posteriormente, la LTTM de 1948 contempló la libertad vigilada en el Art. 17 en aquellos casos en que el menor infractor precisara un período largo de tiempo para su resocialización, dejando al menor en su entorno familiar bajo la supervisión del delegado. En la citada ley la medida de libertad vigilada tenía dos modalidades, la de supervisión intensiva y, estrictamente, la de libertad vigilada simple. La primera de ellas consistía en la obligación del menor de participar en un programa de tareas socio-educativas, para poder resocializarlo, en los supuestos en que existiera una fuerte desestructuración de éste. La segunda de ellas sólo se limitaba al control del menor por un responsable que se designaba a través de la Administración. La misma medida se mantuvo en la LO 4/1992, en el Art. 17.2, pero sin que existiera la posibilidad de acordarla como medida cautelar personal.

²⁷⁷ La libertad vigilada, en sede de medidas cautelares personales, debe funcionar de forma similar a la libertad provisional para mayores, que viene regulada en el Art. 529 LECrim. El legislador no ha previsto de forma concreta como debe cumplirse dicha medida de libertad vigilada cuando se adopte como medida cautelar personal, tan sólo el Art. 22 del Reglamento dispone que se aplican las normas previstas para su ejecución definitiva. La libertad vigilada sólo desempeña una función cautelar personal en dos supuestos: cuando se acuerda la prohibición del menor de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial y en los supuestos en que se decreta que el menor comparezca ante el órgano jurisdiccional o el responsable que se determine para controlar la presencia del menor en el proceso y vigilar su actividad. En el cumplimiento de la medida cautelar personal de la libertad vigilada no debe limitarse a controlar su actividad sino intentar paliar sus diferencias mientras esté sometido a la misma.

El Juez tiene como parámetro para la imposición o no de las obligaciones o deberes, la reinserción social del menor. Para la satisfacción práctica de esta medida existe una persona de la Administración Pública controlando las tareas obligadas al joven. Tal persona denominada delegado o técnico debe observar si las actividades sirven al menor para que prosiga sus estudios o su actividad de formación laboral ²⁷⁸Se pretende de ese modo la rehabilitación social del condenado, evitando que el reo vuelva a delinquir o bien incidiendo terapéuticamente en las causas que le han llevado a la comisión de la infracción, obligando de esta manera acudir al centro docente o a participar en programas formativos y pedagógicos.

d) Prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.

Esta medida aparece recogida en el Art. 7.1 Apto. I) de la LORPM, tras la reforma de la misma operada por la LO 8/2006 de 4 de diciembre y concreta que con su aplicabilidad: se impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determinen el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad de al menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Público deberá remitir testimonio de los particulares a la Entidad pública de protección del menor, y dicha Entidad deberá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél.

²⁷⁸ Antes de la entrada en vigor de la LORPM no se exigía ninguna titulación especial al delegado o técnico encargado de la libertad vigilada y era personal que dependía del Tribunal Tutelar de Menores. El Art. 11 del Reglamento del Tribunal Tutelar de Menores, disponía que debían ser personas de más de veintitrés años con una reconocida moralidad que podían ser profesionales o colaboradores. Ante tal situación se crearon tres tipos de delegados: el delegado profesional que era técnico y especializado en menores con educación exclusiva; el delegado de vocación social, el cual debía pasar un curso especializado básicamente orientado para maestros; y por último, el delegado cooperador, a quien no se exigía ninguna especialización técnica ni se le otorgaba retribución, siendo un grupo de personas interesadas en ayudar a los menores que padecían problemas sociales.

La previsión de esta medida se aleja de la finalidad sancionadora- educativa²⁷⁹ que inspira a la LORPM, así como al interés superior del menor, encontrando su fundamento exclusivamente en la idea de protección de las víctimas (sus familiares u otras personas concretas determinadas en la sentencia) del menor de edad mayor de catorce años infractor al que se le restringe de libertad privándole del derecho de acudir a concretos lugares determinados por el Juez en la resolución judicial²⁸⁰.

Es una medida que razonamos, tiene un contenido exclusivo de carácter victimológico. Se trata, por tanto, de una medida de clara naturaleza de defensa social en la que únicamente prima la seguridad de las víctimas (o de sus familiares o personas que determine el Juez en la sentencia), por lo que parece lógico que su aplicación deba ir acompañada de alguna otra medida socio-educativa aplicable al menor, de lo contrario, rompería con el principio fundamental que inspira la ley relativo interés superior del menor, es decir, debe tener un carácter exclusivamente accesorio o complementario. En cualquier caso en su determinación no debería ignorarse el principio esencial que justifica una legislación específica reguladora de la responsabilidad penal de los menores infractores, es decir, el del interés superior del menor, que obliga a una responsabilidad de connotaciones sancionadoras-educativas²⁸¹. Como medida de carácter victimológico en su

²⁷⁹ Así, expresamente, DE URBANO CASTILLO, E. / DE LA ROSA CORTINA, J. M. *La responsabilidad...*, cit., p. 67.

²⁸⁰ Al respecto, la doctrina se ha hecho eco de las palabras del Ministro de Justicia del parlamento cuando presentó el proyecto de reforma de la LORPM, señalando que: “*se introduce en la protección del menor víctima del delito la medida de alejamiento, como especial protección para evitar la proximidad del agresor al agredido lo que tiene específica aplicación en el acometimiento de ese problema emergente en la convivencia en centros escolares como el acoso escolar, el abuso y prevalimiento de unos escolares sobre otros*”. *Ibid*, MORILLAS CUEVA, L. / CRUZ BLANCA, M^a.J., “El menor delincuente...”, cit. p. 240.

²⁸¹ Al respecto ante la novedad de la medida y la ausencia de disposición reglamentaria al respecto; dada la novedad de esta medida de la justicia penal de menores, la FGE, se ha pronunciado sobre algunas cuestiones en su Circular 1/2007 *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*. En particular, ha señalado las siguientes pautas: a) podrá imponerse por hechos constitutivos de delitos o faltas precisando que habrá de tenerse en cuenta, que, conforme a la cláusula de supletoriedad contenida en la Disposición Final 1^a de la LORPM, como regla general la medida podrá imponerse por los delitos previstos en los Arts. 57 y 578 del Código Penal que imponen las penas homónimas a estas medidas de alejamiento. El criterio de la FGE al precisar que rige como regla general, no impide que esta medida pueda ser impuesta a supuestos distintos a los señalados en la Circular lo que es coherente con los criterios flexibles propios de la justicia de menores; apartado b) a la hora de imponer la medida pueden modularse sus contenidos de manera que cabrá aplicar simultáneamente la aplicación de aproximación y de comunicación o solamente una de las modalidades; c) no se prevé una de las posibilidades de la pena homónima consistente en la privación del derecho a residir en determinados lugares a pesar de lo cual la FGE estima que podrá ser adoptada como modalidad de regla de conducta junto con la medida de libertad vigilada pues expresamente se prevén en las reglas de conducta de la letra h) 3^a, 4^a, 5^a y 6^a del Art. 7.1.h de la LORPM; D) Si estas medidas de alejamiento implicase la imposibilidad del menor continuar viviendo con sus padres, tutores, o guardadores las entidades públicas deberán promover las medidas de protección previstas en la LO 1/1996 de protección jurídica del menor; E) Cuando además de la dimensión

fundamentación y contenido mantiene similitud con las penas previstas en el Art. 48.2 y 3 del Código²⁸².

e) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

La medida de Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo se establece en el Apto. j) del Art. 7.1 de la ley y establece que: la persona sometida a esta medida de convivencia, durante el periodo de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquella en su proceso de socialización²⁸³. Como paso

protectora de la víctima sea preciso tenga un carácter educativo las de alejamiento no se adoptarán como medidas autónomas previstas sino como reglas de conducta, junto a una medida de libertad vigilada, recalando, la FGE que *“de hecho, habrá de considerarse excepcionales los supuestos que se impongan únicamente una medida de alejamiento como consecuencia de infracción cometida por el menor, pues si un principio básico del derecho penal de menores es el de la necesidad de que la respuesta sea educativo-sancionadora, la imposición del alejamiento supondría un quebrantamiento, pues el alejamiento en sí carece de sustrato educativo”*.

²⁸² Al respecto, CRUZ BLANCA, M^a.J y MORILLAS CUEVA, L.; Señalan que “puede tener los siguientes contenidos: a) prohibición de aproximarse. Se impide al menor acercarse a las víctimas en cualquier lugar en que se encuentren así, como a su domicilio a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que se encuentre frecuentado por aquellas. En estos casos se pueden plantear principalmente dos problemas: 1. Si se opta por el alejamiento del menor y su domicilio, lo cierto es que aquél quedaría en situación de desprotección. Por esta razón, la Circular, 1/ 2007 sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006 ha señalado que *“habrá de conjugarse el riesgo de que la ejecución de la misma genere una situación de desprotección del menor”*; en estos casos, conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996 de protección jurídica del menor la FGE recomienda que *“si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el ministerio fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección de menor y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel”*; 2. Si se opta por la prohibición del menor de acercarse al centro educativo, la FGE indica a los Fiscales que deben remitir testimonio a la correspondiente Delegación de Educación para que escolaricen al menor infractor en otro centro distinto, de este modo, se permite al menor que continúe con la enseñanza obligatoria; b) la prohibición de comunicarse impedirá al menor establecer con las víctimas contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático y telemático; en CRUZ BLANCA, M^a.J. “Sobre las medidas...”

²⁸³ Por su parte, el Art. 19 del Reglamento que desarrolla la LORPM, establece los criterios de selección, requisitos y obligaciones de la persona, familia o grupo educativo en el que se integrará el menor en cumplimiento de esta medida. Al respecto, señala lo siguiente:

1. *“Para la ejecución de la medida, la Entidad pública seleccionará la persona, familia o grupo educativo que considere más idóneo, entre los que se hayan ofrecido y acepten voluntariamente la convivencia. En el proceso de selección se escuchará necesariamente al menor y cuando, sea el caso, a sus representantes legales.*
2. *La persona o personas que integren la familia o grupo educativo, que acepten convivir con el menor, deberán estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, no estar incurso en alguna de las causas de inhabilidad establecidas para los tutores en el Código civil y tener unas condiciones personales, familiares y económicas adecuadas, a criterio de la entidad pública, para orientar al menor en su proceso de socialización.*

previo a la ejecución de esta medida, la Entidad pública seleccionara a la persona, familia o grupo educativo que considere más idóneo para la convivencia con el menor, teniendo en cuenta sus características especiales, de entre aquellos que se hayan ofrecido voluntariamente para colaborar en la ejecución.

Se ha indicado, que esta medida podría tener un carácter de naturaleza de protección o asistencial, al ejando al menor del ambiente familiar, social o educativo criminógeno incorporándolo a uno en el que la labor socializadora y educativa pueda normalizar la situación de l menor²⁸⁴; A hora bi en, la L ORPM, op i namos que acertadamente, establece que como regla general, salvo prohibición judicial expresa, el menor conservará el derecho de relacionarse con su familia, lo que permitirá una mayor normalización tras el cumplimiento de la medida, en tanto que esta como cualquier otra medida, es de carácter temporal y el menor tendrá que volver con su familia una vez que la misma se cumpla²⁸⁵. La medida puede ser complementaria y de determinación conjunta con la medida de alejamiento, en aquellos casos en los que el lugar al que no pueda acercarse el menor infractor sea sus núcleos familiares, sociales o educativos²⁸⁶.

-
3. *Una vez hechas las entrevistas pertinentes el profesional designado elaborará el programa individualizado de ejecución de la medida en el que deberá constar la aceptación expresa de la convivencia por la persona, familia o grupo educativo seleccionado, la predisposición mostrada por el menor para la convivencia y, en su caso, la opinión de los representantes legales.*
 4. *La inexistencia de persona, familia o grupo educativo idóneo que acepte la convivencia se pondrá en conocimiento inmediato del Juez de menores. Igualmente, se comunicará el desistimiento de la persona, familia o grupo educativo de la aceptación de la convivencia, una vez iniciada la ejecución de la medida.*
 5. *La persona, familia o grupo educativo que asuma la convivencia adquirirá las obligaciones civiles propias de la guarda y deberá colaborar con el profesional designado en el seguimiento de la medida.*
 6. *Durante la ejecución de la medida, el menor conservará el derecho de relacionarse con su familia, salvo que haya una prohibición judicial expresa.*

²⁸⁴ En esta línea, la Fiscalía General, en su Circular 1/2000 relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores; también FEIJÓO SÁNCHEZ, B. e n A A.VV. DÍAZ M AROTO y VILLAREJO J.,(Dir.), C omentarios a la L ey Reguladora...cit, p. 158; ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho penal de menores...*cit, pp. 213-214.

²⁸⁵ AGUIRRE ZAMORANO, P. “Capítulo III. las medidas (Título Segundo...), cit., p. 90.

²⁸⁶ Se ha señalado que “estaría muy indicada para los supuestos de comisión de delitos tales como los relativos a la violencia domestica o de genero para que, junto a la finalidad de modificar las pautas violentas del menor, se protegiese al tiempo a las victimas de este tipo de violencia, GRUZ BLANCA, M^a.J, “Sobre las medidas...” c it, p . 178; t ambién M ORILLAS C UEVA, L /CRUZ B LANCA, M ^a.J., *El menor delincuente...*, cit., p. 242.

2.3. Medidas que suponen una privación de derechos.

Como hemos señalado, junto a medidas que implican directamente una privación de libertad ambulatoria del menor infractor y aquellas que, sin anularla del todo, en la práctica limitan algunos de los aspectos de la misma, la LORPM incluye otras medidas que suponen directamente la privación de otros derechos del menor sancionado, distintos a la libertad, en el sentido de libertad de situarse en el espacio o libertad ambulatoria.

En este sentido, la privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor o del derecho a obtenerlo o de la licencia administrativa para el uso o tenencia de armas y la inhabilitación absoluta son las dos medidas que se incluyen en este grupo sistemático de la clasificación de las medidas propuesta, como medidas privativas de otros derechos diferentes a la libertad.

Obviamente, se identifica la “libertad” como libertad ambulatoria o libertad de movimientos, es decir, como capacidad de situarse en el espacio de forma autónoma sin limitación alguna derivada de la imposición de una sanción derivada de una infracción tipificada como delito o falta en el Código o en las leyes penales especiales. Si se adoptara otro concepto de libertad, en sentido más amplio, como una capacidad de autodeterminación y elección en cualquier esfera de la vida del sujeto, fehacientemente, la clasificación no sería válida, en tanto que con la privación de l permiso de conducir o de la tenencia de armas o con la inhabilitación, al sujeto se le está privando de la capacidad de elección y por tanto de la libertad para acceder a la circulación vial a la tenencia o uso de armas para las que se requiera licencia administrativa o al ejercicio de la función pública (honos, empleos o cargos públicos), respectivamente.

No obstante, en el ámbito jurídico penal, existe una dificultad en identificar el vocablo “libertad” con la libertad ambulatoria del sujeto o libertad de movimientos, en tanto que cuando el legislador se quiere referir a otras esferas de la libertad, esta suele ir acompañada de un atributo, como por ejemplo, ocurre en los delitos contra la “libertad sexual”.

- a) Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor o el derecho a obtenerlo o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.

El Apto. n) del Art. 7.1 LORPM recoge la medida de privación del permiso de conducir vehículos a motor o ciclomotores, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de arma, señalando expresamente que “esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

Para determinar cuándo corresponde aplicar este tipo de medidas que, aunque según la propia Exposición de Motivos de la LORPM se prevé como una medida accesoria²⁸⁷, de una lectura del articulado de la ley debe sellarse que nada impide que pueda ser impuesta como medida principal o única²⁸⁸. Así será una medida de referencia en los casos en los que el hecho se haya cometido con alguna utilización de ciclomotor o vehículo a motor o con armas y que, la tenencia o el uso de las mismas, requiera una autorización administrativa, de las que se le privará o –de no tenerla se le impedirá su obtención.

En definitiva, habrá que acudir a los tipos penales recogidos en la compilación penalista para determinar a qué infracciones corresponde la adopción de esta medida. Precisamente, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad vial, en los delitos contra la fauna o en los delitos relativos a la tenencia ilícita de armas, pero también en otros delitos, como el delito contra la vida o la integridad cometidos, dolosa o imprudentemente, con la utilización de ciclomotor o vehículos a motor o con la utilización de armas para cuya tenencia se requiera una específica licencia administrativa.

²⁸⁷ Dispone la Exposición de Motivos de la LORPM lo siguiente: “es una medida accesoria que se podrá imponer en aquellos casos en los que el hecho cometido tenga relación con la actividad que realiza el menor y que esta necesite autorización administrativa.

²⁸⁸ AGUIRRE ZAMORANO, P. Señala que la referencia de la Exposición de Motivos exclusivamente a su carácter accesorio “es consecuencia de que el proyecto de Ley al ser reformado en su singladura parlamentaria, no se hizo con el suficiente rigor”, “Capítulo III. Las medidas (Título Segundo)..., cit, p. 92.

b) Inhabilitación absoluta.

El Apto. ñ) del Art. 7.1 LORPM, tras la reforma de la misma operada por la LO 7/2000, de 22 de diciembre²⁸⁹, recoge la medida de Inhabilitación absoluta, con la siguiente redacción: la medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida. Como se ha distinguido, la medida es introducida en el catálogo de medidas como consecuencia de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, en un reforma de la legislación antiterrorista, que pretendía abordar el problema del entorno juvenil de la organización terrorista ETA, especialmente virulento en determinados momentos a través de la denominada Kale Borroka²⁹⁰.

La medida de Inhabilitación absoluta probablemente aparece como la más grave medida aplicable al menor infractor de todas las recogidas en el conjunto de medidas del Art. 7.1 LORPM, incluso con efectos más perversos sobre el menor que la medida de internamiento en régimen cerrado, en tanto que ésta última se ejecutara de acuerdo a un programa individualizado que permita devolver al menor a la sociedad. Efecto educativo resocializador que se incluye necesariamente en la aplicación de la medida de internamiento en sus distintos regímenes de cumplimiento pero del que carece por completo la medida de inhabilitación absoluta.

Esta medida se plantea como medida accesoria o complementaria de otras principales, de imposición obligatoria, tal y como se deduce de la DA 4ª de la LPM, que aparece con la siguiente redacción: “cuando se trate de los delitos previstos en los Arts. 571 a 580, el Juez, sin perjuicio de otras medidas que correspondan con arreglo a esta ley, también impondrá la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre

²⁸⁹ LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código y de la LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo.

²⁹⁰ Al respecto, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. en AA.VV. DÍAZ MAROTO y VILLAREJO, J (Dir), Comentarios a la Ley Reguladora... cit., p. 160; ORNOSA FERNÁNDEZ, Mª.R., Derecho penal de menores... cit, p. 215; DE URBANO CASTRILLO, E / DE LA ROSA CORTINA, JM., La responsabilidad penal de los menores tras la reforma operada por las leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de diciembre, *Cuadernos de Política Criminal*, 2001, Núm. 75, p. 484; BERNÚZ BENEITEZ, M.J. “Justicia de menores española y nuevas tendencias penales: la regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil”. En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 7. Granada: Universidad, 2005, pp. 12:10.

cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, a tendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor”. Si se tiene en cuenta que para los delitos señalados (Arts. 571 a 580) es posible imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de hasta 10 años, la medida accesoria que aparece como de obligada imposición para estos delitos de inhabilitación absoluta podrá llegar hasta la escandalosa cifra de los 25 años, que sumados a los 16-18 años del joven infractor, supone la segregación social del sujeto hasta bien cumplidos los cuarenta años de edad.

Se trata de una medida que tiene exclusivamente un carácter retributivo, de defensa social y que impide cualquier paradigma de finalidad socio-educativa en sí misma, con idénticos efectos a la pena homónima prevista en el Art.39. a) del CP para las infracciones cometidas por los adultos. Supone una auténtica inocuidad del menor delincuente que lo aparta de la sociedad, obviando completamente el repetido “interés superior del menor” que presuntamente rige en todo el articulado de la L ORPM, identificándola con la vertiente más preventiva general negativa del derecho penal de adultos y que bien podría catalogarse como firme expresión del llamado derecho penal del enemigo. Es más, para un joven entre dieciséis y dieciocho años, edad en la que el menor ya puede incorporarse al mercado laboral, impedirle cualquier tipo de acceso a empleo o función pública por un tiempo que irá necesariamente mucho más allá de la mayoría de edad, lo que supone necesariamente es alejarlo definitivamente del sistema social, abocándolo a la continuidad en la organización criminal. La función excluyente de la actividad pública tiene una nula función socioeducativa y en ella nada aporta el consagrado principio del interés superior del menor, justificada exclusivamente por dudosas razones de defensa social, muestra de la constante expansión también en la normativa penal juvenil de un modelo político-criminal basado exclusivamente en la seguridad ciudadana.

Pero el alcance de la cuestión no queda en lo apuntado, su aparición dentro de la legislación “antiterrorista”, podría conceptualarla como parte de la legislación de excepción para este tipo de delincuencia. El problema brota cuando la medida se incluye en el catálogo de medidas aplicables al menor infractor en un texto legislativo “común”, dando lugar al planteamiento de la cuestión acerca de si la misma sólo podrá imponerse a menores infractores relacionados con actividades terroristas, como parece deducirse del

Art. 10.3 LPM, o bien, si por incluirse en el elenco general de medidas aplicables del Art. 7.1 de la normativa, podría aplicarse a cualquier infracción, si así lo considera conveniente el Juez de menores. Parece que, por el carácter de la medida, solo debería ser aplicable en el caso expresamente dispuesto del mencionado Art. 10.3, si bien en el argumento puede resultar cuestión de debate.

2.3 OTRAS MEDIDAS.

a) Prestaciones en beneficio de la comunidad.

La medida de Prestaciones en beneficio de la comunidad, en la redacción dada por la LO 8/2006, parece recogida en el Apto. k) del Art. 7.1 LORPM, con la siguiente redacción: *“La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad”*²⁹¹.

El desarrollo de la medida de Prestaciones en beneficio de la comunidad aparece recogido en el Art. 20 del Reglamento con el siguiente contenido:

1. *“La Entidad pública es la responsable de proporcionar las actividades de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad, para la ejecución de la medida, sin perjuicio de los convenios o acuerdos de colaboración que al efecto haya suscrito con otras entidades públicas, o privadas sin ánimo de lucro.*
2. *Las actividades a las que hace referencia el apartado anterior reunirán las condiciones siguientes:*
 - a. *Han de tener un interés social o realizarse en beneficio de personas en situación de precariedad.*
 - b. *Estarán relacionadas, preferentemente, con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor”*²⁹².

²⁹¹ En su redacción original, el texto continuaba con la siguiente redacción: *“Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor”*.

²⁹² Disposición que debe quedar algo desvirtuada en virtud de la reforma operada por LO en cuanto a los hechos cometidos por el menor. No obstante, al respecto, la Fiscalía General, aun cuando consideraba necesaria esa reforma para 8/2006, de 4 de diciembre, eliminando del texto legislativo la referencia a que las actividades estén relacionadas con el bien jurídico lesionado por los hechos poder hacer efectiva la medida, en su Circular 1/2007, señala que la Fiscalía General, aun partiendo de que no es obligatorio que la

- c. *No podrán atentar a la dignidad del menor.*
 - d. *No estarán supeditadas a la consecución de intereses económicos.*
3. *Las prestaciones del menor no serán retribuidas, pero podrá ser indemnizado por la entidad a beneficio de la cual se haga la prestación por los gastos de transporte y en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste dicha entidad o sean asumidos por la Entidad pública.*
 4. *Durante la prestación de la actividad, el menor que tenga la edad legal requerida gozará de la misma protección prevista en materia de seguridad social para los sometidos a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad por la legislación penitenciaria y estará protegido por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales. Al menor que no tenga dicha edad, la entidad pública le garantizará una cobertura suficiente por los accidentes que pudiera padecer durante el desempleo de la prestación y una protección que en ningún caso será inferior a la regulada por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales.*
 5. *Cada jornada de prestaciones no podrá exceder de cuatro horas diarias si el menor no alcanza los 16 años, ni de ocho horas si es mayor de dicha edad.*
 6. *La determinación de la duración de las jornadas, el plazo de tiempo en el que deberán cumplirse y la ejecución de esta medida estará regida por el principio de flexibilidad a fin de hacerla compatible, en la medida de lo posible, con las actividades diarias del menor. En ningún caso la realización de las prestaciones*

naturaleza de la prestación esté relacionada con el bien jurídico lesionado, indica a los Fiscales que “ en la medida en que lo permitan los recursos disponibles, promoverán como regla general que las prestaciones continúen teniendo preferentemente conexión con el bien jurídico lesionado, para de esa forma fomentar durante la ejecución el proceso reflexivo del menor”.

Al respecto, señalan lo siguiente: “ ciertamente, si por ejemplo un menor autor de un delito contra la seguridad en el tráfico presta servicios a tetrapléjicos comprenderá perfectamente las consecuencias a las que puede llevar una mala conducción; o si comete una infracción de daños por pintadas en las paredes y sus servicios consisten en pintarlas apreciará con su trabajo el daño producido con su actuación o si asiste a los extranjeros que vienen en pateras en caso de comisión de un delito xenófobo, podrá conocer de primera mano las circunstancias de estos inmigrantes”, en CRUZ BLANCA, M^a.J., “ Sobre las medidas...”, cit., p. 180; también MORILLAS CU EVA, L. /CRUZ BLANCA, M^a.J., “ El menor delincuente...”, cit., p. 244; Igualmente, señala la conveniencia de esta medida LANDROVE DÍAZ, G., considerándola especialmente idónea para menores que cometan delitos patrimoniales, fundamentalmente daños, y suele abarcar actividades de limpieza en hospitales, establecimientos psiquiátricos o asilos, labores de reparación o mantenimiento de iglesias o escuelas, reparación de desperfectos en medios de transporte, mobiliario urbano, edificios públicos o propiedades particulares, labores de mantenimiento de bosques, jardines o parques, y otras análogas”, en *Introducción al Derecho Penal...* cit., p. 245.

podrá suponer la imposibilidad de la asistencia al centro docente si el menor se encuentra en el periodo de la enseñanza básica obligatoria.

7. *El profesional designado se entrevistara con el menor para conocer sus características personales, sus capacidades, sus obligaciones escolares o laborales y sus entorno social, personal y familiar, con la finalidad de determinar la actividad más adecuada. En esta entrevista le ofertara las distintas plazas existentes con la indicación expresa de su contenido y los horarios posibles de realización.*
8. *El programa individualizado de ejecución de la medida elaborado por el profesional deberá contener las actividades a realizar, su cometido, el beneficiario, el lugar de realización, la persona responsable de la actividad, el número de horas de cada jornada, el horario y el consentimiento expreso del menor a realizar dichas actividades en las condiciones establecidas.*
9. *Si el menor no aceptara las actividades propuestas o sus condiciones de realización y no hubiera otras actividades disponibles adecuadas a sus aptitudes personales o no se pudieran variar las condiciones, el profesional designado lo pondrá en conocimiento inmediato del Juez de menores a los efectos oportunos”.*

La medida de Prestaciones en beneficio de la comunidad tiene la función de hacer comprender al menor, durante su realización, que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta²⁹³.

Tal y como ocurre con la pena homóloga a la medida de Prestaciones en beneficio de la comunidad, es decir los Trabajos en beneficio de la comunidad del Art. 49 del Código, su aplicación requiere el consentimiento del menor. Al respecto, aún cuando su denominación difiere en el vocablo “prestaciones y trabajos”, el contenido es similar, atendiendo a las peculiaridades propias de la edad de los sujetos a los que ambos son indicados, por lo que su imposición coactiva sería contraria a lo dispuesto en el Art. 25.2 de la Constitución, cuando prohíbe los trabajos forzados²⁹⁴. De tal forma que, tal y como dispone el Apto.9 del Art.20 del Reglamento, si el menor “no aceptara las actividades

²⁹³ Exposición de Motivos de la LORPM.

²⁹⁴ Así, lo indica expresamente la Exposición de Motivos de la LORPM.

propuestas a sus adecuadas aptitudes personales o no se pudieran variar las condiciones, el profesional designado lo pondrá en conocimiento inmediato del Juez de menores a los efectos oportunos”.

b) Realización de Tareas socio-educativas.

La medida de realización Tareas socio-educativas aparece recogida en el Apto. 1) del Art. 7.1 LORPM, con la siguiente redacción:

“La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social”.

A su vez, la medida viene desarrollada en el Art. 21.1 del Reglamento, del siguiente modo:

“El profesional designado, después de entrevistarse con el menor para conocer sus características personales, su situación y sus necesidades, elaborará el programa individualizado de ejecución de la medida en el que expondrá las tareas específicas de carácter formativo, cultural y educativo que debe realizar el menor, encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social, el lugar donde se realizaran y el honorario de realización, que deberá ser compatible con el de la actividad escolar si el menor se encuentra en el periodo de la enseñanza básica obligatoria, y en la medida de lo posible, con su actividad laboral”.

La medida se consumará en un ambiente de libertad del menor, para ello sin vigilancia ni internamiento, dirigida a desarrollar la competencia social del menor, sin alterar su actividad escolar o su actividad laboral, dependiendo del caso²⁹⁵. Así la medida “pretende satisfacer necesidades concretas del menor percibidas como limitadoras de su desarrollo integral”²⁹⁶.

²⁹⁵ Sobre su contenido, duración, destinatarios y propuesta de configuración. CRUZ MÁRQUEZ, B. *La medida de internamiento y sus alternativas...* cit, pp. 140 ss.

²⁹⁶ Exposición de Motivos de la LORPM, donde se señalan, a modo de ejemplo algunas actividades: “asistir a un taller ocupacional, a una aula de educación compensatoria o un curso de preparación para el empleo; participar en actividades programadas de animación sociocultural; asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etc CORTINA, J.M., *La responsabilidad...*, cit, p. 59.”

c) Amonestación,

La medida de Amonestación aparece recogida en el Apto. m) del Art. 7.1 LORPM, constituyendo la medida más leve del amplio catálogo allí recogida, señalando que esta medida consiste en:

“ la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro”.

La medida constituye el eslabón menos invasivo en la esfera del menor infractor, y puede ser de gran eficacia y validez en aquellos casos en los que el menor no necesita resocialización y no es reincidente²⁹⁷, no siendo adecuada para infractores habituales, por lo que, aunque existe cierto acuerdo en considerarla como la medida más leve del catálogo recogido en el Art. 7.1 LORPM, el Texto legislativo sin embargo erróneamente no le reserva el último lugar de la escala a pesar de iniciarse con la referencia a la ordenación “según la restricción de derechos que supone²⁹⁸. Por otra parte, la Amonestación, para ser eficaz, tiene que alcanzar la finalidad prevista por la ley, es decir, hacer comprender al menor la gravedad y peligro de los hechos cometidos y de las circunstancias e incidentes que los mismos han tenido o pudieran haber tenido, por lo que no puede quedar en un simple reproche de los hechos y sus consecuencias²⁹⁹.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES.

3.1 Concepto.

Por medidas cautelares se entienden que son las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictiva, como consecuencia por un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y por otra de

²⁹⁷ “Las medidas (Título Segundo, preceptos 7, 13, 14 y 15)”. *Manuales de formación continuada*, Nº. 9, 2000 (Ejemplar dedicado a: Justicia de menores: una justicia mayor: comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores). Madrid: CPJ, p. 92.

²⁹⁸ Expresamente en este sentido, ABEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo...”, cit p. 147.

²⁹⁹ Al respecto se ha señalado acertadamente que “El modo de realización es importante de biendo emplear el Juez términos claros y sencillos para que sean debidamente comprendidos por el menor. No se debe utilizar un modo excesivamente crítico pero tampoco tolerante ni paternalista evitando en todo caso atentar contra la dignidad del menor”, en CRUZ BLANCA, M^a.J., “sobre las medidas...”, cit, p.183; también en: MORILLAS CUEVA, L/CRUZ BLANCA, M^a.J., “El menor delincuente...”, cit, p. 247.

la probabilidad fundada de su ocultación personal o patrimonial, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición³⁰⁰.

Las medidas cautelares en el proceso penal (al igual que en el proceso civil), se justifican para preservar los efectos de las dilaciones que provoca la fase declarativa del proceso. Durante este período de tiempo, que acontece desde que el proceso se inicia hasta la fecha que concluye, el imputado puede sustraerse a la actividad de la justicia, ocultar o inutilizar los efectos relacionados con el delito, o provocarse una situación de insolvencia que impida reparar, en su día, al perjudicado. Para garantizar estos efectos o la futura y probable ejecución de la parte dispositiva de la sentencia surge la conveniencia de adoptar, hasta que adquiera firmeza, las medidas de carácter cautelar³⁰¹.

3.2 La detención como disposición cautelar.

La detención es una medida cautelar de naturaleza personal y de carácter provisional, que puede adoptar la autoridad judicial la policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, bien de ponerlo a disposición de la autoridad judicial, bien, si se encuentra en dicha situación de resolver sobre la misma restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos interina.

En el modelo de derecho penal juvenil, la detención de menores está presidida por las siguientes notas de naturaleza esencial: a) la detención del menor se utilizará tan sólo como último recurso y durante el período de tiempo más breve posible; b) el menor detenido ha de ser tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, teniendo en consideración las necesidades propias de su edad; c) el menor privado de libertad tiene derecho al asesoramiento jurídico, a la asistencia social, psicológica y médica que requiera, a impugnar la legalidad de su privación de libertad ante un tribunal competente y a una pronta resolución sobre dicha pretensión³⁰².

³⁰⁰ GIMÉNO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2004, p. 481.

³⁰¹ ORTELLS RAMOS, M. *Derecho procesal civil*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, pp. 913 y 914.

³⁰² Modelo de Derecho penal juvenil propuesto por las Naciones Unidas, e specialmente en la Convención de derechos del niño [(Art. 27. b), c) y d)] y en las reglas mínimas para la protección de menores privados de libertad (reglas 14, 17 y 18).

El Art. 17.1 de la LORPM dispone que “las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor (...) estarán obligados a informarle en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata de los hechos que se les imputan de las razones de su detención y de los derechos que le asisten...”.

Por imperativo constitucional, en el Art. 17.3, se le habrá de informar al detenido “de las razones de su detención”, las cuales aparecen concretadas en el Art. 520.2 LECrim; así como en el Art. 17.1 de la ley: “los hechos que se le imputan y las razones motivadas de su privación de libertad”. Por “hechos que se le imputan entendemos hechos punibles”, por lo que la policía ha de realizar una mínima calificación del hecho e ilustración de la norma penal infligida, sin que dicha calificación pueda imputar de modo alguno al órgano jurisdiccional. Equivalentemente, el Art. 17.1, exige también que el menor sea informado del conjunto de derechos y garantías que se asocian con carácter general al derecho de defensa de toda persona detenida y que sean enumerados en el Art. 520.2 LECrim.: derecho a guardar silencio, no de clarando sino quiete, al no de clarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a designar abogado de su elección o a reclamar la intervención de uno del turno de oficio, así de que le asistan en las diligencias policiales y judiciales de declaración y que intervengan en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto, así como a ser reconocido por el médico forense. Junto a estos derechos expresamente reconocidos en el mencionado artículo de la LECrim., la LORPM contiene determinadas singularidades con las que se intentan paliar el efecto negativo que la detención puede causar en el proceso formativo del menor.

La primera de estas particularidades estriba en la obligación legal que incumbe a la policía de “notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal”, con lo que se introduce una innovación con respecto a lo dispuesto en la LECrim., que tan solo exige la presencia preceptiva del Fiscal cuando no fue hallados los que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda de hecho del menor; así la 5/2000 requiere que todas las detenciones policiales de un menor de edad implicado en la comisión de un hecho delictivo sean notificadas de inmediato al Ministerio Público, al que se le atribuye la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, y los primeros de estos derechos es no soportar una privación de libertad injustificada o improcedente.

Por lo tanto, esta notificación no puede quedarse en un acto meramente formal o ritual que se limite a comunicar al Fiscal la existencia de la detención de un menor, siendo necesario que la policía facilite a la Fiscalía los datos que permitan conocer y valorar la pertinencia de la medida acordada, ya que, en ese mismo momento si el Fiscal, atendiendo a la naturaleza, gravedad de los hechos y circunstancias personales del menor considerase procedente un ulterior de sistimiento, habrá de proceder a la inmediata libertad del detenido³⁰³.

Otra singularidad propia de esta normativa, viene determinada por la declaración del menor detenido, que se llevará a cabo no sólo en presencia de su letrado o del MF sino también de los que ejerzan la patria potestad la tutela o guarda del menor tanto de hecho como de derecho, salvo que en este último caso las circunstancias aconsejaran lo contrario. En defecto de representantes, bien por razón de su ausencia, bien por el hecho de hallarse desaconsejada su presencia, la declaración habrá de practicarse en presencia del Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente.

En relación con este último inciso al igual que a firma LASTRA DE INÉS³⁰⁴, opinamos que siendo el Fiscal e Instructor de le expediente, parece absurdo que comparezca en una dependencia policial otro fiscal para asistir a un menor detenido, es decir, que un Fiscal asista a un menor mientras que otro lo explora, tratándose de una institución que se rige por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

Con el fin de evitar o al menos en reducir la dimensión traumática de la detención de los menores, la ley de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño (Art. 37.c) y de las Reglas de Beijing (Regla 13.4 y 5) establece que, “mientras dure la detención, los menores de edad deben hallarse custodiados en dependencias separadas de las que utilicen para los mayores de edad y recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo, características individuales”.

³⁰³ LÓPEZ LÓPEZ, A.M. “Tratamiento judicial de los menores de edad penal. Comentarios prácticos de la LO 5/2000”. *Diarios la Ley*. Núm. 5366, 2001.

³⁰⁴ LASTRA DE INÉS, A. “L a fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales”. En: *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. VI. Madrid: Ministerio de Justicia, 2001.

A partir de la reforma operada con la 8/2006 se reconoce al menor detenido el derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado, con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.

En cuanto a la duración de la detención preventiva, dispone el Art. 17.4 LORPM que “la detención de un menor por funcionarios de la policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de l Ministerio Público.

Así pues, de conformidad, con la naturaleza “provisionalísima” de la detención, la correspondiente ley establece una doble técnica para delimitar la detención preventiva en su aspecto temporal.

En primer lugar, adoptando un criterio puramente cualitativo, estableciendo que la detención de un menor no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Por consiguiente, practicadas tales diligencias de carácter de urgente, la autoridad judicial ha de poner en libertad o a disposición de l Fiscal al detenido, sin que la LPM otorgue derecho alguno a la policía a dilatar más allá la detención.

En segundo lugar, y con independencia de que no hayan podido concluir las diligencias se establece un límite cuantitativo absoluto, en virtud del cual la detención policial no podrá nunca durar más de veinticuatro horas. Cuando el menor detenido sea puesto a disposición del MF, éste habrá de resolver dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento de la incoación del expediente, o sobre la incoación de l expediente, poniendo a a que la disposición del Juez de menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares.

3.3 Medidas cautelares para la custodia y defensa del menor o protección a la víctima.

Junto a la detención, las medidas cautelares de carácter personal que se pueden adoptar durante la tramitación del proceso penal de menores son las denominadas “medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expeditado o para la debida protección de la víctima” recogidas en el Art. 28 LORPM: Internamiento en centro, en el régimen adecuado, Libertad vigilada, Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez (medida introducida por la LO 8/2006) o Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

En la adopción de estas medidas, como regla general los presupuestos preceptivos de un lado, la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y, de otro, que aparezcan indicios racionales para creer responsable criminalmente del delito al menor contra quien se haya de dictar algunas de las medidas enuncias con anterioridad³⁰⁵. Junto al peligro de fuga el Art. 28.1 incorpora tras la reforma efectuada por la ley 8/2006, el riesgo de obstrucción de la acción de la justicia y de reiteración delictiva como fines que constitucionalmente legitima la adopción de tales medidas.

El legislador modula el significado inicial de la medida de internamiento y subordina su validez “a las circunstancias personales y sociales de l menor”, lo que impone al Juez de menores una reforzada motivación, que habrá de extenderse a justificar la concurrencia no sólo de los presupuestos procesales sino también de la idea rectora que inspira el proceso penal de menores, esto es, el superior interés de l menor. E llo no obstante, no resulta nada fácil que una medida de internamiento en centro cerrado que

³⁰⁵ En relación a los anteriores presupuestos típicos de las medidas cautelares, la LORPM en relación con la medida cautelar de internamiento acogía algunos presupuestos “extracautelares”, como lo eran las “repercusión y alarma social producida”, que adulteraban y distorsionaban su verdadera naturaleza procesal, pues de modo alguno, tenía como fin asegurar la tramitación del proceso ni garantizaban la comparecencia del menor en la audiencia “juicio oral” sino que venían a cumplimentar funciones claramente atribuibles a las propias penas o a las medidas de seguridad.

La LO 8/2006, ha ciéndose e co de l a S TC 47/ 2000, de 17 de febrero, que había declarado la inconstitucionalidad de los Arts. 503 y 504 LECrim (preceptos que, sin determinar los fines constitucionales de la protección constitucional permitían su adopción no razonada a tendiendo exclusivamente a la gravedad del hecho o a estándares tales como la alarma social), ha reformado lo dispuesto en la redacción originaria del Art. 28.2, suprimiendo la referencia que dicho precepto hacía a la repercusión y la alarma social como presupuestos que permitían la adopción de la medida cautelar de internamiento.

puede tener una duración hasta de nueve meses (Art. 28.3) pueda estar exigida por el interés del menor.

Como señala ORNOSA FERNÁNDEZ³⁰⁶, si el menor se encuentra en una situación personal de riesgo, derivada de causas que enlazan con un posible desamparo, tales como problemas de salud mental, adicción a determinadas sustancias o malas relaciones familiares, lo que debería instarse por el Fiscal, sería la adopción inmediata de una medida de protección, sin que pueda utilizarse la vía del internamiento provisional excepcional y de carácter penal, para solucionar los problemas del menor que pueden ser resueltos en otras instancias, máxime si se tiene en cuenta que la gravedad de los hechos cometidos no justifican por sí solos la adopción de la medida cautelar. Hay un presupuesto de aplicación temporal, el cual se determina en la solicitud de la medida cautelar por el Fiscal, en cualquier momento, por lo que no sólo se producirá cuando el menor ha sido previamente detenido y puesto a su disposición en veinticuatro horas, sino también cuando por causas sobrevenidas durante la substanciación de las actuaciones se justifique su necesidad.

Es preciso que tengamos en cuenta que la solicitud de la adopción de una medida de esta tipología puede efectuarse también, después de la reforma del Art. 25 LPM, por el acusador particular, bien al personarse, bien a lo largo del procedimiento, y, en todo caso, si está personado, debe ser oído en la comparecencia que se celebre al efecto.

La reforma de la 8/2006, en el Art. 28.1 prevé a hora expresamente que quien ejerza la acción penal puede solicitar la adopción de una medida cautelar. Lo específico de la nueva regulación es que según queda redactado el Art. 28.1, el acusador particular no puede solicitar la medida cautelar directamente al Juez sino que tiene que hacerlo a través del MF, el cual, a su vez, la solicitará al Juez de menores.

No aclara el precepto si el Fiscal está obligado, en todo caso, a pedir la medida cautelar al Juez o puede discrepar y no solicitarla a pesar de que se lo pida el acusador. De nuevo la falta de recurso frente a las decisiones del Fiscal dejaría al acusador sin posibilidad de combatirlo.

Sin embargo, el legislador en aparente contradicción en el Apdo. 2º del Art. 28.2 cuando se refiere a las medidas cautelares de internamiento, expresa que “el Juez de menores resolverá a instancia del Ministerio Público o de la Acusación particular...” lo

³⁰⁶

ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. *Derecho penal de menores*. Barcelona: Box, 2005.

que se permite entender que en el caso de este grupo de medidas se pueden pedir directamente al Juez por el acusador particular³⁰⁷. Dado que la medida de internamiento es la más restrictiva y grave, dentro de la escala de medidas del Art. 7, parece lógico que si se permite lo más deba permitirse lo menos y que la acusación particular pueda con carácter general solicitar todo tipo de medidas cautelares de forma directa al Juez y no a través del Fiscal. Tal y como señala el Art. 3 Cc, las leyes deben interpretarse según su contexto y no habría que olvidar que el Art. 25, que regula la acusación particular, establece en su Apto. b) como una de sus facultades la de solicitar la imposición de medidas y allí nada se dice de que las cautelares, que no sean el internamiento, tengan que pedirse a través del Fiscal. Una interpretación contraria a ello impediría a la víctima solicitar de forma directa una medida como la del alejamiento que precisamente ha sido introducida por el legislador dentro del catálogo de disposiciones que tratan de protegerla.

Una vez efectuada la solicitud, el Juez deberá convocar a las partes a una comparecencia para la cual no existe plazo en el Art. 28.2. Esta ausencia de plazo legal plantea la seria duda de sí, una vez que el menor ha sido puesto a disposición del Juez, existe un plazo de 72 horas para decidir sobre su situación personal, tal como concede la LECrim., o bien el plazo de 72 horas que impone el Art. 17 CE está contando ya desde el mismo momento de la detención del menor y al Juez de menores sólo le resta para decidir sobre esa situación personal el tiempo que queda hasta que venza dicho plazo que será un mínimo de veinticuatro horas, dado que la policía y el fiscal han podido agotar las 48 horas que el Art. 17.4 y 5 de la LORPM les concede para decidir a su vez, sobre la situación del menor.

Pensamos que ésta es la situación más correcta y a que la LECrim., regula un supuesto procesal distinto por cuanto los mayores de edad penal son puestos a disposición del Juez de instrucción de forma directa al contrario que en el caso de los menores que son puestos por la policía en primer lugar a disposición del –fiscal, con lo que si se entendiese que a su vez el Juez de menores tiene 72 horas para decidir sobre la situación personal del menor nos encontraríamos con un plazo de detención que excedería con mucho de las 72 horas totales que regula el Art. 17 CE, ya que no hay que olvidar que el menor cuando es puesto a disposición del Juez puede llevar ya 48 horas detenido y tal

³⁰⁷ Esa fue, desde luego, la voluntad del legislador ya que en los trabajos parlamentarios se observa que en el debate en el Pleno del Congreso de 22 de junio de 2006 la diputada Sra. Uría Echevarría del grupo parlamentario Vasco al defender sus enmiendas al proyecto de leyes se refiere a que no le gusta esta posibilidad de que el acusador pida la medida de internamiento de forma directa pero se resigna porque dice que en todo caso el Juez podrá o no concederla.

como ha establecido la STC, Sala 1ª, 24/1998 el plazo de 72 horas de privación de libertad previsto en el mencionado precepto constitucional, que actúa como límite absoluto. De ahí que, una vez más, en la duda siempre haya que acudir a la interpretación que más beneficia al menor, aunque de forma sorprendente la Circular 1/2000 de la FGE, de criterios de aplicación de la LORPM, sostiene que el Juez de menores tiene un plazo de 72 horas para señalar la comparecencia prevista en este precepto por aplicación del Art. 497 de la LECrim, que, está redactado para un supuesto diferente, teniendo en cuenta también que el Art. 520 bis LECrim, establece unos plazos ampliados para el caso de la detención de personas acusadas de los delitos a que se refiere el Art. 384 bis, que son los delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes.

En esos supuestos puede surgir, la duda de qué plazo sería el de aplicación y si cabe esa excepción a la regla general. El Art. 17.4 LORPM parece establecer una excepción a la regla general de los plazos previstos en el caso de la detención de las personas al determinar la aplicación del Art. 520 bis LECrim “en su caso”, aunque entendemos que la solución más correcta hubiese sido no establecer criterios distintos, cualquiera que sea el delito cometido, dadas las especialidades de esta Jurisdicción. Existe la posibilidad de que las partes puedan solicitar la práctica de alguna diligencia de prueba, que según el Art. 28.2 debe practicarse en el acto o en el plazo de 24 horas.

En todo caso, dicha comparecencia debe celebrarse lo antes posible en el supuesto de la detención previa del menor, ya que debe tenerse presente que el menor, cuando es puesto por el MF a disposición del Juez puede llevar ya 48 horas detenido y que el plazo de veinticuatro horas que le resta al Juez para decidir debe considerarse como el máximo posible y que no es necesario, ni mucho menos agotarlo ya que debe tenderse a efectuar cuanto antes las actuaciones necesarias para adoptar una decisión respecto del menor privado de libertad.

-El presupuesto de aplicación formal: es la LECrim la que regula en los Arts. 502 a 519 los presupuestos para la adopción de la prisión provisional. En la ley de menores, es necesaria una previa solicitud del Fiscal, que debe haber incoado con anterioridad un Expediente al menor, según se desprende del Art. 17.5 LORPM el cual presupone la previa incoación de expediente para poner al menor a disposición del Juez e instar las

medidas cautelares, extremo que corrobora el Art. 28.1 al referirse en su Apto. 1 al “menor expedientado”.

Dicha solicitud también podrá ser efectuada por el acusador particular personado en el expediente. Igualmente, deberá ser citado para ser oído el perjudicado personado que podrá, incluso, y de acuerdo con lo previsto en el Art. 25 proponer una medida cautelar para el joven infractor. A continuación el Juez deberá abrir una pieza separada conforme al Art. 28.4, en la que se documentará todo lo relativo a la medida cautelar, lo cual también se sistematiza y reglamenta en el Art. 519 LECrim y acto seguido, debe citar a las partes a una comparecencia, según establece el Art. 28.2 que será suplido, en lo que no esté regulado de forma expresa, por el Art. 504 bis) 2 de la LECrim que se refiere a la celebración de una audiencia previa para los adultos en el caso de que se inste la prisión preventiva.

Así, deberán ser citados: el Fiscal, el letrado del menor, que si está detenido será el mismo que le ha asistido en los trámites anteriores, un representante del Equipo técnico y, un representante de la Entidad pública de protección y/o reforma de menores. Además, deberán ser citadas las partes personadas. Todos los citados, informarán sobre la medida cautelar solicitada y los representantes del Equipo técnico y Entidad pública realizarán un breve informe sobre las circunstancias personales y sociales del menor, ya que deben ser tenidas en cuenta si la medida cautelar solicitada es la de internamiento, aunque para adoptar las otras medidas previstas, es evidente que será necesario también atender a esas circunstancias que sólo pueden ser constatadas a través de los informes.

3.4 Medidas cautelares exentas de responsabilidad.

El Art. 29 dispone que: “si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra clase de las circunstancias previstas en los Aptos. 1º, 2º, o 3º del Art.20 del Código penalista vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta ley conforme a lo que establecen sus Arts. 5.2 y 9, y de solicitar, por los tramites de la misma, en su caso,

alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta ley”.

Así, la posibilidad de aplicar a menores que se encuentran en una de las circunstancias eximentes de los números 1º, 2º, o 3º del Art. 20 del CP una de las medidas terapéuticas previstas en el Art. 7. d) y e) de la LPM es criticable. No es posible que a una persona que está exenta de responsabilidad criminal se le aplique una de las medidas previstas en la ley por mucha finalidad terapéutica que tenga, puesto que, como es razonable, las medidas previstas para los menores nada tiene que ver con las medidas de seguridad reguladas por el Código penalista, ya que éstas se sustentan sobre un pronóstico de peligrosidad futura, tal como se desprende del Art. 6 del mismo, muy alejado de las bases de la aplicación de las medidas en el proceso penal de menores.

La exención de responsabilidad debe ser lo a todos los efectos máxime si se tiene en cuenta que existen en la legislación de protección de menores, tanto estatal como autonómica, en el CC y en la LEC, una serie de disposiciones que prevén la protección de menores y que pueden ser aplicables a este supuesto concreto, sin necesidad de acudir a una solución tan contraria a los principios de legalidad, seguridad jurídica, igualdad e, incluso, a los del interés superior del menor y mínima intervención.

Sin embargo, el legislador es insistente y aunque en los Arts. 5.2 y 9 y a regula el tema, en este precepto vuelve sobre ello respecto a las medidas cautelares y a pesar de que en un principio parece reconocer que si un menor se encuentra dentro de una de las causas de exención de la responsabilidad, antes de escritas, el Fiscal deberá instar las medidas cautelares de protección previstas en la normativa civil, lo cual tendría que ser suficiente, al final vuelve a insistir en que el Fiscal a pesar de haber apreciado que concurre una de estas causas de exoneración de la responsabilidad penal puede continuar con la instrucción adelante, concluirla y efectuar alegaciones en las que se solicite la adopción de alguna medida terapéutica respecto al menor.

Desde un punto de vista jurídico parece un tanto chocante que en el escrito de alegaciones se pueda determinar la responsabilidad penal de un menor, exento de ella, aunque sea con la finalidad benéfica de aplicarle una medida terapéutica, lo cual recuerda mucho a lo previsto en la anterior legislación tutelar en la que todas las transgresiones

jurídicas se justificaban en atención a que se estaba ayudando al menor. Con la aplicación de este precepto los principios de seguridad jurídica y de legalidad se veían seriamente dañados, así como el de igualdad, ya que los adultos en semejantes casos tiene derecho a la exclusión de débito y en este punto, cabe considerar que se está infringiendo el principio de proporcionalidad, ya que un adulto nunca podría haber sido de clarado responsable penalmente y el menor sí lo va a ser a efectos de aplicarle una medida por muy terapéutica que sea.

Desde la configuración del interés del menor, no puede sostenerse que le beneficie la continuación de procedimiento penal hasta el final, incluida la celebración de audiencia, máxime si se tiene en cuenta que se encuentra en una de las situaciones de problemas de salud mental, intoxicaciones o adicciones y se ha podido y debido adoptar respecto de él alguna medida protectora, que es lo que de verdad necesita. Es evidente que el interés del menor pasaría en estos casos por no perturbarle más y dejar actuar a las instancias competentes para ello, así como por aplicar el principio de intervención mínima regulado en el Art. 40.3.b) de la Convención de los Derechos del Niño.

Desde el punto de vista práctico esta posibilidad va a suponer una injerencia en las medidas que en su caso, han podido ser adoptadas en el ámbito civil con carácter cautelar o definitivo y puede originar no pocas contradicciones, sin que esté claro cuál de las dos jurisdicciones, la civil o la penal, va a tener una competencia prioritaria.

La ley 1/1996, de 15 de enero, establece en el Apto.2º de la Exposición de Motivos que en el caso del internamiento del menor en un centro psiquiátrico y “... con el objeto de que se realice con las máximas garantías por tratarse de un menor de edad, se somete a autorización judicial previa y a las reglas del Art. 211 de l Cc, con informe preceptivo del Ministerio Público...”, con lo que esta posibilidad está expresamente prevista de forma específica, aunque debe tenerse en cuenta que el precepto 211 Cc ha sido derogado por la LEC y que el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico se regula ahora en el Art. 763 LEC, y, con carácter general, está regulada la posibilidad de adoptar de inmediato cualquier medida protectora en las situaciones de riesgo y dificultad social por parte de entidades públicas (Arts. 14 y 17 de la ley 1/1996). En este último supuesto, si surgen reclamaciones frente a las decisiones de dichas entes públicos se aplicarán las normas de competencia jurisdiccional.

CAPÍTULO VIII.

CRITERIOS LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS Y MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.

1. MODOS EN EL SISTEMA GENERAL DE DETERMINACIÓN JUDICIAL.

La LPM, instaura en su Art. 7.2: el régimen de determinación de las medidas de internamiento, estableciendo que las mismas consistirán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este precepto, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los cánones 9 y 10. El Equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia.

Como regla general, por tanto, se prevé un sistema de determinación de las medidas de internamiento, en sus distintas modalidades (en régimen cerrado, semiabierto, abierto o terapéutico — en régimen cerrado, semiabierto o abierto —)³⁰⁸ en el que se deberán establecer dos períodos, determinando la ley que en el segundo período deberá cumplirse en régimen de libertad vigilada, debiendo determinar el Juez en la sentencia aquellas pautas de conducta específica de las recogidas en el período de la medida. Se trata de que el menor sometido a una medida de internamiento se adapte progresiva y gradualmente a la vida en libertad³⁰⁹. Al respecto, la LORPM, en este Art. 7.2 no establece a priori el tiempo de duración de cada uno de los períodos en que han de dividirse las medidas de internamiento, y que deberán ser determinados por el Juez de menores atendiendo al principio fundamental que inspira esta Ley del interés superior del menor. En cualquier caso debe advertirse que esta es la regla general que queda muy desdibujada especialmente tras la aprobación y entrada en vigor de la reforma legal,

³⁰⁸ Respecto a la obligatoriedad de un período en régimen de libertad vigilada, AGUIRRE ZAMORANO, P., señala que no se entiende porque se tiene que aplicar en la medida de internamiento en régimen abierto ni en la medida de internamiento en centro terapéutico pues en el primero el menor durante el día realiza todas las actividades en los servicios normalizados del entorno. En cuanto a la medida de Internamiento en centro terapéutico, por sus especiales características no necesitará el menor, en todos los casos una posterior libertad vigilada, Capítulo III. Las medidas (Título Segundo..., cit, p. 85.

³⁰⁹ Un período que ABEL SOUTO, M., llama de libertad condicional, en Las medidas del nuevo...cit, p. 154.

respecto de las reglas especiales de aplicación y ejecución de las medidas del Art. 10 LORPM.

Por su parte, el Art. 7.3 LORPM, establece un sistema flexible de adopción de las medidas aplicables al menor de edad mayor de once años infractor, señalando al respecto que: para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, la circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los Equipos técnicos y de las Entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el Art. 27 de la presente ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

El sistema previsto, en este Art. 7.3. LORPM, establecido como regla general, carece de la rigidez de la determinación de la pena establecida en el CP para los infractores adultos, en tanto que la flexibilidad que otorga al Juez en la determinación de la medida concreta aplicable a un determinado menor infractor, como regla general, “*hace posible dar una respuesta individualizada a cada menor según sus propias circunstancias psicosociales*”³¹⁰. Al respecto, los instrumentos que otorga la LORPM al Juez para individualizar a la medida aplicable y al caso concreto parten de una doble premisa: de un lado, “la prueba y la valoración jurídica de los hechos”, que habrá de hacerse conforme a los postulados generales recogidos en el CP y las normas procedimentales aplicables; y de otro lado, con especial incidencia en la determinación final de la medida aplicable, la edad del menor, sus circunstancias familiares y sociales y su personalidad, en definitiva, el llamado “interés superior del menor”, que no es otro que el de su educación e inserción en el tejido social³¹¹. En cualquier caso, atendiendo a este especial interés del menor el

³¹⁰ CRUZ BLANCA, M^a.J., *Sobre las medidas...* cit, p. 162.

³¹¹ Al respecto, en cuanto al endurecimiento de las medidas a imponer ante de terminados delitos cometidos por menores, tras la reforma de los Arts. 9 y 10 de la LORPM, operada por la LO 8/2006 de 4 de diciembre, debe considerarse peligroso y erróneo el razonamiento que hace el legislador en la Exposición de Motivos de este último Texto Legislativo cuando, para justificar el endurecimiento del régimen sancionador de la LORPM y su compatibilidad con el principio de flexibilidad en la determinación de la medida del Art. 7.3 LORPM, señala lo siguiente: “El interés superior del menor, que va a seguir primando en la ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del Juez,

Juez deberá motivar en su sentencia la determinación y el plazo de duración de la medida impuesta³¹².

Al margen de la propia consideración del “interés superior del menor” que debe regir como principio fundamental en toda decisión del Juez de menores, la flexibilidad que establece el Art. 7.3 de la propia normativa como regla general para la determinación de la medida a imponer, debe matizarse., de un lado, la referencia a la “valoración jurídica de hechos” habrá de interpretarse respecto de aquellos hechos que resulten acreditados tras el correspondiente procedimiento judicial llevado a cabo con las peculiaridades de la propia LORPM, en tanto que, de acuerdo al contenido del al Art. 8 el Juez de menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Público o por el Acusador particular, ni tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código penalista.

Ambas limitaciones, obliga a interpretar la flexibilidad del canon emitido por los Equipos técnicos correspondientes, en atención a la edad, circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, recomendase una intervención educativa o terapéutica de mayor duración.

La razón de ello, la encontramos sencillamente en la propia naturaleza de la medida, que aún con su carácter sancionador- educativo, no deja de ser una consecuencia jurídica más, junto a la pena y a la medida de seguridad prevista para los adultos infractores, derivada de la realización de un hecho tipificado como delito o falta en la ley penal.

Por otra parte, la virtualidad y la flexibilidad de la medida en atención “especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor” prevista en el Art. 7.3 LORPM queda desdibujada en los delitos más graves, atendiendo a lo dispuesto en el Art. 10.2 y 10.3 LORPM, con especial virulencia

en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y a favor de la optima individualización excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento o bedecede de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no solo superior, sino único y toda norma punitiva o correccional”.

³¹² En tanto que la necesidad de motivación intensifica su rol de garantía para que el arbitro no derive en arbitrariedad, DE URBANO CASTILLO, E/ DE LA ROSA CORTINA, J.M, La responsabilidad ... cit, p. 81.

en el inciso final del último apartado mencionado, cuando establece el llamado período de seguridad, impidiendo la aplicabilidad de las facultades de modificación, su suspensión o sustitución de la medida impuesta, hasta que haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida impuesta. De tal modo que sólo cabe concluir, afirmando que la flexibilidad en la determinación y aplicación de la medida atendiendo especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, del Art. 7.3, sólo surtirá efectos ante hechos delictivos de baja intensidad cometidos por el menor de edad mayor de catorce años.

Por otra parte, conviene que anotemos en este punto, aunque su desarrollo queda fuera de los límites de este trabajo, que el principio del interés superior del menor, que debería regir todo el articulado de la LPM, así como la flexibilidad que de mismo se deriva, aún compatibilizado (sobre todo en su límite máximo) con la propia entidad y objeto de la infracción cometida por el menor, que da completamente rotundo cuando la propia normativa penal de menores, tras la reforma operada por la ley 8/2006, ésta permite en su Art. 14 que el menor infractor al cumplir la mayoría de edad pueda cumplir la medida de internamiento en prisión, sometiendo su ejecución al régimen general penitenciario, es decir, a lo dispuesto en la LOGP y al Reglamento que la desarrolla, permitiendo la discutible conversión material de lo que se impone como una medida de la LORPM en una auténtica y genuina pena privativa de libertad del CP. En estos casos el interés superior del menor brilla claramente por su ausencia³¹³.

En otro orden de cosas, la redacción del Art. 7.3 LORPM, por tratar de llevar a esa flexibilización en atención al “interés superior del menor” a sus últimos extremos, podría llevar a algún error interpretativo inaceptable. Cuando en dicho precepto se hace referencia a la elección de la medida de modo flexible, se afirma que en ese proceso de determinación de la medida específica a imponer en el caso concreto el Juez de menores deberá atender “no sólo a la prueba y a la valoración jurídica”. Con esa redacción el legislador está utilizando una formación impropia de un texto legislativo de carácter punitivo, en tanto que pudiera interpretarse que (atendiendo prioritariamente a un supuesto “interés superior del menor”) la prueba de los hechos atribuidos en el proceso

³¹³ Al respecto, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., señala que “trasladar su cumplimiento a centros de adultos puede hacer inservible la medida para el cumplimiento de sus fines de reeducación del menor dada la falta de adecuación de dichos centros”. En: “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal* (versión digital), nº 33 de 2000, semana del 11 al 17 de septiembre de 2000.

penal de menores puede quedar relajada, pasando a un segundo plano, y eso no sólo no es inexacto, sino que una interpretación de ese carácter sería contraria al propio texto constitucional y al principio inexcusable de “presunción de inocencia”, e n t a n t o q u e (como ocurre en el proceso penal de adultos) los hechos son probados por la parte acusadora o simplemente jurídicamente existen³¹⁴, de forma que, de los hechos no probados no pueden derivarse consecuencia jurídico-penal alguna.

Distinta apreciación debe hacerse en referencia a la valoración jurídica que se le otorgue a los hechos que resulten probados en el proceso penal de menores, la cual (atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes) sí podrían ser objeto de valoración. Siendo, por tanto, esta valoración jurídica de los hechos declarados probados la que habrá que conjugar con el interés superior del menor en la que la determinación de la medida aplicable por el Juez de menores en el caso concreto.

Por su parte, el Art. 7.4 LORPM, incorporado al vigente y último texto legislativo, establece la posibilidad de imponer al menor una o varias medidas independientemente de que se trata de uno o varios hechos, si bien, impide la imposición de más de una medida de la misma clase en una única resolución. Al respecto dispone lo siguiente: “El Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta ley con independencia de que se trata de uno o más hechos, sujetándose si procede a lo dispuesto en el Art. 11 para el enjuiciamiento conjunto de varias infracciones; pero, en ningún caso, se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase, entendiéndose por tal cada una de las que se enumeran en el Apto.1 de este precepto”. La razón de este precepto, que constituye uno de los pocos elementos constructivos que brinda la reforma, no es otra que garantizar el cumplimiento de una única medida de la misma naturaleza por el menor, posibilitando de este modo la continuidad del plan de trabajos socioeducativo proyectado sobre el menor en la ejecución de la medida determinada por el Juez instructor, teniendo especial incidencia en los casos de refundición de medidas y de la concurrencia de infracciones reguladas en el Art. 11 LORPM³¹⁵. Al respecto, la justificación de la inclusión de este Art. 7.4 en la ley, puede

³¹⁴ URBANO CASTILLO, E / DE LA ROSA CORTINA, J.M, parecen posicionarse a favor del cumplimiento en el centro penitenciario de la medida de internamiento en régimen cerrado, atendiendo a que la referencia a excepcionalmente permite su permanencia en el centro de menores mientras la medida cumple los objetivos socializadores e específicos de la su jurisdicción de menores. En: *La responsabilidad...*cit, p. 108.

³¹⁵ En este sentido, AGUIRRE ZAMORANO, Capítulo III. Las medidas (Título Segundo...cit, p. 93. Respecto a la concurrencia de infracciones penales y el respeto al interés superior del menor, *ibid*,

encontrarse en la Exposición de Motivos de dicha normativa, dentro de las medidas tendientes a revisar “*el régimen de imposición, refundición y ejecución de las medidas, otorgándose al Juez amplias facultades para individualizar la o las medidas que deba cumplir el menor infractor*”.

2. EXCELENCIA DEL SIGNIFICADO INTERÉS DEL MENOR.

La importancia de la referencia al interés del menor viene dada por el específico criterio fundamentado de la medida. Dicho interés es un término multívoco³¹⁶ en función del ámbito donde se invoque³¹⁷. En el ámbito de la determinación de la medida tiene que ver con las siguientes ideas³¹⁸:

- a) La medida debe tener básicamente una finalidad educativa y de prevención especial positiva³¹⁹.
- b) Para conseguir los fines preventivo-especiales de esta ley el menor no debe sufrir una restricción excesiva o innecesaria (desproporcionada) de sus derechos. La prioridad del medio de reacción que implique la intervención menos intensa en los derechos y las libertades del menor debe constituir un

Ampliamente, SUÁREZ LÓPEZ, J.M, “La Proyección del principio del interés del superior del menor en la regulación del concurso de infracciones”. En: MORILLAS CUEVA, L/ NAQUIRA RIVEROS, J., *Derecho penal de Menores y Adolescentes. Una visión dual desde Chile y España*. Madrid, 2009, pp. 253 y ss.

³¹⁶ Sobre el interés del menor como concepto indeterminado ALTAVALLA AVALLI, “Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española”, en GONZÁLEZ CUSSAC. /CUERDA ARNAU, Estudios sobre la responsabilidad penal del menor, pp. 44 y ss.;

³¹⁷ No se trata sólo de que “en el ámbito del Derecho penal es obvio que el interés del menor no puede jugar el mismo papel que en la faceta protectora” sino que dentro de la ley de desempeñará papeles distintos en función del aspecto correspondiente (desarrollo del proceso, principio de oportunidad, medidas cautelares, individualización de la medida, ejecución de la medida, etc.).

³¹⁸ Según ABEL SOUTO, AP 2002, p. 157, este criterio implica “que sólo se debe actuar cuando resulta imprescindible y con medidas de naturaleza pedagógica o rehabilitadora, ya que tanto las demandas preventivo-generales como el “amplio margen” o gran arbitrio judicial en la elección de las reacciones se hallan limitados por la recuperación del infractor juvenil”.

³¹⁹ CÓRDOBA R ODA, J. “Ley de responsabilidad penal de menores: aspectos críticos”. *Revista Jurídica*, 2002, (“dicho interés equivale a la evitación de la comisión en el futuro de nuevos hechos delictivos de Catalunya. Barcelona: Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, como resultado conseguido a través de la ejecución de la medida. Pero no cualquier vía ejecutiva permitirá hablar del interés del menor. Únicamente y tan sólo si el efecto de la evitación de la comisión del delito, se consigue a través de un proceso educativo, podrá entenderse que se ha servido al interés del menor. En suma, interés del menor no equivale a la evitación del delito sin más, sino a la consecución de este resultado a través de su educación. Todo ello quiere decir que no cabe en modo alguno equiparar el interés del menor a la prevención especial. Sabido es que en política criminal se habla de la prevención especial como uno de los fines de la pena o de la medida y que la misma equivale a la evitación de delitos en el futuro a través de la ejecución de la pena o medida. La educación es tan sólo uno de los medios posibles para dicha prevención especial y alcanza únicamente a aquellos delitos en los que cabe descubrir su origen en un déficit educativo. De ahí que en política criminal se hable de una prevención especial que se alcanza por vías distintas a las de educación; a saber, a través del recordatorio o de la intimidación para el delincuente ocasional y del aislamiento para el que no puede ser corregido”).

principio esencial de la actuación judicial. En este sentido la medida sólo se puede imponer si y en la medida que sea necesaria porque no existen alternativas válidas y que se deben imponer siempre primero las medidas menos gravosas de las que puedan tener efectos similares, lo cual conlleva la idea de que las medidas de internamiento tienen que ser un recurso excepcional a utilizar preferentemente cuando otro tipo de respuesta (medidas ambulatorias) ha fracasado previamente, ello no significa, necesariamente, que siempre que hayan fracasado reacciones penales previas haya que recurrir a la medida de internamiento³²⁰. Siempre hay que buscar hasta la última posibilidad de vías alternativas a la imposición de medidas de internamiento, especialmente de régimen cerrado.

La necesidad vinculada a la idea de proporcionalidad de elegir también la imposición de las medidas, debiendo optarse siempre por la medida que contando que puede tener efectos equivalentes resulte menos gravosa. Y para ello hay que tener en cuenta la extensa intercambiabilidad de las medidas desde la óptica preventivo-especial.

Estas consideraciones hacen que en la esfera del Derecho penal de menores sea preciso tener en consideración los conocimientos empíricos disponibles sobre las consecuencias de las medidas. Por ejemplo, que las medidas más pedagógicas presentan menos tasas de reincidencia que las medidas de perfil más represivo. En este sentido hay que tener en cuenta que el importante índice de reincidencia que presentan las medidas de internamiento, especialmente en régimen cerrado³²¹, obliga a adoptar esta medida con cautela,³²² aunque ello sea debido en parte a que precisamente los menores más

³²⁰ GARCÍA PÉREZ, La posición del menor y del perjudicado en el derecho penal de menores, p.723 (“se vendría a consagrar un derecho del menor de gran calado: la privación o restricción de sus bienes esenciales sólo puede acordarse si y en la medida que ello sea necesario para satisfacer la función social de evitar que vuelva a delinquir”).

³²¹ GARCÍA PÉREZ., “La reforma de 2006 de la Ley de responsabilidad penal de los menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana”, en JORGE BARREIRO/ FEIJÓO SÁNCHEZ., ¿Qué hacer con los menores delincuentes?, pp. 31 y ss. Y 44 y ss., con ulteriores referencias a estudios empíricos realizados en Alemania y al estudio realizado en Cataluña por CAPDEVILLA CAPDEVILLA, FERRER PUIG y LUQUE REINA, La reincidencia en el delito en la justicia de menores.

³²² Sobre los problemas empíricos que plantean las sanciones orientadas a la prevención especial, por FEIJÓO SÁNCHEZ, B. “La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos: IX Jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005” (coord.) ALCÁCER GUIRAO, R. CUERDA RIEZU, A. R. *Retribución y prevención general*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 206 y ss.

problemáticos y de pronóstico peor son los que suelen sufrir este tipo de medida. En caso de que se precise una medida de internamiento para alejar al menor de su entorno familiar o de convivencia el régimen cerrado debe ser el último recurso y ser aplicado de forma absolutamente excepcional. La referencia debe de ser siempre para las medidas ambulatorias o en medio abiertas.

Sobre todo los interventores no deben de olvidar tener presente que si algo nos enseña – paradójicamente- la experiencia en relación a las sanciones para menores, es que resulta más probable que el instrumento penal tenga una influencia negativa en la evolución de los menores y en el desarrollo de las carreras delictivas que una influencia positiva y que cuanto más intensa sea la intervención jurídico-penal más negativa puede ser dicha influencia.

Un aspecto, que consideramos muy relevante, es que a la hora de establecer la duración de la medida el Juez debe tener muy presente que la percepción del paso del tiempo por parte de los menores es radicalmente distinta que la que suelen tener los adultos y que los internamientos prolongados carecen de efectos positivos desde el ángulo de la educación y la rehabilitación social.

Por ello los jueces deben ser conscientes que apurar en muchos casos los máximos que permite la ley puede dar lugar a la frustración de la medida y, por tanto, puede ser contraproducente. Un tiempo demasiado largo de tareas socio-educativas o de prestaciones en beneficio de la comunidad, puede acabar provocando que el menor, que tiene una percepción del tiempo distinta a los mayores, se acabe rebelando contra la medida y desaparezcan los efectos beneficiosos que ésta podría haber reportado.

2.1. Categoría de la edad.

El hecho de que la edad condicione la visión y lugar que tienen los menores de los castigos, penitencias, puciones, condenas debe de ser un dato a tener en cuenta por el juzgador. Si se entiende que las sanciones para menores son básicamente medidas de carácter prospectivo hay que tener presente la edad del menor en el momento de dictar la sentencia. La reseña e indicación a la edad del menor en el momento de dictar la resolución es, además una exigencia y requerimiento sobre el contenido obligatorio del dictamen.

2.2. Circunstancias familiares y sociales.

La ley señala como en la sentencia se debe hacer referencia al “entorno familiar y social del menor”. Este tipo de criterios provoca que ante un mismo hecho delictivo los menores sufran restricciones muy variadas de derechos en función de su entorno social y familiar, por ejemplo, en un caso de coautoría un menor perteneciente a una familia desestructurada se puede ver sometido a una medida de internamiento en régimen abierto o semiabierto, mientras el perteneciente a una familia estructurada con un adecuado control se puede ver sometido a una medida de libertad vigilada)³²³.

La cuestión esencial es que si los controles sociales o las instancias informales pueden cumplir un papel equivalente a la de la intervención del aparato penal ello puede hacer innecesaria dicha intervención en un caso concreto. No debe olvidarse que una de las razones para configurar un derecho penal singular para menores es la especial vinculación y receptividad que suelen presentar éstos con respecto a instancias de control social e informal como la familia, lo cual permite el aboramiento de forma más intensa alternativas a las medidas más restrictivas de derechos de cara a la prevención de delitos³²⁴.

³²³ PÉREZ JIMENEZ, *Menores infractores*, pp. 431 y ss.; 464 y ss.; confirman esta realidad en sentido crítico.

³²⁴ La SAP (Sección 1ª) Guipúzcoa 178/2005 de 15 de julio y el Auto de la AP de Guipúzcoa (Sección 1ª) 109/2005, de 11 de Octubre justifican la imposición de una medida de internamiento “dado que la estructura familiar sea revelado como un ámbito insuficiente para servir de marco de contención de los menores (vertiente preventiva) e inadecuado para transmitir un explícito mensaje de “responsabilización” de los menores por la conducta (...) protagonizada (vertiente reactiva) y que “el posicionamiento de las estructuras familiares ante los graves hechos cometidos por los menores pone de manifiesto su falta de idoneidad actual para servir de ámbito de interiorización de la significación de la conducta protagonizada”. Lo curioso de esta resolución es que la idoneidad del control familiar se justifica en un comunicado justo conjunto de los siete padres de los adolescentes a los que se les impone la medida de seguridad, sin tener en cuenta las características de cada una de las familias. Se trata de una argumentación en un contexto sociológico vinculado a que pese a no tratarse de hechos de gran gravedad habían acaparado una gran atención por parte de los medios de comunicación por desembocar en un suicidio [no imputable a los menores sentenciados: “la muerte de Jokin no constituye en términos jurídicos – penales- un resultado atribuible a los menores acusados, no pudiendo ser consecuentemente, tenido en cuenta a la hora de disponer la clase y duración de las medidas a imponer” (SAP Guipúzcoa 178/2005 de 15 de Julio)”. La relevancia social de algunos casos (no siempre relacionada con la gravedad de los hechos) hace que en algunas ocasiones los órganos de justicia de menores se vean promovidos a el aboramiento “Derecho Penal simbólico”. La sentencia 178/2005 de 15 de Julio parte erróneamente de que “los postulados vinculados a la proporcionalidad y a la prevención general no se encuentran extramuros del derecho penal de menores. Lo que sí puede sostenerse en atención a las características específicas que presentan su destinatario se trata de un orden jurídico orientado preferentemente hacia la prevención especial, dentro del marco ofrecido por la prevención general”. Esta argumentación es un sentido conceptual ya que una prevención orientada dentro del marco de la prevención general significa que el fin esencial es la prevención general y la prevención especial juega un papel secundario dentro de las posibilidades que le ofrece la prevención general].

La decisión son las circunstancias familiares y sociales en el momento de imponer la medida y no las existentes en el momento de realizar el hecho. Así cobra especial relevancia el informe revelado por el Equipo técnico o por las Entidades públicas de protección y reforma.

2.3. La personalidad del menor.

Un análisis adecuado a través de los informes de Equipos técnicos y Entidades públicas de protección y reforma de menores que hayan tenido contacto con el menor no sólo pueden ser una valiosísima fuente de información sino que son la fuente central de información (aunque no tiene que ser la última). Los datos se ciñen a la situación y necesidades de l menor que deben proporcionar los miembros de l Equipo técnico, teniendo en cuenta que en su informe se debe guardar cierta asepsia con respecto a los hechos en la estimación que no pueden entrar a valorar los hechos ni la participación del menor en los mismos: al menor no se le ha hecho responsable de nada hasta que el togado, no dicte resolución. Se trata de un dato esencial ya que las soluciones a buscar con las medidas no pueden ser las mismas, por ejemplo, si se trata de un menor con trastorno de déficit de atención que le ha abocado al fracaso escolar, un menor con síndrome de hiperactividad, un menor con trastorno antisocial de la personalidad, un menor con trastorno psicopático de la personalidad, un menor con trastorno negativo desafiante con trastorno disocial. El análisis adecuado de la situación del menor es lo que permite hacer un pronóstico fundado que oriente la elección de la medida adecuada.

Dentro de los datos a tener en cuenta con relación a la personalidad del autor hay que perfilar sus contactos previos con la maquinaria o el aparato penal. Los estudios empíricos demuestran que un menor con experiencias previas de condenas tiene una percepción distinta de la sanción que los delincuentes primarios. El que el menor haya cometido antes o tras infracciones y la evolución en la dinámica de dicha infracciones pueden afectar considerablemente a la elección de la medida necesaria³²⁵. Lo decisivo

³²⁵ La Exposición de Motivos de l RD 232/2002, de 1 de marzo, por el que se regula el registro de sentencias sobre responsabilidad penal de los menores señala precisamente que, en la medida en que la ley “encomienda al juzgador un estudio singular y específico en cada caso, debiendo constar en el expediente psicológicos, educativos, familiares y de entorno social de l menor afectado”, “es de gran utilidad la existencia de un Registro donde conste la referencia de quiénes han sido sentenciados por los Tribunales de Menores, de tal forma que los Jueces de menores y Ministerio Público puedan conocer esos posibles precedentes de un menor sujeto al procedimiento de responsabilidad que contempla la ley”.

pues, son las circunstancias de tipo social y familiar existentes en el momento de imponer la medida y no las que hubiese en el momento de la comisión del hecho.

3. REFERENCIA A LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.

La exigencia general de la actividad jurisdiccional propia de nuestro sistema constitucional resulta especialmente delicada en el ámbito del derecho penal de menores, fundamentalmente por el destinatario de la restricción de derechos y por la flexibilidad y la amplitud de posibilidades de reacción que caracteriza al derecho de menores vigente. La ley concreta que es obligatorio expresar “con detalle las razones por las que se aplican una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma”.

La motivación de los objetivos no sólo debe tener como referencia el contenido y la duración de la medida sino también los objetivos que se pretenden alcanzar con la misma. Toda sentencia, por tanto debe fijar mínimamente los objetivos que se percibe³²⁶. Los objetivos son imprescindibles para aprobar los programas de ejecución de las medidas que son una competencia exclusivamente judicial. Estos programas son un documento – guía- que sirve para coordinar la sentencia judicial con el cumplimiento de la medida por parte de las Entidades públicas correspondientes que dando configurado como el puente de contacto entre la actividad jurisdiccional y la actividad administrativa en un ámbito en el que resulta relevante una coordinación correcta entre lo que se pretende con la resolución y la ejecución de la medida.

La motivación deberá ser más o menos extensa en función de la restricción de derechos que se impongan de biendo por tanto ser muy cuidadosa la motivación y la fijación de objetivos, cuando se trata de medidas de internamiento. Consideramos que el togado desde un punto de vista de política criminal debe de apreciar razonadamente en la sentencia “que ninguna otra medida de menor gravedad puede satisfacer las necesidades educativas del menor”³²⁷.

³²⁶ ABEL SOUTO, P. 2002, p. 158.

³²⁷ Como señala la Sentencia de la AP de las Palmas (Sección 1ª) 178/2001 de 12 de septiembre, es preciso tener en cuenta “las normas internacionales sobre la materia, sobre todo la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por las Naciones Unidas” 20 de Noviembre de 1989 y las Reglas mínimas para la administración de justicia de menores, que establecen una lista no exhaustiva de posibles medidas alternativas a las de internamiento, estableciendo dos principios básicos: a) el que señala el internamiento como último recurso debiendo favorecerse las medidas en medio abierto, siempre que sea posible a no ser que el Juez considere que tales medidas no conseguirán los objetivos de socialización perseguidos y; b) el principio de tiempo más breve, con referencia al período que sea absolutamente indispensable para que quepa esperar la rehabilitación del menor infractor”.

La motivación debe centrarse en las razones por las que se opta por una determinada medida y su duración no teniendo que realizarse una motivación detallada de por qué no se ha optado por otras medidas de las contempladas en el elenco del contenido del Art. 7, salvo cuando se trata de fundamentar la necesidad de la imposición de la medida de internamiento como último recurso. Los objetivos vinculados a la situación y necesidades educativas del menor en relación al contenido material de las medidas a imponerse pueden orientar básicamente a dos perspectivas: a) paliar carencias educativas, formativas o personales del menor y ; b) aprender mecanismos de personalidad. Es evidente y cierto que no todas las infracciones penales cometidas por menores tienen que ver necesariamente con carencias educativas. En ciertos casos el menor, a pesar de no presentar deficiencias llamativas tiene que aprender ciertas reglas esenciales de convivencia y el mecanismo social de la responsabilidad, adquiriendo conciencia de que los hechos más graves reprochables o de un mayor desvalor generan reacciones negativas. Es decir, el castigo puede desempeñar una función pedagógica, educativa y de aprendizaje en relación a la responsabilidad por las propias acciones y, en este punto, el derecho penal de menores cumple funciones preventivas que el derecho asistencial de menores no puede cumplir³²⁸. Si el Derecho penal busca estimular procesos de cambios de conducta, ayudando al menor a sentirse responsable de sus actos y a comprender los efectos nocivos que pueden tener en los demás, la sanción ayuda a esa responsabilización haciendo que el menor vea que ha cometido un hecho injusto y que aprenda a enfrentarse a las consecuencias de sus acciones.

³²⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “El sistema de medida en la Ley Penal del Menor y las alternativas al proceso”. En JORGE BARREIRO/ FEIJÓO SÁNCHEZ, *¿Qué hacer con los menores delincuentes?* p. 76, siguiendo a DE LEO, Considera que no tener en cuenta esta dimensión de la intervención penal sería anti-pedagógica, señalando con razón que “las sanciones en sí mismas por el hecho de serlo, incluso una simple amonestación, tiene un valor pedagógico importante”. Lo decisivo no es equiparar el reproche al desvalor punitivo que se emplea en los adultos sino buscar un castigo adecuado para que el menor entienda que ha hecho algo reprochable o merecedor de desvalor desde la perspectiva de la convivencia social.

En sentido contrario, no teniendo en cuenta esta doble dimensión educativa de las sanciones, CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, p. 56 y ss.; mantiene en su monografía que “resulta sumamente conveniente transferir las pautas y criterios propios del derecho de protección, concebido de forma participativa; al plano de la determinación de la medida juvenil” y, en consecuencia entiende que sólo cabe “aplicar el internamiento en los supuestos en que concurra una situación de desamparo por parte del menor” y que “únicamente estará justificado aplicar el internamiento en aquellos supuestos en los que, de no concurrir la comisión del delito, la situación de desamparo en que se encuentra el menor determinaría su ingreso en un centro de acogida”. Puede que no concurra una situación de desamparo y la única manera de que el menor se decida que hay ciertas cosas que no se puede hacer es sufriendo una medida de internamiento como castigo.

Se trata de que el menor adquiera conciencia de la responsabilidad como estructura social básica y, en concreto, de su responsabilidad por sus acciones, que la sanción le sirva para reconocerse como un actor social que tiene que responsabilizarse de los significados atribuidos por la sociedad y el derecho a su acción y que todo ello genera consecuencias. En este sentido podríamos destacar medidas como la permanencia de fin de semana o las prestaciones en beneficio de la comunidad, aunque se trate de sanciones que también encierran una dimensión de asistencia educativa.

Es en este punto en el que se debe incidir en que no se trata de hacerle reproches al menor mediante el castigo, sino de que el menor entienda lo reprochable o censurable de determinados tipos o modelos de conducta y de que sus esquemas de relaciones con los demás deben modificarse. En este sentido hay que entender las referencias legales a que el menor entienda el reproche social que se merece su conducta.³²⁹

El aprendizaje social es fruto de un proceso complejo en el que intervienen diversas instancias (familia, escuela, experiencias sociales, et c.) que determinan cómo interactuamos en el mundo que nos rodea. Cuando el proceso normal de socialización (que en causa inicialmente con los pequeños castigos en la primera infancia), como aprendizaje del comportamiento de acuerdo a reglas sociales y creación de un sistema de creencias, actitudes, criterios y principios, no ha resultado suficiente para obtener unas pautas mínimas de comportamiento (y sólo en ese caso) tienen que entrar en juego las sanciones penales como última ratio.³³⁰

³²⁹ Desde esta segunda perspectiva no se debe desdeñar el dato de que en el único estudio empírico realizado en España con respecto a las ideas adolescentes de las medidas dirigidas a los menores infractores. BARRIOS/ DEL BARRIO, “Las ideas adolescentes acerca de las medidas dirigidas a los menores infractores”, en JORGE BARREIRO/FEIJÓO SÁNCHEZ, *¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, pp. 171 y ss. Una de las conclusiones claras es que los adolescentes con experiencia como infractores o que han tenido contacto con el aparato penal se muestran más partidarios de combinar restricción y formación en el internamiento que de describirlo sólo en términos formativos. Este dato se halla relacionado con el hecho de que justifiquen más las actuaciones que los participantes sin experiencia refiriéndose al coste, a los inconvenientes o sacrificios que deben acompañar al cumplimiento de una medida (...) Los chicos y chicas con experiencia parecen haber comprendido la naturaleza sancionadora-educadora de la ley. Hablan de una finalidad educativa pero no entienden la medida si no va acompañada de un coste personal real”.

³³⁰ En este sentido la SAP Valladolid (Sección 2ª) 666/2002, de 20 de septiembre, argumenta que “ en el informe técnico del Equipo de menores aunque ciertamente se indica que el menor está integrado en un núcleo familiar estructurado, que presenta unas condiciones óptimas de cara a su educación, con un buen clima afectivo, fomentando los padres actividades de ocupación provechosa de su tiempo así como valores prosociales, y se advierte que en el ámbito escolar también está adecuadamente integrado destacando su excelente rendimiento académico, desarrollándose según lo apropiado para su edad, con buenos valores y hábitos sociales; también se indica que una cierta ambivalencia respecto de los hechos denunciados que no favorece la asunción íntegra de responsabilidades, lo que es un dato personal que aboga por la necesidad de una respuesta educativa específicamente intensa para lograr la asunción de la trascendencia de su

Las dos perspectivas de actuación no tienen que ser excluyentes, sino que en muchos casos pueden ser complementarias. Por ello el órgano judicial puede imponer diversas medidas que incidan más en una u otra dimensión o medidas que como la permanencia de fin de semana con realización de tareas socio-educativas atiendan a ambas dimensiones educativas. La imposición de la medida o de las medidas puede tener al mismo tiempo (en muchos casos deberá tener) un elemento responsabilizante y una búsqueda de compensación de vacíos educativos y socializadores que condicionen el posterior desarrollo vital del menor.

Señalar, que los Jueces de menores suelen conocer, antes de decidir la medida a imponer, los recursos disponibles en la CCAA en la que trabajan y suelen tener en cuenta dicho factor a la hora de dictar sentencia (por ejemplo, no disponibilidad de plazas). Es legítimo y justificado que los Jueces de menores tengan en cuenta estos datos relativos a las posibilidades de ejecución en un sistema de clara orientación preventivo-especial.³³¹

4. POSIBILIDAD DE IMPONER MÁS DE UNA MEDIDA.

Existen unos límites añadidos por la LO 8/2006, dejando claro una de las pocas aportaciones positivas de esta reforma: el principio de que no se podrá imponer al menor más de una medida de la misma clase, en consonancia con lo dispuesto también en el Art. 47 de la ley.

comportamiento y el robustecimiento de las ideas de respeto frente a los semejantes, especialmente hacia los más débiles. Así pues, creemos que apreciando en conjunto todo lo expuesto de conformidad con los factores previstos en la ley, no es bastante con la medida de Amonestación sino que el interés del menor requiere también abarcar una respuesta por medio de la cual interioricemos lo negativo de la acción ejecutada en su conjunto, no sólo la gravedad de la agresión sino también en lo que significo inicialmente de reiterar las burlas y humillaciones a un compañero más endeble físicamente, y asuma por completo conductas de respeto hacia los demás, particularmente los que no son los más fuertes o hacia los que no gocen de la más amplia aceptación dentro de su entorno, para cuya finalidad consideramos mas adecuada la de permanencia durante 3 fines de semana en su domicilio, valorando para la duración y el carácter de domiciliario precisamente las buenas condiciones de control familiar y las características personales del menor”.

³³¹ Según SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “El sistema de medidas en la Ley penal del menor y las alternativas al proceso” en JORGE BARREIRO/FEIJÓO SÁNCHEZ, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?, p. 90 y s., “La práctica nos muestra que el coste económico de cada una y los recursos económicos de que dispone cada Comunidad Autónoma (...) parecen influir en la elección del juez. Así lo constata la Inspección de menores del CGPJ, en sus informes, donde advierte el recurso excesivo a la libertad vigilada no por ser la más indicada sino porque es la menos costosa económicamente- en muchos casos no es la apropiada desde un punto de vista educativo porque no es positivo mantener al menor en una familia desestructurada, lo que sucede con muchos delincuentes juveniles-. Los Informes hablan de la existencia de menores con 4 y 5 sentencias de libertad vigilada que no se ejecutan por falta de medios, algunos siguen esperando la ejecución cuando han cumplido 20 ó 21 años”.

Respecto a la declaración expresa en cuanto a la posibilidad de que se trata de uno o más hechos, zanja una de las cuestiones más debatidas en el marco de la situación anterior de la reforma 8/2006: si cabía la imposición de varias medidas por una sola infracción. La actual redacción que establece que: “el juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta ley con independencia de que se trate de uno o más hechos” no deja lugar a dudas. Por ello, ya no resulta sostenible la posición previa de un sector doctrinal que consideraba que no era posible imponer varias medidas por un único hecho. Esta solución no es legítima con el principio *ne bis in idem* (no se está castigando dos veces lo mismo, lo cual es evidente en el derecho penal de adultos cuando en la comisión de de un hecho delictivo se derivan varias sanciones) sino que parece una solución razonable³³². No se va a obstaculizar esa solución con base en criterios puramente formales. A veces la mayor solución puede ser un “cóctel de medidas”. Lo decisivo es que las diversas medidas obedezcan a un programa integrado.

La principal consecuencia de esta reforma de la ley es que el Juez de menores queda liberado de tener que observar una serie de reglas de determinación de medidas excesivamente vinculadas al hecho, cuando el menor es enjuiciado por la comisión de varios. Admitiéndose una flexibilidad en estos casos en función de las características y necesidades preventivas específicas que presenta cada menor (por ejemplo, combinando una medida de internamiento en régimen abierto o semiabierto con una medida de tratamiento ambulatorio).

Respecto a la imposibilidad de imponer en una misma resolución más de una medida de la misma clase, es tibia la cuestión relativa a la interpretación de qué se entiende por una medida de la misma clase que queda resuelta por la propia ley mediante una interpretación auténtica: “entendiendo por tal cada una de las que se enumeran en el

³³² ABEL SOUTO, A. 2002, pp. 120-ss. No me parecen concluyentes las críticas de Ormosa Fernández; *Derecho penal del menor*, pp. 210, 216 y ss.; a la posibilidad de imponer medidas en la medida que entiende que imponer dos medidas por un mismo hecho delictivo “supondría la vulneración de los principios de legalidad y seguridad” y “desde la óptica de la finalidad educativa de las medidas, nos encontramos con un menor sobre cargado de actividades y obligaciones, lo cual puede ser contrario a su interés”. De acuerdo con las críticas de Ormosa, García Pérez, “La reforma del 2006 de la LORPM: La introducción del modelo de seguridad ciudadana”, En: JORGE BARREIRO/ FEIJÓO SÁNCHEZ; ¿Qué hacer con los menores infractores? p.51., ¿cabría objetar a estos autores el siguiente planteamiento ¿Es más favorable al interés del menor que se le imponga una medida de internamiento en régimen cerrado que otras dos medidas que conjuntamente sean mucho menos restrictiva de derechos y además más idóneas para las necesidades del menor? ¿Una medida de internamiento en régimen cerrado no representa más carga de actividades y obligaciones que dos medidas alternativas? ¿Alguien le podía explicar a un menor que se le impone una medida de internamiento porque aplicarle una medida de amonestación más otra de realización de tareas socio-educativas es menos garantista, más exigente y más contraria a sus intereses?

preceptivo artículo”. Por tanto, habrá que entender en general el término “medida de la misma clase” como la sanción recogida en la misma letra del Apto.1º del correspondiente precepto.

De todos modos, hay una serie de cuestiones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de optar por la imposición de varias medidas:

- a) Existen medidas como la libertad vigilada que al permitir una actuación global sobre el menor suelen ser innecesarias medidas adicionales.
- b) Se debe evitar que la imposición de una medida reporte excesivas exigencias al menor que no pueda cumplir. Hay que evitar una sobrecarga de actividades y obligaciones que pueden tener un efecto contraproducente. Suele ser mejor que el menor se concentre en el cumplimiento de una sola medida. En este sentido, debe quedar muy bien diseñada la compatibilidad entre las medidas más allá de lo establecido en el Art. 47.
- c) Hay que evitar que el conjunto de medidas no hagan la restricción de derechos mucho más gravosa que la que correspondería a un adulto que hubiera cometido el mismo hecho, e especialmente cuando una de las medidas impuestas sea una medida de internamiento.

Respecto al cumplimiento de varias medidas hay que tener en cuenta con respecto a la ejecución, lo dispuesto en el Art. 11 del Reglamento que establece que: “cuando concurren varias medidas impuestas en el mismo o en diferentes procedimientos se cumplirán simultáneamente las que se relacionan a continuación:

- a) Las medidas no privativas de libertad cuando concurren con otras medidas no privativas de libertad diferentes.
- b) La medida de permanencia de fin de semana cuando concorra con otra medida no privativa de libertad.
- c) La amonestación, la privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de arma y la inhabilitación absoluta cuando concurren con otra medida diferente”.

5. ADECUACIÓN DE LA LEY A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Aunque el Art. 8 de la LRPM va referido en general al principio acusatorio³³³, en puridad sólo el primer apartado se refiere a que dicho principio era el único que originalmente contaba en el Anteproyecto enviado por el Gobierno a las Cámaras. Si, como entradilla hubiera que dar una definición del papel de este precepto en este marco del Título sobre las medidas éstas podría ser definido como el de adecuación del sistema de medidas para menores a los principios garantistas establecidos por la doctrina del TC sobre sanciones de menores infractores o si se prefiere una especie de salvaguarda frente a cuestiones de inconstitucionalidad de recursos de amparo dada la experiencia tras las entrada en vigor de la Constitución con la anterior normativa de los TTM de 1948. Se pretende abordar el sistema penal de menores con la doctrina constitucional y evitar fricciones. Desde la doctrina emanada de las decisivas SSTC 36/1991, de 14 de febrero que da lugar a la LO 4/1992, y 60 /1995 de 17 de marzo, el sistema español pasa del principio inquisitivo característico de la LTTM, aprobada por el Decreto de 11 de junio de 1948 a un proceso presidido por el principio acusatorio, en el que el Fiscal lleva la dirección de la investigación y la iniciativa procesal quedando de este modo reservada la imparcialidad del Juez.

La doctrina constitucional emanada de las sentencias citadas configuran el actual sistema de naturaleza sancionadora- educativa y sientan como presupuesto la observancia de determinadas garantías procesales y materiales.

5.1. La pena para adultos como límite.

La pena de adultos proporcional a la culpabilidad por el hecho como límite de las sanciones para menores no constaba inicialmente en los Textos prelegislativos³³⁴ y fue

³³³ El Juez de menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida superada ni por un tiempo menor a la medida solicitada por el Ministerio Público y por el acusador particular. Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el Art. 7.1. a), b), c), d), y g), en ningún caso del tiempo hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere por el mismo hecho si el sujeto, de haber sido menor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el CP.

³³⁴ Proyecto de ley de 3 de noviembre de 1998. El Congreso introdujo inicialmente un 2º párrafo con una redacción no coincidente con la actual no restringida a las medidas privativas de libertad: “tampoco podrá exceder, en ningún caso, de la duración máxima de la pena que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, de tratarse de un mayor de edad penal al que se le hubieren aplicado las reglas que al efecto establece el Código. La redacción actual fue introducida durante la tramitación en el Senado.

introducido durante la legislación parlamentaria. Queda establecido un límite máximo a la orientación p reventivo-especial b ásica d e l a l e y. D icho lím ite e n r e l a c i ó n a l a r e s p o n s a b i l i d a d p e n a l d e l o s a d u l t o s m a r c a n d o u n m á x i m o i n s u p e r a b l e a l a a m p l i a d i s c r e c i o n a l i d a d j u d i c i a l a l a h o r a d e i m p o n e r m e d i d a s c a r a c t e r í s t i c o d e t o d o s i s t e m a o r i e n t a d o a l a p r e v e n c i ó n e s p e c i a l³³⁵. El límite va referido según la doctrina dominante a la pena en concreto y no al marco penal abstracto³³⁶.

En este sentido la SAP de Málaga (Sección 1^a) 218/2001, de 12 de julio se plantea sí “a) la valoración comparativa se debe realizar con la pena tipo (abstracta) del CP ó b) la comparación valorativa, para no sobrepasar la pena se debe efectuar con la concreta que por ese hecho correspondería a un mayor de edad”, llegando a la conclusión de que el Art. 8 “parece concretarse a la pena que en iguales circunstancias (y por tanto con valoración de lo que concurriría si fuese mayor de edad, es decir, atenuantes y agravantes que recaigan en el concreto caso) pues solo así se puede determinar la duración real y valorar los mismos hechos (no se refiere al mismo tipo penal- abstracto si no a los hechos acaecidos por ello concreto)”.

Aunque no se diga expresamente, este Art. 8 encierra también un límite inherente a lo que declara expresamente: no se puede imponer medidas privativas de libertad si en el CP no se encuentra contemplada la equivalencia³³⁷.

³³⁵ En profundidad ABEL SOUTO, *Estudios penales y criminológicos XXIV* (2002-2003), pp. 28 y ss.

³³⁶ Doctrina dominante: AB EL S O U T O, A G U A D O C O R R E A, M A P E L L I C A F A R E N A, C E R V E L L Ó D O N D E R I S, G O N Z Á L E Z C U S S A C / C U E R D A A R N A U, *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, p.137; G O N Z Á L E Z C U S S A C / C U E R D A A R N A U, *Justicia penal de menores y jóvenes*, p. 112, manifestando su acuerdo con la CFGE Núm. 1/2000, al mismo tiempo que su desacuerdo con la decisión legislativo que consideran insatisfactoria debido que consideran insatisfactoria debido a “indeterminación que conduce dados los márgenes de arbitrio que rodean la individualización de la pena”; H I G U E R A G U I M E R Á, *Derecho penal juvenil*, p. 350; CFGE Núm. 1/2000.

Errónea por tanto, la SAP Asturias (Sección 2^a) 174/2002, de 19 de Julio que para verificar el respeto a la proporcionalidad por la pena de adultos se refiere al límite máximo del marco penal abstracto.

³³⁷ En este sentido la SAP de Tarragona (Sección 2^a) 921/2004, de 29 de Septiembre, partiendo de la doctrina sentada por el TC en su Resolución 36/ 1991, de 14 de Febrero, “considera plenamente aplicable al proceso penal de menores los mismos principios que rigen el de los mayores y, con significativa relevancia el principio de legalidad tanto en su vertiente de tipicidad de infracciones como en la legalidad penal. De ahí que el Juez de menores no pueda disponer de absoluta discrecionalidad para determinar la medida correctora procedente. El TC interpreta el Art. 16 de la antigua LTTM para afirmar que está implícita “la proporcionalidad e n t r e l a g r a v e d a d d e l h e c h o y l a m e d i d a i m p u e s t a o l a i m p o s i b i l i d a d d e e s t a b l e c e r m e d i d a s m á s g r a v e s o d e u n a d u r a c i ó n s u p e r i o r a l a q u e c o r r e s p o n d e r í a p o r l o s m i s m o s h e c h o s s i d e u n a d u l t o s e t r a t a s e. T a n t o l a r a z o n a d a f l e x i b i l i d a d d e l J u e z c o m o l a e x i s t e n c i a d e l í m i t e s d e l a i m p o s i c i ó n d e l a s m e d i d a s c o r r e s p o n d i e n t e s h a s i d o r e c o n o c i d a e n e l á m b i t o i n t e r n a c i o n a l”. Se cita la Regla 17^a. 1, Reglas de Beijing”, para indicar los siguientes principios: “a) la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada no sólo a la circunstancia y a la gravedad del delito sino también a la circunstancia y necesidades del menor así como a las necesidades de la sociedad. b) las restricciones a la libertad personal

5.2. Límites de las medidas.

El Art. 9 LPM, fija determinados límites a la libertad judicial a la hora de la imposición de las medidas, límites que son excepcionados posteriormente en el Art. 10 para determinados supuestos. Hay que tener en cuenta que la LO 8/2006 ha modificado sustancialmente este precepto, destacando la ampliación de los supuestos en los que se puede aplicar una medida de internamiento a régimen cerrado (Art. 9.2).

En cuanto a la comisión de faltas, sólo permite asignar las siguientes medidas: a) Libertad vigilada hasta un máximo de seis meses; b) Amonestación; c) Permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semanas (siempre que la falta correspondiente contemple una pena privativa de libertad); d) Prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas; e) Privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año; f) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o personas allegadas hasta seis meses y; g) la realización de Tareas socio-educativas hasta seis meses.

La reforma mediante la LO 8/2006 ha introducido una novedad importante que consiste en que todas las medidas tienen por primera vez establecido un máximo cuando se trata de la comisión de una falta, proporcionándose una mayor seguridad jurídica ya que con anterioridad la sanción de privación de licencias administrativas no tenía fijado un plazo máximo. Se han añadido con respecto a la regulación original otras sanciones que se pueden aplicar, con sus correspondientes límites temporales, bien por su novedad como su prohibición de aproximación o comunicación hasta seis meses o bien que, inexplicablemente no se había contemplado originalmente en la ley como la realización de tareas socio-educativas o la libertad vigilada en ambos casos hasta un plazo de seis meses.

del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible. c) Sólo se impondrán la privación de libertad personal en el caso del que el menor sea condenado por una acto grave en el que concurren violencia con otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta”. Igualmente, la STC de 17 de marzo de 1998, afirma que una adecuada tutela de derecho fundamental a la legalidad penal hace legítimo el contrato de la medida de internamiento en centro, de régimen semi-abierto con la pena de privación de libertad del adulto, manteniendo la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase”. Esta última sentencia concede el amparo por conculcación de la legalidad penal y anula la resolución del Juez de menores, como también la de la AP que habían impuesto al recurrente una medida de cuatro meses de internamiento en un centro de régimen semi-abierto que resulta desproporcionada comparada con la pena establecida en el Código para la falta de hurto, adoptada además en atención a los “condicionantes” que rodeaban al menor ajenos a la gravedad del hecho ilícito.

Están excluidas, por tanto, como posibilidad en el ámbito de las faltas: las medidas de internamiento en todas sus variantes, el tratamiento ambulatorio, la asistencia a un centro de día, la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo y la inhabilitación absoluta. Llama la atención que no haya alusión especial alguna a medidas terapéuticas cuando concurren las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del CP, (por ejemplo, un supuesto grave de cleptomanía). En este caso, parece que - salvo que dicha posibilidad quede excluida por el Art. 9.5 de la ley -³³⁸, habrá que recurrir a la realización de tareas socio-educativas, como alternativa funcional a la medida de tratamiento ambulatorio que no se puede imponer sobre todo teniendo en cuenta que la Exposición de Motivos señala como el tratamiento ambulatorio también puede entenderse medida socio-educativa muy específica para un problema bien definido.

En algunos de estos casos, de todas maneras entendemos conveniente poner en conocimiento de la correspondiente Entidad pública de protección o reforma de menores la situación teniendo en cuenta que es poco lo que se puede hacer desde el ámbito del derecho penal llevando un tratamiento eficaz.

La medida de permanencia de fin de semana será aplicable sólo en aquellos supuestos en los que para los adultos una pena privativa de libertad, es decir, la pena de localización permanente. Teniendo en cuenta que para los adultos se trata de una pena de cumplimiento preferente de domicilio ello deberá ser tenido en cuenta para determinar el lugar de cumplimiento de la medida por parte del menor para evitar que la sanción sea más gravosa que para los adultos³³⁹.

La SAP de Tarragona (Sección 2ª) 921/2004, de 29 de septiembre, establece lo siguiente con respecto a las medidas a imponer en caso de faltas que sólo tienen contempladas una pena de multas: “se impugna la medida impuesta a la menor enjuiciada

³³⁸ La Circular de la FGE núm. 1/2007 considera, en sentido contrario que en caso de que el menor sea declarado inimputable y su superior interés lo aconseje, se podrá aplicar por un tiempo superior a los seis meses la medida de tratamiento terapéutico, “pues analizando conjuntamente los Art. 9.1 y 9.5 LORPM otra interpretación llevaría al absurdo de que este supuesto no permite la imposición de ninguna medida”. Esta interpretación supone una infracción de l principio de l igualdad, c ontradiendo l o d i supuesto e n e l Título Preliminar del Código: por muchas vueltas que se le quiera dar se estaría imponiendo una sanción no contemplada por la ley.

³³⁹ Instrucción de la FGE Núm. 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil (“para hechos constitutivos de falta, con el fin de respetar las reglas de proporcionalidad, sólo cabrá imponer permanencias cuando el Código haya previsto para la concreta falta la pena de localización permanente. Aún en estos casos las permanencias, con el fin de que no sea más gravosas que la pena paralela para los adultos habrán de cumplirse en el domicilio del menor y no en centros de reforma”).

de permanencia de tres fines de semana en su domicilio, puesto que la falta de injurias no prevé en el Art. 620 del CP pena privativa de libertad. El recurrente se basa en lo dispuesto en el Art. 8, párrafo 2º de la LORPM de 12 de enero de 2000. La referida norma establece que la duración de la medida de permanencia de fin de semana que cita por remisión al Art. 7.1 g), no podrá exceder en ningún caso “del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable de acuerdo con el Código”. La cuestión estriba en que permitiendo en que el Art. 9 regla 1ª de la LORPM la imposición de la medida en cuestión cuando los hechos sean calificados de falta el CP no los castiga con pena de la misma naturaleza sino de carácter punitivo, lo que ha inducido al Ministerio Público a plantear los términos comparativos con la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de la multa, conforme al Art. 53 del Código, que sí tiene naturaleza privativa de libertad a tenor del Art. 35 del mismo cuerpo legal (...)

En consecuencia el recurso de apelación debe ser estimado, con la finalidad de imponer la medida de amonestación que resulta más ajustada a la levedad de la infracción cometida a tenor de los hechos declarados probados en la resolución recurrida.

5.3. Supuestos que revisten extrema gravedad: concepto de extrema gravedad.

A pesar de la relevancia de las consecuencias, la ley deja sin determinar cuáles son los supuestos que se pueden calificar como de extrema gravedad. Para proceder a la determinación del concepto es decisivo interpretar si las sanciones para menores tiene básicamente un carácter retrospectivo como cuasi-penas o prospectivo como medidas de seguridad. En el primer caso la extrema gravedad deberá ir referida básicamente al hecho delictivo y, en el segundo caso, a la situación de menor y su evolución vital. La indefinición encierra el peligro de todas las teorías mixtas o unitarias: el Juez en cada caso puede optar por la orientación que le permita imponer una sanción mayor: la gravedad del hecho (por ejemplo, la gravedad de la violencia utilizada o que el menor es jefe o dirigente de una organización criminal) o el pronóstico de la evolución del menor.

En todo caso, no se pueden valorar como supuestos de extrema gravedad los datos ya valorados a otros efectos por la ley como sucede, por ejemplo, con los delitos contra la vida, la libertad sexual, terrorismo o que tengan contemplada en una ley penal una pena

igual o superior a quince años. Así, en los supuestos de los delitos más graves concluimos que la ley se está refiriendo más bien a la extrema gravedad vinculada al hecho.

Por ello parece que en estos supuestos estamos ante un menor que ha realizado un hecho especialmente grave del que cabe derivar o predecir con un alto grado de probabilidad un pronóstico desfavorable sobre el comportamiento futuro del menor.

La agravación en los supuestos de extrema gravedad sólo está fijada para los casos en los que el menor se encuentra en alguno de los supuestos del Art. 9.2 (hechos tipificados como graves o bien como menos graves pero cometidos con violencia o intimidación con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas o perteneciendo o actuando al servicio de una banda, organización o asociación) que permiten la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado y cometió el hecho con más de dieciséis años cumplidos.

Los asuntos mencionados, de extrema gravedad deben quedar circunscritos a los supuestos en los que el menor actúa como autor (directo y único, coautor o autor mediato) y el delito está consumado, dejando fuera de esta calificación los supuestos de participación y los de tentativa o actos preparatorios.

6. RESEÑA ESPECÍFICA A LA REINCIDENCIA.

El Apdo.1º de l Art. 10 L RPM ofrece una cláusula de interpretación auténtica al definir como supuestos de extrema gravedad siempre los de reincidencia.

Con relación al concepto de reincidencia, la ley no ofrece dato alguno de si el término reincidencia se debe interpretar en el sentido del Art. 22.8ª CP o en sentido distinto. Parece que no hay ninguna razón de peso para interpretar la reincidencia de forma distinta a la de finición que ofrece el Código penalista³⁴⁰ (sin olvidar que es de recho supletorio

³⁴⁰ Doctrina dominante: AGUIRRE ZAMORANO, en GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, *Justicia de menores: una justicia mayor*, pp. 96 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho Penal Juvenil español”, en JORGE BARREIRO/FEIJÓO SÁNCHEZ, *¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, p. 109; CARMONA SALGADO, *Las medidas y sus criterios de determinación*, p. 951; COLÁS TURÉGANO, “Aspectos Penales característicos de la delincuencia juvenil”, en GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, p. 117; GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, *Justicia penal de menores y jóvenes*, p. 108; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p. 360; LANDROVE DÍAZ, *Derecho Penal de menores*, p. 261; e l mismo, *Introducción al Derecho Penal de menores y jóvenes*, p. 42; VARGAS CABRERA, en CONDE-PUMPIDO

según lo establecido en la propia ley): se produce reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”. Por tanto, la Jurisprudencia existente sobre la agravante de reincidencia contemplada en la compilación y sus requisitos es trasladable al supuesto del Art. 10.1. En los casos en los que el sujeto tiene una sentencia firme en relación a un hecho delictivo de la misma naturaleza y ubicado en el idéntico Título del Código, el Juez tiene, por tanto, determinadas las condiciones mínimas de la medida a imponer, incluso aunque ello sea contraproducente para la futura evolución del menor. La vía que le podría quedar al Juez en estos supuestos es la suspensión de la ejecución del Art. 40.

Esta “vía de escape” que permite la ley resulta mucho más adecuada que una petición de indulto total o parcial (proponiendo, por ejemplo, sustituir la medida de internamiento en régimen cerrado por una medida en régimen abierto) haciendo una aplicación analógica del Art. 4 del CP (si resulta sancionada “una acción u omisión que sea notablemente excesiva atendido el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”) como derecho supletorio o la opción por una cuestión de inconstitucionalidad por la incompatibilidad de lo dispuesto en la ley no sólo con los propios fines de la misma, sino con lo dispuesto en el Art. 25 I I y en Textos internacionales ratificados por España.

Hay que tener en cuenta que en este caso de reincidencia el menor debe tener dieciséis o diecisiete años y tener ya una resolución firme.

Sobre el Registro de sentencias firmes RD 232/2002, de 1 de marzo, por el que se regula el reconocimiento de sentencias sobre responsabilidad penal de los menores, el Art. 7 que regula la cancelación de datos establece que “transcurridos diez años, a contar desde que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad (...) y siempre que (...) las medidas judicialmente impuestas hayan sido ejecutadas en su plenitud o por escrito, El Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de cuantas inscripciones de sentencias referentes al mismo consten en el Registro”.

FERREIRO, en: *Ley de responsabilidad penal de los menores*, p. 207; Circulares de la FGE Núm. 1/2000 y 1/2007 (Apto. III.5)

Cuestión distinta, es que el Juez pueda conceputar que concurre la extrema gravedad teniendo en cuenta los antecedentes del menor, aunque formalmente no se pueda afirmar que exista reincidencia.

La principal consecuencia de la calificación del hecho como de extrema gravedad es que se tiene que imponer al infractor de dieciséis o diecisiete años una medida de internamiento en régimen cerrado mínima de un año sin que pueda ser modificada o sustituida de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 13 y 51.1. Además es obligatorio imponer una medida de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años.

De los mínimos exigidos por la ley en los supuestos de extrema gravedad pueden englobarse dos interpretaciones:

1. Una que se correspondería con la *voluntas legislatoris*, de acuerdo con la cual el menor tendría que pasar como mínimo un año recluido en un centro y desarrollando dentro del mismo todas sus actividades formativas, de educación, ocio y laborales.
2. Otra que, de acuerdo con una interpretación sistemática tendría en cuenta lo dispuesto en el Art. 7.2: toda medida de internamiento, incluyendo la medida de internamiento en régimen cerrado, consta de un período que cumplirá en el centro correspondiente y otro segundo en régimen de libertad vigilada en la modalidad elegida por el Juez. De acuerdo con esta idea, el menor podría pasar un tiempo mínimo en el centro, por ejemplo tres meses, cumpliendo el tiempo restante en régimen de libertad vigilada con determinadas obligaciones y prohibiciones.

La orientación preventivo-especial de la ley hace preferible esta segunda interpretación, que permite amoldar la medida a las necesidades preventivas que presenta cada menor en concreto³⁴¹. Por otro lado, la primera interpretación es completamente contraria a los fines de la ley en aquellos supuestos en los que el cumplimiento en el centro así como el hecho de que el menor no pueda mejorar su situación personal si evoluciona favorablemente no sólo se muestra como innecesario, sino también como

³⁴¹ Esta segunda interpretación se ve favorecida por la definición de las sanciones para menores más como medidas con carácter prospectivo e individualizado que como cuasi-penas con fines preventivo-generales.

contraproducente. Por ello esta segunda interpretación es más adecuada a la redacción del Art. 37 de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1984 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre). Además, si tenemos en cuenta, como señala FEIJOO SÁNCHEZ, una interpretación auténtica de lo que se entiende en la ley como medida de internamiento no se entiende por qué en este punto se va a utilizar un concepto diferente. Pero también es cierto que este apartado establece que sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los Arts. 13 y 51.1 “una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento”, la libertad vigilada es una forma de cumplimiento de la medida de internamiento (al igual que la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la pena de prisión para los adultos; la única diferencia es que la ley de menores no establece condiciones temporales para alcanzar la libertad vigilada).³⁴²

Si tenemos en cuenta que los supuestos de extrema gravedad serán supuestos en los que el menor ha cometido un delito grave o ha empleado violencia o intimidación o ha generado grave riesgo para bienes básicos de las personas o pertenece a una banda u organización delictiva y, además, presenta un pronóstico desfavorable³⁴³, el que el menor tenga que estar al menos un año en libertad vigilada parece una reacción jurídico-penal mínima adecuada a este tipo de situaciones. La interpretación que se oferta aquí parece llevar a soluciones razonables de acuerdo con las orientaciones generales de la ley. El cumplimiento de la libertad vigilada como parte de la medida de internamiento debe ser competencia de la entidad pública autonómica correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 45 de la ley. En cambio la medida posterior es competencia de la administración penitenciaria dependiente del Ministerio del Interior (salvo en Cataluña). Las medidas de libertad vigilada complementarias del internamiento se llevarán a cabo

³⁴² Como señala ORTÍZ GONZÁLEZ: “Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones del internamiento en centro cerrado según las actuaciones realizadas desde el defensor del pueblo”, en PANTOJA GARCÍA, La ley de responsabilidad penal del menor: situación actual, p. 69 y s.s., reflejando la posición del defensor del pueblo en sus informes, entender que la ley exige estar internado de forma efectiva un año es contrario al principio superior del interés del menor en la medida en que pueden existir supuestos “en los que ese interés del menor aconsejara modificar un internamiento cerrado antes de haber transcurrido un año” como señala con razón, si bien es conveniente “un periodo de tiempo imprescindible para la observación del menor una vez internado”, “el fijar ese año como plazo inevitable, podría dar lugar a internamientos innecesarios en los que lejos de aportar influencias positivas en el menor, estarían produciendo en el mismo el efecto contrario”.

³⁴³ La reincidencia no tiene que implicar necesariamente un pronóstico desfavorable, pero en este caso tenemos una definición *iuris et de iure* del legislador de lo que se debe entender por extrema gravedad.

por las instituciones públicas encargadas de la cumplimiento de las penas, siendo este apartado desarrollado por el Art. 8.3 del Reglamento, aunque éste se refiera a la situación legal previa a la reforma de la normativa mediante la LO 8/2006³⁴⁴.

De acuerdo con el tenor literal de la ley que se refiere a “las medidas de libertad vigilada previstas en este artículo”, estas medidas de libertad vigilada no son las mismas que las reguladas en general en el Art. 7 por ello cabe la posibilidad de que el menor pase en el centro un tiempo inferior a un año, que el resto de la medida de internamiento que le queda por cumplir lo sea en régimen de libertad vigilada y que, una vez terminada ésta, el Juez de menores, previa a audiencia del Ministerio Público, del letrado del menor y de representante de la Entidad pública, decida una vez finalizado el internamiento en su conjunto (internamiento en centro más libertad vigilada), si procede una medida de libertad vigilada ejecutada por Instituciones Penitenciarias (salvo en Cataluña).

Sin embargo, se puede constatar y, además, cabe pronosticar un uso judicial muy restringido de los supuestos de extrema gravedad precisamente por las consecuencias rígidas que le impone al Juez la definición de la infracción como un hecho que reviste especial gravedad. Y ello aunque la reforma mediante la LO 8/2006 haya eliminado la referencia a la excepcionalidad de ésta opción. Hay que relativizar la idea de que el Art.10.1.b) ha restringido la discrecionalidad y flexibilidad judicial para la imposición de las medidas, ya que la referencia a la “extrema gravedad” es un “argumento de goma” que se puede estirar o comprimir en función de que el órgano judicial considere que es precisa o no una intervención especialmente intensa. La única excepción residiría en aquellos supuestos en los que no cabe más alternativa que apreciar la reincidencia³⁴⁵.

³⁴⁴ Aquí, se manifiesta el inconveniente de que la última reforma de la presente ley no haya ido acompañada de una reforma del reglamento de desarrollo en aquellos puntos en los que ha sido reformado.

³⁴⁵ Por esta razón la doctrina ha sido muy crítica con los efectos que contempla la ley para la reincidencia por su automatismo y rigidez, incompatible con los fines que la ley propugna BOLDOVA PASAMAR, “principales aspectos sustantivos de nuevo derecho penal juvenil español”, COLÁS TURÉGANO, “aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil”, en GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, p. 119; CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento*, p. 133, ulteriores referencias; GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, *Justicia penal de menores y jóvenes*, p. 108; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “El sistema de medidas en la ley penal del menor y las alternativas al proceso” en JORGE BARREIRO/FEIJÓO SÁNCHEZ; *¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, p.82; SERRANO TÁRRAGA, en VÁZQUEZ GONZÁLEZ; *Derecho penal juvenil*, p. 361; TAMARIT SUMALLA, en GONZÁLEZ CUSSAC, *Justicia penal de menores y jóvenes*, pp.41 y ss.; VARGAS CABRERA, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, p. 213.

CAPÍTULO IX.

ESPECIAL ANÁLISIS DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO.

1. ALGUNAS NOTAS SOBRE DERECHO COMPARADO.

La reglamentación de menores está sufriendo una profunda transformación en el Derecho comparado, ya que una serie de gravísimos sucesos protagonizados por menores de edad, ha provocado una crisis de la justicia juvenil que denuncia su incapacidad para el tratamiento de la delincuencia actual, hasta el punto de plantearse por algunas tendencias en Estados Unidos de América, e incluso su abolición, ya que en los casos menos graves se optaría por la vía de la mediación-reparación y en los más graves o perarían su remisión a la justicia de adultos³⁴⁶.

Otra situación que ha afectado especialmente a la Jurisdicción de menores es el aumento de menores, frecuentemente inmigrantes ilegales, lo que ha llevado no sólo a su incorporación a modalidades de delincuencia hasta ahora propias de adultos, como tráfico de drogas, actuación en bandas o criminalidad organizada, lo que exige una intervención educativa e específica o a una diversa aplicación de las sanciones, más inclinadas al internamiento de extranjeros por su desarraigo geográfico, deficientes condiciones sociales y familiares, y con ello con una baja incidencia de las medidas alternativas, poco propicias de sus faltas de condicionantes sociales favorables³⁴⁷.

Esta situación ha provocado un endurecimiento general de la legislación penal juvenil en el ámbito internacional y nacional, plasmado especialmente en las medidas privativas de libertad, que han visto aumentadas su duración³⁴⁸ y que son impuestas en mayor número de supuestos por imperativo legales. En casi todos los sistemas jurídicos se repiten las diferencias entre un sector de la clase política que defiende el endurecimiento de las sanciones juveniles y la mayoría de la doctrina penal que aboga por la supresión de

³⁴⁶ VÁZQUEZ, C y SERRANO, M. *Derecho penal juvenil*, 2ª Ed. Madrid 2007. p. 177.

³⁴⁷ GATTI, U. "Sistema italiano de justicia para menores de edad". En: *Estudios de Derecho Judicial*. Núm. 18. (Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado). Madrid: CGPJ, 1999, p. 299-300.

³⁴⁸ Importante es de stacar que se a la opión social generalizada de impunidad frente a la delincuencia juvenil la medida de internamiento ha pasado de una duración de dos años en la legislación anterior al año 2000, a cinco años LORPM de 2000 y a diez años seguidos de cinco años más de libertad vigilada tras las reformas de 2003 y 2006.

la privación de libertad para los menores de dieciséis años y la reducción de la duración de los internamientos, confluyendo también el tratamiento inadecuado y desmesurado de la delincuencia juvenil por los medios de comunicación.

En lo concerniente a las sanciones en el ámbito europeo: en concreto, España y Alemania han creado un régimen de sanciones juveniles propio y autónomo, mientras que Francia, Inglaterra y los Países Escandinavos aplican a los menores las mismas penas que a los adultos, pero con unos límites y características propias, lo que no debe ser tratado como una estricta diferencia y a que los sistemas con sanciones autónomas pueden ser muy punitivos y los que utilizan las mismas sanciones que los adultos pueden no serlo y viceversa. De la misma manera, la terminología tampoco debe ser determinante del carácter más o menos punitivo de las sanciones, ya que mientras en casi la totalidad del Derecho comparado, (Francia, Alemania, Inglaterra, Austria, Italia...) se contemplan penas juveniles y medidas correctivas y de seguridad, la LORPM sólo habla de medidas y no por ello es menos punitiva, sino todo lo contrario.

Por ello, en general, lo importante no es tanto la denominación o si ha y una normativa de ejecución o penitenciaria específica si no los recursos empleados y la existencia de programas de intervención adecuados. Lo que sin embargo, sí, se ha mantenido en casi todo el sistema de derecho comparado, es la existencia de penas juveniles y de medidas correctivas y de seguridad, siendo la diferencia entre ellas el carácter más punitivo de las primeras y más educativo de las segundas.

Por encima de esta diferenciación, en el tratamiento de la privación de libertad en los menores delincuentes hay tres aspectos a destacar en los distintos sistemas de derecho comparado. En primer lugar, si en la imposición del internamiento se da prioridad a la gravedad de los delitos cometidos, en cuyo caso se prioriza la proporcionalidad y con ello, el carácter retributivo y punitivo de la medida o si se da prioridad a las circunstancias del menor, en cuyo caso se optaría por el carácter educativo de la medida y con ello a la prevención especial; en segundo lugar, la existencia o no de un modelo de cumplimiento autónomo o bien su revisión a la normativa penitenciaria de adultos con las consecuencias que ello conlleva de contenido y en tercer lugar, la importancia del sistema de alternativa al internamiento por la amplitud o flexibilidad que se dé a las medidas recomendadas por la normativa internacional.

2. DATOS HISTÓRICOS.

En el Derecho español, el historial más inmediato de la legislación actual, es la LTTM de 1948. En ella se recogía el internamiento como medida indeterminada en la que la única determinación era el cumplimiento de la mayoría de edad civil (Art. 17 y 18) o la corrección del culpable y el Juez actuaba con total arbitrio en la determinación y la duración de la medida a imponer (Art. 15 y 16) ya que no se le daban criterios legales orientativos; con ello se producía un sistema punitivo basado en la ausencia de garantías y de límites con un total desprecio a la persona del menor como sujeto de derechos.

Dicha ley permitía internamientos breves, ingreso en establecimientos de observación, educación o reforma, de tipo educativo o tipo correctivo o semi-libertad o ingreso en establecimientos especiales para menores anormales. Teniendo en cuenta que en esta ley los menores eran considerados irresponsables como incapaces sin límites inferior de edad, permitiendo su aplicación de edades tempranas o que junto a los delitos se castigaban conductas pre-delictuales como su puesto de peligrosidad (prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos), la vulneración de los principios más relevantes del Derecho Penal como legalidad, tipicidad y hecho era evidente.

Como consecuencia de la STC 36/91 de 14 de febrero que declaró inconstitucional el Art. 15 de la LTTM, se aprobó la LO 4/ 1992 de 5 de junio reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores que introduce un sistema más flexible con las siguientes novedades: la finalidad de las medidas pasa a ser educativa más que correctora, se destaca el interés del menor y la gravedad del hecho para seleccionar la medida a imponer, se señalan los años como duración máxima de las medidas, el internamiento pasa a ser abierto, semiabierto y cerrado y se regulan medios alternativos como la suspensión del Fallo. En dicha etapa, al ser gestionados los centros de internamientos por las Comunidades, sus establecimientos y Reglamentos internos pasan a ser muy diferentes, provocando una ejecución muy desigual en los distintos territorios en temas tan importantes como el régimen disciplinario, los derechos de los menores internados o el régimen interno de visitas, comunicaciones, etc.

Como consecuencia de la aprobación del CP de 1995, donde el Art. 19 se limita su aplicación a los mayores de dieciocho años, remitiendo la responsabilidad penal de los menores de dicha edad a la legislación específica, surge la necesidad de reformar la legislación juvenil en ese momento vigente para adaptarla a dichos términos. De esta

manera, se suceden una serie de Anteproyectos desde 1995 hasta 1998 con importantes diferencias entre ellos, en lo que respecta a la medida de internamiento: el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995 tiene como característica más importante la diferencia entre menores (de trece a dieciséis años) y jóvenes (de dieciséis a dieciocho) y con ello, entre pena juvenil, medidas disciplinarias y educativas. La penal juvenil consistía en el internamiento en un centro cerrado para jóvenes para los casos de especial gravedad realizados con violencia e intimidación, con una duración en trece meses y diez años, las medidas disciplinarias combinaban el carácter disuasorio con el de sanción a través de ingresos de centros abiertos o semi-abiertos hasta un máximo de dos años y las medidas educativas se destinaban a solucionar los problemas de inadaptación del menor a través del ingreso en un centro socio-sanitario o de educación especial.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil de 30 de octubre de 1996, suprime la distinción del anterior entre menores y jóvenes, y limita su ámbito de aplicación a los menores con edades comprendidas entre trece y dieciocho años, además supera el carácter excesivamente punitivo del anterior a través de la declaración de responsabilidad social del menor en el Art. 2.1.; en cuanto a los internamientos, desaparece el internamiento abierto, y el cerrado se divide en dos periodos, el segundo de los cuales es la libertad vigilada, lo que luego va a permanecer en los sucesivos proyectos. La duración general de las medidas es de dos años, elevándose a cinco años en los mayores de dieciséis años en los hechos graves o de especial violencia, y finalmente, a cinco de internamiento cerrado seguidos de hasta cinco más de libertad vigilada en los casos de extrema gravedad, concepto éste último que no se define. El cumplimiento de las medidas se reduce a un solo precepto (Art. 41) en el que no se menciona apenas el contenido y circunstancias de ejecución de las medidas, ni los derechos y deberes de los menores, incumpliendo con ello su carácter de código completo, lo que adolece de una completa previsión legal de las características penales, procedimentales y de ejecución de las medidas.

La Proposición de LORPM de 1996, define el contenido de todas las medidas destacando que el internamiento cerrado alcance una duración de seis meses a cinco años y excepcionalmente a ocho años, sin que tal extremo pueda aplicarse a menores de 16 años en cuyo caso nunca puede exceder de cuatro años.

Los aspectos de la ejecución vienen contemplados, Título V que no sólo se refiere al internamiento cerrado sino también a los otros tipos de internamiento y a las medidas privativas de otros derechos.

En el Anteproyecto de ley de carácter orgánico de Justicia Juvenil de 30 de Enero de 1997, el internamiento conserva sus tres modalidades, y respecto a su duración se introduce la novedad de que en los supuestos de extrema gravedad se entenderá, en todo caso como tales, los supuestos de reincidencia, lo que va a mantener los proyectos subsiguientes. Se trata de un Anteproyecto que pese a huir de un excesivo enfoque penal no suprime las necesarias precauciones y de hecho recupera algunas ventajas del primero, de esta manera, es totalmente positiva la regulación que se hace de las funciones del Juez para ejercer el control de la ejecución o las mayores revisiones para la ejecución de medidas, aunque sólo se reducen a las privativas de libertad.

El Anteproyecto de LORPM de 1 de julio de 1997 supone un cierto endurecimiento en el tratamiento sancionador de los menores, como lo demuestra que en él se reduzca de nuevo, como en el primero de los Proyectos, a trece años el límite de responsabilidad de los menores. Su controvertida novedad consistió en modificar el Art. 19 del CP al remitir a la legislación penal de adultos a los mayores de dieciséis años que cometieran delitos de terrorismo, excluyéndolos de la legislación específica de menores.

Esta modificación fue duramente criticada por el CGPJ por su confrontación con el Principio de igualdad, ya que no se puede sustraer de la especialidad del derecho de menores un grupo de delitos por muy graves que sean dado, que el tratamiento específico de los menores ha de ser igual para todos ellos, sin que se pueda justificar que la comisión de algunos delitos les haga merecer un trato de adultos. Sin mencionar la diferencia entre menores y jóvenes de 1 primer Anteproyecto, sí que se mantiene de nuevo algunas distinciones en los tramos de trece a dieciséis y diecisiete a dieciocho años en la aplicación y graduación de las medidas y de nuevo recupera el Título dedicado a la ejecución con una especial atención a las medidas privativas de libertad.

El CGPJ en fecha del 12 de noviembre de 1997 emitió informe favorable de su contenido, si bien recomendando una mayor precisión legal de las medidas, la limitación de la duración máxima de los internamientos, la sujeción de las consecuencias del quebrantamiento de ejecución por su incompatibilidad con las características del derecho

de menores y la supresión de la posibilidad de que ciertos delitos graves cometidos por menores pudieran ser remitidos al régimen de los mayores de edad.

El Proyecto de LORPM de 27 de Octubre de 1998 si que parcialmente estas indicaciones, aunque endurece el internamiento cerrado, limita sus posibilidades de modificación y en los supuestos de extrema gravedad junto a la reincidencia se incorporan los delitos de terrorismo. En cuanto a la ejecución de las medidas, todo el Título V II se dedica a su regulación como ya comenzó haciendo el primero de los proyectos, con la única excepción del Anteproyecto de octubre de 1996 que apenas dedica un precepto para tal cometido.

A todos estos Proyectos y Anteproyectos les siguió la aprobación de la LORPM, que en sus sucesivas reformas no ha dejado de prolongar la duración de los internamientos, e endurecer sus posibilidades de modificación ampliar su ámbito de aplicación y adelantar su transformación en pena de prisión, lo que no casa de masiado bien con el pretendido interés preferente y superior de menor que se indica en la Exposición de Motivos.

3. LA FINALIDAD EDUCATIVA DE LOS CENTROS: EL HOSPICIO COMO ANTECEDENTE.

La evolución del internamiento se ha desarrollado en paralelo con la historia de la prisión. El cumplimiento de la pena privativa de libertad, en la infraestructura que conocemos como establecimiento penitenciario, es un hito relativamente nuevo, tanto como sanción penal en sí misma, cuanto como institución³⁴⁹. En el siglo XVI comenzarán sus primeras manifestaciones experimentales, continuando su evolución en el siglo XVIII y, posteriormente, estableciéndose su consagración, más perfeccionada, en el siglo XIX³⁵⁰. Las únicas excepciones que podemos encontrar a la mera custodia procesal del individuo, en siglos anteriores, pueden concretarse en: la prisión por deudas, la prisión eclesiástica y la prisión política o de Estado³⁵¹. Los menores, compartieron reclusión con

³⁴⁹ Al respecto, VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal, traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España por Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1851-1919, Tomo III, p. 245; Von Henting, H.: La Pena II, Espasa-Calpe, Madrid, 1967, pp. 185 y 186; Foucault, M.: Vigilar y Castigar: Nacimiento de la prisión, 5ª Edición en castellano, Siglo XXI Editores, Madrid, 1981, p. 233; GARCÍA VALDÉS, C.: Estudios de Derecho penitenciario, Tecnos, Madrid, 1982, p. 28.

³⁵⁰ Véase, GARCÍA VALDÉS, C.: Del presidio a la prisión modular, Opera Prima, Madrid, 1998, p. 7; en la misma línea interpretativa, GARRIDO GUZMÁN, L.: Manual de Ciencia Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1983, pp. 99 y ss.; y LANDROVE DÍAZ, G.: Las consecuencias jurídicas del delito, 6ª Edición (1ª Edición de 1985), Tecnos, Barcelona, pp. 48 y 49.

³⁵¹ Véase, GARCÍA VALDÉS, C.: Introducción a la Penología, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, pp. 71 y 72.

los delincuentes adultos en las cárceles de custodia, con la salvedad de algunas excepciones en nuestro derecho foral³⁵². El encierro de los menores infractores carecía de un verdadero soporte o estructura jurídico-penal. El poder punitivo público apenas se manifestaba, siendo el padre de familia y la estructura familiar las únicas figuras protagonistas en la aplicación de estos castigos³⁵³, esta misma filosofía paternalista se convertiría años después en la piedra angular de las primeras instituciones de carácter público de internamiento para menores.

Así, hasta bien entrado el siglo XX no podemos hablar propiamente de centros penales de menores, sino de instituciones de protección. Sin que pretendamos una revisión puramente histórica, y teniendo presentes las características de los actuales centros de menores (descritos en el siguiente epígrafe) abordaremos el origen de l internamiento de los menores infractores en instituciones donde la filosofía educativo-correccional se encontraba ya presente: los hospicios.

El panorama político-social e ideológico, donde se edificarían las primeras instituciones con diversas denominaciones anteriores como Hospitales y Casas de Misericordia, Hospicios y Casas de Expósitos³⁵⁴, pero con una finalidad común: servir como lugares de internamiento para los menores, donde los pícaros, y golfillos, compartían habitación con los necesitados, huérfanos, desposeídos y los

³⁵² Así se establece en el Fuero de Cuenca con la pena de arresto, por la que los padres “de filio perverso”, deben tenerlo preso o ligado hasta que sea manso y no haga daño. Véase Fuero de Cuenca, CLXXXIII, De Filio Perverso, que puede consultarse en De Ureña y Smenjaud, R.: El Fuero de Cuenca (formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf), Edición Facsímil de la primera edición: Real Academia de la historia, Madrid, 1936, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2003, p. 262. Con el mismo título, aparece este arresto en el Fuero de Béjar, editado por Gutiérrez Cuadrado, J.: Fuero de Béjar, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1975, p. 81. La misma pena en contramos en el Fuero de Plasencia, del año 1262, al autorizarse la corrección paterna, haciendo uso del “arresto indeterminado” para el hijo rebelde, hasta que se redimiera. Vid., al respecto, CUELLO CALÓN, E.: “La infancia delinciente y abandonada en la antigüa legislación española”, en Revista Penitenciaria, Año II, Tomo II, Eduardo Arias, Madrid, 1905, p. 743, e l mismo: Criminalidad infantil y juvenil, Bosch, Barcelona, 1934, p. 88.

³⁵³ Véase, DE SOTO, D.: De la Justicia y del Derecho, Tomo III, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1968, Libro V, Cuestión II, Artículo III, p. 416, quien apuntaba que durante esta época “solamente los padres pueden retener encerrados a sus hijos”; siguiendo al autor, Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles, Ministerio del Interior, Madrid, 2007, p. 180.

³⁵⁴ La palabra hospicio, proviene de l latín “hospitium”, de huésped, de la que distingue otras instituciones de similar naturaleza caritativa; no obstante, “estas instituciones benéficas pueden y suelen hacer el oficio de varias”, de lo que proviene la generalidad de su nomenclatura. Véase: FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, M.: La Beneficencia Pública y los Hospicios, Memoria, Jaime Ratés, Madrid, 1923, pp. 33 y 34.

vagabundos³⁵⁵. De esta manera, podremos establecer los posibles paralelismos y diferencias con los actuales centros de menores como criterio interpretativo de su naturaleza jurídica.

Las finalidades y de signios educativos de los centros de internamiento en nuestra legislación de menores se establecen e instituyen en el Repertorio de medidas y analizadas susceptibles de imponerse a aquéllos que cometan actos tipificados en la compilación penal como delitos, entre las que se encuentra el internamiento en un centro de menores³⁵⁶. No obstante, el tratamiento estrictamente penal del menor delincuente es un hecho reciente en nuestro Ordenamiento Jurídico. Tanto así, que prácticamente hasta la entrada en vigor de la LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores, no podemos determinar en puridad el internamiento de menores como modalidad de ejecución penal³⁵⁷. Aún es más, hasta la puesta en funcionamiento de la 5/2000, no se establece una concepción del internamiento del menor que abandone la anterior doctrina proteccionista, proveniente de la filosofía positiva correccional³⁵⁸.

Por lo tanto, y como propósito pedagógico hasta bien entrado el siglo XX no cabe referirse stricto sensu a centros penales de menores, sino a instituciones de protección. Con anterioridad a estos primeros modelos que se ocuparon del encierro de los menores delincuentes, se encuentran los antecedentes de los actuales centros de internamiento: los hospicios, primeros lugares de reclusión.

Las medidas de internamiento divididas en nuestra actual normativa, como hemos hecho referencia y de terminación en cuatro tipos diferenciados: cerrado, semiabierto,

³⁵⁵ Sobre la importancia de la implantación de los Hospicios y Casas de Misericordia, PÉREZ DE HERRERA, C., en: *“Discursos del amparo de los legítimos pobres y reducción de los fingidos y de la fundación y principio de los albergues de estos Reinos y amparo de la milicia dellos”*, Luis Sánchez, Madrid, 1958, Discurso 1º, p.6.

³⁵⁶ La definición y clasificación de las medidas se encuentran redactados en la Exposición de Motivos (III, puntos 14 al 23) y en el Art. 7 de la LORRPM.

³⁵⁷ Con la promulgación de la LO 4/1992 “se establece la naturaleza penal de la intervención de los Juzgados de Menores”, lo que supone un importante relevo respecto a la anterior concepción tutelar de su predecesora, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948. V. id. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. A.: *Antecedentes y Nuevo Enjuiciamiento de Menores*, Ley 4/1992, Marcial Pons, Madrid, 1999, p.138. A partir de este momento, se afirma: “el menor no está excluido del Derecho penal, sino del Derecho penal común”. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E.: “La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: un reto para el 2000”, en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. (Dir.): *Legislación de Menores en el Siglo XXI: análisis de derecho comparado*, *Estudios de Derecho Judicial* 18, CGPJ, Madrid, 1999, p. 107.

³⁵⁸ Sobre las características de esta corriente doctrinal como sistema de justicia de menores. V. id. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “Modelos de Justicia Penal de Menores” en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M^a D. (Eds.): *Derecho penal juvenil*, 2ª Edición, Dykinson, 2007, pp. 146 y 147.

abierto y terapéutico³⁵⁹. El primero de estos regímenes, el más aflictivo y restrictivo, ya se encontraba recogido en la anterior normativa de Juzgados de menores, que fue la primera en integrar el internamiento cerrado,³⁶⁰ lo que suponía una medida de privación de libertad³⁶¹.

Prácticamente, toda la regulación básica, relativa a los centros de internamiento de menores donde se cumplen estas medidas, está recogida en el Art. 54 LORPM. En dicha norma se consagra el principio diferenciador de estas estructuras respecto a los centros penitenciarios de adultos, lo que los convierte en centros específicos³⁶². También se establece la posibilidad de establecer división en departamentos o módulos, adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores integrados, siguiendo una formulación penitenciaria.

³⁵⁹ Estas medidas privativas de libertad se encuentran reguladas en el Art. 7, letras a, b, c y d de la LORPM y en los Arts. 23 al 27, del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LORPM.

³⁶⁰ Las medidas de internamiento quedarían recogidas en el Art. 17 de la LO 4/1992, que incluiría entre las medidas aplicables al menor infractor, la de “*ingreso en un Centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado*”. Sobre la enumeración de las medidas privativas de libertad de la LO 4/1992, Vid. AGUIRRE ZAMORANO, P.: “Medidas aplicables en la legislación de menores”, en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. (Dir.): *Menores Privados de Libertad, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 191-222.

³⁶¹ Véase: MARTÍN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”, en *La Ley*, año XV, Número 3.482, marzo, 1994, p. 6. Con base en la restricción de derechos que suponen, de modo clásico, CERVELLÓ DONDERIS clasifica las medidas de la LORPM en privativas de libertad, restrictivas de libertad y privativas de derechos. Siguiendo esta sistematización, el internamiento terapéutico quedaría clasificado fuera de las primeras en función de su contenido, de mayor carácter asistencial. Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: *La medida de internamiento en el Derecho penal del Menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 36 y 38. Desde nuestra visión, el internamiento terapéutico constituye una modalidad más de privación de libertad, aunque su concepto se encuadra en las medidas de seguridad. Sobre esta comparativa, Vid. DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “*Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación*”, en *la Ley Penal*, Núm. 36, Sección Estudios, marzo 2007, p. 51; HIGUERA GUIMERÁ, J.F.: *Derecho Penal Juvenil*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 347; CEZÓN GONZÁLEZ, C.: *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 54; ABEL SOUTO, M.: “*Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su Reglamento de 30 de julio de 2004*”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LVII, Año MMIV, Fascículo único, Madrid, enero-diciembre 2004*, p. 79.

³⁶² En concreto, el Art. 54.1., párrafo 1º, de la LORPM, dispone que las medidas privativas de libertad que se impongan a los menores se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, “diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria”. Por su parte, también la LOGP hace eco de esta diferenciación entre adultos y jóvenes, dentro de sus potestades, cuando en el Art. 9.2., se indica que “los jóvenes deberán cumplir separadamente de los adultos en establecimientos distintos o, en todo caso, en departamentos separados”. Gran parte de la importancia de esta característica especializada de los centros de menores radica en la transposición de la normativa internacional. Vid. *Convención, de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que, en su Art. 40.3; también, el Art. 26.3 de la *Resolución de las Naciones Unidas 40/33, 29 de noviembre de 1985*, establece la necesidad de separación de los establecimientos penitenciarios de adultos; completando esta regulación, en su Título IV, la *Resolución de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990)* se ocupa del tratamiento individualizado de los internados y de la administración de los centros de menores.

Al no establecerse una sola medida genérica de internamiento³⁶³, sino varios regímenes diferentes, debe entenderse que a cada tipología de internamiento le corresponde una institución o módulo de cumplimiento diferente. Por lo tanto la ejecución de cada régimen está directamente relacionada con los centros de cumplimiento a los que se destinan los menores infractores, siguiendo el legislador una denominación de tinte claramente penitenciario³⁶⁴.

La mayor parte de la doctrina acepta la sistematización de los mismos por la tipología de los regímenes de cumplimiento: centros cerrados, centros semiabiertos y centros abiertos³⁶⁵, a la que se suman los centros terapéuticos, que a su vez, podrán ser cerrados, semiabiertos o abiertos³⁶⁶. A demás de esta ordenación ya referida, podemos señalar dos grandes tipologías, comprendidas en una única categoría bajo la rúbrica conjunta de

“titularidad y gestión”, puesto que, tal y como afirma MONTERO HERNANZ, ambas son “complementarias”³⁶⁷. Desde esta vertiente, los centros de menores podrían clasificarse en públicos y privados, distanciándose de la regulación de la LOGP, donde los centros penitenciarios son de titularidad y gestión eminentemente pública.

³⁶³ Algunos autores han defendido que la clasificación de las medidas de internamiento por separado, en orden a su gravedad y no a su contenido, no parece tener un sentido práctico relevante. Como alternativa, se ha propuesto incluir todas las medidas de internamiento bajo el título de medidas privativas de libertad, junto con la permanencia de fin de semana. Vid. ORNOSA FERNANDEZ, M^a. R.: *Derecho Penal de Menores*, 4^a edición, Bosch, Barcelona, 2007, p. 217

³⁶⁴ CUELLO CONTRERAS, considera uno de los mayores errores del legislador el establecer una “orientación del internamiento del menor de dieciocho años en un sentido penitenciario”. Véase: CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo derecho penal de menores*, Civitas, Madrid, 2000, p. 67; también crítica al respecto, Vid. ORNOSA FERNANDEZ, M^a. R.: *Últ. Ob. cit.*, p. 204. Otra parte de la doctrina, discute que la similitud en la terminología con la norma penitenciaria sea perjudicial (a cuya opinión nos sumamos), CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Últ. Ob. cit.*, p. 14.

³⁶⁵ Entre otros, DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. (Dir.), FEIJÓO SÁNCHEZ, B. y POZUELO PÉREZ, L.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Civitas, Navarra, 2008, p. 490.

³⁶⁶ En virtud de las modificaciones introducidas por la LO 8/2006, es posible el cumplimiento de estas medidas en los tres regímenes de internamiento. La circular de la FGE 1/2000, de 18 de Diciembre, distingue entre dos clases de actuaciones dentro del internamiento terapéutico: Tratamiento de anomalías o alteraciones psíquicas y tratamiento de las adicciones a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas. Al respecto, Vid. “Circular de la FGE 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de Enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LIII, Enero, Madrid, 2000, p. 1021; PÉREZ FERRER, F.: “La nueva regulación de las medidas en la LO 8/2006, de 4 de Diciembre, que modifica la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Diario La Ley*, Año XXX, Núm.7216, 13 de Julio, 2009, p. 9; BLANCO BAREA, J.A.: “Responsabilidad penal del menor: Principios y Medidas Judiciales Aplicables en el Derecho Penal Español”, en *Revista de Estudios Jurídicos* Núm., 8 Segunda época, 2008, Madrid, P. 24.

³⁶⁷ MONTERO HERNANZ, t.: “La justicia penal juvenil en España: Modelos de gestión”, en *Boletín de Noticias Jurídicas*, Núm. 415, de 15 de abril de 2008 y Núm. 416 de 6 de mayo de 2008, en: [http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho Penal/2008-582324421523987.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/2008-582324421523987.html).

En cuanto al contenido, la principal característica de los centros de menores es la inclusión de un programa educativo³⁶⁸, como principal medida de tratamiento, cuyo objetivo cardinal es la reeducación y resocialización del menor infractor³⁶⁹, objetivos que comparte con la legislación penitenciaria de adultos³⁷⁰. Además de esta característica, podemos destacar algunas diferencias estructurales, tendentes a la flexibilización de las medidas de seguridad; un tamaño más reducido, desechándose las macro-estructuras de los centros tipo penitenciarios; relajación del principio celular, pudiendo establecerse dormitorios comunes, etc.

4. CLASES Y PARTICULARIDADES DE LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO.

Los centros de internamiento han de ser específicos de menores, lo que implica una especialización tanto en la estructura como en el funcionamiento, por tanto, no pueden coincidir con los centros penitenciarios de adultos, ni siquiera con medida de separación. Pueden ser de régimen cerrado, abierto y semi-abierto o terapéutico, además el Art. 54 de la LORPM, añade los centros socio-sanitarios cuando la medida impuesta así lo requiera. Esta singularidad de los centros de internamiento obliga a que también sean

diferentes de los centros de protección lo que no siempre se cumple en el caso de los internamientos abiertos, como así señalaba el Informe de la Fiscalía de 2004³⁷¹ y la Circular FGE 1/2007.

Hay que destacar la creación de grandes complejos que pretendan aglutinar a todos los menores de una misma CCAA en un mismo centro, y a que además de ser inadecuado, desde un punto de vista educativo, en adultos no ha dado buenos resultados la gestión de centros tan grandes, por ello resulta preferible la existencia de centros

³⁶⁸ GARRIDO GENOVÉS, V.: "Los centros de menores en la prevención de la delincuencia en España: Un programa genérico de actuación", en *Eguzkilore, cuadernos de II Instituto Vasco de Criminología*, Núm. 11, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1997, p. 187; quien ha puesto de manifiesto que los centros de menores fundamentan "toda su planificación general en el establecimiento de un programa educativo individualizado", del que dependerá la reeducación y reinserción del menor.

³⁶⁹ Principio resocializador contenido en el art. 55.1 de la LORPM, que establece que "toda la actividad de los centros en los que se ejecute medidas de internamiento estará inspirada por el principio de que el menor internado es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad".

³⁷⁰ Los fines del internamiento de menores son prácticamente coincidentes con los establecidos en el art. 25.2 de la CE de 1978, que consagra como objetivos fundamentales de la pena privativa de libertad la reeducación y resocialización. Esta finalidad ha sido recogida en el art. 1 de la LOGP. Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad", en NAVARRO GUZMAN, J.I. y RUIZ RODRIGUEZ, L.R. (coord.): *Menores responsabilidad penal y atención psicosocial*. Tirant lo Blanch, 2004, p. 201.

³⁷¹ Alerta de esta confusión entre desprotección y cumplimiento de medidas judiciales de reforma. En: ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R. *Derecho Penal de Menores*. 3^a Ed. Barcelona 2005. p. 196.

pequeños que a demás de contemplar los distintos tipos de internamiento de bidamente separados entre si, pueda facilitar la cercanía del domicilio³⁷².

A diferencia de la legislación penitenciaria de adultos la LORPM no exige centros de internamiento diferentes para el cumplimiento de la medida cautelar de internamiento recogida en el Art. 28, sino que establece que sea en el régimen adecuado, establecido por el Juez lo que permite que sea cerrado, abierto o semiabierto, pese a lo cual debería evitarse la convivencia entre menores condenados y menores que están cumpliendo internamiento cautelar; la única previsión específica viene descrita en el Art. 29 RM, que en cumplimiento de principio de presunción de inocencia sustituye el programa individualizado de ejecución de la medida (PIEM³⁷³) por un modelo individualizado de intervención (MII) que también ha de ser aprobado por el Juez de menores. Al igual que sucede con los adultos el tiempo de cumplimiento del internamiento cautelar se abonará íntegramente para el cumplimiento del internamiento impuesto en la misma causa o diferentes, si tiene por objeto hechos anteriores a la adopción de dicha medida cautelar.

La medida de internamiento tiene diversas modalidades que han de ser decididas por el Juez en la sentencia y que implica distintos centros de cumplimiento con sustanciales diferencias en la forma de ejecución:

4.1. Ingresos cerrados: el Art. 7.1.a) de la LORPM señala que en los internamientos cerrados los menores además de residir en el centro, desarrollarán en el mismo las actividades formativas, laborales, educativas y de ocio, planificadas en el programa de ejecución, expresión flexible que permitió al Borrador del Reglamento

³⁷² CRUZ MÁRQUEZ, B. *La medida de internamiento...* cit. p. 66.

³⁷³ En el Programa Individualizado de ejecución de la medida (PIEM) y dependiendo de la medida que se imponga, se contemplan la intensidad de las visitas, entrevistas o elementos de control y supervisión para ejecutar la medida (según el RM, los siguientes preceptos: para la Libertad vigilada (18.2); Convivencia (19.2); Asistencia a centro de día (17.2); Tratamiento ambulatorio (16); Prestaciones en beneficio de la comunidad (20.7 y 20.8); Tareas socioeducativas (21); Centro en régimen cerrado (24); en régimen semiabierto (25) y en régimen abierto (26). Una vez elaborado el PIEM, debe ponerse en conocimiento del Juez para su aprobación y con dicha aprobación se dará inicio a la ejecución de la medida, excepto para el internamiento y la libertad vigilada que ya lo hicieron desde el ingreso a centro o la primera entrevista con el profesional. En cuanto a la gestión e intervención educativa, se disponen de veinte días para valorar las áreas o ámbitos del menor, identificar cuáles son los factores de riesgo dinámicos (es decir, sus necesidades criminógenas) para dirigir los objetivos con diligencia hacia esos menores. Dentro de la ejecución se ha de establecer el nivel de intensidad o periodicidad de las intervenciones. Por ejemplo una libertad vigilada puede suponer supervisar al menor o acudir a las sesiones de un determinado programa, de tres, cuatro o dos veces a la semana; tal vez, cada quince días o una vez al mes. Para ello se requiere de instrumentos válidos y fiables y de profesionales formados y entrenados para ello. El educador responsable de la ejecución, y en su caso el centro, es quien evalúa los objetivos planteados en el PIEM, y comunica en el Informe final al Juez la consecución de los objetivos y, la entidad judicial dará por concluida o no la medida.

señalar que en los internamientos señalados se podía marcar algunas actividad fuera del centro, sin embargo finalmente el Art. 24 R M no lo ha contemplado al establecer que todas se realizarán en el centro donde residan. El internamiento cerrado solo se puede poner en los casos previstos del Art. 92. (delitos graves; menos graves ejecutados con violencia, intimidación entre las personas o que hayan generado grave riesgo o integridad física de las mismas, delito cometido en grupo o perteneciendo el menor o actuando al servicio de bandas, organización o asociaciones) y es obligatorio en los del Art. 10 (hechos de extrema gravedad en mayores de dieciséis años y específicos delitos graves como homicidio...) con lo que resulta una ampliación de los supuestos de internamiento cerrado potestativo respecto a la regulación anterior.

Aunque como regla general los menores ingresados en los centros de internamiento no pueden disfrutar de permisos de salidas, excepcionalmente los menores pueden disfrutar hasta doce días de permiso al año sin que exceda de cuatro días seguidos, cuando hayan cumplido el primer tercio del periodo de internamiento, lo justifique su buena evolución personal durante la ejecución de la medida o con ello se favorezca el proceso de reinserción social.

4.2. Ingresos semiabiertos: en este régimen de ingreso, aunque los menores residen en el centro, se permite realizar alguna de las actividades formativas, educativas, laborales o de ocio en el exterior, y además pueden disfrutar de permisos de salida los fines de semana y en los períodos vacacionales. Las actividades que se vayan a realizar en el exterior de ben de estar ajustadas a los horarios y condiciones del programa individualizado de ejecución y de ir adaptándose a la evolución del menor, hasta el punto de que el Art. 7.1. b) permite su suspensión judicial si el menor no evoluciona favorablemente, lo que debería limitarse ya que la realización de las actividades en el interior podría llegar a confundir el cumplimiento de este tipo de internamiento con el cerrado.

Este contenido de internamiento semi-abierto, ha supuesto un endurecimiento con respecto a la regulación anterior en la que era preceptivo que las actividades se realizasen fuera del centro, además de crear una incierta seguridad jurídica ante posibles progresiones y regresiones en la ejecución, por ello la Circular 1/2007 de la FGE exige que se dé trámite de audiencia al Ministerio Público y al menor, y que el Juez debe motivar su decisión y limitarla a las actividades no al régimen de permisos o salidas que

se regirán por las disposiciones reglamentarias propias del internamiento semi-abierto. Cualquier modificación sobre el programa inicial de intervención que permita aumentar o disminuir las actividades en el exterior o los horarios del menor debe contar con la autorización del Enjuiciador, siendo ello una exigencia irrenunciable del principio de legalidad de acuerdo con el Art. 44.2. c) de la LORPM.

4.3. Ingresos abiertos: el centro es el domicilio habitual del menor, pero todas las actividades del proyecto educativo, (escolares, formativas y laborales) se realizan en los servicios normalizados del entorno saliendo a diario del centro para ello, Art. 7.1. b) y c) de la LORPM y Art. 26 RM, su diferencia con los semi-abiertos es poco perceptible al permitir en ambos casos las actividades fuera del centro, por eso la indicación legal en los abiertos de que todas las actividades se realicen fuera debería suponer la inexistencia de servicios educativos propios en los centros, algo que en la práctica no siempre sucede por las dificultades que siempre conlleva. Además disfruta de permisos de salida los fines de semana y en general debe permanecer en el centro, estando como mínimo ocho horas, aunque esto tiene las siguientes excepciones siempre que lo proponga la Entidad pública y el Juez de menores: a) Si el menor realiza en el exterior actividades formativas o laborales que lo requieran se podrá autorizar que no permanezca en el centro durante un período determinado o que concuerde con la periodicidad que se establezca con el fin de realizar actividades y entrevistas o controles presenciales, lo que no permite la posibilidad de control por dispositivos telemáticos permitido para adultos Art. 86.4 RP. ; b) Si las características y la evolución del menor lo aconsejan, el menor podrá residir en viviendas o instituciones de carácter familiar ubicadas fuera del recinto del centro, pero bajo el control de la Entidad pública, de manera similar a las unidades dependientes de adultos que regula el Art. 165 RP.

4.4. Ingresos terapéuticos: se han de realizar en un centro específico y determinado, sin embargo, el Art. 27 RM se refiere a recibir la atención educativa especializada en el centro asignado, lo que puede entenderse de una manera de aceptar estos tratamientos en otro tipo de centro, si no necesidad que sea específico³⁷⁴, como ejemplo de ello la SAP Pontevedra 22/ 1/2002 impone una medida de internamiento cerrado con el cumplimiento simultáneo de tratamiento terapéutico, como la concurrencia de un internamiento y una medida terapéutica complementaria a cumplir en el mismo

³⁷⁴ ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a R. *Derecho Penal de Menores*. 3^a ed. Barcelona 2005, p. 199.

centro en internamiento cerrado. Desde la reforma de 2006 la LORPM permite que estos internamientos puedan ser de régimen cerrado, semiabierto o abierto, en función de las necesidades del menor, lo que antes no se señalaba.

Este internamiento está previsto para el tratamiento de las adicciones a sustancias tóxicas, anomalías psíquicas o alteraciones en la percepción que determine una alteración grave de la conciencia de la realidad, lo que le convierte en la medida más próxima en las medidas de seguridad de los adultos, exigiendo consentimiento del menor sólo para los casos de deshabitación, con lo cual en el resto de tratamientos se prescinde de la opinión del menor para diseñar y llevar a cabo la intervención, de esta manera, en caso de ser rechazado el tratamiento, la normativa indica que se ha de elegir otra medida adecuada a la circunstancia de l menor, y s i e l r echazo fuera s obvenido una ve z ya i niciado e l tratamiento por de shabitación de be da l ugar a s u s uspensión y s uestitución por otra medida. No hay que confundir el rechazo al tratamiento con el rechazo a la medida, ya que el Enjuiciador lo que tiene que valorar es lo primero y en caso de ser rechazado por el menor elegir otra medida adecuada a las circunstancias del menor.

En los demás internamientos terapéuticos, si n embargo n o se h ace m ención al consentimiento, dada la falta de capacidad cognitiva y volitiva motivada por la alteración de la imputabilidad, sin embargo hay que tener en cuenta que cualquier tratamiento que no cuente con la voluntariedad del menor está condenado al fracaso, de ahí la importancia de estimular al menor a su participación; por este motivo, los medios coactivos han de ser rotundamente r echazados s alvo que s ean ne cesarios pa ra r educir e pisodios vi olentos incontrolados, en esos casos la proporcionalidad y racionalidad de los medios empleados aconsejan suministrar sedantes y evitar intervenciones corporales, al igual que en adultos.

Dentro de la regulación de los centros terapéuticos, los centros socio sanitarios destinados al cumplimiento de la medida impuesta, cuando a sí lo requiera, no s on definidos ni tampoco se identifican los motivos que los pueden aconsejar, lo que provoca una gr an i ncertidumbre y e n e ste punto t ambién c onsideramos l a gr an descontextualización en la que se d esarrolla la ejecutabilidad de los contenidos de esta medida judicial, aunque en todo caso el traslado del menor a uno de estos centro haya de ser autorizado por el Juez, Art. 27. 4 RM y parezca que se refieren a los internamientos terapéuticos. Tanto estos como los anteriores pueden ser públicos o privados, en virtud de los correspondientes convenios.

La inexistencia de este tipo de centros hasta no hace mucho tiempo, provocaba la inaplicación de esta medida de internamiento o su sustitución por otra, en este sentido se puede destacar la SAP de Las Palmas 9/6/2001 donde junto a los criterios de buena evolución de la enfermedad (esquizofrenia crónica por consumo de alcohol) y carácter excepcional de comportamiento delictivo, se valora la inexistencia de centros y el desarraigo que tal extremo puede producir, para sustituir dieciocho meses de internamiento por cinco años de Tratamiento Ambulatorio.

Si bien, el cumplimiento de estos internamientos terapéuticos es preferente de las demás medidas, Art. 47.1.2., no se establece una mención similar a la de concurrencia de penas y medidas de seguridad del Art. 99 de la CP, que exige a bonar el tiempo de cumplimiento de la medida a la pena que reste por cumplir.

Tampoco menciona la ley que en estos centros la finalidad sea puramente asistencial lo que implica consecuencias de gran trascendencia como por ejemplo, que en ellos no rijan el régimen disciplinario (Art. 59.3 RM) y que los permisos de salidas o las comunicaciones se deban adaptar a las necesidades de tratamiento terapéutico y no a las previsiones reglamentarias. En este sentido a los menores sometidos a internamientos terapéuticos podrán disfrutar de permisos y salidas y comunicaciones siempre que lo autorice el Juez de menores y que se enmarquen en el programa individualizado de tratamiento y podrán ser también dejados sin efecto si el menor incumple las condiciones.

En los delitos de terrorismo, la LORPM prevé que el Gobierno pondrá a disposición de la AN establecimientos con el control de personal especializado, esta previsión no puede comportar centros de internamiento diferentes lo que supondría un trato desigual respecto a los adultos (en los que no se distingue los internos condenados por delitos de terrorismo de los internos condenados por otro tipo de delitos, salvo en que uno de los criterios para la clasificación de primer grado, junto a otros, es la pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, Art. 102.5. CRP). Pero tampoco puede referirse a centro de internamiento con normas de funcionamiento interno diferentes lo que supondría un trato injustificado respecto al resto de menores, por ello sólo debe entenderse como una llamada de atención a que los centros donde resulten internados los menores por terrorismo estén dotados de medidas de control y vigilancia especializadas para este tipo de delincuencia.

5. REGLAS ESPECÍFICAS DE LOS TIPOS DE INTERNAMIENTO.

Antes de volver a hacer referencia a cada una de las medidas de internamiento, nos parece conveniente recalcar una diferencia significativa entre la pena de prisión prevista en el CP y cuyo cumplimiento se lleva a cabo conforme a las previsiones contenidas en la LOGP, y las medidas de internamiento previstas en la LORPM, el objeto de evitar el error habitual que identifica el régimen penitenciario con el régimen de las medidas previstas en la legislación penal juvenil.

El Código no establece una tipología de prisiones sino que recoge ésta entre las penas privativas de libertad (Arts. 35 a 38). Es posteriormente la Administración penitenciaria quien una vez el penado ha ingresado en un establecimiento penitenciario, la que determina el régimen de cumplimiento de la pena a través del procedimiento de clasificación en grados (primero, segundo o tercero) correspondiendo a cada uno de ellos un régimen de vida (ordinario, abierto y cerrado).

Así, a los clasificados en segundo grado se le aplicará el régimen ordinario, que también será de aplicación a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos. A los clasificados en tercer grado le será de aplicación el régimen abierto y el régimen cerrado se aplicará a los penados clasificados en primer grado por su peligrosidad extrema o manifiesta inadaptación a los regímenes comunes anteriores y de forma excepcional a los preventivos en quienes concurren idénticas circunstancias.

Esta identidad entre grado, clasificación y régimen de vida puede verse afectado por la aplicación del principio de flexibilidad previsto en el Art. 100. 2 de LRP que permite que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado.

La clasificación en cualquiera de los grados previstos en la legislación acordada por la Administración penitenciaria es susceptible de revisión por los Jueces de vigilancia penitenciaria³⁷⁵.

³⁷⁵ Al respecto, con la previa interposición del correspondiente recurso (Art. 76.1. f) LOGP), para lo que están legitimados exclusivamente el penado y el Fiscal, tal y como establece la DA 5ª de la LOPJ.

Por el contrario, en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores no existe una medida de internamiento, cuyo régimen se determine después en su ejecución, sino que existen tres medidas de internamiento diferentes, cada una de las cuales lleva y a asociado un régimen (cerrado, semiabierto o abierto), siendo por tanto una decisión exclusiva judicial donde las Entidades públicas de reforma carcelen de competencia alguna.

Al margen de esta diferente configuración y alineación que existe entre el ámbito de adultos y menores, en cuanto a la forma de determinarse el régimen de las penas y medidas privativas de libertad, también consideramos preciso señalar que sería erróneo identificar los regímenes penitenciarios con los previstos en la normativa penal juvenil, pues la medida de internamiento en régimen cerrado se corresponde más con el régimen ordinario penitenciario que con el régimen cerrado, mientras que la medida de internamiento en régimen semiabierto podría corresponderse tanto con un régimen ordinario como con un régimen abierto, no existiendo en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores un régimen similar al régimen penitenciario cerrado.

Tras la reforma llevada a cabo por la LO 8/2006, la medida de internamiento terapéutico que no estaba asociada a ningún régimen y que se concretaba en ejecución a través del programa individual de ejecución de medida (PIEM), ha pasado a tener asociado un régimen (cerrado, semiabierto o abierto) que debe ser determinado por el Juez de menores en su sentencia.

5.1 Internamiento en régimen cerrado y problemática jurídica bajo el régimen general penitenciario de adultos.

La redacción original del Art. 9.3 LORPM establecía que la medida de internamiento en régimen cerrado sólo podía aplicarse cuando la descripción y calificación jurídica de los hechos establezca que en su comisión se ha empuñado violencia o intimidación en las personas o se ha actuado con grave riesgo para la vida o integridad de las mismas. En la actualidad, el internamiento cerrado sólo podrá acordarse en virtud de la reforma de 4 de diciembre de 2006 y a tenor de la regla 2^a del Art. 9 LORPM en los siguientes casos:

1. Cuando los hechos estén tipificados como delito grave en el CP o leyes penales especiales.³⁷⁶
2. Cuando se trate de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.
3. Cualquiera que sea la tipificación del delito, si se comete en grupo, o el menor pertenece o actúa al servicio de una banda, organización o asociación que se dedicare a la realización de tales actividades, aunque sea de manera transitoria.

Así, la innovación de 2006 ha posibilitado que hoy por hoy sea posible, aunque no obligatorio³⁷⁷, el internamiento en centro cerrado no sólo cuando el menor ha cometido un delito con violencia o intimidación o riesgo para las personas, sino también, si el delito es calificado como grave y, con independencia de la entidad del hecho cometido, cuando se actúe en grupo o si se pertenece o se está al servicio de bandas, organizaciones o asociaciones criminales³⁷⁸. Por tanto, se amplían las posibilidades de aplicar la medida más grave a otros supuestos en los que no concurre violencia o intimidación o riesgo para la vida o integridad de las personas³⁷⁹, aunque tratándose de la medida más grave y restrictiva de derechos, su aplicación consideramos debería estar guiada por el principio de última ratio y en consecuencia, ser excepcional y por el tiempo imprescindible.

³⁷⁶ A tenor del Art. 13 en relación con el Art. 33 del CP, son delitos graves los que lleven aparejada una pena superior a cinco años de prisión, inhabilitación absoluta, inhabilitación especial por tiempo superior a cinco años; suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años; privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años y las prohibiciones de aproximarse o comunicarse con la víctima o a aquellos familiares u otras personas que determine el Juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.

³⁷⁷ El Juez no está vinculado a las medidas que soliciten las acusaciones pública y particular, sino en atención al principio acusatorio consagrado en el Art. 8.1 de la Ley a imponer una medida que no suponga una restricción de derechos a la solicitada por el Fiscal o por el acusador particular, (teniendo en cuenta que una medida de duración superior a la solicitada implica siempre una mayor restricción de derechos). Así pues es evidente que el Juez no puede imponer una medida de internamiento si ésta no ha sido solicitada y sólo puede imponerla en el régimen que se haya solicitado por las acusaciones o en uno inferior.

³⁷⁸ Con anterioridad a la LO 8/2006 e l internamiento en régimen cerrado sólo cabía imponerlo “cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas”, o, en general, a menores que ejecutaren alguno de los delitos contemplados en la DA 4ª (introducida por la Ley 7/2000), esto es, delitos previstos en los Arts. 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el CP con pena de prisión igual o superior a quince años. A tenor de dicha disposición el Juez debía imponer a los autores de esos delitos mayores de dieciséis años una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años complementada en su caso por una medida de libertad vigilada y a los menores de dieciséis años de uno a cuatro años de internamiento, complementada en su caso, por otra medida de libertad vigilada hasta tres años.

³⁷⁹

Así, la medida de internamiento cerrado se puede aplicar a cualquier delito castigado con pena grave³⁸⁰ y, dado que nada se dice en contra, con independencia de si la pena grave es de prisión o de otra naturaleza, pues a diferencia de lo establecido en el Art. 10.2, el Art. 9.2 a) LORPM no especifica que haya de ser una pena privativa de libertad. Con ello parece establecerse una excepción a la prohibición general contenida en el Art. 8.2, según la cual el tratamiento del menor no puede ser más gravoso que el que le correspondiera como adulto. Precisamente el argumento que proporciona este último precepto sirve a la FGE para considerar, a certadamente, que ha de hacerse una interpretación restrictiva de este apartado, considerando que la cláusula sólo habilita para imponer tal clase de internamiento cuando los hechos tipificados como delito grave por el CP, tengan asignada pena privativa de libertad que, para ser considerada grave, tendría que superar los cinco años.

En cualquier caso, la aplicación de esta regla se desvincula de cualquier otra circunstancia que concurra en los hechos, por lo que se amplía de manera extraordinaria las posibilidades de imposición de la medida de internamiento cerrado, aún cuando no sea la más adecuada al interés del menor, quedando al buen criterio del Juez que haga uso o no de esta facultad motivándolo en la resolución cuando lo entienda necesario para atender a las necesidades preventivas que presente el caso concreto.

Los menores sometidos a esta medida residirían en el centro y desarrollarán en éste las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, planificadas en el

380 Dado que el CP considera delito grave aquel que sea castigado con pena grave, Art. 13 en relación con el Art. 33 de dicho Texto. Antes de la reforma de 2006 sólo si el delito era castigado con pena grave de prisión superior a quince años, salvo en los casos de agresiones sexuales de los Arts. 179 y 180, así como de algunos delitos de terrorismo. En el marco de las conclusiones a probadas en la Cumbre de Fiscales de menores de 2001 (Lanzarote, 18 y 19 de octubre) se dejó constancia de que “el actual marco de medidas aplicables resulta claramente insuficiente en los casos más graves de delitos que, suscitando un importante reproche social, no pueden originar medida de mayor entidad que el internamiento en régimen semiabierto y que cometidos por jóvenes que habitualmente inciden en la comisión de delitos no suponen para éstos el límite cuyo conocimiento es imprescindible para el correcto proceso educativo”. En el mismo sentido, respecto al tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cantidad notoria, URBANO CASTILLO E. / DE LA ROSA CORTINA, J. M., *La responsabilidad penal de los menores...* p. 90. Igualmente, lamentando que no se pudiera aplicar como medida cautelar el internamiento en régimen cerrado cuando el menor se encuentra inmerso en una escalada de delitos no enjuiciados, pero graves, perpetrados sin violencia o intimidación y a bogando por un criterio de afectación de bienes jurídicos esenciales de la persona con el requisito adicional de que el delito estuviera castigado con una pena mínima de tres o cinco años, BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal Juvenil español”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M. / GRACIA MARTÍN, L. / HIGUERA GUMERÁ, J. F., (Eds), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, 2002, p. 1563.

programa individualizado de ejecución de la medida³⁸¹. El internamiento en régimen cerrado es una medida privativa de libertad que puede adoptarse tanto de carácter firme como cautelar. La medida pretende la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo.

Sólo puede aplicarse cuando (Art. 9.2 LORPM): los hechos estén tipificados como delito grave por el Código o las leyes penales especiales. Asimismo cuando tratándose de hechos tipificados como delitos menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado graves riesgos para la vida o integridad física de las mismas y también determinar, los supuestos de hechos tipificados como delito cometidos en grupo o bien que el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

No podrá aplicarse cuando se trate de acciones o de omisiones imprudentes, ni tampoco cuando los hechos sean calificados de falta. Tampoco podrá aplicarse en los casos que se aprecie en las causas que eximen de responsabilidad criminal 1,2 y 3 del Art. 20 del CP, si bien en estos casos podría ser de aplicación la medida de internamiento terapéutico en régimen cerrado.

Será de aplicación obligatoria cuando se trate de supuestos de extrema gravedad cometidos por mayores de dieciséis años, así cuando el hecho sea constitutivo de algunos de los delitos tipificados de los Arts. 138, 139 179, 180 y 571 a 580 de l CP, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las Leyes penales especiales pena de prisión o igual o superior a quince años. En los caso de extrema gravedad no podrá procederse a la modificación, suspensión o sustitución hasta que transcurra el primer año de cumplimiento efectivo. En los supuestos de los delitos previstos en los Arts. 138, 139, 179, 180 y 571 del CP o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las Leyes penales especiales o igual o superior a quince años cometidos por mayores de dieciséis años no podrá procederse a la modificación,

³⁸¹ Concordancias: -LORPM: Exposición de Motivos –Núm. 16- 7.1 a), 9, 10, 11, 28 y 51.2. - RLORPM: 10.1. 6ª, 13.2 c), 14 y 45 a 48).

suspensión o sustitución de la medida hasta que haya transcurrido hasta la mitad de la duración de la medida.

La concesión de permisos de salidas ordinarios, de salidas de fin de semana y de salidas programadas requerirá la autorización del Juez de menores si es necesario además de cumplimiento de los requisitos establecidos con carácter general en la reglamentación penal de menores, que haya cumplido el primer tercio de la medida, que una buena evolución personal durante la ejecución de la medida lo especifique y que ello favorezca de reinserción social. En estos supuestos los permisos de salidas ordinarios no podrá exceder de doce días al año y las salidas de fin de semana de una al mes. La duración de cada permiso ordinario no excederá nunca de cuatro días.

La concesión y licencia de permisos extraordinarios en casos de fallecimiento o enfermedad grave de familiares o por importantes y comprobados motivos requerirá de autorización expresa del Magistrado.

Tras la reforma introducida por la LO 8/2006 el internamiento a régimen cerrado también puede imponerse en supuestos de modificación de medida, aunque la inicialmente impuesta hubiese sido de internamiento en régimen semiabierto, siempre y cuando el hecho por el que se impuso fuera uno de los que pudiera ser sancionados con internamiento en régimen cerrado conforme al Art. 9.2 L ORPM (Art. 51.2 L ORPM). Siguiendo a NISTAL BURÓN, podemos destacar los siguientes puntos de fricción:

En primer lugar la posibilidad de que la Entidad pública conserve las competencias si la medida se ejecuta en un centro penitenciario de adultos, es decir, si una Entidad pública autonómica puede obligar a la Administración Penitenciaria a ejecutar un programa de intervención educativa diseñado por aquella para su ejecución en un centro específico gestionado y administrado por dicha administración autonómica y con su propio personal especializado.

Entendemos que la respuesta debe ser negativa, por cuanto tendría difícil encaje en el marco de distribución de competencia que la Administración Penitenciaria tuviese que ajustar su sistema a un programa de intervención educativa propuesto y diseñado por una Entidad pública de protección y/o reforma de menores para ser ejecutado. En consecuencia, en estos casos el joven al que se envía a prisión para el cumplimiento de una medida de internamiento cerrado de justicia juvenil, queda sometido a la regulación

normativa de los Títulos I I y I II de la L OGP, siéndole de aplicación el sistema penitenciario de adultos en bloque y siendo la administración penitenciaria la responsable de toda la actividad penitenciaria que conlleve la ejecución de la medida.

En segundo lugar si la Jurisdicción de menores si que conservando las mismas funciones sobre el cumplimiento de la medida o medidas cuando éstas tienen lugar en un centro penitenciario de adultos o, por el contrario, debe ser la Jurisdicción de vigilancia quién asuma la fiscalización y control de la ejecución de la medida impuesta al menor al tener lugar el cumplimiento en un centro penitenciario que está bajo su jurisdicción.

En este punto, consideramos que ha de ser la Jurisdicción de vigilancia penitenciaria y no la de menores la que ejerza dicho control jurisdiccional sobre la legalidad de la actuación de la administración que ejecuta la medida, debiendo ser el juez de vigilancia el que resuelva acerca de las peticiones, quejas y recursos relativos a los derechos o intereses del joven que cumple la medida en un centro penitenciario de adultos en cualquier materia, tanto en relación con el régimen como con el tratamiento, sin que exista fundamentación jurídica, como sostienen algunas resoluciones judiciales, a la hora de distribuir la competencia de fiscalización y control de la medida de internamiento entre una u otra jurisdicción (de menores o de vigilancia penitenciaria) en cuestiones que afectan al régimen de vida o tratamiento.

Esta tesis viene a corroborar el hecho de que algunas de las funciones que la LPM atribuye en su articulado al Juez de menores, tendrían difícil encuadre en la distribución de competencias prevista en la L OGP, y a que muchas de ellas tienen su razón de ser, precisamente, en el hecho concreto de que la medida se ejecuta en un centro específico, aunque no tendría esa misma justificación si la medida se cumpliera en un centro penitenciario de adultos. El Juez de menores mantiene en estos casos las funciones que como Juez sentenciador le corresponden.

En cuanto a la problemática que plantea la cuestión del régimen, el Art. 14 introducido en la reforma de la LO 8/2006 establece el régimen general como equivalente al régimen penitenciario en bloque (ordinario, abierto y cerrado) y no de régimen ordinario como había el anterior precepto, lo que inducía a error. Sin embargo, esta aclaración no despeja otras dudas relativas a la posible equivalencia entre régimen de vida penitenciarios y medidas de internamiento.

Así pues, los distintos tipos de régimen previstos en el ordenamiento penitenciario de los adultos son el ordinario, abierto y cerrado. El ordinario se aplica a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos. El abierto se aplica a los penados clasificados en tercer grado que pueden continuar su tratamiento en régimen de semilibertad y el régimen cerrado a los penados en primer grado, por su peligrosidad extrema o manifiestas inadaptación a los regímenes comunes anteriores, así como a los preventivos en quienes concurren idénticas circunstancias

Las modalidades del régimen penitenciario ordinario y cerrado podrían tener su equivalencia con la medida de internamiento en régimen cerrado y que el régimen penitenciario abierto podría equivaler a las medidas de internamiento en régimen abierto y semiabierto.

La divergencia entre regímenes de vida penitenciaria y clases de medidas de internamiento nos lleva a la conclusión de que el régimen de vida previsto en la ley del menor para el cumplimiento de las medidas de internamiento en centros específicos no tiene fácil encaje cuando estas mismas medidas se cumplen en centros penitenciarios de adultos.

Como adecuadamente indica, la Magistrada-Juez, SAN MARTÍN LARRINOA, la solución que se evidencia es, lamentablemente, que la medida que fue impuesta conforme a la legislación de menores, cuando el cumplimiento tiene lugar en un centro penitenciario de adultos, se cumpla como una pena tradicional del Código.

5.2. Aplicabilidad del Internamiento en régimen semiabierto.

1. Los menores en régimen semiabierto residirán en el centro, pero realizarán fuera de éste alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. Este programa podrá establecer un régimen flexible que deje a la Entidad pública un margen de decisión para su aplicación concreta.
2. La actividad o actividades que se realicen en el exterior se ajustarán a los horarios y condiciones establecidos en el programa individualizado de ejecución de la medida, sin perjuicio de que, en función de la evolución personal del menor, la entidad pública pueda aumentar o disminuir las actividades en el exterior o los horarios, siempre dentro del margen establecido en el propio programa³⁸².

El internamiento en régimen semiabierto es una medida privativa de libertad, que puede adoptarse tanto con carácter firme como cautelar³⁸³. Su contenido ha sido modificado por la 8/2006. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el PIEM. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de menores suspenderlas por tiempo de terminado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.

La medida implica la existencia de un proyecto educativo en donde desde el principio los objetivos sustanciales se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad, teniendo el menor su residencia en el centro, sujeto al programa y régimen interno del mismo.

El programa individualizado de ejecución podrá establecer un régimen flexible de actividades fuera del centro que deje a la Entidad pública un margen de decisión para su aplicación correcta.

³⁸² Concordancias: -LORPM: Exposición de Motivos (Núm. 16), 7.1 b), 28 y 50.2. -RLORPM: 10.1.6ª a), 13.2 c), 14 y 45 a 48.

³⁸³ En relación, no podrá aplicarse cuando los hechos sean calificados de falta (Art. 9.1 LORPM).

La actividad o actividades que se realicen en el exterior se ajustaran a los horarios y condiciones establecidos en el programa de ejecución, sin perjuicio de que en función de la evolución personal del menor, la Entidad pública pueda aumentar o disminuir las actividades en el exterior o los horarios, si empre dentro del margen establecido en el propio programa.

En los supuestos de quebrantamiento de una medida no privativa de libertad, excepcionalmente y a propuesta del Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el Equipo técnico, el Juez de menores podrá sustituir la medida por la de internamiento en régimen semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento (Art.50.2 LORPM). Esta posibilidad había suscitado importantes dudas de constitucionalidad.³⁸⁴

Los menores sometidos a esta medida pueden disfrutar de permisos de salida ordinarios, de salidas de fin de semana y de salidas programadas, siempre que concurren los requisitos establecidos en el RLORPM.

Los permisos de salida ordinarios serán de un máximo de 40 días al año, distribuidos proporcionalmente en los dos semestres, no computándose dentro de estos topes los permisos extraordinarios, ni las salidas de fin de semana ni las salidas programadas. La duración de cada permiso no excederá nunca de 15 días.

Como regla general podrán disfrutar de una salida de fin de semana al mes hasta cumplir el primer tercio del período de internamiento y de dos salidas al mes durante el resto, salvo que la evolución del menor aconseje otra cosa.

³⁸⁴ Al respecto, El TC, en Auto 33/2009, de 27 de enero de 2009 (BOE de 25 de febrero de 2009) inadmitió a trámite por infundada la cuestión de inconstitucionalidad febrero de 2009) inadmitió a trámite por infundada la cuestión de inconstitucionalidad 7052-2008, planteada por la AP de Barcelona en relación con este artículo, entrando a analizar los motivos expuestos por la Audiencia en el Auto en el que planteaba la cuestión y que venían referidos a la conculcación del principio de seguridad jurídica consagrado en el Art. 9.3 de la Constitución y de la doctrina del propio Tribunal en relación a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes contenida en las resoluciones 36/1991 y 234/2007.

5.3. Aplicabilidad del Internamiento en régimen abierto.

Los menores sujetos a esta medida llevarán a cabo en los servicios normalizados del entorno todas las actividades de carácter escolar, formativo y laboral establecidas en el PIEM, residiendo en el centro como domicilio habitual. Las actividades en el exterior se llevarán a cabo conforme a los horarios y condiciones de realización establecidas en el Programa individualizado. En general, el tiempo mínimo de permanencia en el centro será de ocho horas, y el menor deberá pernoctar en este. No obstante, cuando el menor realice en el exterior una actividad formativa o laboral cuyas características lo requieran, la Entidad pública podrá proponer al Juzgado de menores la posibilidad de no pernoctar en el centro durante un período de terminado de tiempo y acudir a éste solamente con la periodicidad concreta establecida, para realizar actividades determinadas del PIEM, entrevistas y controles presenciales.

Cuando la Entidad pública entienda que las características personales del menor y la evolución de la medida de internamiento en régimen abierto lo aconsejan, podrá proponer al juzgado de menores que aquélla continúe en viviendas o instituciones de carácter familiar ubicadas fuera del recinto del centro, bajo control de dicha entidad³⁸⁵. El internamiento en régimen abierto es una medida privativa de libertad, que puede adoptarse tanto con carácter firme como cautelar. No podrá aplicarse cuando los hechos sean calificados de falta (Art. 9.1 LORPM).

Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo. Las actividades en el exterior se llevarán a cabo conforme a los horarios y condiciones de realización establecidas en el Programa individualizado de ejecución.

En general, el tiempo mínimo de permanencia en el centro será de ocho horas, y el menor deberá pernoctar en este. No obstante, cuando el menor realice en el exterior una actividad formativa o de tipo laboral cuyas características lo precisen, la entidad pública podrá proponer al juzgado de menores la posibilidad de no pernoctar en el centro durante un periodo determinado de tiempo y acudir a éste solamente con la periodicidad concreta

³⁸⁵ Concordancias: -LORPM: Exposición de Motivos (Núm. 16), 7.1 c) y 28. -RLORPM: 10.1.6ª a), 13.2 c), 14 y 45 a 48.

establecida, para realizar actividades determinadas del mencionado Programa, así como, entrevistas y seguimientos.

Cuando la Entidad pública entienda que los caracteres personales del menor y la evolución de la medida de internamiento en régimen abierto lo aconsejan, podrá proponer al Juez que aquélla continúe en viviendas o en instituciones de carácter familiar ubicadas fuera del recinto del centro, siempre bajo el control de dicha entidad. Los menores bajo esta medida pueden disfrutar de permisos de salida de tipo ordinarios, de salidas de fin de semana y también de salidas programadas, siempre que concurren los requisitos que se establecen en el Reglamento.

Los permisos de salida ordinarios serán de un máximo de 60 días al año, distribuidos de manera proporcional en los dos semestres, no computándose dentro de estos límites los permisos que son extraordinarios, ni las salidas de fin de semana ni las programadas. La duración de cada permiso no excederá en ningún caso de quince días y como regla general podrán disfrutar de salidas todos los fines de semana del mes, salvo que la evolución en el tratamiento aconseje otra frecuencia de salidas y ello se haya comunicado motivadamente al Fiscal y al Juez de menores.

5.4. Aplicabilidad del Internamiento terapéutico.

Los menores sometidos a esta medida residirán en el centro designado para recibir la atención educativa especializada o el tratamiento específico de la anomalía o alteración psíquica, dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad, que padezcan, de acuerdo con el programa de ejecución de la medida elaborado por la Entidad pública.

Los especialistas facultativos correspondientes elaborarán un programa de tratamiento de la problemática objeto del internamiento, con las pautas sociosanitarias recomendadas y, en su caso, los controles para garantizar el seguimiento, que formará parte del programa individualizado de ejecución de la medida que elabora la entidad pública.

Cuando el tratamiento tenga por objeto la deshabitación del consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas y el menor no preste su consentimiento para iniciarlo o para someterse a los controles de seguimiento

establecidos o, una vez iniciado, lo abandone o rechace someterse a los controles, la Entidad pública no iniciará el tratamiento o lo suspenderá y lo pondrá en conocimiento del Magistrado de menores a los efectos oportunos.

Cuando la Entidad pública, en atención al diagnóstico realizado por los facultativos correspondientes o a la evolución en la medida considere que lo más adecuado es el internamiento en centro sociosanitario, lo solicitará al Juez de menores.

El internamiento terapéutico es una medida privativa de libertad, que puede adoptarse tanto con carácter firme como cautelar. No podrá aplicarse cuando los hechos sean calificados de falta (Art. 9.1 LORPM)³⁸⁶. Esta medida, o la de tratamiento ambulatorio, serán obligatorias cuando concurra en el menor alguno de las circunstancias previstas en los núm. 1, 2 y 3 del Art. 20 CP (Art. 5.2 LORPM).

Tras la reforma operada de la LO 8/2006 el internamiento podrá ser en régimen cerrado, semiabierto o abierto.

En los centros de esta naturaleza se realizara una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determine una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en el Art. 7 de la LORPM.

Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

El internamiento terapéutico estaba previsto inicialmente para aquellos casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado.

³⁸⁶ Concordancias: -LORPM: Exposición de Motivos (Núm. 16), 5.2, 7.1 d), 9.5, 28, 29 y 54.2. - RLORPM: 10.1.6ª a), 13.2 c), 14 y 50.

Los especialistas o facultativos correspondientes elaborarán un programa de tratamiento de la problemática objeto del internamiento, con las pautas socio-sanitarias recomendadas y, en su caso, los controles para garantizar el seguimiento, que formará parte del PIEM que elabore la Entidad pública de reforma.

Cuando del tratamiento correspondiente, el menor no preste su consentimiento para iniciarlo o bien para someterse a los controles normales de seguimiento, la Entidad pública no iniciará el tratamiento o lo suspenderá y acto seguido lo pondrá en conocimiento del Juez.

La concesión y disfrute de permisos y salidas estará sometido a un doble régimen: en primer lugar en función del régimen de internamiento acordado (abierto, semiabierto y cerrado), en cuyo caso serían de aplicación las normas establecidas para los mismos y en segundo lugar, y de forma específica, en función del programa individual de tratamiento.

6. DURACIÓN DEL INTERNAMIENTO.

Según indica el Art. 7.2 de la LORPM, el internamiento consta siempre de dos períodos, el primero en el centro y el segundo en libertad vigilada que se cumplirá inmediatamente después de la finalización del primer período. La duración total de ambos períodos conjuntamente no excederá de los límites correspondientes de los Arts. 9.3 y 10 de la LORPM, teniendo en cuenta que en unas ocasiones el plazo dado por la normativa comprende la duración conjunta para que sea el Juez el que fije su respectiva duración, y en otra se distingue la duración correspondiente de cada uno de ellos, como ocurre en el Art. 10 LORPM que acopia la duración concreta de cada período respectivamente para los supuestos de extrema gravedad y determinados delitos graves.

Con todo ello, la duración del internamiento puede tener la siguiente extensión: la regla general es que el internamiento como todas las medidas, tengan una duración máxima de dos años, Art.9.3 y las excepciones en la duración máxima de la medida judicial de internamiento serían:

- Tres años si el menor tuviera catorce o quince años y hubiera cometido algunos de los hechos recogidos en el Art. 9.2.
- Seis años si el menor tuviera dieciséis o diecisiete años si hubiera cometido algunos de los hechos recogidos en el Art. 9.2. Cuando estos mismos hechos son de

extrema gravedad el internamiento cerrado (en todo caso) pasa a tener una duración entre uno y seis años, con lo cual se excluye los internamientos de menos de un año, y además va seguido de una libertad vigilada de hasta cinco años como máximo.

En los delitos mencionados en el Art. 10.2. el internamiento cerrado durará de uno a cinco años seguidos de libertad vigilada hasta tres años si el menor tuviera catorce o quince años, y de uno a ocho años de duración seguidos de libertad vigilada hasta cinco años si el menor tuviera dieciséis o diecisiete años.

Finalmente, sólo en los supuestos concursales de los delitos mencionados en el Art. 10.2 el internamiento cerrado podrá durar hasta seis años si el menor tuviera catorce o quince años y hasta diez años si el menor tuviera dieciséis y diecisiete años, respectivamente, seguidos de la libertad vigilada correspondiente, es decir, hasta tres años en el primer caso y hasta cinco en el segundo.

Como todo internamiento va seguido de libertad vigilada, el Art. 7.2. LORPM establece que el Juez ha de señalar en la misma resolución su respectiva duración, previo informe del equipo técnico, sin que exceda de los límites legales de los Art. 9 y 10 respectivamente, la finalidad de esta medida subsiguiente es que el paso a la libertad sea paulatino y supervisado por un educador³⁸⁷: tras el final de la reclusión se ha de asegurar un apoyo educativo y un apoyo a la reinserción social de los menores, de ahí la importancia de que el Equipo técnico informe sobre su respectivo contenido, dándole al Juez una mayor flexibilidad que cuando está tasado.

Esto puede presentar problemas de concreción ya que a priori es difícil que el Enjuiciador pueda realizar un pronóstico exacto de las necesidades del menor, la solución que aboga porque en la sentencia no venga una concreción numérica o exacta de los dos períodos sino sólo los criterios que se irán concretando en el futuro³⁸⁸ no parece satisfactoria, no sólo por la literalidad de la ley, que exige su concreción sino por exigencias de seguridad jurídica, por ello lo más adecuado es que el Juez disponga en la sentencia la duración de los dos períodos y en su caso haga uso más adelante de los mecanismos de sustitución o suspensión de la medida, ya que la posibilidad de

³⁸⁷ Señalado en la Recomendación R (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 17 de septiembre de 1987

³⁸⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *Comentarios...* cit., p. 101.

modificaciones en este sentido son las mismas que pueden ocurrir con el resto de medidas.

Para facilitar esta concreción como novedad de la LO 8/2006, la libertad vigilada subsiguiente al internamiento ha de ser ratificada al finalizar el internamiento por Auto motivado, con la audiencia de l Ministerio Público, el letrado de l menor y l a Entidad pública, Art. 10.4 LORPM, lo que viene hacer una posibilidad de revisión de lo decidido en su día por el Juez, por si ha dejado de ser necesaria, pero siempre teniendo en cuenta que esta duración se puede reducir pero nunca prolongar, Art. 13 LORPM.

7. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.

El procedimiento de ejecución se regula en el Art. 46 LORPM y Art. 10 RM estableciendo algunas diferencias en el orden de las actuaciones que hay que seguir. En cuanto a los internamientos, una vez el Juez ha dictado resolución firme, la Entidad pública con la sentencia recibida, los informes técnicos de la causa y la identificación del letrado, indica inmediatamente el centro de ingreso y lo comunica al Juez. En la elección del centro se tiene en cuenta la existencia de plazas disponibles de entre los más cercanos al lugar del domicilio del menor. Si está alejado, lo que sólo debe justificarse por el interés de aljar al menor de su entorno familiar y social, si está en otra CCAA o es socio sanitario se necesita autorización judicial (Art. 10. 2 RM).

En los sumarios de terrorismo se exigen centros específicos, lo que no ocurre en adultos, planteando una diferencia injustificada que no debe entenderse en absoluto como una remisión a los centros penitenciarios por muy peligrosos que sean los menores infractores; además, en el caso de menores que pertenezcan a una banda organización o asociación no pueden cumplir la medida en el mismo centro, lo que puede limitar también el derecho a estar en el centro más próximo a su domicilio³⁸⁹. Como novedad de la ley 8/2006 el Magistrado que ha de autorizar el traslado ha de ser el competente para la ejecución de medidas.

La necesidad de que la elección del centro recaiga en la Entidad pública y no, en el órgano judicial, la recuerda la SAP Cádiz 20/ 4/2004 al revocar en apelación la sentencia impugnada por haber indicado el Juez de menores en la misma el centro de internamiento donde se iba a cumplir la medida impuesta, vulnerando con ello el Art. 45

³⁸⁹ La mera actuación en grupo no puede justificar esta separación sino que ha de adoptarse teniendo en cuenta el interés del menor.

LORPM que reserva dicha competencia a los Departamentos de Justicia juvenil adscritos a la Entidad Pública de las Delegaciones de Justicia. A continuación, en veinte días se presenta al Juez el Programa individualizado de ejecución para que lo autorice en el que, en general, debe constar en todo caso el régimen de ejecución de internamiento, la previsión de permisos de salida ordinarios, la previsión de actividades programadas y la posibilidad de desempeñar un trabajo dentro o fuera del centro. En particular, en caso de internamiento cerrado se han de detallar las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio que vaya a realizar el menor.

En el internamiento en régimen semiabierto dichas actividades se realizarán fuera del centro y, en su caso, la organización que se requiera para ello; si se trata de internamiento abierto, también se concretarán dichas actividades y por último, en el internamiento terapéutico se ha de hacerse constar la planificación de salidas permisos y comunicaciones y el programa de tratamiento con las pautas socio sanitarias que se vayan a seguir.

Una vez iniciado el cumplimiento del internamiento se notifica al Juez para que el Secretario realice la liquidación judicial en la que ha de constar las fechas de inicio y fin de la medida, y si la hubiere, el abono de la medida cautelar. Tal escrito ha de comunicarse al Fiscal a la Entidad pública y al letrado del menor y aunque no se dice debe ser aprobado por el Juez como toda liquidación judicial³⁹⁰. La medida cautelar abonable puede ser homogénea a la impuesta (detención e internamiento) o no homogénea, en cuyo caso se deja a la discrecionalidad del Juez para realizar una compensación razonable³⁹¹.

En el mismo sentido que se contempla en el Art. 58 de l CP, para los adultos se puede abonar el cumplimiento de una medida cautelar a una media impuesta por una causa diferente siempre que se trate de hechos cometidos con anterioridad a la adopción de la medida cautelar, y a que se trate de evitar el abono a hechos cometidos

³⁹⁰ DE URBANO CASTRILLO, E. / DE LA ROSA CORTINA, JM. *Cit.* p. 260.

³⁹¹ En Resolución de 28/7/2004 del Juzgado de menores de Murcia se establece una compensación entre el abono de un internamiento cautelar cerrado y un semiabierto impuesto en los siguientes términos: *“habiendo estado sometido a la medida cautelar de internamiento en centro de régimen cerrado un total de dos meses, y dieciséis días en centro de régimen semiabierto. El tiempo que ha estado internado en régimen cerrado se le valora el doble que el régimen semiabierto por ser el cerrado un régimen más restrictivo de derechos fundamentales, por lo que se abonarán un total de cuatro meses y dieciséis días”*.

posteriormente, que puedan facilitar la impunidad³⁹². Con todos los informes, resoluciones judiciales, y documentación en general, se abre en la Comunidad un Expediente personal único a cada menor que acumula todas las incidencias³⁹³: dicho expediente tiene carácter reservado y sólo pueden acceder el defensor del pueblo o institución análoga, la Comunidad, los Jueces de menores, el Ministerio Público, los profesionales intervinientes, y el menor, su abogado y el representante legal si lo solicita; la especial importancia de la protección de datos del menor justifica su salvaguarda en atención a su derecho al honor y a la intimidad, así como una especial mención al deber de sigilo profesional.

La Entidad pública ha de remitir informes periódicos al Juez de menores y al Fiscal y al letrado del menor si lo solicitara, además de un informe final cuando se cumpla la medida para que el Juez dicte Auto de Archivo del Art. 53 LORPM.

El Reglamento de menores, establece como regla general de todas las medidas, excepto Permanencia de fin de semana y Prestaciones en beneficio de la comunidad que estos informes sean trimestrales, aunque tanto si lo pide el Juez de menores o Fiscal, o bien, la propia Entidad pública lo considere necesario se pueden realizar en cualquier momento.

Los internamientos cerrados no se pueden modificar antes de un año de cumplimiento y en los casos preceptivos en el Art. 10.2. LORPM hasta la mitad de la condena. El objetivo del cumplimiento de toda medida es trabajar sobre las carencias más frecuentes en los menores y que suelen ser las siguientes:

- problemas personales y de afectividad.
- disfunciones psicológicas.
- baja empatía.
- baja autoestima.
- bajo control de impulsos.
- desconfianza.
- poca sinceridad.

³⁹² El inicio de la medida se entiende desde el día que el menor ingresa en el centro, al igual que en adultos. Aunque la LORPM establece que la liquidación se haga antes del inicio de ejecución, nos parece más lógico determinar que se realice una vez iniciada la ejecución como ocurre en adultos.

³⁹³ Art. 48 LORPM y Art.12 RM.

- ingestión de sustancias tóxicas.
- mala alimentación.
- rechazo escolar.
- familia desestructurada.
- escaso interés...

Todo ello, a su vez, implica a la medida un contenido educativo diferente a la finalidad resocializadora de la pena de adultos, y que en el internamiento tienen una especial importancia por las posibilidades de intervención, para conseguir estos objetivos las fases de cumplimiento del internamiento en general suelen ser las siguientes:

- admisión: acogida e información.
- evaluación inicial: recogida de datos, observación y adaptación.
- diseño y ejecución del programa: necesidades detectadas y planificación de objetivos.
- seguimiento: mensualmente se revisa la situación del menor.
- resultados: valoración global.

La Libertad vigilada subsiguiente al internamiento se ejecuta como el resto de medidas en medio abierto, es decir, la Entidad pública encargada, designa el profesional responsable, a continuación se reúne con los representantes legales para comunicar el contenido, inicio y fin de la medida, emitiendo con las terminaciones de este encuentro un informe inicial con los datos del menor, la familia, etc., se realiza un proyecto con objetivos y estrategias (escolar, familiar, habilidades sociales...) con la obligación de emitir los correspondientes informes al Juzgado y a la Entidad pública y cuando termine la medida, se emite un informe global.

Dada la dependencia de la libertad vigilada subsiguiente a la medida de internamiento, a ésta última, es cada vez más frecuente por ser conveniente que antes de su inicio ya hay una toma de contacto entre los responsables de la ejecución de la misma y el centro donde se ha cumplido la medida de internamiento, así como durante el transcurso de su cumplimiento una relación fluida entre ellos para mayor coherencia y eficacia de los objetivos previstos.

Cuando finaliza el cumplimiento de la medida, en esta Jurisdicción no existe el Registro de antecedentes penales propio de adultos, ya que el Registro de sentencias es sólo para Jueces de menores y Fiscales.

En el supuesto de la ejecución de varias medidas de internamiento, es posible imponer una o varias medidas con independencia de que se haya cometido uno o varios hechos delictivos. La LORPM ha tenido que regular la imposición judicial de varias medidas y las reglas correspondientes a su ejecución conjunta, tarea que no ha sido realizada con excesiva claridad con una regulación más que dudosa, que deja cuestiones tan importantes como la duración máxima del cumplimiento de medidas.

El orden de cumplimiento cuando son varias las medidas impuestas, bien sea en las mismas o distintas resoluciones judiciales, se regulan en el Art. 47 LORPM de la siguiente manera:

- 1) El Juez competente para la ejecución, según el Art. 12.1. LORPM es el que hubiera dictado la primera sentencia firme ordenará el cumplimiento simultáneo de las medidas que sean compatibles según reza el Art. 11 RM que son: las medidas no privativas de libertad diferentes entre sí; la permanencia de fin de semana con otra medida no privativa de libertad; la amonestación, privación de permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor o de recho a obtenerlo, licencia para caza o arma e inhabilitación absoluta cuando concurren con otra medida diferente. Es decir, sólo las últimas son compatibles con el internamiento y además los internamientos son incompatibles entre sí y con otras privativas de libertad como la permanencia de fin de semana. Antes de aprobarse el Texto reglamentario, ante el silencio de la LORPM, se daban situaciones irregulares como el cumplimiento simultáneo de internamiento semiabierto cerrado y prestaciones en beneficio de la comunidad dentro del centro, con la paradoja de que mientras se cumplía esta última no se estaba sujeto a la normativa de funcionamiento interno del centro y por ello de cometer alguna infracción el centro no sería competente para aplicar la sanción correspondiente, lo que el defensor del pueblo criticó instando al desarrollo reglamentario de la no compatibilidad entre medidas de distinta naturaleza³⁹⁴.

³⁹⁴ Defensor del pueblo. Informe sobre el primer año de vigencia de la LORPM. septiembre 2002, p. 425.

- 2) Si no es posible se cumplirán sucesivamente con el siguiente orden de cumplimiento: el internamiento terapéutico es preferente a todas las demás medidas: en este caso no se establece una mención similar a la de concurrencia de penas y medidas de seguridad de la Art. 99 CP, que exige a bonar el tiempo de cumplimiento de la medida al de la pena que reste por cumplir, si bien es cierto que la flexibilidad judicial lo hace innecesario. Las medidas impuestas por el Juez central de menores o por la Sala correspondiente de la AN serán preferentes a las impuestas por otros Jueces o Salas de menores.

El internamiento cerrado es prioritario al resto de los internamientos, y a que cuando concurren varios internamientos aunque unos sean cautelares y otros definitivos siempre se cumplen antes los de régimen más restringido, interrumpiendo los demás, salvo que el Juez de menores altere el orden de cumplimiento. Las medidas de internamiento son preferentes a las no privativas de libertad, incluso interrumpiendo su ejecución, sin tener en cuenta su naturaleza de última ratio, pese a la posibilidad de alterar el orden que otorga el Art. 47.5 e) LORPM.

La libertad vigilada subsiguiente a un internamiento cerrado de la Art. 10.2. se cumplirá una vez finalice el primer periodo, pero siempre que no haya pendientes otros internamientos, con lo cual es preferente a otras medidas no privativas de libertad. Esto quiere decir que la libertad vigilada subsiguiente a los distintos internamientos se cumplirá al final de todos ellos para impedir situaciones contradictorias como que después de un internamiento cerrado y subsiguiente libertad vigilada se volviera a ingresar en el centro para cumplir un internamiento semi-abierto, lo que no contradice la disposición del Art. 47.5 d) que está dando preferencia a la libertad vigilada que sigue a un internamiento cerrado sobre otras medidas no privativas de libertad, pero no sobre otros internamientos. Las demás por orden cronológico de las sentencias.

Si coincide medidas con pena o medida de seguridad de adultos, si es posible se cumplen simultáneamente atendiendo a su naturaleza, forma de cumplimiento o eventual suspensión de la pena; de lo contrario tiene prioridad la sanción penal dejando sin efecto las medidas de menores salvo que se trate de una medida de internamiento y de pena de prisión, en este caso la medida de internamiento terminará de cumplirse en el centro penitenciario y a continuación, salvo que el Juez de menores utilice una de las vías

alternativas del Art. 13 se cumplirá la pena. Por su parte, el Art. 14.4. LORPM añade que al pasar el menor a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario por alcanzar la mayoría de edad, las restantes medidas juveniles impuestas quedarán sin efecto si fueran incompatibles con el régimen penitenciario.

3) Previo informe del Ministerio Público, de las demás partes y la Entidad pública, el Juez puede alterar el orden de cumplimiento en interés del menor: cuando el menor tenga que cumplir varias medidas de la misma naturaleza impuestas en diferentes resoluciones se han de refundir en una sola por el Juez competente para la ejecución, que las su mará est ableciendo u na d uración m áxima d el d oble d e la m ás g rave d e l as refundidas. En est e sen tido l a r eforma de l a L ORPM por l a L ey 8/2006 pa rece haber querido resolver un problema de ejecución importante, como es la duración máxima de condenas enlazadas en las que no ha habido conexidad³⁹⁵, est ableciendo su d uración máxima en el doble de la más grave impuesta, ya que de lo contrario se ha de estar en lo establecido, en el Art. 11. LORPM que no permite excederse de los límites generales de las medidas recogidas en los Arts. 9 y 10.

Lo positivo de esta previsión legal es que se solventa algo que en los adultos no está resuelto permitiendo una permanencia en prisión limitada, sin embargo, establecer como tope el doble de las más grave de las medidas impuestas resulta excesivo, desproporcionado y desaconsejable al permitir la posibilidad de internamientos cerrados de veinte años, que por cierto, pueden pasar a su cumplimiento en prisión cuando el menor cumpla dieciocho años. Sin negar la evidencia de que existen hechos sumamente graves, no podemos compartir esta solución puramente retributiva que relega la necesaria labor educativa especializada de tales casos, por todo ello no deberían sobrepasarse los límites legales generales y en todo caso, habría que hacer uso de los mecanismos de sustitución cuando se dé lugar a internamientos excesivamente prolongados.

³⁹⁵ Por ejemplo, si cumpliendo una medida por sentencia firme se comete un nuevo delito.

CAPÍTULO X.

DERECHOS Y DEBERES DE LOS MENORES INTERNADOS.

1. ORIGEN DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD PARA MENORES INFRACTORES.

La evolución del internamiento de los menores infractores se ha desarrollado en paralelo con la historia de la prisión. El cumplimiento de la pena privativa de libertad, en la infraestructura que conocemos como establecimiento penitenciario, es un hito relativamente nuevo, tanto como sanción penal en sí misma, cuanto como institución³⁹⁶. En el siglo XVI abordarán sus primeras manifestaciones experimentales, continuando su evolución en el siglo XVIII y, finalmente, estableciéndose su consagración, de manera más perfeccionada en el siglo XIX³⁹⁷. Las únicas excepciones que podemos encontrar a la mera custodia procesal del individuo, en siglos anteriores, pueden resumirse en los siguientes grupos: la prisión por deudas, la prisión eclesiástica y la prisión política o de Estado. Independientemente de estas excepciones, el encierro de los menores infractores carecía de un verdadero soporte o estructura jurídico-penal.

El poder punitivo público a penas se manifestaba, siendo el padre de familia y la estructura familiar las únicas figuras protagonistas en la aplicación de los castigos. Esta misma filosofía paternalista se convertiría, años más tarde, en la piedra angular de las primeras instituciones públicas de internamiento para menores.

En cuanto al régimen del internamiento de menores delincuentes (fundaciones de los siglos XVI al XVIII), ofrecer paralelismos entre los actuales centros de menores y las primeras instituciones donde se practicó la privación de libertad, supone un acercamiento al régimen de vida y regulación de la situación de los menores en las mismas: hospicios, casas de misericordia, albergues y hospitales, en los que los menores infractores fueron encerrados en busca de su corrección.

³⁹⁶ Al respecto, VON LISZT, F.: Tratado de derecho penal, traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España por QUINTILIANO SALDAÑA, R, Madrid, 1851-1919, tomo III, p. 245; VON HENTIG, H.: La pena II, Espasa-Calpe, Madrid, 1967, pp. 185 y 186; FOUCAULT, M.: Vigilar y Castigar: Nacimiento de la prisión, 5ª edición en castellano, Siglo XXI. Editores, Madrid 1981, p. 233; GARCIA VALDÉS, C.: Estudios de Derecho Penitenciario, Técno, Madrid, 1982, p. 28.

³⁹⁷ GARRIDO GUZMÁN, L.: Manual de Ciencia Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1983, pp. 99 y ss.; y LANDROVE DÍAZ, G.: Las Consecuencias Jurídicas del Delito, 6ª edición. Técno, Barcelona, 2005, pp.48 y 49.

Uno de los primeros establecimientos que surgió para el encierro de jóvenes y menores delincuentes fue la casa de misericordia de Valencia (fundada en 1679). En conexión con las atribuciones administrativas y penales de la figura del padre de huérfanos³⁹⁸, esta edificación fue el sustituto final de la labor de recogida de los menores delincuentes de la ciudad. Dichos menores serían internados en el depósito de la casa de misericordia, con separación entre menores y hembras.

Para evitar una contaminación moral y criminal de estos menores, los hospicios comenzaron a organizarse, de modo que se dieron las primeras divisiones sectoriales de estas instituciones. El hospital de Barcelona (1583) fue una institución especialmente bien organizada en su labor como reclusorio de menores, donde además, se disponía de un departamento especial, “donde persona señalada les enseña el catecismo”³⁹⁹.

La importancia de estas instituciones se encuentra como alude C ÁMARA ARROYO, en el giro que supusieron para el entendimiento de la privación de libertad en menores infractores. Poco a poco, los hospicios empezaron a cargar con el peso de los primeros regímenes penitenciarios para los jóvenes infractores.

2. ESTATUTO DEL MENOR INTERNO.

Al contrario de lo que ocurría en la ley que regulaba la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, según redacción dada por LO 4/1992, de 5 de junio, en la que no se establecía ninguna relación de derechos y deberes de los menores internados, la LORPM ha querido recoger en dos amplios preceptos estos dos aspectos del régimen estatutario jurídico del menor ingresado.

En el Art. 56.1⁴⁰⁰ se realiza una declaración general sobre los derechos de los internos, indicando que: todos los menores internados tienen derecho a que se respete su propia personalidad, su libertad ideológica y religiosa y los derechos e intereses legítimos no afectados por el contenido de la condena, especialmente los inherentes a la minoría de edad civil cuando sea el caso”.

³⁹⁸ El padre de huérfanos de Valencia tuvo la potestad de decretar la prisión y encarcelamiento de los menores. Según explica GARCÍA VALDÉS, “la naturaleza jurídica del padre de huérfanos era administrativa”, siendo competente para las asignación de curadores y dones para sus protegidos, pudiéndolos corregir temporalmente e incluso “solicitar la colaboración de la justicia penal”. GARCÍA VALDÉS, C.: Los presos jóvenes..., p. 19.

³⁹⁹ CADALSO, F.: Instituciones Penitenciarias y similares en España, Madrid, 1922, p. 505.

⁴⁰⁰ En el Art. 56.1 del reglamento sobre informaciones recoge la obligación de la Entidad pública de informar” con la periodicidad adecuada y, en todo caso, siempre que lo requieran, (a los menores) (...) de sus derechos y deberes previstos en los Arts. 56 y 57 de la Ley (...).”

A propósito del contenido de dicho precepto, nos llama la atención que se utilice el término “condena”, en una normativa, que trata de excluir cualquier referencia estrictamente punitiva, obviando términos como el de “pena”, al que se sustituye por “medida”.

Por otra parte, la ley advierte sobre la protección de la discriminación positiva por razón de edad, que supone gozar de la minoridad de edad civil, en cuanto le sea de aplicación todo el complejo jurídico-normativo protector de los menores⁴⁰¹, desde la normativa internacional.

Entre el menor interno y la Administración encargada de la ejecución se establece una relación de sujeción especial que se concreta en una serie de derechos y deberes del menor y los correlativos de derechos y deberes de la Administración⁴⁰², que se hallan regulados en los preceptos 56 y 57 LORPM. Esta relación de sujeción se halla matizada por el principio de resocialización, que es la finalidad última de las medidas⁴⁰³.

El carácter garantista de la ley, que pretende equiparar en el seno del procedimiento penal la protección jurídica de los menores a la de los adultos, explica que en su Art. 1.2.

⁴⁰¹ No tenemos conocimiento de una publicación que abarque de forma completa y de manera exhaustiva la bibliografía sobre lo que debería constituir una especialidad con sustantividad propia como es el Derecho del Menor. Esto no obstante, aunque inevitablemente incompleta, para una bibliografía de los derechos de los menores hasta el año 2003, es interesante la consulta del Boletín de documentación Núm. 16 (enero/abril 2003) del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, dependiente del Ministerio de la Presidencia, que contiene un completo dossier sobre los derechos del niño y una amplia bibliografía de 680 referencias. Puede consultarse a través de la página web del Centro en la dirección: www.cepc.es. Con independencia de ello al margen de otras obras, se puede consultar las siguientes, que contienen extensas relaciones bibliográficas: BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M^a: *El desamparo y la tutela autonómica de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997; ELÍAS MÉNDEZ, C: *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GARCÍA GARNICA, M^a C: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor emancipado*, Aranzadi, Navarra, 2004, GUZMÁN FLUJA, V y CASTILLEJO MANZANARES, R: *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000; MAYOR DEL HOYO, M^a V: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999; MIRALLES SANGRO, P-P: *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

⁴⁰² Según STC 35/1996, de 11 de marzo (Tol 82970), “Las relaciones jurídicas que con ocasión del internamiento en un centro penitenciario se establecen entre las personas reclusas en el mismo y la Administración Penitenciaria tienen naturaleza de relación especial de sujeción... Esa relación de sujeción especial que, en todo caso, debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración Penitenciaria y del recluso... De este entramado destaca la obligación esencial de la institución penitenciaria, a la que se encomienda como finalidad primordial la retención y custodia de los internos, y el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior”.

⁴⁰³ El estudio detallado de la regulación de los derechos y deberes de los menores en la LORPM, aparece analizado con especificidad en VÁZQUEZ-POTOMEÑE SEIJAS F. Y GUDE FERNANDEZ, A., “Los derechos y deberes de los menores en la lo 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en *Anuario de Justicia de Menores*, Núm. 3, 2003.

recoja una declaración general de los derechos de los menores por su especial protección como personas menores de edad, en la que se afirma, que a las personas que se apliquen esta ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el Ordenamiento, particularmente en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor así como los reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 ratificada por España el 30 de Noviembre de 1990 y en todas las normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.

Conjuntamente, se ha de tener en cuenta la Reglas Mínimas de NU para la justicia de menores, de 29 de noviembre de 1985 y las Reglas mínimas de NU para protección de menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General de NU el 14 de diciembre de 1990, así como la Recomendación del Comité de Ministros de Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 ya que todos estos Textos deben inspirar la regulación y aplicación del derecho de menores.

Por su parte, en el espacio, dedicado a la ejecución de las medidas privativas de libertad en el Art. 56 se recopilan y seleccionan los derechos y deberes de los menores internados bajo el enunciado general de que los menores tienen derecho a su propia personalidad, su libertad ideológica y religiosa y los derechos e intereses legítimos no afectados por la condena, especialmente los inherentes a la minoría de edad civil. Esta situación, similar a la de los internos de los centros penitenciarios responde a la relación de sujeción especial que tiene la Administración con algunos colectivos de administrados como los funcionarios públicos, estudiantes o los ya referidos reclusos, lo que implica un entramado de derechos y deberes recíprocos con consecuencias jurídicas relevantes como son la regulación de un régimen disciplinario aplicable a dichos ámbitos y la facultad con ello de restringir derechos a los destinatarios de tales normas⁴⁰⁴. De todo esto, se deriva un reconocimiento general de derechos como menor sujeto a la protección jurídica específica de todos los menores aunque con la particularidad de su condición de condenado en su centro de reforma y además un reconocimiento derivado precisamente de su situación de privación de libertad.

⁴⁰⁴ Si bien la vulneración que ello puede suponer al principio de legalidad por regularse dicha facultad en normas reglamentarias ha sido impugnada ante el TC, hasta la fecha sólo se ha propugnado a que se respeten las siguientes garantías: emisión legal, respeto al contenido esencial de los derechos constitucionales y sumisión al control judicial, como señalan entre otras, la STC 58/1998 de 16 de marzo.

Si bien es cierto que la regulación y ordenación de los derechos y deberes de los jóvenes internados es muy parecida a la de los internos de los centros penitenciarios, consideramos importante poner de manifiesto las diferencias, y a que la privación de libertad afecta al menor de manera distinta no sólo por la particular percepción del tiempo de los menores por su corta edad sino también por sus consecuencias de la separación de su entorno familiar y social que pueden ser mucho más perniciosas que en los adultos ⁴⁰⁵.

3. DERECHOS COMO MENOR EN LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO.

La relación y enumeración de los derechos de los menores que se encuentran ingresados en un centro de internamiento, son:

3.1. Derecho a la vida, integridad física y salud.

La salvaguarda de este derecho supone un deber de la Entidad pública de velar por tales derechos que han de ser protegidos y a l mismo tiempo una prohibición de los tratos degradantes y malos tratos de palabra y de obra. Sin que los menores puedan ser objeto de un error arbitrario o innecesario en la aplicación de las normas, por lo que por otra parte, serían y son conductas constitutivas de delito. La violencia ejercida como pretexto en derecho de ejecución y corrección de menores ha sufrido una modificación ya que en virtud de la LO/57/2007 de 28 de diciembre en el Cc., se suprimió la referencia al derecho de corrección en el ejercicio de la patria potestad, entendido por una posible justificación de castigos violentos bajo la cobertura de l interés de educar, y ha procedido a su sustitución por el respeto a la integridad física y psicológica de los menores.

La protección penal dispensaba a la integridad física de la salud de los menores ingresados en los centros de internamiento que tiene menciones específicas en el delito de violencia habitual regulado en el Art. 173.2 CP y el de violencia doméstica codificado en el Art. 153.2 a l incluir en su ámbito de aplicación a las personas que por su especial vulnerabilidad estén sometidos a custodia o guarda en centros públicos y privados;

⁴⁰⁵ En este sentido debemos resaltar de la STC alemán de 31/5/2006 al resolver por unanimidad que el encarcelamiento juvenil necesita una legislación primaria que reconozca los derechos de los menores internados y la autorización de sus restricciones de una manera detallada, sin bastar la aplicación de la ley penitenciaria de restricciones de una manera detallada, sin bastar la aplicación de la ley penitenciaria de adultos por analogía. Lo que viene a justificar la necesidad de una regulación específica y diferente a la de adultos.

también en delitos de torturas regulado en el Art. 174.2., CP se ha ce extensible a la autoridades o funcionarios de protección o reforma de menores, sanciones o privaciones indebidas o uso de rigor innecesario. El Art. 15 CE y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad prohíben las penas o tratos inhumanos o degradantes lo que supone una serie de prohibiciones como el uso de la fuerza o coerción salvo en casos excepcionales, portar armas en los recintos de menores detenidos, utilizar castigos corporales, recluir a los menores en celda oscura o imponer el trabajo como sanción.

El derecho a la vida e integridad también implica una asistencia sanitaria, correcta y adecuada a la edad de los menores, con la posibilidad de dar ingreso en centro hospitalario cuando sea necesario para preservar la salud del menor.

3.2. Derecho a recibir una educación y formación integral: a todos los que sean menores de edad civil, es decir hasta los dieciocho años.

Se ha de tener en cuenta la edad y características individuales de cada menor siendo indispensable para la formación integral de los menores que deben alcanzar todos los niveles de educación permitidos en la franja de edad correspondiente, teniendo en cuenta la obligatoriedad de la enseñanza general primaria y secundaria. No obstante, la expresión y formación integral no sólo hace referencia a la enseñanza reglada sino a la educación en sentido amplio ya que los menores internados han de recibir en el centro las mismas pautas sociales que recibirían en sus familias, si bien desde un punto de vista objetivo y de acuerdo a los principios constitucionales.

El derecho a la educación de los menores internados reciben una extensa atención en la Convención de los Derechos del Niño, destacando entre sus garantías más relevantes la propuesta, cuando sea posible, de impartirla en escuelas de la comunidad fuera del centro de internamiento que se preste especial atención a los menores extranjeros o con necesidades culturales o étnicas particulares, y que en ningún caso razones de estudio permitan prolongar el internamiento.

También son de suma importancia los objetivos de la educación en los centros señalados en la Convención encaminados a desarrollar la personalidad y aptitudes de los menores, el respeto a los derechos fundamentales, el respeto a sus padres, el espíritu de comprensión, tolerancia, paz... y en definitiva preparar a los jóvenes para desempeñar un papel constructivo y productivo en la sociedad.

3.3. Derecho a preservar su dignidad e intimidad: ser designado por su propio nombre y que se reserve su condición de internados frente a terceros.

La dignidad exige el respeto al menor como persona y el derecho a unos medios materiales y humanos dignos en el cumplimiento de la medida de internamiento del mismo modo, el derecho a la dignidad también implica el derecho del menor a ser designado por su propio nombre y a preservar ante terceros su condición de internado, lo que implica que las prendas de vestir no lleven ningún signo externo o etiqueta que le identifique como tal.

El derecho a la intimidad debe de respetar la esfera íntima del menor, lo que a veces pugna por los intereses de intervención educativa⁴⁰⁶, contemplando la posibilidad de intervenciones en correspondencia, comunicaciones o registros, lo que debe interpretarse en el ámbito de los límites *ius corrigendis* dentro del interés y bienestar del menor⁴⁰⁷.

Otro aspecto relevante al derecho a la intimidad se da en las habitaciones compartidas y en la forma de efectuar los registros en personas, ropas, y enseres con el debido respeto a los derechos fundamentales especialmente en la posibilidad de registro con desnudo integral, Art. 54.5 d) RM.

3.4. Derecho al ejercicio de derechos civiles, políticos, sociales, religiosos, económicos y culturales: salvo incompatibilidad con el cumplimiento de la detención o condena.

Entre los derechos civiles y políticos destacaban el derecho al voto a los mayores de dieciocho años, entre los derechos sociales el derecho al salario y a las prestaciones de la seguridad social de los menores trabajadores, entre los económicos el derecho de mantener todas sus propiedades y con las limitaciones correspondientes con las normas de funcionamiento de los centros y, en cuanto a los religiosos y culturales exigen su respeto en la alimentación, servicios religiosos y mantenimiento de ritos y costumbres compatibles con la organización del centro.

Los objetos o sustancias prohibidos, en todo caso, en los centros de internamiento son las bebidas alcohólicas, las drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el

⁴⁰⁶ MAPELLI CAFFARENA, B. / GONZÁLEZ CANO, I. AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la LO 5/2000 de 12 de Enero Reguladora de la Responsabilidad penal de Menores*. Sevilla, 2002. p.325.

⁴⁰⁷ Como referencia, tanto la STC 37/87 de 15 de febrero como la STC 57/94 de 28 de febrero permiten que el derecho a la integridad personal ceda ante exigencias públicas pero siempre que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva de trato degradante alguno.

dinero e n cuantía superior a lo establecido por las normas de régimen interno, los materiales o utensilios que puedan resultar peligrosos para la vida, integridad física o seguridad del centro y cualquier otro objeto previsto en las normas de funcionamiento interno del centro.

En cuanto a los derechos religiosos de los menores pueden participar de cualquier confesión religiosa registrada, para ello en los centros se ha de garantizar el respeto a los ritos, fiestas o alimentación propias de las mismas siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales con el resto de menores internados y no afecten a la seguridad o vida cotidiana del centro, además en ningún caso se podrá obligar a los menores a asistir o a participar en cualquier acto de una confesión religiosa.

3.5. Derecho a la asistencia sanitaria gratuita, enseñanza básica obligatoria: y formación educativa o profesional adecuada a su edad.

Los menores internados tienen derecho a la asistencia sanitaria gratuita reconocida por la ley en los términos y con las garantías previstas: examen médico al ingreso y prevención y tratamiento de su salud física y mental a lo largo del cumplimiento de la medida impuesta.

Las intervenciones médicas que se hagan al menor han de ser notificadas al Juez de menores y a su representante legal y si es necesario ingresarlo en un centro hospitalario se ha de obtener la autorización judicial en caso de que el menor o su representante legal no lo autoricen. La vigilancia y tratamiento de la salud mental y drogadicciones de los menores requieren una especial dedicación, a lo que hay que añadir el control de enfermedades infecto-contagiosas que puedan suponer un peligro para la salud para la vida o salud del menor o de terceras personas, mediante las prácticas periódicas de las correspondientes analíticas.

Uno de los problemas que surgen en este ámbito es la necesidad o no del consentimiento del menor para cualquier tratamiento médico que se le pueda suministrar ya que en virtud del consentimiento informado el médico debe explicar en términos comprensibles al paciente el alcance de la intervención diagnóstica o terapéutica, los riesgos y las posibles alternativas, para que en función de ello el paciente pueda decidir someterse al tratamiento médico propuesto. La condición de dicho consentimiento es que el paciente tenga capacidad de juicio y discernimiento, por eso cuando se trata de un menor de edad hay que acudir a sus representantes legales o familiares, sin embargo centrándonos en los

menores sometidos a medida de internamiento, teniendo en cuenta que pueden tener entre catorce y dieciocho años de edad se le puede reconocer cierta capacidad para tomar decisiones en lo relativo al tratamiento médico, ya que puede afectar a su intimidad y libre desarrollo de la personalidad. Para ello se debe exigir cierta madurez y capacidad de discernimiento que garantice que el menor comprende y autorice el tratamiento médico, ya que paulatinamente se ha ido reconociendo un campo de autonomía en función de su desarrollo de su personalidad; en consecuencia, si no es necesario establecer criterios cerrados podría establecerse en los dieciséis años pero si empre teniendo en cuenta su opinión desde los catorce años, edad mínima de los jóvenes internados⁴⁰⁸.

De esta necesidad de consentimiento para después tratamiento médico se excluyen los supuestos de grave riesgo para la vida o la salud, motivo que, junto a la relación de sujeción especial que crea un entramado de derechos y deberes entre la Administración y las personas privadas de libertad ha permitido la alimentación forzosa en su puestos de huelga de hambre penitenciaria⁴⁰⁹.

Por lo que respecta a los aspectos educativos, se ha de garantizar al menor el derecho a recibir la enseñanza básica obligatoria, en todo caso, así como otros niveles educativos y enseñanzas no regladas, bien en el mismo centro de internamiento o en los centros docentes de la zona. En este sentido, toda la actividad educativa debe proporcionar al menor los correspondientes certificados y diplomas validos en el exterior y que no reflejen su condición de menor sometido a una medida de internamiento, ya que tiene una gran relevancia integradora que no indique en ningún caso que sea obtenido en un centro de internamiento Art. 37.4. RM.

⁴⁰⁸ Siguiendo estas pautas, las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad de 1990 establecen en su Art. 55 que se debe considerar la opinión de los menores para aceptar la administración de medicamentos o un tratamiento médico después de ser informado de la naturaleza del tratamiento médico, consecuencias, ventajas e inconvenientes y alternativas disponibles.

⁴⁰⁹ En virtud de las sentencias 12/1990 de 27 de junio y 137/1990 de 19 de junio; dicha posibilidad de tratamiento médico en contra de la voluntad del interno es recogida por el Art. 210 RP exigiendo en los supuestos de peligros inminentes para la vida la necesidad de autorización judicial y en los de peligro de vida y salud para otras personas ponerlo en conocimiento de autoridad judicial.

4. DERECHOS EN LA CONVIVENCIA COMO MENOR INTERNADO.

Los menores y jóvenes que convivan en un centro de internamiento mientras cumplen la medida judicial que les ha sido impuesta por el correspondiente Magistrado de la Jurisdicción de menores, tendrán reconocido los siguientes derechos:

4.1. Derecho a estar en el centro más cercano a su domicilio: y no ser trasladado a otra Comunidad Autónoma salvo en los casos excepcionales señalados reglamentariamente.

Es una manifestación del principio de reinserción social ya que en términos generales el entorno familiar y social propio va a facilitar la integración social, aunque en ocasiones precisamente el alejamiento del núcleo familiar o de amistades sea lo más favorable para el menor si así lo indican los informes técnicos, su finalidad es facilitar la salida del menor en caso de que las haya, y las visitas de sus familiares, y a que si el centro se encuentra alejado, éstas se pueden ver afectadas así como trabajar la futura integración del menor en el entorno social.

Este derecho tiene las siguientes excepciones:

En primer lugar el mencionado alejamiento del núcleo social o familiar aconsejable para el interés del menor. En segundo lugar el Art. 35.1. RM permite el traslado de menores a centros de otras CC AA a excepción de disponibilidad de plazas lo que genera problemas de igualdad entre las distintas comunidades, este problema de disponibilidad de los recursos se presenta especialmente en cuanto a centros terapéuticos por su escasez llevando en ocasiones a una solución inadecuada, como es el internamiento de los menores en centros de protección, lo que todavía suponemos más rechazable. En tercer lugar, en los casos de terrorismo al establecerse que se trata de establecimientos puestos a disposición por el Gobierno, su aplicación hace prever que la centralización de estos establecimientos provoquen la distancia del domicilio del menor.

Y finalmente, los menores que actúen en bandas, organizaciones o asociaciones deben ser internados en centros distintos lo que puede alejarles de su domicilio.

4.2. Derecho a comunicarse libremente con los padres, representantes legales, familiares u otras personas: y a disfrutar de permisos y salidas conforme a los requisitos legales.

Este derecho ha de entenderse como la fusión entre el derecho a la resocialización que considera al menor como una persona no aislada y por tanto integrada en la sociedad, cuyo contacto frecuente con ésta debe potenciarse, y el derecho al mantenimiento de los lazos familiares como expresión del entorno más íntimo del menor y una de las claves para contribuir a su formación integral. Por ello el derecho de comunicación de los hijos y el derecho de visita por sus padres, ha de ser reconocido en las mejores condiciones posibles. Salvo casos excepcionales, la relación familiar es totalmente necesaria para la integración social, por ello en los supuestos en los que haya dificultades en la comunicación ha de realizarse una intervención educativa específica dirigida a facilitar la aproximación entre el menor y sus familiares.

El mantenimiento del contacto con los padres es sumamente necesario de un lado para contribuir a la finalidad de reinserción y garantizar el equilibrio emocional del menor durante el internamiento y de otro para garantizar que los padres puedan seguir ejerciendo sus responsabilidades y deberes con los hijos, y a que lo contrario puede provocar una desatención de los deberes familiares.

4.3. Derecho a comunicación reservada: con los letrados, el Juez de menores competente, el Ministerio Fiscal y los servicios de inspección de los centros de internamiento. Se trata de una garantía del derecho de defensa, de la tutela judicial y del buen funcionamiento del centro. Al igual que en adultos hay una especial referencia a las comunicaciones con otros profesionales que pueden ser médicos, trabajadores sociales, etc. Estas comunicaciones han de realizarse en un lugar reservado.

4.4. Derecho a una formación laboral: adecuada, a un trabajo remunerado dentro de las posibilidades de la Entidad pública y a las prestaciones sociales correspondientes. Todas las personas privadas de libertad tienen derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social, según dispone el Art. 25.2. CE, lo que ha sido entendido la STC 172/1989 de 19 de octubre como un derecho de aplicación progresiva condicionado a las disponibilidades de la Administración, interpretación que dificulta su aplicación generalizada.

En el caso de los menores además hay que tener en cuenta las restricciones a su acceso al trabajo en virtud de la legislación laboral (trabajo nocturno, horas extraordinarias...). Dada la importancia de la formación prelaboral, son recomendables en los centros los programas de garantía social y formación ocupacional.

4.5. Derecho a formular peticiones y quejas: a la Dirección del centro, a la Entidad pública, al Juez de menores, al Ministerio Fiscal, al Defensor del pueblo, o Institución similar y presentar todos los recursos reconocidos legalmente.

Se trata de una referencia amplia a las reclamaciones ante las distintas entidades que participan en la Jurisdicción de menores, entre las que destaca la referente a los Jueces de menores y, aunque no se diga expresamente, al defensor del menor en las comunidades autónomas donde se ha ya creado esta figura con la función principal de defender los derechos de los menores.

4.6. Derecho a recibir información: de sus derechos y obligaciones, de su situación personal y judicial y de los procedimientos que lleven en curso.

Los menores en el momento de ingresar en un centro de internamiento deben recibir información completa sobre el reglamento interno con la descripción de sus derechos y deberes de una manera e idioma comprensible. Además se le debe informar puntualmente del curso de los procedimientos para poder formular en su caso peticiones, quejas y recursos. Este derecho está desarrollando en el Art. 56 RM donde se garantiza que se haga periódicamente en un lenguaje comprensible para el menor que sea extensible a sus representantes legales y no sólo en lo referente a las cuestiones relativas a su situación educativa, penal y procesal sino también a las noticias importantes dentro del ámbito familiar como por ejemplo pueden ser enfermedades, defunciones, etc.

4.7. Derecho a que sus representantes legales sean informados: sobre su situación, evolución y derechos. Este derecho se interpreta como consecuencia de la minoría de edad, y por tanto, del sometimiento a sus responsables legales.

4.8. Derecho a tener en su compañía a sus hijos menores de tres años. Este derecho debe dotar de garantía el mayor beneficio para el menor que acompaña a su madre, por tanto el informe del Fiscal debe ser preceptivo así como la comprobación de los datos de filiación del menor. Lo ha de solicitar expresamente la madre y ser autorizado por el Juez siempre que no presente riesgo para los niños.

5. LIMITACIÓN DE DERECHOS.

En cuanto a la limitación de derechos el Art. 7 del Reglamento, reproduce el Art. 25.2. CE al establecer como única excepción de los derechos de los jóvenes y menores durante la ejecución de las medidas lo que disponga expresamente la ley, el contenido y el fallo condenatorio o el sentido de la medida impuesta. La primera posibilidad de limitar los derechos se circunscriben a la ley por exigencias del principio de legalidad, ya que ésta ha de ser la única norma que pueda restringir, respetando su contenido esencial, los derechos de los menores en atención a que el Art. 81 CE establece que las leyes orgánicas son las competentes para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas; dichas restricciones han de ser fundamentadas en el interés del menor por su prioridad sobre el resto de intereses o en razones de seguridad orden o convivencia, lo que sucede con las medidas de control y vigilancia y los medios de contención autorizados por el Art. 59 LORPM; siendo esta previsión mucho menos garantista que en los adultos.

En materia vinculada al contenido del fallo condenatorio hay que tener en cuenta que la sentencia es la que limita los derechos del menor. Por ello, en función de su contenido habrá más o menos derechos aceptados, por ejemplo si con el internamiento se impone un a libertad vigilada con tareas educativas, el menor no podrá disponer enteramente de su tiempo libre sino que se verá obligado a realizar todo lo que se recoge en el programa de ejecución.

En este sentido recordamos que la medida de inhabilitación absoluta es de obligatoria imposición a todos los menores condenados por la comisión de algunos de los delitos de terrorismo regulados en los Arts. 571 a 580 CP, lo que le priva definitivamente de todo empleo, honor o cargo público aunque sea electivo, y de la inhabilidad de obtener los mismos u otros y de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la medida.

Finalmente, también se pueden limitar los derechos por el sentido de la medida impuesta ya que aunque no estén limitados son de imposible ejercicio, de esta manera los menores no pueden convivir con sus padres ni ser cuidados por ellos, ni acudir en su mayoría a los centros educativos ordinarios, ni ejercer los derechos de asociación y reunión.

6. DEBERES.

El sometimiento del menor a la Administración penitenciaria genera un haz de derechos y deberes en los que las dos partes aparecen como sujetos activos o pasivos. Y estos deberes se deben exigir a los menores en función de sus características y perfil personales, dentro del tratamiento pormenorizado e individualizado que cada uno de ellos requiera. Todos los menores se deben valorar en función de las dificultades del menor para conseguir unas pautas de comportamiento y conducta, así como unos hábitos ordenados, porque ello implicará la mayor o menor dificultad en cumplir los deberes del periodo de internamiento.

El Art. 57 de la LORPM recoge el elenco de deberes de los menores internados dentro del contexto de la relación de sujeción especial, que implica un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración, en este caso los centros de reforma de las CC AA y los menores. Dicho precepto, a su vez establece la obligación de permanencia en el centro a disposición de la Autoridad judicial con las consecuencias, que, en caso de quebrantamiento de la medida privativa de libertad, establecen los Aptos. 1 y 3 del Art. 50 de la Ley; y a demás a asegurar el buen funcionamiento interno en la convivencia, educación, normas higiénicas, sanitarias y de limpieza del establecimiento⁴¹⁰

En el Art. 30.2 g) del RM al mencionarse las normas básicas de convivencia y de funcionamiento interno de los centros parece distinguir entre el cumplimiento de deberes en los que es suficiente con una corrección educativa y aquellos que por afectar a la seguridad y el buen orden del centro y a demás ser constitutivos de infracciones disciplinarias podrán ser objeto de la correspondiente sanción, lo que supone una distinción entre las sanciones que se dirigen a garantizar la seguridad y el buen orden del centro que requieren una cierta entidad y las correcciones educativas que tienen mas bien una finalidad educativa y formativa en el ámbito general de la educación de los menores, en el sentido del derecho de corrección propio de la patria potestad del Art. 154 de la normativa recogida en la compilación civil.

⁴¹⁰ Estos derechos tienen su parangón en la legislación penal de mayores, en el Art. 4.1 de LGP y Art. 5 del RP, que reproduce de forma casi textual. Y respecto a las prestaciones personales obligatorias, Art. 78.1 RP.

El listado de deberes de los menores hay que considerarlo como un marco genérico de obligaciones que solo cuando se concreten en la realización de infracciones tipificadas podrá dar lugar a la imposición de sanciones.

6.1. Deber de permanecer en el centro.

Consiste en el deber de permanecer en el centro a disposición de la autoridad judicial competente hasta que el menor sea puesto en libertad, al margen de las salidas y actividades autorizadas que se puedan realizar en el exterior. Es uno de los deberes básicos del menor internado, por ello su quebrantamiento además de dar lugar al reingreso del menor en el mismo centro u otro adecuado a sus condiciones, no tanto como respuesta punitiva sino por la necesidad de ingreso en un centro más acorde a las necesidades del menor, tiene las siguientes consecuencias: en primer lugar se puede derivar responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento de medida de seguridad y en segundo lugar se puede derivar responsabilidad disciplinaria por la comisión de una falta muy grave de *“intentar o consumir la evasión del interior del centro o cooperar con otros internos en su producción”* o de una falta grave de *“no retornar al centro, sin causa justificada, el día y hora establecidos, después de una salida temporal autorizada”*.

Para evitar la vulneración del principio *ne bis in idem* que prohíbe castigar dos veces un mismo hecho siempre que haya un mismo fundamento, el Art. 60.6 RM establece la necesidad de que el fundamento de la sanción disciplinaria sea la seguridad y buen orden del centro, al igual que exige en adultos el Art. 232.4 RP. En el caso de la permanencia de fin de semana no sólo el reingreso es en todo caso en el domicilio, sino que dispone que el tiempo restante se cumpla de manera ininterrumpida, algo similar a lo que ocurría antes con el arresto fin de semana de adultos. En la consideración del quebrantamiento de condena, los Tribunales mantiene dos posturas⁴¹¹.

⁴¹¹ No sólo se vulnera el principio *ne bis in idem* por su doble tratamiento como delito e infracción disciplinaria al haber triple identidad del sujeto, hecho y fundamento, sino que especialmente en el no retorno al centro o retraso no justificado al tratarse de un menor existe una corresponsabilidad de los padres durante la salida o permiso que reduce el impacto de la conducta sobre el menor, teniendo en cuenta que la literalidad del Art. 468 CP se refiere a penas y medidas de seguridad en las que no cabe incluir las medidas de menores por tener una finalidad educativa. Y la postura de: la conducta de los menores que no retornan al centro encaja en el delito de quebrantamiento de condena del Art. 468 CP sin que la minoría de edad del autor modifique su responsabilidad en los hechos ya que el término “condena” mencionado en el referido precepto. Abarca sin ninguna duda las medidas reguladas en la LORPM, SAP Badajoz 14/09/2006.

6.2. Deber de recibir la enseñanza básica obligatoria: dicha enseñanza y formación deberá ser la legalmente prevista. Se trata de una ratificación de los niveles de enseñanza obligatoria ya que no se puede obligar a los menores al estudio más que con métodos de motivación, de scartando e n t o d o caso l a sanción disciplinaria como consecuencia de su incumplimiento.

6.3. Deber de respetar y cumplir las normas de funcionamiento interno.

En cuanto al respeto de las normas de convivencia diseñadas por el propio centro, marcando unas directrices e instrucciones en el ejercicio legítimo de sus funciones, que consiste en el deber de cumplir los criterios de armonía para que el día a día se desarrolle sin av enencias y funcionamiento d e l cen tro con ór denes y di sposiciones de t o d o e l personal d e l m ismo si e mpre q u e s e t r a t e d e normas l e gítimas e m í t i d a s d e n t r o d e l a s atribuciones de las distintas personas que trabajan en el centro.

En est e ca so, su i nfracción sí q u e est á s ometida a l a i mposición de l a correspondiente san ción, p o r est a r r e flejada en el cat álogo d e i nfracciones co mo u na conducta constitutiva de falta.

6.4. Deber de colaborar para conseguir una actividad ordenada: en el interior de l centro y m antener una actitud de respeto y c onsideración hacia todos, dentro o fuera del centro y , en especial, hacia l a s a u toridades y t rabajadores del cen tro y d e m á s menores internados.

En todo centro de internamiento es básica la creación de un clima de convivencia ordenada, de ahí la importancia de garantizar el respeto tanto entre los menores como con los trabajadores del centro, si bien sólo las conductas más graves deben ser consideradas como infracción susceptible de ser sancionada disciplinariamente.

Debe t enerse e n c uenta e n c uanto al ni vel de exigencia y deberes, l a s pautas adquiridas de comportamiento por el menor en su entorno familiar y social de procedencia, ya que puede ser frecuente que se haya carecido de una mínima influencia de normas de conducta, por ello lo más importante es el seguimiento de la evolución del menor y de su esfuerzo en adquirir progresivamente las normas de convivencia social.

6.5. Deber de utilizar adecuadamente las instalaciones: del centro y los medios materiales puestos a su disposición. Sólo las conductas más graves pueden ser constitutivas de sanción disciplinaria, que a su vez deberán también distinguirse de una posible infracción delictiva de daños.

6.6. Observar las normas higiénicas y sanitarias: sobre vestuario y aseo personal establecidos en el centro. No sólo es necesario este deber para toda convivencia colectiva sino que adquiere una especial importancia en el caso de los menores por su contenido educativo y de adquisición de hábitos prosociales.

6.7. Realizar las prestaciones personales obligatorias: previstas en las normas de funcionamiento interno del centro para mantener el buen orden y limpieza del mismo. A diferencia de los centros de adultos los servicios comunes de cocina o limpieza de zonas exteriores no debe recaer en los menores, limitándose la obligación de éstos a la limpieza de sus dependencias privadas.

6.8. Participar en las actividades formativas, educativas y laborales: establecidas en función de su situación personal para preparar su vida en libertad. La obligación de participar en las actividades formativas, educativas o laborales choca frontalmente con la voluntariedad del tratamiento, por ello al igual que con la referencia educativa se ha de perseguir el estímulo y la motivación pero nunca la imposición y mucho menos a través de medios coercitivos.

7. ORGANIZACIÓN INTERNA.

La normativa reglada bajo el principio nuclear de resocialización señala para la medida de internamiento, como fines determinantes la convivencia ordenada, la ejecución de los programas de intervención educativa y la custodia de los menores, para ello exige tomar como referencia la vida en libertad favoreciendo los vínculos sociales y la colaboración de entes públicas y privadas en el proceso de social de integración⁴¹².

⁴¹² Lamentablemente, y así como bien opina: CERVELLÓ D ONDERIS, V., las menciones al funcionamiento y a la organización interna son escasas por haberse dejado al Reglamento y a las normas interiores aspectos tan importantes como las normas de ingreso, el examen médico a la separación interior, algo que debería de tener cobertura legal por la afección que conlleva a los derechos y libertades del menor.

En cuanto, a los ingresos y libertades, los menores ingresarán en los centros en cumplimiento de un mandamiento de internamiento cautelar, de una resolución firme judicial o de forma voluntaria, en este caso si en veinticuatro horas no llega el correspondiente mandamiento de internamiento cautelar o el mandamiento de sentencia, deberán ser liberados. Aunque es la Entidad pública de reforma la que decide el centro donde va a ingresar el menor, todo ingreso ha de ser comunicado al Juzgado de menores que lo haya dictado, al Fiscal, a los representantes legales o persona designada por el menor, y si es extranjero a las autoridades consulares, si el menor reside habitualmente fuera de España, o si lo solicita el menor o sus representantes legales.

La regla general es que se ingrese en el centro más adecuado para la ejecución de la medida de entre los más cercano al domicilio del menor, que tengan plazas disponibles, sin embargo, exclusivamente por el interés del menor, puede ser un centro distinto, dentro de la CCAA o incluso fuera de ella; como consecuencia de ello los únicos ingresos que requieren autorización judicial son:

- a- Ingreso en centro que, pese a estar en la CCAA, esté alejado del domicilio del menor y de su entorno social y familiar, aunque existan plazas en un centro más próximo a su domicilio.
- b- Ingreso en un centro de otra CCAA.
- c- Ingreso en un centro socio-sanitario.

En los centros se llevará a cabo un registro de los datos de identidad de los menores internados, las fechas y horas de los ingresos, traslados, libertades, autoridades judiciales que los hayan acordado y letrado del menor. En el momento del ingreso los menores han de recibir información escrita sobre sus derechos y obligaciones, del régimen de internamiento en el que se encuentra, la organización general del centro, normas y reglas disciplinarias y medios para formular peticiones, quejas así como recursos. La LORPM exige que se haga en un idioma en el que lo entiendan lo que hace referencia no sólo a su

Véase en: CERVELLÓ DONDERIS, V. *La Medida de Internamiento en el Derecho Penal del Menor*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p.143.

propia lengua si es extranjero si no especialmente en un lenguaje comprensible para los menores de edad.

Al igual que en adultos, los menores pueden vestir prendas propias, siempre que sean adecuadas a la disciplina y orden del centro, u optar por las que sean proporcionadas por el centro, en este caso no sólo han de estar adaptadas a la climatología sino que han de carecer de cualquier signo distintivo que denote su condición de internado; además se retirarán los objetos prohibidos o no autorizados que son conservados en el centro hasta que se le devuelvan al menor cuando lo abandone, se adoptan las normas de higiene necesarias y se hace un examen médico antes de 24 horas.

En el expediente personal del menor se han de recoger todos los informes relativos a él, las resoluciones judiciales y cualquier documentación relacionada con la ejecución, al que tendrán acceso además del Juez de menores competente, el Ministerio Público, el Defensor del pueblo o institución análoga de la CCAA, los responsables de la Entidad pública encargados de la ejecución de la medida, el menor, su letrado y, en su caso, los representantes legales. La recogida, cesión, relación y tratamiento de los datos personales que consten en el expediente recibe una protección especial al estar reservada a los ficheros informáticos de titularidad pública y estar protegida por la Ley de protección de datos de carácter personal 15/1999 de 13 de diciembre.

Entre las figuras de Derecho penitenciario de adultos que se han trasladado al de menores, se puede destacar la posibilidad de que las menores madres puedan ingresar y convivir con sus hijos hasta que cumplan los tres años de edad, siempre que lo soliciten expresamente, se acredite su filiación y la Entidad pública informe que dicha situación no entraña riesgos para el menor y lo autorice el Juez de menores. De manera curiosa no se requiere informe del Fiscal como en adultos, lo que supone un control de menor entidad si bien lo autoriza el Juez cuando en adultos lo hace la Dirección del Centro.

En cuanto a las libertades, una vez cumplida la medida, la Entidad pública remitirá al Juez de menores, al Fiscal y al letrado del menor si lo solicita, un informe final y el Juez dictará Auto archivando la causa, que notificará a estos mismos y a la víctima. Este mandamiento de libertad sólo puede ser acordado por resolución judicial o por cumplimiento de la fecha aprobada por el Juez en la liquidación de la medida.

La Entidad pública antes de ejecutar el mandamiento de libertad comprobará que no existan otras responsabilidades pendientes que conlleven la permanencia del internamiento del menor y comunicará a los representantes legales del menor su libertad para que se hagan cargo de él y de no ser localizados a sí el interés del menor lo requiere se pondrán a disposición del ente público de protección.

7.1 Separación y Clasificación.

Los centros de menores, se dividen en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados, y su funcionamiento se rige por una norma interna que ha de ser aprobada por la CCAA respectiva. Los menores que requieran una protección especial por cualquier motivo o circunstancia personal deberán estar separados en otro módulo o incluso en otro centro, si el Juez de menores lo autoriza.

Para reducir los efectos negativos del internamiento y tomar la vida en libertad como referencia los espacios donde se alojan los menores se denominan habitaciones, no celdas, siendo la regla general que sean individuales, aunque son posibles las habitaciones compartidas si no hay razones de tratamiento, médicas, de orden o razones de seguridad que lo desaconsejen.

Señala CRUZ MÁRQUEZ, que para lograr un ambiente adecuado al desarrollo afectivo y emocional así como a la adquisición de competencias sociales hay que combinar el estímulo, para que el menor adquiriera la responsabilidad de sus actos, y la autonomía de su personalidad para lo cual es conveniente la organización del centro en unidades reducidas de convivencia en las que un grupo de menores bajo la supervisión de un educador participen de la organización y gestión de las normas de convivencia lo que mejora notablemente las relaciones humanas.

7.2. Traslados.

En la normativa, se recoge que en cuanto a los traslados que las entidades públicas para el cumplimiento de la medida de internamiento deben designar el centro más cercano al domicilio del menor, que el traslado a otro centro sólo se podrá fundamentar en alejar a éste de su entorno familiar y social y que requiera en todo caso la aprobación del Juzgado de menores competente para la ejecución de la medida. Además no podemos olvidar que en el seno del principio de resocialización el Art. 55.2 LORPM se establece que en los centros se ha de favorecer el contacto con los familiares y allegados y que el Art. 56.2 e) reconoce el derecho del menor a estar en el centro más cercano a su domicilio y a no ser trasladado a otra CCAA, salvo en los casos previstos legalmente.

De esta manera desde el punto de vista educativo la previsión legal es que el centro de internamiento sea el más cercano al domicilio, salvo las excepciones fundadas en criterios también de perfil educativo, lo que unido a la competencia autonómica de la ejecución de las medidas de los menores infractores establece como regla general en el centro más cercano a su domicilio, al margen del lugar en el que se haya cometido el delito o se haya producido el enjuiciamiento.

Sin embargo el Reglamento, permite excepcionalmente que los menores sean trasladados a otra Comunidad, siempre que haya convenio de colaboración y lo autorice el Juez de menores en los siguientes casos:

- Si se acredita que el domicilio del menor o de sus representantes legales se encuentra en otra CCAA.
- Si la Entidad pública considera que en atención al interés del menor es conveniente alejarlo de su entorno familiar y social.
- Si por la excesiva ocupación en los centros se carece de plazas disponibles en el régimen o tipo de internamiento propuesto y las hay en otra CCAA.

En los últimos años el Defensor del Pueblo ha recogido quejas e información de distintos supuestos que demuestran que no siempre los menores cumplen los

internamientos en los centros más próximos a sus domicilios debido en muchos casos a la insuficiencia de plazas, especialmente en las CCAA pluriprovinciales⁴¹³.

Otras posibles salidas son las de urgencia que permiten el traslado desde el centro a centros hospitalarios sin necesidad de autorización judicial, pero siempre posterior comunicación inmediata y las que se realicen para la práctica de Diligencias procesales, previa orden judicial correspondiente.

Respecto al procedimiento de realización de salidas y traslados sólo cuando haya riesgo para la vida, personas o bienes el Director del centro de internamiento solicitará que el traslado lo realicen los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad⁴¹⁴. En estos casos se deben realizar en vehículos policiales sin distintivos externos y funcionarios sin uniformes oficiales, y preferiblemente acompañados de un educador, de acuerdo con los criterios de actuación elaborados por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil de 1/372001 y del Art. 35.5 RM que establece que los desplazamientos, conducciones y traslados se realizarán respetando la dignidad, seguridad e intimidad del menor.

7.3. Reclamaciones de los menores internados.

El hecho de que en un mismo cuerpo legal se reúnan las materias sustantivas, procesales y de ejecución tiene la ventaja de la concentración, pero opinamos que significa un indiscutible inconveniente en la confusión ante figuras coincidentes en dichos tres ámbitos, como es el caso de los recursos, lo que exige distinguir entre aquellos que se pueden presentar como impugnación a la fase jurisdiccional y los que afectan a la materia de ejecución de medidas.

El Art. 56 LORPM reconoce a los menores el derecho a formular peticiones y quejas a la Dirección del centro, a la Entidad pública, a las Autoridades judiciales, al Fiscal, al Defensor del Pueblo o institución análoga autonómica y a presentar todos los recursos legales ante el Juez competente.

En este sentido, la LORPM regula en dos títulos diferentes el régimen de recursos en el ámbito del Derecho penal juvenil: de un lado en el Título VI denominado “*Del*

⁴¹³ ORTÍZ GONZÁLEZ, L. “La figura del Defensor del Pueblo...” p. 303 y ss.

⁴¹⁴ Una minuciosa exposición de los aspectos policiales relacionados con la aplicación de la LORPM en ANTÓN BARBERÁ, F. / COLÁS TURÉGANO, A. “Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor. Aspectos policiales” p. 413 y ss. en *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)* Coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; TAMARIT SUMALLA, J. M.; GÓMEZ COLOMER, J. L. Valencia 2002.

régimen de recursos” el Art. 41.1 señala que frente a las sentencias dictadas por los Jueces de menores cabe recurso de apelación y contra los Autos y Providencias de los Jueces de menores cabe recurso de reforma y recurso de apelación; de otro lado dentro del Título VII dedicado a la ejecución de las medidas el Art. 52 recoge el sistema de recursos en sede de ejecución.

Si nos centramos en el ámbito de la ejecución, contra todas las resoluciones administrativas dictadas durante la ejecución de las medidas se podrá recurrir ante el Juez de menores, y a que ésta es una de sus competencias recogidas en el Art. 44.2 e) de la normativa punible de menores. En la legislación penitenciaria de adultos se denomina a este recurso impropia *alzada*, y en la de menores no se menciona su denominación. El recurso puede presentarse oral o por escrito ante el Director del centro o el propio Juez; previo informe del Fiscal y con audiencia del letrado del menor, se resuelve en dos días mediante Auto motivado.

Contra todos los Autos y Providencias decretados por los Jueces de menores cabe recurso de reforma ante el mismo Juez, que debe ser interpuesto en tres días desde la notificación y resolverse mediante Auto motivado en dos días, previo informe del Fiscal y audiencia del letrado del menor. De forma general frente al Auto resolutorio de este recurso de reforma cabe recurso de apelación ante la AP, y de forma particular sobre algunos incidentes de ejecución como la modificación de medidas y la suspensión de la decisión judicial.

Contra los Autos de los Jueces de menores cabrá apelación ante la AP o Sala de lo penal de la AN, salvo en las resoluciones disciplinarias que no admiten más recursos, esto significa que el Auto del Juez de menores confirmado, modificado o anulando una sanción disciplinaria es irrecurrible, lo que pese a ser desde nuestra óptica incomprensible por limitar la posibilidad de revisión judicial en el ámbito que más se restringen los derechos, suele ser habitual, probablemente para impedir el colapso judicial ante algo tan frecuente como son las sanciones disciplinarias.

Así, cualquier resolución adoptada durante la ejecución, se puede recurrir por el menor, bien por escrito o de manera verbal ante el mismo Juez o Director del centro, que deberá ponerlo en su conocimiento dentro del siguiente día hábil, y también se puede recurrir por su letrado de forma escrita ante las mismas autoridades indicadas.

Finalmente, el recurso de casación por unificación de doctrina en derecho de menores presenta particularidades en relación a los adultos tanto en lo que respecta a los supuestos que permiten su imposición como a su fundamento:

En primer lugar es un recurso tasado, ya que se limita a las resoluciones dictadas en apelación por la AN o AP que hubieran impuesto alguna de las medidas como Prestaciones en beneficio de la comunidad, Permanencia de fin de semana e Internamientos cerrados, siempre que respecto a hechos y valoraciones de las circunstancias de menor sustancialmente iguales, se hayan producido pronunciamientos distintos. La limitación a las sentencias que impongan estas medidas implica que no se refiera a todas las medidas (no incluye los internamientos semiabiertos y abiertos) ni tampoco a las materias de ejecución (permisos de salida, limitación de comunicaciones...) que se deciden en Autos, lo que en adultos sí es posible al haberse permitido en la reforma de 2003 de la DA 5^a LOPJ que ha creado el recurso de casación por unificación de doctrina en la materia penitenciaria.

Tal situación deja en una peor situación garantista a los menores respecto a los adultos, cuya prohibición es uno de los objetivos de la normativa de menores por extensión del Art. 8.2 LPM, ya que sólo van a poder recurrir en casación la selección, duración o gravedad de las medidas impuestas en sentencias, pero la denegación de salidas o intervención de comunicaciones, ni tampoco la imposición de figuras (dejar sin efecto, reducir, sustituir o suspender el Fallo).

En segundo lugar, el fundamento sobre la diferencia entre la duración de las medidas impuestas en las resoluciones contrastadas debe apoyarse en hechos y valoraciones de las circunstancias del menor sustancialmente iguales que hayan producido pronunciamientos distintos, esto no encaja demasiado con la flexibilidad e individualización de las respuestas judiciales ante la situación específica de cada menor (Circular 1/2000) por más que en la comparación de las sentencias contradictorias se tengan en cuenta no sólo las circunstancias del menor y los hechos sino también los informes emitidos por los equipos técnicos que pueden aconsejar medidas distintas en casos similares⁴¹⁵.

⁴¹⁵ STS 7/11/2002 y STS 115/2003 de 3 de febrero aclaran que se trata de un recurso excepcional y que no tiene efecto suspensivo ya que las sentencias de las Audiencias son firmes desde el momento que se dictan.

Tal comprobación resulta necesaria por exigencias de principio de igualdad y seguridad jurídica tal y como expone la STS 115/2003 de 3 de febrero que no ve contradicción entre una medida de internamiento cerrado de ocho años de duración por un delito de homicidio y otra de seis años por un delito de asesinato, ya que, en la elección de la medida o medidas adecuadas se debe atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos sino excepcionalmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor: “lo que quiere decir que no deben ser tenidas por contradictorias dos decisiones de distintas Salas de menores por el mero hecho que la duración del internamiento impuesto en una de ellas en razón de un delito de homicidio agravado por las circunstancias de abuso de superioridad sea mayor que la duración del internamiento impuesto en la otra por delito de asesinato”⁴¹⁶.

La tercera característica de este recurso es su efecto no suspensivo ya que las sentencias dictadas en apelación son firmes desde el momento de su pronunciamiento sin ser suspendidas por la interposición de un recurso de casación por unificación de doctrina, lo que no impide que si la sentencia estimatoria del recurso de casación fuera estimatoria debe tener efectos revocatorios cuando vaya a favorecer el interés del menor.

Al margen del sistema de recursos los menores internados también pueden formular quejas y peticiones de manera verbal o bien por escrito sobre cuestiones relativas a su internamiento, tanto a la entidad pública como al Director del centro, que las remitirá a la autoridad conveniente, en este caso se trata de hacer solicitudes concretas o de denunciar cualquier situación considerada injusta o no acorde a la legislación relacionada con el internamiento. Aunque la LORPM no menciona la posibilidad de presentar peticiones y quejas ante el Juez nada impide que se puedan formular también ante este

⁴¹⁶ Es necesario por lo tanto, que el fundamento del recurso sean las circunstancias del menor y la orientación que debe inspirar su tratamiento, ya que lo que no tenga relación con estos aspectos encuentra su límite impugnatorio en el recurso de apelación, como recuerda el Auto TS 1141/2004 de 16 de septiembre en los siguientes términos: “las discrepancias susceptibles de ser corregidas y resueltas mediante el recurso de casación para unificación de doctrina son las que se concretan en medidas impuestas a un determinado menor que, en su contenido, duración y objetivos se aparta sensiblemente de otras que tomaron en consideración datos idénticos o muy parecidos sobre la gravedad objetiva del hecho, la personalidad o la situación del menor su entorno familiar y social, su edad, sus necesidades, etc.; porque lo que se persigue a través de este remedio es al canzar en el tratamiento de la responsabilidad penal de los menores y en su orientación educativa siempre inspirada por el principio de superior interés del menor, el grado de coherencia y previsibilidad, dentro de la propia jurisdicción que exige los principios de igualdad y seguridad jurídica (STS 7/11/2002)”.

órgano jurisdiccional, ya que el Art. 57.2 R M si permite la presentación y peticiones o quejas a las autoridades judiciales, Fiscal o Defensor del Pueblo.

- CARACTERÍSTICAS Y REGULACIÓN LEGAL DEL TRABAJO DE LOS MENORES EN LOS CENTROS DE REFORMA.

La legislación de menores establece que todos los jóvenes internados tienen derecho, a una formación laboral adecuada, a un trabajo remunerado dentro de las disponibilidades de la Entidad pública y las prestaciones sociales que pudieran corresponderles, cuando alcancen la edad legalmente establecida. Con ello se reconocen el derecho al trabajo de los menores ingresados en centros de internamiento con las siguientes características:

- a) Limitación en cuanto a la edad: es necesario que el menor tenga la edad laboral legalmente establecida, de esta manera según el Art. 6.1. y 2 del Estatuto de los Trabajadores sólo podrán trabajar los mayores de dieciséis años, además, los que sean menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos insalubres o nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana. Tampoco podrán realizar trabajos nocturnos o actividades o puestos de trabajo prohibidos a los menores horas extraordinarias ni podrán trabajar más de ocho horas diarias incluyendo el tiempo empleado en formación.
- b) Clases de trabajo: hay dos tipos de trabajo: 1) Actividades laborales remuneradas de trabajo productivo y 2) Trabajo en el exterior, lo que supone no recoger expresamente las numerosas actividades ocupacionales relativas a las áreas artesanales artísticas, manuales, et c., que tanta presencia tiene en los centros realizando un gran papel de tipo terapéutico sino también de resocialización. En este sentido al limitar el trabajo al productivo, no se entenderán como tal, la diferencia en lo que ocurre en adultos, las actividades de estudio formación, artesanales, artísticas o intelectuales.
- c) Finalidad: el trabajo que realicen los menores tendrá la finalidad esencial de su inserción laboral y su inserción al mundo del trabajo, lo que está en consonancia con la orientación educativa del internamiento.

- d) **Carácter formativo:** las actividades laborales han de complementarse con cursos de formación profesional u ocupacional o cualquier otro programa que mejore las competencias y la capacidad laboral.

Con todo ello el trabajo de los menores sometidos a medida de internamiento será siempre productivo y remunerado y se podrá realizar tanto dentro como fuera del centro de internamiento, ya que se puede desarrollar en todo tipo de internamientos.

El trabajo que se desarrolle en el exterior se regulará por la legislación laboral común, por el estatuto de los trabajadores y convenios correspondientes, aunque con la debida supervisión de la Entidad pública por la que sea adecuado al programa de ejecución de la medida de internamiento. El trabajo productivo de los menores que se realice dentro de los centros de internamientos serán dirigidos por la Entidad, a través de convenios y acuerdos con personas físicas o jurídicas y se regulará por la normativa de la relación laboral especial penitenciaria copiada en el RD 782/ 2001 completado por algunas particularidades recogidas en el Reglamento y ordenanza de menores además le será de aplicación la legislación vigente de seguridad social.

Para el desarrollo de las condiciones del trabajo productivo realizado dentro de los centros de internamientos vamos a analizar en primer lugar, las condiciones específicas recogidas en el Estatuto reglamentario, así como las reglas generales como norma supletoria recoge la regulación de la relación laboral especial penitenciaria. El Art. 53 RM establece que aunque el empleador sea una persona física o jurídica de los incumplimientos en materia salarial y de seguridad social responderá solidariamente a la Entidad, lo que supone una garantía de protección de los derechos del menor por parte de la entidad que lo tutela además si bien los menores que tengan más de dieciocho años se sometan a las normas laborales generales respecto a los menores de esta edad, hay una serie de previsiones específicas que pretenden garantizar una mayor protección de los ejercicios de las actividades laborales.

En cuanto a la normativa relativa a la relación laboral especial penitenciaria de adultos se regula en los Arts. 132 -133 de l RP y el RD 782/2001 de 6 de Julio que ha derogado los Arts. 134 a 152 de l mencionado RP, y como, teniéndola en cuenta como norma supletoria, de la LORPM y del Estatuto reglamentario de menores, siendo materias extrapolables al trabajo de los menores ingresados en los centros de internamiento, las siguientes:

- a) En primer lugar hay que respetar las características generales del trabajo productivo, tales como la garantía como de descanso semanal, la duración legal del jornada de trabajo, retribución adecuada, distribución de la remuneración para cargas familiares y demás obligaciones...
- b) Aunque en la legislación de menores el trabajo no es un deber como en adultos sino exclusivamente un derecho, como existe la “obligación de participar en actividades laborales establecidas en función de su situación personal a fin de preparar su vida en libertad” según establece el Art. 57 h) LORPM, hay que tener cuenta quienes no pueden trabajar: los sometidos a tratamientos médico por accidente o enfermedad, los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos, las mujeres embarazadas durante el tiempo establecido antes o después del parto, los que no puedan hacerlo por causa o razones de fuerza mayor Art. 133 RP.
- c) Reconocimiento de los derechos laborales básicos como la no discriminación por sexo, nacionalidad, raza, etc., derecho a la integridad física y la prevención de riesgos laborales, derecho al trabajo productivo y remunerado, respeto a la intimidad, derecho a la promoción y formación profesional, etc.
- d) En cuanto a los deberes se puede destacar el de cumplir las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, observar las medidas de prevención de riesgos laborales, cumplir las órdenes e instrucciones de los responsables de los talleres, contribuir a conseguir los objetivos del trabajo y en la preparación para inserción laboral.
- e) Donde más se tiene que adaptar la organización de los trabajos de los menores con las peculiaridades de la privación de libertad es en la regulación de los motivos de suspensión y extinción de la relación laboral, lo que exige distinguir entre suspensión y extinción.

En cuanto a la suspensión, el menor no está obligado a trabajar ni obtiene remuneración por diversas causas como mutuo acuerdo de las partes (empleador y trabajador), incapacidad temporal del trabajador, maternidad y riesgo de la mujer trabajadora durante decisi6n semanas ininterrumpidas ampliables por parte múltiple, fuerza mayor temporal, suspensión de empleo y sueldo por cumplimiento de sanción de aislamiento (en menores separación del grupo), razones de tratamiento educativo, traslado del interno no superior a dos meses y permisos de salidas o salidas autorizadas disciplina y seguridad.

Respecto a la extinción, el menor finaliza su contrato de trabajo por cualquiera de las siguientes causas: mutuo acuerdo de las partes, terminación de la obra o servicio, ineptitud del interno trabajador, muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación del trabajo, renuncia del menor trabajador, falta de adaptación a las condiciones técnicas laborales, libertad del menor, contratación por empresas del exterior para internos en régimen abierto, razones de tratamiento, traslado a otro centro superior a dos meses, razones de disciplina y seguridad e incumplimiento de los deberes laborales básicos.

9. COMUNICACIONES CON EL EXTERIOR.

Atendiendo a la finalidad pedagógica-sancionadora de la ley, las comunicaciones reafirman el principio de resocialización como principio rector del internamiento.

9.1. Visitas externas.

Las visitas son muy parecidas a las de adultos en cuanto a las clases, pero se diferencian en cuanto a la forma de llevarlas a cabo además las normas internacionales específicas de la jurisdicción de menores aconsejan que las visitas con los padres se repitan semanalmente o en su defecto mensualmente, y a que la comunicación familiar o el contacto son consideradas imprescindibles en el proceso educativo del menor. Las comunicaciones pueden ser orales, escritas, telefónicas y con profesionales, y las visitas pueden ser de convivencia familiar o íntima; todas ellas son extensibles a todos los menores y se pueden ampliar como incentivo de la conducta del menor o su buena evolución.

En todos los centros se lleva un libro de visitas en el que se registran la fecha de visita el nombre del menor internado, el nombre, dirección y DNI del visitante así como el parentesco que tiene con el menor.

9.2. Visitas.

En el ámbito de los menores no se distingue entre comunicaciones orales y visitas, como ocurre en adultos por la inexistencia de locutorios (un aspecto positivo es que la ausencia de locutorios permite que su desarrollo sea menos nocivo que en adultos), de esta manera cuando los menores reciben visitas se realizan con contacto directo y si la separación física mediante cristales a pesar de lo que RM no describe el lugar donde se realiza estas visitas de tipo ordinario. Los menores tienen derecho a dos visitas ordinarias semanales de una duración mínima de cuarenta minutos o una semanal que las acumule, y además pueden tener visitas extraordinarias que se realizan fuera del horario establecido por motivos excepcionales o como medida incentivada con la conducta y evolución del menor, por ejemplo, que el estado de ánimo de un menor puede ser más fácilmente superado con una visita familiar adicional. Estableciendo esta opción las normas de funcionamiento interno de los centros.

Al igual que a adultos, los familiares de ben de acreditar su parentesco y los familiares deben de ser autorizados por el Director del centro, y si los visitantes son menores no emancipados han de estar autorizados por su representante legal. La necesidad de autorización por el director cuando no son familiares los visitantes, no pueden derivar en una prohibición absoluta, por la normativa interna, sino que ha de estar autorizada por motivos educativos siempre en interés del menor.

Como medida de seguridad se prohíbe que los visitantes porten bolsos, objetos, paquetes o sustancias prohibidas por el centro, por el cual deberán pasar por controles de seguridad establecidos por las normas de funcionamiento interno que pueden ser diversas en las distintas CCAA⁴¹⁷.

Como pauta habitual, no deben acudir más de cuatro personas a visitar al menor simultáneamente, salvo que motivos justificados aconsejen aumentar dicho número.

⁴¹⁷ Para el control de los visitantes, el RM no ha llegado tan lejos como el Art. 45.7 del RP que permite incluso el cacheo con desnudo integrar de los mismos al limitarse al registro superficial de la persona en todo caso tales prácticas han de ser excepcionales y estar suficientemente motivadas y en caso de negativa del visitante ha someterse a tales registros se puede denegar la comunicación por el director dando cuenta al Juez de menores. CERVELLÓ DONDERIS, V.: *La medida de internamiento en el derecho penal del menor*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 170.

9.3. Visitas de convivencia familiar.

La frecuencia de estas visitas y su duración son mayores que las visitas ordinarias, pudiéndose realizar al menos una vez al mes con un tiempo no inferior a tres horas. Su finalidad es facilitar los lazos afectivos y familiares. Su concesión es más general dado que no recoge ningún criterio limitador con lo cual se entiende que todos los menores las pueden disfrutar e incluso aquellos menores internos que disfrutaban de salidas al exterior.

La mención a la visita de convivencia familiar parece referirse sólo a la familia estricta o nuclear, si bien la falta de concreción permite mantener un concepto amplio de familias en el que se incluyan las personas más allegadas o cuasi familiares. En ellas rigen las mismas normas de autorización y control que en las visitas ordinarias.

En estas clases de visitas también hemos de destacar la ausencia de regulación sobre los espacios donde se podrán realizar estas visitas familiares que, a diferencia de las otras, permiten no sólo la conversación sino un tiempo de estancia con las personas más allegadas durante un plazo de tiempo más amplio lo que requiere no sólo un espacio suficiente sino también el respeto debido a la intimidad⁴¹⁸.

La diferencia en adultos entre visitas de familiares o allegados y visitas de convivencia responden a la respectiva finalidad de cada una de ellas. En las primeras se facilita un tiempo de estancia con las personas más cercanas (familia, amigos íntimos, parejas...) en una sala adecuada y con una duración de hasta tres horas, y las segundas la finalidad es la convivencia más estrictamente familiar para mantener el vínculo con el

⁴¹⁸ En adultos la Instrucción DGIP 4/2005 de 16 de mayo exige unas condiciones mínimas para las apropiado, elementos de limpieza (papeleras...) algo que se hecha en falta en menores por mucho que los reglamentos de régimen interno lo regulen, dadas sus faltas de difusión públicas.

□ En la visita de convivencia estrictamente familiar hay que tener en cuenta que en esta clase de visita los menores de edad que hasta el año 1995 podían convivir con la madre en prisión hasta los seis años y en la reforma de la LOGP de 18/12/1995 (LO 13/2005) se rebajó la edad de permanencia de los niños en prisión a tres años, lo que provocó la regulación de esta visita en el Art. 38.3 LOGP con el fin de paliar el perjuicio que produjo tal modificación para las internas y sus hijos.

□ En la legislación penitenciaria ni la LOGP ni el RP exigen estabilidad en la relación sentimental sin embargo, aunque anteriormente en virtud de la Instrucción DIGP 24/ 1996 se requería certificado de matrimonio o de convivencia o precedentes de visitas, comunicaciones o coresponsabilidad finalmente la Instrucción DGIP 4/2005 estableció que no se concederán a quienes no acrediten documentalmente la relación de afectividad ni a quienes hubieran tenido otras anteriormente con personas distintas salvo que exista una relación estable de seis meses de duración. instalaciones que va a utilizarse para las visitas tales como dimensiones, necesidad de baño, mobiliario apropiado, elementos de limpieza (papeleras...) algo que se hecha en falta en menores por mucho que los reglamentos de régimen interno lo regulen, dadas sus faltas de difusión públicas.

cónyuge o pareja e hijos menores de diez años de edad en una visita que puede durar hasta seis horas y con un máximo de seis personas por visita⁴¹⁹.

9.4. Visitas internas vis a vis.

Estas visitas están previstas para los menores para un plazo superior a un mes que no disfruten de ninguna salida de fin de semana ni de permisos ordinarios de salida y se pueden realizar con el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad siempre que se pueda acreditar. Previa solicitud del menor se puede autorizar una visita al mes como mínimo y con una duración de una hora, de biéndose a realizar en dependencias adecuadas en que la intimidad se respete⁴²⁰.

Hay que tener en cuenta que ya en el ámbito de los internos de los centros penitenciarios se planteó que la finalidad de este tipo de visitas no es la satisfacción de instintos sexuales, sino su vinculación con la estabilidad sentimental⁴²¹. En el caso concreto de los menores se ha de velar por su estabilidad integral evitando que las alteraciones emocionales propias de la adolescencia fomenten cambios continuos de parejas, ante ello, si bien el vínculo matrimonial supone la emancipación y por tanto la libertad de decisión en el caso de análoga relación de afectividad hay que dotar a la acreditación de relación previa un especial cuidado por tratarse de menores, lo que lleva a algún autor a exigir el consentimiento de los padres o representantes legales del menor internado y del visitante si también es menor de edad⁴²², esto sin embargo carece de sentido si se tiene en cuenta que legalmente los menores pueden tener relaciones sexuales consentidas e incluso contraer matrimonio a partir de los dieciséis lo que debe relacionarse

⁴¹⁹ En la visita de convivencia estrictamente familiar hay que tener en cuenta que en esta clase de visita los menores de edad que hasta el año 1995 podían convivir con la madre en prisión hasta los seis años y en la reforma de la LOGP de 18/12/1995 (LO 13/2005) se rebajó la edad de permanencia de los niños en prisión a tres años, lo que provocó la regulación de esta visita en el Art. 38.3 LOGP con el fin de paliar el perjuicio que produjo tal modificación para las internas y sus hijos.

⁴²⁰ En la legislación penitenciaria ni la LOGP ni el RP exigen estabilidad en la relación sentimental sin embargo, aunque anteriormente en virtud de la Instrucción D IGP 2 4/1996 se requería certificado de matrimonio o de convivencia o precedentes de visitas, comunicaciones o correspondencia finalmente la Instrucción DGIP 4/2005 estableció que no se concederán a quienes no acrediten documentalmente la relación de afectividad ni a quienes hubieran tenido otras anteriormente con personas distintas salvo que exista una relación estable de seis meses de duración.

⁴²¹ La STC 119/96 de 18 de julio estableció que la abstinencia sexual no ponen en peligro la integridad física o psíquica de los internos ni supone la sumisión de un intrato inhumano o degradante.

⁴²² POLO RODRÍGUEZ, J.J. / HUÉLAMO BUENDÍA, A.J. *La nueva ley penal del menor*. Madrid, 2007, p. 130.

con la defensa de las relaciones íntimas como un factor normalizador y rehabilitador respecto a la vida en libertad⁴²³.

9.5. Visitas con profesionales.

Los menores también se pueden comunicar reservadamente con los abogados y procuradores, el Juez de menores competente, el Fiscal, los servicios de inspección de los centros y el Defensor del pueblo o sus adjuntos o delegados, estableciendo en este caso la necesidad de que se realicen las visitas en locales apropiados, lo que se entiende como locales idóneos, separados del resto y con la necesaria privacidad. Otros profesionales que pueden visitar al menor son los ministros de su religión, representantes diplomáticos en caso de menores extranjeros o cualquier otro tipo de profesionales acreditados.

Entre las visitas de todos ellos hay algunas diferencias ya que el Juez de menores o cualquier otra autoridad judicial, el Ministerio Público, el letrado del menor, el Defensor del pueblo y sus adjuntos y la inspección de centros podrán elegir el lugar, día y hora para la visita, mientras que el resto de profesionales lo harán dentro de los horarios establecidos por la Entidad pública.

El menor podrá solicitar las visitas de dichos profesionales por escrito o verbalmente al Director y órgano que la entidad pública establezca en su normativa, permitiendo con ello que pueda tratarse de personas y órganos diferentes, éste la autorizará con la debida comprobación de su respectiva identidad, que en el caso de abogados y procuradores requerirá además la designación como defensor o representante del menor en las causas que se sigan contra él o por las cuales se encuentre internado.

Siguiendo la doctrina constitucional recogida entre otras en la STC 183/1994 de 20 de junio, las visitas con el abogado o procurador del menor no podrán ser suspendidas por el Director ni ninguna autoridad administrativa, y que exigen en todo caso autorización judicial, Art. 41.6 R. M. Aunque pueda sorprender esta referencia reglamentaria a la suspensión judicial de las visitas con abogados y procuradores, en Derecho Penitenciario sucede igual en el Art. 48.3 RP, la razón de ello es que el Art. 51.2 LOGP en 1979 utilizó una expresión confusa *“las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores*

⁴²³ ABEL S OUTO, M. “Internamientos Penales de Menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su Reglamento de 30 de junio de 2004”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Vol. LVII, 2004, p. 90.

que los representen...no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo” lo que dio lugar a pensar en algunos pronunciamientos judiciales, incluso del TC, que en casos de terrorismo no era necesaria la autorización judicial para la intervención de comunicaciones con el abogado defensor; ante la vulneración que ello suponía, del derecho de la interpretación de que el terrorismo no era una excepción a la intervención exclusiva por autorización judicial, interpretación que se incorporó al texto del RP de 1996. En este caso es posible que se pueda percibir una cierta contradicción entre la Ley y el Reglamento, pero se debe más bien a una defectuosa redacción y a la aparición, entre una norma y otra, de jurisprudencia que han dado una lectura constitucional al texto legal.

Hay quien entiende que las comunicaciones de los menores con sus abogados no se pueden suspender en ningún caso dada la amplitud con las que las enmarca el Art. 56.2 i) LORPM⁴²⁴, entre otras razones por la brevedad con que la ley se ocupa de los aspectos de clara prohibición de cualquier suspensión por orden constitucional señalada anteriormente reconociendo la primacía del derecho de defensa y la excepcionalidad de su limitación con el debido control jurisdiccional.

9.6. Comunicaciones telefónicas.

Se pueden realizar al menos dos llamadas telefónicas semanales con una duración mínima de diez minutos, con lo cual el sistema es sumamente flexible, sólo requieren autorización del Director cuando no se realicen a los padres del menor, representantes legales, o a algún familiar si es dentro del horario establecido, o incluso con éstos si se realizan fuera del horario establecido. Salvo casos justificados por la Entidad pública en atención al objeto de la llamada o circunstancias del menor, correrán a cargo de éste; en este sentido hay que tener en cuenta que aunque en adultos se limita al ingreso y a los traslados, en menores podría haber otros motivos justificativos: enfermedades, atribuciones relacionadas con la intervención educativa, necesidades afectivas...

Los motivos que permiten las comunicaciones telefónicas en adultos son el momento del ingreso, que los familiares residan lejos del centro penitenciario o no se puedan desplazar para realizar visitas y cualquier motivo excepcional o urgente que requiera inmediatez, en menores sin embargo debe haber muchas más flexibilidad y

⁴²⁴ ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a R. cit. pp. 500 a 510.

permitir la comunicación siempre que sea positivo para la educación del menor por la relevación que tiene en la intervención la relación y el apoyo familiar.

9.7. Comunicaciones escritas.

Los menores podrán evitar y recibir libremente cuantas correspondencias deseen, previo registro con indicación de l nombre de l destinatario y e l remitente y la fecha correspondiente. Para el control del contenido de las cartas se siguen los mismos criterios del seguridad que en adultos, es decir la correspondencia de entrada se abre en presencia del personal del centro para que compruebe que no alberga nada prohibido en su interior y respecto a la correspondencia de salida se cierra igualmente en presencia de personal del centro con la misma finalidad.

Se plantea como único su puesto de censura en cuanto a l envío o recepción de correspondencia, a las prohibiciones que pueda acordar el Juez con arreglo a la LORPM, lo que parece referirse a los casos de incomunicación judicial previstos en el Art. 17.4 que remiten al 520 bis de la LECrim., y en este sentido hay que destacar que en supuestos de terrorismo el letrado será de oficio, no se podrá entrevistar comunicar a sus familiares u otra persona de su elección el hecho de la detención o lugar de custodia, lo que resulta totalmente incompatible con el interés del menor, para ello la Circular 2/2001 FGE quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor y que si se deniega en el autor de incomunicación la asistencia de estas personas a la declaración del menor, deben asistir los profesionales del Equipo técnico y el Fiscal.

No hay mención alguna a la intervención de las comunicaciones escritas, algo que en adultos está previsto con la obligatoriedad de comunicarlo tanto al interno como al Juez competente.

9.8. Limitaciones a las comunicaciones y visitas.

Las comunicaciones pueden ser suspendidas temporal o definitivamente por el Director del centro de internamiento por los siguientes motivos:

- Si en su desarrollo se producen amenazas, coacciones, agresiones verbales o físicas.
- Si se advierte un comportamiento incorrecto de los participantes en la visita.

- Si existen razones fundadas para creer que el menor o sus visitantes pueden estar preparando alguna acción delictiva o que se atente contra la convivencia o seguridad del centro.
- Si se entiende que los visitantes pueden afectar negativamente al desarrollo integral de la personalidad del menor y a su derecho fundamental a la educación.

Este último caso es el único que se justifica por el interés educativo del menor y por ello se exigen su notificación al Juez de menores competente para que la resuelva después de oír al MF y al Equipo técnico, sin perjuicio de su suspensión cautelar por el Director, lo que le dota de una finalidad educativa y no basada exclusivamente en motivos de seguridad. Del mismo modo, si la suspensión se justifica en atención a la seguridad y convivencia del centro, también debe ser notificada al Juez de menores si se aprecia peligro grave y cierto para éstas, lo que exige una notificación inmediata al Juez, sin la necesidad expresa de su aprobación como el supuesto anterior. Lo que no se comprende muy bien es porque en el resto de los supuestos de suspensión no existe la obligación de notificarlo al Juez, lo que mejoraría notablemente las garantías.

En todos estos supuestos puede ser temporal o definitiva dando lugar a la terminación, sin estar previsto como en adultos la posibilidad de intervenir las comunicaciones que permite conocer su contenido previa notificación al interesado y al Juez por motivos concretos y justificados. Lo que no queda muy claro es el procedimiento a seguir ya que la decisión la toma el Director pero falta concretar los demás términos como por ejemplo su motivación, el plazo que van a durar y lo que es más importante su carácter claramente excepcional.

Aunque en el Art. 41.6 RM se afirma que las comunicaciones con el abogado defensor o procurador no podrán ser suspendidas en ningún caso por decisión administrativa y requerirán en todo caso autorización judicial, por las razones anteriormente expuestas, en el Núm. 8 del mismo Art. 41 RM extiende la garantía de la no suspensión, ni intervención ni restricción ni limitación por autoridad administrativa a todas las visitas de profesionales reguladas en el mismo, es decir: Jueces, Fiscales, representantes Consulares, Ministros de religión... mientras que en adultos dicha prerrogativa sólo se refiere a las autoridades judiciales.

9.9. Permisos de salida ordinarios y extraordinarios.

Aunque en la legislación penitenciaria de adultos siempre han existido los permisos de salida, la L OGP de 1979 reformó su regulación para terminar con un tradicional carácter premial y sustituirlo por otro en el que, como parte del tratamiento, pasaban a tener la exclusiva finalidad de preparar para la vida en libertad y facilitar la reinserción social. Éste por tanto ha de ser el significado que ha de darse a los permisos de salida en la legislación penal de menores, lo que supone a partir de su carácter de premio o recompensa por el buen comportamiento del menor y pasar a formar parte de la intervención educativa del programa que se lleva a cabo con el menor; lo que justifica que el Art. 56.2.h) LORPM destaque entre los derechos de los menores internados el derecho del menor a disfrutar de permisos y salidas y el Art. 55.3 LORPM, en el marco del principio de resocialización establezca que la finalidad de los permisos de salida sea mantener contactos positivos con el exterior y preparar su futura vida en libertad.

Por el lo, deben primar sus innumerables ventajas de fortalecimiento de los lazos familiares, preparación a la vida en libertad, contribución al sentido de responsabilidad, estímulo para el comportamiento y período de prueba, para comprobar la adaptación del menor al entorno social, sobre las desventajas centradas básicamente en el riesgo de quebrantamiento o fracaso que repercuten negativamente en la confianza social hacia la preferencia del sistema educativo sobre el punitivo y con ello a veces en una restricción en la concesión de los mismos.

La legislación penal de menores recoge los permisos de salida entre los derechos de los menores internados, remitiendo al Reglamento de la regulación de su contenido, esta consideración de derecho debe matizarse ya que negado su consideración en el ámbito penitenciario de adultos como derecho subjetivo o fundamental, reconociendo exclusivamente un “interés legítimo de obtenerlos cuando se tienen los requisitos que no aconsejan su denegación”.

Con carácter general el Art. 55.3 LORPM establece que los menores podrán tener permisos de salida ordinarios, extraordinarios y de fin de semana; no obstante la diferencia más destacada es la mayor flexibilidad del derecho de menores y a que los primeros siempre cuentan con autorización del Juez de menores y además se pueden extender a los menores que cumplan internamiento cerrado, algo que no es posible en adultos. Al igual que en el caso de imposición de sanciones, se permite que sea el Director el competente

para concederlos, si así lo establece la normativa de la Entidad pública, lo que se aparta del derecho penitenciario de adultos donde todas estas figuras siempre son decididas por órganos colegiados.

Durante los permisos de salida, los menores deben estar bajo la responsabilidad de sus padres, representantes legales o personas autorizadas designando un domicilio durante su disfrute.

El Reglamento ha desarrollado ampliamente la regulación de los permisos de salida en or dinarios y e xtraordinarios. Los or dinarios, l os pu eden di sfrutar l os m enores condenados a internamiento abierto o semiabierto, lo que en principio excluye a los que cumplan medida de i nternamiento cerrado y los que c umplan i nternamiento c autelar. Excepcionalmente los menores que cumplan internamiento cerrado podrán disfrutar hasta doce dí as d e p ermis o al a ñ o s i n que e xceda de c uatro dí as s eguidos, c uando ha ya n cumplido el primer tercio del periodo de internamiento, lo justifique su buena evolución personal d urante l a ejecución d e l a m edida o co n el l o s e f avorezca el p roceso d e reinserción social; en estos casos han de cumplir los requisitos señalados a continuación y además han de ser autorizados por el Juez de menores, siendo los requisitos los siguientes:

- Solicitud previa del menor
- No estar cumpliendo ni tener pendientes de cumplimiento sanciones disciplinarias por faltas muy graves o graves.
- Participación en las actividades previstas en el programa de ejecución de la medida de internamiento. Este requisito puede chocar con la voluntariedad del tratamiento, salvo q ue s e i nterprete co mo l a n ecesidad d e q ue l os p ermisos d eban est ar recogidos en e l p rograma de ejecución e específico de l m enor, l o qu e ya vi ene exigido por el siguiente requisito.
- Los permisos han de estar previstos en el programa de ejecución aprobado por el Juez de menores. Es un requisito de gran importancia porque justifica la naturaleza de parte del tratamiento⁴²⁵.
- En el momento de decidir l a c oncesión e l m enor no d ebe est ar i mputado por un nuevo hecho delictivo

⁴²⁵ El Auto de AP Salamanca 2.4.2008 rechaza la concesión de un permiso de salida de un menor que cumple medida de internamiento cerrado pese a su buen comportamiento y a apoyo familiar porque ni el programa individual de ejecución ni en su posterior revisión, se contemplan los permisos de salida.

- Pronóstico no desfavorable de quebrantamiento de la medida, comisión de nuevos hechos delictivos o repercusión negativa de la salida en el menor en su preparación para la vida en libertad o su programa individualizado de tratamiento. En adultos este pronóstico se deduce de la aplicación de la tabla de variables de riesgo⁴²⁶ formada por una serie de variables como extranjería, drogodependencia, reincidencia, profesionalidad, quebrantamientos, ausencia de permisos, deficiencias de convivencia, lejanía vivienda... que suscita muchas críticas por su valoración excesivamente automática y escasamente individualizada.
- Finalmente, sólo para menores que cumplan internamiento cerrado: tiene que haber cumplido el primer tercio del periodo de internamiento, lo justifique su buena evolución personal durante la ejecución de la medida o que con ello se favorezca el proceso de reinserción social. Si el menor está cumpliendo varias medidas de internamiento cerrado, el cálculo del primer tercio ha de ser de todas las consideradas conjuntamente, y a que sería ilógico realizarlo de cada medida individualmente permitiendo al menor salir del centro para luego volver estar otro periodo sin salir, por ello en adultos se utiliza la figura de la re fundición de condenas que enlaza todas las penas considerándolas como una sola a efectos de aplicación de las figuras penitenciarias⁴²⁷. En el caso aludido, las alegaciones del Fiscal, se basaban en que se trataba de una medida de internamiento cerrado, por la comisión de delito de robo con intimidación y que el informe del equipo técnico era desfavorable por la mala conducta y comportamiento del menor que además nos ofrecía garantías al padre de poder responsabilizar de la menor, sin embargo la Audiencia opta por avalar la autorización dada por el Juez de menores como forma de estimular la reinserción con las correspondientes garantías. A pesar de la corrección del Auto mencionado, se podría hacer alguna matización como es la necesidad de no confundir los permisos de salida con beneficios premiales, ya que su finalidad es contribuir a la reeducación y reinserción social y por ello han de

⁴²⁶El contenido y aplicación de la Tabla se introdujo en la Instrucción DGIP 22/1996 de 16 de diciembre que ha sido actualizada por el Instrucción DGIP 3/2008 de 6 de marzo.

⁴²⁷ En este sentido : El Auto AP Valladolid 16.6.2006 desestima el recurso de apelación presentado por el Ministerio Público contra la concesión de permisos de salida a una menor en internamiento cerrado para realizar los exámenes finales del curso del Instituto donde estaba matriculada con el fin de fomentar e incentivar a la menor en los fines de rehabilitación y resocialización y favorecer el sentimiento de la misma de pertenencia a la comunidad educativa de la que forma parte, si bien con una serie de condiciones como responsabilizar al padre de recogerla del centro en que se encuentra y restituirla al mismo concluidas las pruebas realizadas, sabiendo que cualquier incidente no justificado así como cualquier atraso en la restitución al centro en que se cumple la medida de internamiento motivará que se deje sin efecto la autorización es sólo para la realización de exámenes.

basarse en el programa de tratamiento que esté siguiendo el menor y no exclusivamente en su conducta o comportamiento.

En el Reglamento de manera venturosa se ha omitido un requisito mencionado por el Borrador de junio de 2001 en el Art. 42.5 y que no respondía al principio general de preferente interés del menor, y a que dejaba fuera de la posibilidad de permisos a los menores cuyos padres no se hicieran cargo de ellos, sin mencionar en este mismo precepto la posibilidad de ser acogidos durante su disfrute por asociaciones o instituciones autorizadas, aunque si lo hiciera en el Art. 48.2.

Los menores sometidos a internamiento terapéutico podrán disfrutar de permisos, salidas y comunicaciones siempre que lo autorice el Juez de menores y se enmarquen en el programa individualizado de tratamiento, y podrán ser también dejados sin efecto si el menor incumple las condiciones. Quizá se echa en falta una referencia más clara al significado terapéutico de las salidas, como ocurre en adultos, lo que puede significar entre otras cosas que se dé prioridad al informe médico o psiquiátrico en su concesión.

- Forma de cumplimiento:

La duración de los permisos ordinarios pueden ser hasta sesenta días por año para los menores que se encuentren en centros abiertos, hasta cuarenta días por año para los que se encuentren en semiabiertos, repartidos proporcionalmente a lo largo del año en sus dos semestres y sin que exceda de quince días cada permiso. En este cómputo no se incluyen los permisos extraordinarios, ni los permisos de fin de semana ni las salidas programadas.

Los menores que cumplan internamiento cerrado sólo podrán disfrutar hasta doce días de permiso al año sin que exceda de cuatro días seguidos, se lo autoriza el Juez de menores después de cumplir el primer tercio de internamiento y se favorezcan su proceso de reinserción social.

Si se trata de menores que están cursando la enseñanza general básica obligatoria, no se pueden conceder permisos de salida en días lectivos del calendario escolar, por lo que deberán de concederse en días no lectivos (vacaciones, fiestas...) y a que en este caso prima el interés educativo de no interrupción de la asistencia a las clases.

Al tratarse de menores de edad hay una lógica regulación reglamentaria del lugar y las condiciones donde se va a residir durante el permiso o salida, en este sentido el Art. 51 RM exige que los menores que los disfruten han de estar bajo la responsabilidad de sus padres,

representantes legales o personas autorizadas por éstos, así mismo se ha de designar un domicilio a efecto de comunicaciones. Las excepciones a estas p revisiones son las siguientes:

- Que el menor esté bajo la tutela de la Entidad pública de protección de menores, en ese caso ésta será la competente para designar a la persona o institución que se hará cargo del menor durante el permiso y el domicilio durante el mismo.
- Que los padres o representantes legales del menor no estén localizados, no se quieran hacer cargo del menor, o éste se niegue a estar en su compañía, en estos casos el Juez de menores autorizará la salida con otras personas o instituciones.

Como antes ya se ha mencionado, afortunadamente se ha suprimido la exclusión del permiso por causas ajenas al menor.

- Procedimiento:

Los concede el Director del centro u órgano establecido por la Entidad pública, dando cuenta al Juez de menores (salvo en los internamientos cerrados donde es éste quien los autoriza), lo que difiere sustancialmente del régimen penitenciario de adultos y a que en este caso se conceden a propuesta de la Junta de tratamiento (órgano colegiado formado por distintos profesionales) por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Ligar la concesión a un órgano unipersonal no parece conveniente precisamente en los centros de menores donde la labor educativa se ejerce de forma conjunta por educadores y demás profesionales como psicólogos o trabajadores sociales, por lo es de esperar que el Director del centro u órgano designado por la Entidad pública tomará la decisión en consonancia con las propuestas de dichos profesionales. En el caso de menores que cumplan internamiento cerrado, como se ha señalado, los concede si empre el Juez de menores.

En cuanto a los permisos de salida extraordinarios, los pueden disfrutar todos los menores en los siguientes casos: fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos u otras personas íntimamente vinculadas con los menores; nacimiento de un hijo; importantes y comprobados motivos de significación análoga. Para ello se pueden adoptar medidas de seguridad adecuadas, y, sin que exceda de cuatro días, durarán el tiempo que requiera su finalidad. Al no exigir que se trate de menores sentenciados

permite, a l igual que o curre en a dultos, que también l os s ometidos a medida c autelar puedan disfrutar de estos permisos.

El órgano competente para su concesión es el Director del centro u órgano establecido por la normativa de la Entidad pública que lo han de notificar al Juez, salvo en el caso de los menores internados en centros cerrados que requerirán de autorización judicial.

A diferencia de los permisos de salida ordinarios donde se utiliza la expresión “podrán disfrutar...” en l os e xtraordinarios se señala “se concederán...” l o que puede i nclinar a pensar que en este caso si se trata de un derecho a l a obtención de este tipo de permisos precisamente p or su c ircunstancias ex cepcionales. E ntre l os m otivos q ue l os p ueden justificar s on t odos r acionalmente objetivos, a unque e l término e nfermedad gr ave s ea susceptible de concreción, sin embargo el último “importantes y comprobados motivos de significación an áloga” es ex cesivamente a mbiguo p or el lo h a d e e n tenderse co mo cualquier motivo de importancia semejante, no que el motivo sea similar, motivo por el que se p ueden co nsiderar como t ales la celebración d e acontecimientos f amiliares y actividades académicas.

A) Salidas de fin de semana:

Podrán disfrutar de salidas de fin de semana los menores internados en régimen abierto o semiabierto siempre que se cumplan los requisitos de los permisos de salida ordinarios desde las 16.00 h. de l viernes a las 20.00 h. del dom ingo como r egl a g e neral a unque pueden extenderse 24 h. más si el lunes o viernes es festivo, existiendo la posibilidad de designar a un persona del centro o autorizada por la Entidad pública para que acompañe al menor durante la salida cuando las circunstancias lo aconsejen, lo que ha de e ntenderse como una referencia a las necesidades educativas.

Los menores i nternados e n r égimen a bierto l as podr án di sfrutar t odos l os f ines de semana sal vo que l a e v olución d el tratamiento aco nseje o tra f recuencia en l as sa lidas, siempre que se haya notificado al Juez de menores y al MF. Por su parte los internados en régimen semiabierto podrán disfrutar de una salida de fin de semana una vez al mes hasta cumplir el primer tercio del internamiento y dos salidas al mes durante el resto salvo que la evolución d el tratamiento a conseje o tra c osa. Los i nternados e n r égimen c errado, que cumplan los requisitos del Art. 45 R M, podrán tener una salida de fin de semana al mes después de cumplir el primer mes de i nternamiento si su e v olución personal favorece el proceso de reinserción social y lo autoriza el Juez de Menores.

El órgano competente para su concesión es el Director del centro u órgano establecido por la normativa de la Entidad pública, teniendo la así como su denegación o suspensión del permiso o del derecho a su concesión; además en el caso de variar la frecuencia prevista reglamentariamente por razones de tratamiento se ha de notificar tanto al Juez de menores como al Ministerio Público.

B) Salidas programadas:

No se oculta en esta de nominación la similitud de modelo penitenciario en la regulación del cumplimiento de la medida de internamiento, ya que el Art. 114 RP recoge con este mismo nombre a las salidas de los internos para realizar actividades específicas de tratamiento que pueden tener una duración general de dos días y excepcional de hasta siete. Se trata de salidas en grupo de internos acompañados por personal del centro penitenciario u otras instituciones colaboradoras con el tratamiento de los internos, que exigen los mismos requisitos para su concesión que los permisos de salida y son aprobadas por la DGIP o el Juez de vigilancia según la clasificación de los internos y la duración de la salida.

En el caso de los menores se regulan en el Art. 48 R M, la organización de la medida de internamiento para los menores internados en régimen abierto y semiabierto, aunque excepcionalmente las pueden disfrutar los menores de centros cerrados si lo autoriza el Juez de menores una vez hayan cumplido un tercio del internamiento y la buena evolución del menor justifique su disfrute para favorecer el proceso de integración social. Las salidas programadas comparten los mismos requisitos de concesión que los permisos de salida.

Como regla general han de durar menos de 48 horas, aunque admite excepciones justificadas, y su contenido puede ser desde actividades culturales, recreativas, deportivas, preferentemente se cumplirán en durante los fines de semana y festivos, aunque es posible también programarlas en días laborables siempre que sean compatibles con los horarios de las actividades de los menores.

Como se puede observar, la regulación de menores es casi idéntica a la de adultos ya que incluso en ambos casos respectivamente, los requisitos de permisos de salida y salidas programadas son iguales con la única salvedad en menores de no excluir a los internamientos cerrados de la posibilidad de disfrutar tanto permisos de salida ordinarios como salidas programadas, algo adecuado a las prioridad del interés del menor recogido en

la reglamentación. Otra diferencia importante es que en adultos sólo cabe la concesión de permisos extraordinarios a los presos preventivos, mientras que en menores los sometidos a medida cautelar tienen los mismos permisos y con los mismos requisitos que los condenados por resolución firme.

C) Denegación, revocación o suspensión:

En la regulación de los permisos de salida ordinarios y salidas de fin de semana se distinguen varias figuras similares: denegación del permiso, revocación, suspensión del permiso y suspensión del derecho a la concesión de permisos, todas ellas deben ser motivadas.

La denegación se producirá por la no concurrencia de los requisitos, todas ellas deben ser motivadas.

La denegación se producirá por la no concurrencia de los requisitos de concesión recogidos en el Art. 45 RM, la decide el Director del centro u órgano establecido por la normativa de la entidad pública dando cuenta al Juez de menores y al menor, que podrá recurrir mediante un recurso conforme al Art. 52 LORPM. Dicho recurso, previo informe del MF y AP.

La suspensión se producirá cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario, extraordinario, salida fin de semana o salida programada ya concedido, se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión vgr. Que el menor sea sancionado y no pueda disfrutarlo en las fechas previstas; en los casos en los que sea el Juez resuelva lo que proceda.

Si el menor se ve imputado en un nuevo hecho constitutivo de infracción penal, el permiso o salida quedarán sin afecto, lo que viene a ser una revocación, para ello basta con que se incoe nuevo expediente en la Fiscalía de menores, lo que no respeta demasiado la presunción de inocencia.

Asimismo, los mismos órganos anteriormente citados pueden suspender el derecho a la concesión de permisos ordinarios de salida sin el pronóstico del menor es desfavorable por probabilidad de quebrantamiento, ha cometido nuevos delitos, el permiso pueda tener repercusión negativa en su preparación a la libertad o en su programa de intervención. En este caso también han de notificarse al Juez de menores y hay que entender que se trata de una suspensión temporal mientras duren tales circunstancias que periódicamente han de ser

revisadas, para no convertirse en una suspensión de definitiva, ya que el permiso ordinario debe ser entendido como un medio ineludible de tratamiento educativo.

Hay que tener en cuenta que cuando la suspensión o revocación se debe a la comisión de nuevos hechos delictivos, el cumplimiento de principio de permiso de presunción de inocencia debería permitir una suspensión temporal pero no una revocación.

CAPITULO XI.

LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y LA DE AUDIENCIA O JUICIO ORAL EN EL PROCESO PENAL DE MENORES.

1. INCOACCIÓN DEL EXPEDIENTE.

Corresponde al Ministerio Público la instrucción y en cuanto a la separación de las funciones de instruir y decidir, éstas han sido consideradas como una referencia positiva de la normativa orgánica; entre las posibilidades que existen para lograr la imparcialidad del órgano juzgador está la de otorgar la instrucción de las actuaciones a otro órgano diferente como es el MF, para hacer a sí realidad lo establecido en la STC 14 5/1988, de 12 de julio⁴²⁸. Así, se otorga la competencia para la instrucción al Fiscal, aunque haya que detallar y contar con el Art. 23 para examinar cual será el contenido de esa actividad, puesto que la ley regula esas cuestiones que debían haber sido tratadas de manera unitaria. El que la instrucción se otorgue al Ministerio Público no es nuevo, ya que, la auténtica innovación procesal respecto de esta materia fue introducida en España por la Ley 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento en los Tribunales de menores, sin embargo es la primera vez que se desarrolla legalmente con detalle.

1.1 Sujetos que deben denunciar: se precisa que serán aquellos que tuvieren noticia de algún hecho, es decir los delitos y las faltas su puestamente cometidos por menores, tratándose de un deber, ya que se indica “...deberán ponerlo en conocimiento...”, sin embargo es evidente que sólo lo será en el caso de un delito público, ya que nunca podrá serlo en el caso de los delitos privados y solo será un derecho de ejercicio potestativo en el caso de los delitos semiprivados. Además hay una serie de personas que en la LECrim no están obligadas a denunciar y debe entenderse que esas excepciones rigen también para el ámbito de la Jurisdicción de menores:

-Los impúberes, este vocablo es bastante confuso y una interpretación coherente con la nueva edad es establecida para ser responsable penalmente conforme a la legislación de menor, podría ser entender que no están

⁴²⁸ Tal Resolución declaró inconstitucional que un mismo Juez instruyera las actuaciones y juzgara los hechos objeto de las mencionadas actuaciones.

obligados a denunciar los menores de catorce años, puesto que antes de esa edad, una persona no tiene capacidad clara de discernimiento.

-Los que no gozan del pleno uso de su razón, por tener alguna incapacidad psíquica.

-Las personas que tienen una de las relaciones de parentesco con el supuesto autor previstas en el Art. 261 de la LECrim.

-Cuando se ha conocido los hechos como consecuencia de relaciones profesionales o confesionales, tal como figura regulado en el Art. 263 de la LECrim.

En los delitos considerados públicos el Fiscal puede iniciar las actuaciones de oficio, no siendo así en los delitos semiprivados, en los que es necesaria la previa denuncia de la persona ofendida.⁴²⁹

1.2 Recibimiento de la denuncia: la denuncia debe ser presentada ante el Ministerio Público, el cual es el órgano competente para decidir sobre su admisión a trámite, con base en estrictos criterios de legalidad, aunque luego en el Art. 18 se introduce una posibilidad de oportunidad reglada. La presentación de la denuncia está regulada en los Arts. 259, 262, 264 y 773 LECrim, así como en el Art. 5 EOMF. Se podrá presentar tanto de forma verbal, en cuyo caso se documentará en un Acta que deberá ser firmada por el Fiscal y denunciante, como de forma escrita, en cuyo supuesto no debe exigirse más

⁴²⁹ Antes de que se introdujese en el Art. 25 LORPM una acusación particular de la víctima o perjudicado sin límites, se planteaba el problema de que al restringirse en dicho precepto el ejercicio de acciones por particulares, los delitos privados como las calumnias e injurias efectuadas por particulares, regulados en el Art. 215 del CP, quedaban en la práctica impunes, dado que solo son perseguibles previa querrela de la persona ofendida por el delito y el Ministerio Público no podía ser parte en el proceso por aplicación del Art. 104 LECrim, señalando: “Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro, calumnias e injurias, tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distintas que las prescritas en los respectivos preceptos de CP”. La acusación particular que introdujo en el Art. 25 LORPM la reforma de la LO 15/2003 de 25 de noviembre, ha posibilitado el ejercicio de la acción penal en esos casos aunque el exigir el nuevo Art. 215 CP la interposición de previa querrela de la persona ofendida se podría cuestionar que como acertadamente concluye ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a R, dado que la llave para abrir el procedimiento penal de menores la tiene el MF al incoar el Expediente, el perjudicado no podría iniciarlo mediante la interposición de una querrela. De esta manera el principio de tutela judicial efectiva debe prevalecer en estos casos y que se permita iniciar el procedimiento, mediante la interposición de la correspondiente querrela. Así, la Circular de la FGE 1/2000 relativa, a los criterios de aplicación de la LORPM, en tiende que la nueva concepción del MF que hace LORPM y los criterios procesales que introduce obligan a efectuar un nuevo planteamiento de este aspecto para evitar que estas conductas no pudieran ser perseguibles y que, por ello, debe darse la posibilidad de que el ofendido por el delito privado lo ponga en conocimiento del Ministerio Público, así como su intención de denunciar y que sea éste el que ejerza la acción penal también en estos casos.

formalidad que la firma del denunciante, aunque es evidente que tenga que contener la identificación de l de nunciante, una r elación d e l os he chos y l a identificación, s i e s posible, del denunciado. También puede presentarse ante funcionarios de la policía. Esos mismos f uncionarios p ueden t ener un c onocimiento di recto de l os hechos y e stán obligados a denunciarlo. En estos dos supuestos la policía efectúa un atestado por escrito, comprensivo de todos los datos y circunstancias que se estimen destacables y que deberá ser re mitido d e in mediato a l M inisterio P úblico, c onforme a l A rt.284 L ECrim. E l atestado tiene valor de simple denuncia⁴³⁰. La policía judicial cuenta con los grupos de menores, los cuales centralizan la e laboración de a testados en los que los denunciados son menores, a unque e n l as c iudades o pobl aciones dond e no e xisten s u e laboración puede hacerse por otros miembros de la policía judicial al igual que en el caso de que haya i mplicadas v arias p ersonas menores y m ayores de e dad p enal. S i p o r e rror l a denuncia es remitida a un órgano judicial, éste debe de inmediato enviarla a la Fiscalía de menores. El propio Art. 16.5 a nuncia el frecuente supuesto de que los hechos delictivos hubiesen sido conjuntamente cometidos por menores y mayores de edad penal, a los que no les sean de aplicación las disposiciones de la normativa penal de menores, conforme a lo previsto en su Art. 4. En ese caso el Juez de Instrucción al que en principio pudo ser remitida l a denuncia, e n cuanto tenga constancia de que e xisten uno o v a rios menores implicados e n l a s a ctuaciones, d eberá r emitir t estimonio d e p articulares a l M F y continuar la investigación respecto de los mayores de edad. Nada especifica la normativa respecto del supuesto inverso, es decir, cuando sea el Fiscal el que, al recibir la denuncia o dur ante l a i nstrucción de l e xpediente, tenga c onstancia de que e n l os he chos participaron personas mayores de edad penal y es evidente que deberá actuar de la misma forma y remitir testimonio de lo actuado al Juez de instrucción competente.⁴³¹

⁴³⁰ Tal y como ha señalado la STC 303/1993 de 25 de octubre, ya que, para que tenga valor probatorio, debe ser ratificado en el juicio oral por el miembro de la policía judicial que lo elaboró, a través de su declaración testimonial (SSTC 161/1990 y 80/1991). En este extremo debe siempre tenerse en cuenta lo establecido en la STS de 23 de enero de 1987 y en la STC 173/1997, de 14 de octubre, respecto del valor probatorio que ha y que a tribuir a l as di stintas d iligencias, d eclaraciones o d ictámenes q ue c onstan en el atestado.

⁴³¹ La Resolución de la Sección.1ª de AP de Vizcaya de 2 de diciembre de 1996, determinó que el sobreseimiento provisional de las actuaciones acordado respecto de un mayor de edad por el Juzgado de Instrucción con relación a los mismos hechos por lo que estaba presuntamente implicado un menor no afecta a éste por cuanto: “el sobreseimiento provisional se acuerda al amparo del Art. 641.2LECrim.por estimar que no existen motivos bastantes para acusar al imputado como responsable de los hechos. Esta Resolución no produce efecto de cosa juzgada en relación con la realidad misma de los hechos, ni incide en una distinta valoración de los elementos probatorios que pudiera efectuarse en la jurisdicción de menores”. Una cuestión de gran trascendencia es la de si en este procedimiento cabe la presentación de querrela (prevista en los preceptos 270 a 281 LECrim), puesto que así como la denuncia es una mera declaración de conocimiento de

El presupuesto necesario para admitir a trámite la denuncia, será necesario que los hechos sean al menos indiciariamente, constitutivos de delito y la comprobación de que la denuncia no sea falsa, tal y como así lo regula el Art. 269 LECrim.

1.3 Obligación de custodia : una vez admitida a trámite, el MF tiene la obligación de custodiar las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos y la facultad de efectuar las diligencias que estime necesarias para comprobar el hecho y la responsabilidad del menor lo cual efectúa a través de unas diligencias preliminares que si bien constituyen un trámite no previsto en la LORPM, facilitan una solución procesal a la situación inicial de unas actuaciones respecto de las que aun no ha podido adoptar una decisión sobre la incoación del expediente. En este punto es preciso tener en cuenta la reforma introducida con LO 14/2003 de 26 de mayo en el EOMF y en concreto en su Art. 5 en cuyo segundo párrafo se prevé la posibilidad de que para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca el Fiscal, éste puede llevar a cabo u ordenar diligencias, si bien, en su párrafo 5º se termina expresamente que : “ la duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante Decreto motivado del Fiscal General del Estado”.

Esta limitación temporal en el caso de menores, la consideramos realmente importante, ya que no se les debe sustraer de las garantías que supone la incoación del expediente. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en ese mismo párrafo se exige que si se toma declaración al sospechoso deberá estar asistido de letrado y que éste podrá tomar conocimiento de las diligencias practicadas. Es preciso destacar que la incoación de diligencias preliminares o reprocesales no debería de ser la regla general en el procedimiento de menores y que sólo se tendría que limitar a aquellos casos en que sea

unos supuestos hechos delictivos, la querella supone una declaración de voluntad por la que se denuncia formalmente la intención de constituirse como parte acusadora en un proceso penal. Podría pues determinarse que a la vista de la nueva regulación del Art. 25 LORPM que permite la acusación particular en el procedimiento de menores, las querellas presentadas por las personas que dicho canon establece, aunque no se haya incoado expediente por el Fiscal, deberían equipararse a la personación de las mismas prevista en el Art.25 una vez incoado expediente. Sin embargo, opinamos que no deja de ser difícil la solución en el caso de que el MF decida no incoar expediente al menor, ya que toda la regulación de la fase instructora de LORPM está pensada para una instrucción a cargo del Ministerio Público y esta no puede ser dirigida por el Juez de menores. Este problema va a existir cada vez que se plantee por el MF el sobreseimiento o archivo del expediente en la fase de instrucción al Juez de menores y se oponga a ello el acusador particular. Si el Juez de menores decidiera que no procede dicho sobreseimiento o archivo, se planteará la duda de si el Ministerio Público continúa obligado a seguir con la instrucción adelante, ya que la LORPM sólo piensa en una instrucción dirigida por él, o por el contrario si sería posible continuar a delante las actuaciones y celebrar la audiencia sin la presencia del Fiscal.

estrictamente necesario y por el tiempo imprescindible, y a que, lo contrario, su poner privar al menor de las garantías establecidas una vez incoado en la legislación punible de menores, el expediente⁴³².

Una vez tramitadas las correspondientes diligencias, o bien directamente al recibir la denuncia, pueden darse dos situaciones:

-Que el Fiscal decida incoar expediente, en cuyo caso debe dar cuenta al Juez de menores, el cual deberá iniciar las diligencias de trámite correspondientes. El texto no aclara cual es el contenido de esas diligencias. En el Núm. 4 de este precepto se apunta que el Juez deberá ordenar la apertura de una pieza separada de responsabilidad civil que tramitará conforme al Art. 64, así que si no se refiere a esa pieza, no está muy claro a qué diligencias en concreto se refiere, ya que el Juez, hasta que no le sea remitido el expediente una vez concluida la instrucción (Art. 30), no puede actuar más que a instancia del Fiscal o del menor y su letrado, respecto de la adopción de alguna medida cautelar (Art. 28) o autorizando la práctica de alguna diligencia restrictiva de derechos fundamentales (Art. 23) o el secreto del expediente (Art. 24), todo lo cual se realizará a través de la correspondiente pieza separada. Por ello puede interpretarse que las diligencias a que se refiere el núm. 3 del Art. 16 se reducirán a abrir a su vez otro expediente de reforma, al que se irán incorporando las distintas piezas, que en su caso, tramitará en esta fase de instrucción y quedar a la espera de lo que se inste en su día por las partes. En cualquier caso, el Juez en cuanto reciba el parte de incoación del expediente por el MF, deberá ordenar al secretario judicial, la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil.

-Que el Fiscal decida el archivo de las actuaciones iniciadas, pero por dos motivos de estricta legalidad, como son que los hechos no constituyan delito o que no tengan autor conocido, supuestos previstos en los Arts. 637.1º y 2º y

⁴³² En este punto, consideramos interesante resumir los datos de la Memoria de la FGE correspondiente al año 2006 respecto del proceso ante la jurisdicción de menores en la que consta:

- Diligencias Preliminares incoadas en el año: 105.262
- Archivadas: 59.726
- Desistimiento de la incoación por aplicación del Art. 18 : 13.823
- Expedientes incoados en el año: 30.932

De ello se desprende que sólo un poco más de una cuarta parte de las denuncias que entran en las Fiscalías de menores llegan finalmente a originar la incoación de un expediente.

641.1º y 2º de LECrim; además se entiende que aunque no se regule de manera expresa, también cabe el sobreseimiento por la causa descrita en el Art. 637.3º de la LECrim.; es decir, cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices y encubridores y cuando la denuncia sea manifiestamente falsa, según determina el Art. 269 de la LECrim.; No cabe, como en la Ley 4/1992, la decisión sobre la incoación o no de expediente por simples criterios de oportunidad, lo cual era posible gracias a lo expresado en el Art. 15.1. 1ª: “... el Ministerio Público acordará, en su caso, la incoación del oportuno expediente...”⁴³³.

Sea cual sea la decisión que adopte, deberá notificarlo al denunciante, lo cual es un avance respecto a la situación anterior en la que la Ley 4/1992 no preveía nada referente a ello y suponía un agravio añadido a la ya de por sí desventajosa de la víctima en el procedimiento de menores. Sin embargo, el denunciante no podrá reproducir su denuncia ante el Juez de menores, al no ser éste competente para ello, ni impugnar esa decisión ante el superior jerárquico del Fiscal que adoptó el acuerdo, conforme a lo previsto en los Arts. 25 y 27 del EOMF. Es previsible que esa limitación del denunciante genere situaciones de indefensión en la aplicación práctica de la LPM, ya que, como se ha visto antes la introducción en este proceso penal de menores de la acusación particular debería implicar la posibilidad de personarse en él, incluso antes de la incoación, si bien no se entiende cómo se va a poder seguir adelante si el Fiscal decide no incoar un expediente al menor, ya que el procedimiento está diseñado para que sea el Ministerio Público el que ejerza la acusación y dirija la instrucción, sin que el legislador que introdujo la acusación particular tuviese en cuenta los casos en los que el Fiscal decida no ejercerla.

Uno de los más graves problemas procesales no resueltos por la introducción en el proceso como órgano instructor del MF es la de la carencia una solución respecto a la necesaria impugnación de sus decisiones, tal como exige el principio de tutela judicial efectiva del Art. 24 C E, entendemos que si se ha

⁴³³ En virtud de ello, el Fiscal podía decidir si incoaba o no expediente al menor, sin ningún límite ni requisito previo, una vez recibida la denuncia sobre un hecho supuestamente delictivo. En todo caso, este precepto debe ponerse en relación con el Art.18 LORPM que determina los supuestos en los que procede que el Ministerio Público utilice el principio de oportunidad reglado que allí se regula y que decida en base a él la no incoación del expediente.

otorgado a l Fiscal un a nueva dimensión de su actuación que tiene características jurisdiccionales no cabe por más tiempo sostener la consecuencia de que las decisiones de l mismo no pueden ser objeto de impugnación. En todo caso a l ser e l Ministerio Público una institución jerarquizada si empre cab ría acudir en queja al superior del Fiscal instructor respecto de una decisión adoptada por éste y dicho supervisor podría dar las órdenes oportunas al instructor en el sentido previsto, a la inversa, en el Art. 782.2.b LECrim., en los casos en los que el Juez no está de acuerdo con el sobreseimiento solicitado por el Fiscal y remite la causa a su superior jerárquico para que resuelva sobre si procede sostener o no la acusación.

2. ACTOS PREPARATORIOS DE LA AUDIENCIA.

La apertura de la fase de audiencia viene recogida en el Art. 31, dicho precepto junto con los Arts. 32, 33, 34 y 35, regulan una serie de actos preparatorios de la audiencia, por lo que se puede decir que nos encontramos en todos ellos en una fase intermedia. Se establecen varias posibilidades muy importantes para el desarrollo del proceso en cuanto que se otorgan al Juez de menores relevantes funciones a la hora de realizar el examen de la procedencia de la acusación, ya que el Art. 33.b) le concede la posibilidad de acordar de oficio el sobreseimiento de las actuaciones, después de recibido el escrito de alegaciones del letrado. Además, si el Fiscal se lo ha solicitado, debe acordar lo que estime conveniente sobre el sobreseimiento libre o provisional de las actuaciones en ese momento en concreto. Sin perjuicio de que también pueda examinar la procedencia de la acusación, la falta de presupuestos necesarios para celebrar la audiencia o la vulneración de derechos fundamentales durante la instrucción a instancia de una de las partes del procedimiento.

La STC Pleno 186/1990, de 15 de noviembre, determinó que desde la óptica de la doctrina de l Juez imparcial, que el propio Tribunal ha establecido⁴³⁴, el nuevo proceso penal abreviado garantiza la imparcialidad del órgano decisor al haber residenciado la fase intermedia en el Juzgado de Instrucción y no en el de enjuiciamiento. Según esa doctrina, al ser el Juez de menores el mismo órgano encargado de la fase intermedia y del

⁴³⁴ STC 145/1988, de 12 de julio, que precisamente declaró parcialmente inconstitucional la LO 10/1980, de enjuiciamiento de delitos dolosos menos graves y provocó la reforma legislativa que dio origen a la Ley 77/1988, reguladora del procedimiento abreviado, en cuanto que el Alto Tribunal afirmó: "...es precisamente del hecho de haber recogido material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal Sentenciador tome las decisiones que le corresponden, lo que puede hacer tomar en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del acusado, quebrándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y juzgadora".

enjuiciamiento de las actuaciones, se podrá vulnerar la doctrina del derecho a un Enjuiciador imparcial.

Este precepto, que nos ocupa en este apartado del trabajo investigador, también ha sido objeto de la reforma de la 8/2006, y aunque se regula lo mismo, se intenta con la modificación establecer las funciones propias del Secretario judicial de cara a la ordenación e impulsión del procedimiento de menores, que, con la anterior regulación, parecían estar en manos del Juez. Se logra así la necesaria coherencia con el Ordenamiento normativo y con las funciones de la ordenación e impulsión del proceso que en especial regula para los Secretarios judiciales en Art. 7 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales. Además, a través de la citada reforma, se regula también, a efectos del traslado del escrito de alegaciones del Fiscal para la elaboración de su propio escrito, la posibilidad de que exista acusador particular, que normalmente ejercerá las acciones tanto penales como civiles, o que se ejercite la acción civil por el perjudicado, al cual le habrá hecho el correspondiente ofrecimiento de acciones al Juez de menores.

Según la regulación actual, el Secretario judicial una vez recibido el escrito de alegaciones del Fiscal con el expediente que ha instruido, así como las posibles piezas de convicción, los deberá incorporar a las diligencias del Juzgado que hasta ese momento consistirán en una pieza principal (expediente de reforma) en la que únicamente existirá la constancia de que por el Fiscal se ha incoado expediente, conforme al Art. 16 de la LORPM, a la que habrán añadido las distintas piezas separadas que haya podido tramitarse por el Juzgado en el transcurso de la instrucción por el Fiscal (medidas cautelares, diligencias imitativas de derechos fundamentales, secreto del expediente y responsabilidad civil). A esa pieza principal o expediente de reforma es donde se unirá el expediente de reforma remitido por el MF y es posible, que a efectos prácticos, se le haya asignado un numeración diferente que la otorgada por la Fiscalía. La apertura de la audiencia aparece en la ley como un trámite automático, por lo que el Juez lo acordara por Auto.

3. CONCEPTO Y PETICIÓN DE AUDIENCIA.

La audiencia es el juicio oral en el que el menor aparece como imputado, y al igual que sucede en el proceso penal de adultos, el elemento central que integra la audiencia lo constituye las prácticas de las pruebas. Una vez practicadas las mismas, las partes podrán formular oralmente sus soluciones definitivas y seguidamente, tras oír al menor, el Juez

dictará sentencia valorando dichas pruebas, así como las alegaciones que hayan formulado las partes.

Antes de que se practiquen las pruebas, la LORPM prevé, de forma muy parecida a lo que sucede en el proceso penal abreviado, la posibilidad de que el menor se manifieste conforme a la acusación, cuyo caso, y si se dan los requisitos necesarios, el Juez podrá dictar sentencia sin más, y si no hubiese conformidad, tendrá lugar un debate preliminar en el que se puede discutir la práctica de nuevas pruebas, la vulneración de derechos fundamentales producida durante el procedimiento o la nueva tesis que el Juez puede plantear en relación con la calificación jurídica de los hechos o las medidas que pueden adaptarse. Siguiendo a TOMÉ GARCÍA⁴³⁵, los principios que rigen la audiencia son:

- La oralidad, como característica básica de los actos que se desarrollan en este momento.
- Concentración: abierta la audiencia, continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión.
- Inmediación: las actuaciones que integran la audiencia y en particular, las pruebas, se desarrollan bajo la presencia directa del Juez que va a dictar sentencia.
- No publicidad en la audiencia como regla general.

Respecto al concepto de audiencia en la LORPM el concepto de “audiencia” ha sido utilizado en este texto normativo con diverso significado y alcance, y así lo puso de manifiesto la FGE en su Circular 1/2000⁴³⁶.

En concreto y como señala SANZ HERMIDA⁴³⁷, en esta fase de audiencia se incluyen dos conjuntos de actuaciones procesales: el primero, que doctrinalmente ha sido calificado en la justificación penal como fase intermedia, comprende los distintos actos, cuya

⁴³⁵ TOMÉ GARCÍA, J.A.: *Procedimiento penal del menor*. Madrid: Aranzadi, 2003, pp. 165-166.

⁴³⁶ La Circular de la FGE 1/2000 sobre esta cuestión señala que: “A la fase de audiencia dedican la ley su Título IV mediante el empleo de una terminología, cuando menos, equívoca. De un lado, porque el vocablo audiencia expresa con mayor precisión, no una fase del procedimiento, sino un principio procesal sin cuya observancia quebraría la legitimidad constitucional de cualesquiera o tras fases que integran el procedimiento; de otra parte, por cuanto el mismo término sirve a dos momentos procesales bien diferenciados. El legislador alude al trámite de audiencia como momento procesal para hacer valer el derecho de defensa durante la fase intermedia y emplea el mismo vocablo para referirse a la celebración de audiencia, aludiendo a lo que en otros procedimientos sería la fase de juicio oral. Es probable que mediante el empleo de la palabra Audiencia se persiga huir de otras expresiones que, pese a contar con mayor arraigo en nuestras leyes procesales pueden evocar una idea ajena a los principios que inspiran la LO 5/2000”.

⁴³⁷ SANZ HERMIDA, A.M. “De la fase de audiencia”; En: *Comentarios a la Ley Penal del Menor*. (coord.) GÓMEZ RIBERO, M.C., Madrid: Iustal, 2007, p. 290.

finalidad esencial es que el Enjuiciador competente pueda decidir sobre la conveniencia o no de la apertura del juicio oral con presentación de alegaciones por el resto de las partes personadas y decisión de Juez; y el segundo gran grupo, que vendría integrado por aquellas actuaciones, una vez acordada la apertura del juicio oral destinadas a obtener un pronunciamiento de finitivo del órgano jurisdiccional. Desde el Acta de celebración de la audiencia o juicio oral hasta la resolución.⁴³⁸

En cuanto a la petición de audiencia y el escrito de alegaciones del MF, una vez concluido el expediente si el Fiscal estima que debe solicitar a la Audiencia y no el sobreseimiento, habrá de formular un escrito de alegaciones de conformidad con lo dispuesto en el Art. 30.1 de la LORPM, que tras la reforma del 2006 señala que: “acabada la instrucción el Ministerio Público resolverá la conclusión del expediente notificándosela a las partes personadas, y remitirá al Juzgado de menores el expediente junto con las piezas de convicción y de más efectos que pudieran existir, con un escrito de alegaciones que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, la proposición de algunas de las medidas previstas en esta ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen, y, en su caso, la exigencia de responsabilidad civil”.

A la vista del mencionado Art. 30.1 lo que hemos de preguntarnos como así indica GARRIDO CARRILLO, es que no se recoja de una forma expresa el que en el escrito de alegaciones del MF no haya de formular la petición expresa de apertura de audiencia, sobre todo si consideramos lo dispuesto en los Arts. 627 y 781 de la LECrim., respecto de la necesidad de formular solicitud de apertura de juicio oral, previa o simultáneamente a la calificación provisional, respectivamente, y teniendo en cuenta el antecedente de la regla 8^a del Art. 15 de la normativa, que concretamente decía que: “concluido el expediente, el Fiscal elevará al Juzgado de menores, junto a un escrito de alegaciones, solicitando la apertura de la audiencia, (...)”.

Deducimos, que existe una deficiente técnica del legislador en la LORPM que ha dado lugar a una delimitación de las fases intermedia y de audiencia, puesto que no

⁴³⁸ *Ibid*, En este sentido ORNOSA FERNÁNDEZ, M^aR., *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 114/2004, de 30 de Julio*. (4^a edición) Madrid: Bosch, 2007.

expresa claramente que el fiscal solicitará la apertura de audiencia, de esta forma el Juez ha de abrir esta fase procesal sin que nadie se lo pida, y esto nos ha de hacer valorar la inconstitucionalidad de este hecho por cuanto que afecta al principio acusatorio y al de Juez imparcial.

4. LA APERTURA DE AUDIENCIA.

La fase de audiencia se abre con el Auto previsto en el Art. 31 de la LORPM, una vez que se haya acrecentado el escrito de alegaciones del MF, sin que pueda haber lugar a confusión del Auto del Art. 34 de la ley, pues es claro que no hay dos Autos de apertura de audiencia, y es que este último es de señalamiento de la celebración de audiencia.

Las actuaciones que se recogen en el Art. 31 de la ley se integran en la fase intermedia, en la que la remisión del expediente del Juzgado da lugar a una acumulación o incorporación del expediente que ha tramitado el MF a las Diligencias de trámite que ha gestionado el Juez de menores conforme a lo dispuesto en el Art. 16.3 de la ley⁴³⁹.

El Art. 31 LORPM ha sido modificado por el Apto. veintitrés del Art. único de la LO 8/2006 dándole la siguiente redacción: “recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos procesales remitidos por el Ministerio Público, el Secretario del Juzgado de menores los incorporará a sus Diligencias⁴⁴⁰ y el Juez de menores procederá a abrir el trámite de audiencia (...)”.

Por tanto, la apertura de audiencia se conforma como trámite procesal automático que habrá de realizar el Juez una vez el MF haya presentado el escrito de alegaciones, siendo esto último una concreción de la ley 8/2006, por cuanto anteriormente el Art. 31 se limitaba a decir que: “el Juzgado de menores (...) procederá a abrir el trámite de audiencia”⁴⁴¹.

⁴³⁹ Es en este momento procesal en el que convergen unas y otras actuaciones, pasando todas ellas a quedar a cargo del Juez de menores. Véase a: DE URBANO CASTRILLO, E y DE LA ROSA CORTINA, J.M. Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 309.

⁴⁴⁰ Como bien señala la doctrina, se ha de observar que “este precepto (Art. 31) habla de expediente por un lado y diligencias por otro, según se trate de Fiscalía o de Juzgado”, véase a: CALATAYUD PÉREZ, E. Cap. V Instrucción del procedimiento (Títulos III y IV. Art. 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37) En: *Justicia de Menores: una justicia mayor (Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, 9, 2000, pp. 149-169.

⁴⁴¹ Este trámite automático tendrá la misma relevancia que la incorporación a las diligencias abiertas, en el Juzgado de las piezas de convicción, los efectos y demás defectos procesales remitidos por el MF, cuando se dio el parte de incoación del expediente (CFR 16.3 de la Ley) tratándose más bien de un acto de mera tramitación.

La apertura de la audiencia conlleva de acuerdo con la modificación operada en el Art. 31 de la LORPM en virtud de la LO 8 / 2006 “ (...) el traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes. Evacuado este trámite el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y propongan la prueba que consideren pertinente”⁴⁴².

Así pues, tanto los que se hayan personado en la causa como acusadores, como los actores civiles, disponen de un plazo común de cinco días desde el traslado de las actuaciones por el secretario para presentar sus respectivos escritos por sus alegaciones, cuyo contenido a de ser similar y correlativo al del MF⁴⁴³, si bien limitado, para los actores civiles, a aquellos aspectos relativos a la responsabilidad civil del hecho ilícito. En este escrito al igual que en el caso presentado por el Fiscal podrán proponer la práctica de aquellos medios probatorios que estimen pertinentes, si bien, les está vedada la preposición de pruebas que versen sobre la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor. Se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o bien a testigos para su utilización como prueba en las secciones del juicio oral, así como en su caso, la práctica de prueba anticipada. Si la defensa no presentase el escrito de alegaciones en el plazo de cinco días se entenderá que se opone a las acusaciones y seguirá su curso el procedimiento⁴⁴⁴.

⁴⁴² En la redacción anterior del Art. 31 se recogía el mismo efecto, ahora bien, sólo se refería al letrado del menor, puesto que disponía que tras abrirse el trámite de audiencia procedía “*el traslado al letrado del menor del escrito de alegaciones del Ministerio y del Testimonio del Expediente, a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones comprensivo de los mismos extremos que el escrito del Fiscal y proponga la prueba que considere pertinente*”.

⁴⁴³ Hemos de mencionar al hilo de la redacción anterior del Art. 31 de la LORPM, que en la redacción actual no se recoge que el escrito de las alegaciones de las partes ha de ser “...*comprensivo en los mismos extremos que el escrito del Fiscal...*”, lo cual hemos de entender como un olvido involuntario del legislador. El escrito de alegaciones del Ministerio Público ha de ser semejante al de conclusiones del Art. 650 de LE Crim., con las particularidades que se recogen en los tres primeros A ptos. del Art. 30 LORPM, que encuentran su causa en la especialidad del procedimiento de menores.

⁴⁴⁴ Conforme la regulación anterior se establecía que con carácter previo a la remisión por el Fiscal del escrito de alegaciones, el perjudicado disponía de un plazo de cinco días para laborar la prueba practicada y, en su caso, a aquellas que debieran realizarse en fase de audiencia, si bien, no hacía referencia alguna al vehículo formal a través del cual se iba a hacer dichas alegaciones. Asimismo, las alegaciones del perjudicado estaban supeditadas a la intervención del MF y a la formulación de éste, que ostentaba entonces el monopolio de la acción penal, de una acusación como se ponía de manifiesto de la Circular FGE 1/2000.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta como dice DOLZ LAGO⁴⁴⁵, que nada dice la ley sobre cuestiones de gran interés, a las que se refiere el Art. 783.2 de la LECrim, como son las siguientes: la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares interesadas por el Fiscal. Sobre esta cuestión hemos de considerar que lo dispuesto en el Art. 28.1 de la LORPM permite al MF instar del Juez de menores: “en cualquier momento”, “cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor (...) la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expeditado”. En cuanto a los recursos la LECrim, dice en el Art. 783.3 que “contra el Auto que acuerde la apertura de juicio oral no se dará recurso alguno excepto en lo relativo a la situación personal, pudiendo el acusado reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas”. Tras este precepto, se sigue el criterio de no admisión de recurso contra el auto de apertura de juicio oral, no obstante, el Art. 41.2 de la LORPM, admite el recurso de reforma contra todos los autos y providencias de los Jueces de menores siendo susceptible de apelación el Auto resolutorio de la impugnación de una providencia, y admitiendo por tanto, recurso de reforma contra el Auto de apertura de audiencia⁴⁴⁶.

En esta línea, autores como MORENILLA ALLARD⁴⁴⁷ y DE URBANO CASTRILLO⁴⁴⁸, se pronuncian a favor de la recurribilidad del Auto de apertura del juicio oral en proceso de menores.

Por su parte, DOLZ LAGO⁴⁴⁹ señala que la problemática sobre la recurribilidad o no del Auto de apertura de la audiencia pudiera ser artificial puesto que el MF no lo hará (salvo que no se ajuste a darle la tramitación prevista legalmente en el Art. 31 LORPM) y las partes personadas esperarán al trámite de alegaciones para formular sus peticiones en contra de la celebración de audiencia mediante la solicitud de sobreseimiento.

⁴⁴⁵ DOLZ LAGO, M.J. *Comentarios a la legislación penal de menores*. Valencia: Tirano lo Blanch, 2007. pp. 214-215.

⁴⁴⁶ Así se ha pronunciado la AP de Valencia (sección 5ª) en Auto Núm. 68/2002 de 27 de febrero. Rollo de apelación penal. Núm. 3005/ 2002.

⁴⁴⁷ MORENILLA ALLARD, P. *El proceso penal del Menor*. Colex, 2007, p.158.

⁴⁴⁸ DE URBANO CASTRILLO, E. “La casación penal del menor; luces y sombras”. *Revista del poder judicial*. 68, (IV) 2002, p. 283.

⁴⁴⁹ DOLZ LAGO, M.J. cit., p. 215.

5. PERTINENCIA DE PRUEBAS Y SEÑALAMIENTO DE LA COMPARECENCIA.

Una vez presentado el escrito de defensa, y siguiendo el Art. 34 de la LORPM, según la redacción recogida por el Art. Único Apto. veintiséis de la LO 8/2006, :“ El Juez de menores dentro del plazo de cinco días desde la presentación del escrito de alegaciones del letrado del menor y en su caso, de los responsables civiles, o una vez transcurrido el plazo para la presentación sin que ésta se hubiere efectuado, acordará, en su caso, lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, mediante auto de apertura de audiencia, y el Secretario judicial señalará el día y hora en que deba comenzar ésta dentro de los diez días siguientes”.

En contraste con lo que sucede en la fase de instrucción, donde no se hace referencia alguna a su duración, el Art.34 contiene tres plazos cuya respectiva observancia permitiría una mayor celeridad en este tipo de procesos: “ Sin embargo, la experiencia cotidiana permite una conclusión muy clara acerca del grado de cumplimiento de las exigencias temporales que, con tanta frecuencia, suelen acoger los textos legales más variados. Sin embargo, en el proceso penal que tiene por sujeto pasivo al menor de edad exige una actitud institucional que huya de la conformista aceptación de que los plazos legales resultan, al fin y al cabo, inexigible. La ordinaria influencia que el tiempo despliega en las relaciones jurídicas adquiere ahora un valor especial. Un plazo excesivamente dilatado entre el momento de la infracción delictiva y el momento del enjuiciamiento, puede debilitar las bases mismas del sistema, convirtiéndose en extemporánea- y, por tanto, inútil- una resolución jurisdiccional que nace con vocación educadora y que refuerza su justificación si acomoda el momento de su ejecución a los fines generales que inspiran el nuevo texto legal” (Circular de la FGE 1/2000).

Así, hemos de destacar que con la modificación del precepto por LO 8/2006, se prevé que pueda formular escrito el responsable civil, cuando esto antes no era posible⁴⁵⁰.

Por otro lado, este Auto de apertura de audiencia al que se refiere el Art. 34 LORPM, es distinto del Auto de apertura del trámite de audiencia, y por ello al igual que acertadamente afirma GARRIDO CARRILLO, consideramos que debiera denominarse

⁴⁵⁰ La redacción del Art. 34 LORPM anterior a la modificación operada por la LO 8/2006, especificaba lo siguiente: “El Juez de menores, dentro del plazo de cinco días desde la presentación del escrito de alegaciones del letrado del menor, o una vez transcurrido el plazo para la presentación sin que ésta se hubiere efectuado, acordará en su caso, lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, mediante Auto de apertura de audiencia, y señalará día y hora en que deba comenzar ésta dentro de los diez días siguientes”.

auto de señalamiento de la celebración de audiencia, pues este es el sentido que tiene, y además la apertura ya se acordó en el trámite del Art. 31 LORPM. Así, comprobamos que el empleo del vocablo audiencia por el legislador en la LORPM, está necesitado de una mayor precisión, como así señaló la FGE en su Circular, Núm. 1/2000.

Siguiendo con el Art. 34 de la LORPM, y para el señalamiento de la audiencia, el mencionado precepto hace referencia a un tercer plazo, relativo al día y hora de celebración de la audiencia. Con la reforma de la ley 8/2006 y de acuerdo con las atribuciones del Secretario judicial en nuestro ordenamiento procesal, se fija que sea precisamente él, la persona encargada de determinar el día y hora en que deba comenzar la audiencia, dentro de los diez días siguientes.

El momento procesal hábil para la personación de la acusación particular, transcurre hasta que se les haya dado traslado a las defensas de las alegaciones del Fiscal, puesto que una vez llevado a cabo este traslado y formulado escrito por la defensa y, en su caso, por el responsable civil, recluye la posibilidad de personación de la acusación particular.

6. INICIO DE LAS SESIONES Y CUESTIONES PREVIAS.

La audiencia se inicia informando el Juez al menor expedientado "en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad", de las medidas solicitadas por el Fiscal o la acusación particular, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden. Por lo tanto el Juez deberá esforzarse en explicar con la mayor claridad posible y en un lenguaje comprensible al menor de edad de cuáles son los hechos de los que está acusado, así como de la medida de mayor gravedad⁴⁵¹ solicitada para él por el Fiscal o la acusación particular en sus respectivos escritos de alegaciones, tanto en contenido como en duración.

Hemos de destacar que a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal común⁴⁵², en el que el Secretario judicial es el que lee los escritos de calificaciones de las partes, en el proceso de menores es el Juez de menores el encargado de realizar dicha información, la cual no puede ser una referencia genérica sino que es necesario delimitar con claridad en

⁴⁵¹ LANDROVE DÍAZ, G. *La acusación particular en el proceso penal del menor*. En Homenaje al Profesor Dr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Navarra, 2005, Ed. Thomson-Civitas, p.1851.

⁴⁵² Art. 786.2 LECrim.

que van a consistir las obligaciones del menor, horarios, lugar de desarrollo, limitaciones de derecho, etc. que puedan implicar desde una amonestación, hasta los distintos tipos de internamientos y sus características.

En referencia a las cuestiones previas a la celebración de las sesiones de la audiencia podemos señalar, la conformidad del Art. 32 y las previstas en el Art. 37.1 de la LORPM⁴⁵³, y respecto de este último y teniendo en cuenta el carácter supletorio de la LECrim, habría que concebir también el Art. 786.2 de dicho cuerpo legal no solo en lo referido a las pruebas y vulneración de algún derecho fundamental, sino también en lo que afecta a la competencia del órgano judicial, preceptos de previo pronunciamiento⁴⁵⁴ y causas de suspensión del juicio oral.

Nos sorprende que junto a estas cuestiones previas la LORPM haya introducido en el Art.37.1 la novedad referida a un eventual planteamiento de la “tesis” por el Juez de menores, al posibilitar que el Juez ponga de manifiesto a las partes “la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado”. Esta facultad del Magistrado, de que por él mismo se pueda plantear una tesis que conlleve una distinta calificación jurídica o medida a las que se hubieren solicitado es criticada por la doctrina⁴⁵⁵ puesto que puede suponer una vulneración del principio acusatorio y de la imparcialidad del Enjuiciador, y su aplicación podría causar indefensión a las partes. No obstante también hay autores como TOMÉ GARCÍA⁴⁵⁶ que opinan lo contrario, expresando en estos casos nos encontraríamos con una facultad del Magistrado, similar a la facultad que tiene el Tribunal en el proceso penal de adultos de plantear la tesis, de esta forma el Juez de menores podría intentar desvincularse de las peticiones de las partes, planteando el debate a las mismas, haciendo posible la contradicción y, en definitiva, respetando su derecho de defensa⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Nos estamos refiriendo a la práctica de nuevas pruebas y a la vulneración de algún derecho fundamental.

⁴⁵⁴ Recordar, que de conformidad con el Art. 666 de la LECrim son la declinatoria de jurisdicción, la cosa juzgada, la de prescripción del delito, la de amnistía o indulto y la falta de autorización administrativa para procesar en los casos que sea necesario, con arreglo a la Constitución y a las Leyes especiales.

⁴⁵⁵ GIMENO SENDRA, V. “El proceso penal de menores”. *La Ley* Núm. 5386, p.4 y RICHARD GONZÁLEZ, M. “*El nuevo proceso de menores*”. *La Ley*, 2000-4, p. 1685.

⁴⁵⁶ TOMÉ GARCÍA, JA. *El procedimiento penal del menor*, ed. Aranzadi, Madrid, 2003, p. 174-175.

⁴⁵⁷ En concreto, este autor, TOMÉ GARCÍA, no comparte en absoluto la opinión de RICHARD GONZÁLEZ cuando este último critica el hecho de que la ley permita que el Juez de menores pueda plantear a las partes una distinta calificación o medida, en opinión de TOMÉ GARCÍA, cit. p., 176, “si el Juez de menores no está de acuerdo con la calificación jurídica de los hechos o con la medida solicitada, debe plantear su tesis y así desvincularse de la petición del Ministerio Público, dándole oportunidad a éste y al

Hemos de entender (en el mismo sentido que lo hace la Circular de la FGE 1/2000) que la ubicación de esta posibilidad está equivocada, habiendo encontrado su lugar adecuado a la finalización del juicio oral⁴⁵⁸, de otro modo el Juez de menores devendría en una especie de acusador formal, afectando de manera irreversible al principio de imparcialidad judicial⁴⁵⁹. No obstante, como afirma GARRIDO CARRILLO nada habría que objetar a la utilización de esta posibilidad en este momento procesal si se limitara a errores puramente materiales que se deduzcan de la relación de los escritos de alegaciones de las partes.

Por último, en este mismo sentido, señalar como MORENILLA ALLARD⁴⁶⁰, que en todo caso, el juzgador es libre de alterar la calificación jurídica pero sin vulnerar el principio acusatorio, como refiere la sentencia de Pleno de TC 123/2005 en su fundamento jurídico quinto, el deber de congruencia “no sólo no supone una estricta vinculación del fallo a la calificación jurídica contenida en la pretensión punitiva, cuando pueda verificarse que en debate procesal la defensa tuvo la posibilidad de conocer y discutir sus elementos esenciales, sino que, además, en su caso, ese deber de congruencia solo puede predicarse de la propia pretensión punitiva y no de ninguna otra deducida en el procedimiento penal, en la medida en que, al no tener como objeto elementos de la acusación, los órganos judiciales penales mantienen la posibilidad de un pronunciamiento de oficio e incluso en contra de las pretensiones de las partes sin comprometer con ello su posición de imparcialidad por la sujeción de funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas”

En este punto debemos de hacer mención a las otras decisiones del Juez, además de la de acordar la celebración de la audiencia⁴⁶¹, salvo las de nuevas pruebas que también

letrado del menor para que aleguen lo que consideren oportuno al respecto. Y si así lo hace, el Juez de menores ni vulnera el principio acusatorio ni ocasiona indefensión de ninguna tipo. El Juez no puede alterar los hechos, pero si puede calificarlos de forma distinta a la calificación mantenida por las partes”.

⁴⁵⁸ Como sucede con el planteamiento de la tesis prevista en el Art. 733 de la LECrim.

⁴⁵⁹ Como indica la CFGE 1/2000 (VIII. 3. C) “*de hecho, esa iniciativa judicial se compagina mal con el cometido funcional del Juez que, hasta ese momento...ha debido permanecer ajeno a la instrucción*”.

⁴⁶⁰ MORENILLA ALLARD, P.: *El proceso penal del menor*, Ed. Colex, 2007, p.156.

⁴⁶¹ Entre las decisiones que puede adoptar el Juez de menores son las siguientes:

- a) Celebración de la audiencia
- b) El sobreseimiento, mediante auto motivado de las actuaciones.
- c) El archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública correspondiente cuando así se haya solicitado por el Ministerio Público.
- d) La remisión de las actuaciones al Juez competente cuando el Juez de menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto.
- e) Practicar por sí, las pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el Art. 26.1 de la presente ley, y que no

pueden celebrarse en la fase procesal de audiencia si de su resultado se avoca a la celebración de la audiencia y no al sobreseimiento.

En cuanto a la conformidad⁴⁶², a pesar de ser una institución ajena a nuestra tradición jurídica, es una institución que cada vez con más fuerza está ocupando un espacio relevante en nuestro proceso penal, y es por ello que no pasa desapercibida por los dictámenes del TS⁴⁶³.

No obstante, hay autores como GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN⁴⁶⁴ que señalan que: “hay razones para poner en tela de juicio un instituto jurídico como el de la conformidad en un proceso de menores. De una parte no se puede desconocer el dato de la minoría de edad de la acusado teniendo en cuenta que su actuar va a determinar una sentencia de condena, con todas las consecuencias peyorativas que supone... De otra, somos del parecer que el objetivo de reeducar y socializar al menor ha de prevalecer sobre la economía procesal. Y de que es esencial para la integración socio-cultural de éste advertir que el funcionamiento de la administración de justicia penal se basa en la constatación por un órgano jurisdiccional de unos hechos, en la comprobación de que son constitutivos de delito y en la aplicación de la ley”.

6.1. La conformidad: a pesar de ser una institución ajena a nuestra tradición jurídica, cada vez con más fuerza está ocupando un lugar más relevante en nuestro

puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas dará traslado de los resultados al Fiscal y a las partes personadas antes de iniciar las secciones de la audiencia.

⁴⁶² Entre otros se puede ver BUTRÓN BALIÑA, P. *La conformidad del acusado en el proceso penal*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1998 y; GARRIDO CARRILLO, F.J. “De las reformas procesales penales. Breves reflexiones sobre los juicios rápidos y la conformidad”. *Diario La Ley*. núm. 6306, 28 de julio de 2005, pp. 1-8.

⁴⁶³ La Jurisprudencia sobre esta materia es cada vez más importante, y así podemos destacar que la sala 2^a del TS considera como regla general que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra ST de conformidad por carecer manifiestamente de fundamento (CFR. SSTS 8-2-1996; 4-6-1984 y 19-07-1996). No obstante, como recuerda la STS (2^a) de 3 de diciembre de 2004 (recurso núm. 1446/2003) hay supuestos en que es admisible el recurso de casación.

Igualmente, la repetida sala ha declarado en Resolución 450/02 de 4 de junio “*que la conformidad de los acusados, manifestada en el acto del juicio no obligaba al tribunal a quo a dictar un pronunciamiento sobre responsabilidades civiles ajustado a lo pedido por el Fiscal, ya que según jurisprudencia de ésta Sala las audiencias, en tales supuestos de conformidad no pueden imponer pena más grande que la mutuamente aceptada aunque sin absorber o imponer pena inferior a la convenida*”.

Y también ha señalado este Tribunal en Resolución de 27 de noviembre de 2000 “*que también podrá cuestionarse en casación la tipificación penal de las sentencias de conformidad si se apartasen de lo convenido estableciendo calificaciones y penas más graves que las afectadas por las partes*”.

⁴⁶⁴ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “Propuestas para una reforma del proceso de menores”. *Revista poder judicial*. núm. 79. Madrid: CGPJ, 2005, p. 258.

proceso penal⁴⁶⁵ y en la jurisprudencia del TS⁴⁶⁶. Las características fundamentales de la conformidad serían las siguientes:

- a) Se trata de un acto procesal dimanante del menor acusado. En este sentido, el menor tiene reconocida capacidad procesal para conformarse, sin necesidad de representante legal⁴⁶⁷.
- b) Se requiere la asistencia preceptiva del abogado del menor, sin embargo, y a diferencia de lo previsto del Art. 36, la LORPM no se refiere en ese caso a la posibilidad de que exista desacuerdo entre el menor y su abogado de manera que entendemos que si existiera desacuerdo, sólo podría en su caso, acordarse la conformidad de acuerdo con lo establecido en el precepto reseñado.

La conformidad ha de ser por la medida solicitada, sin embargo, no es necesario proceder a un reconocimiento de los hechos, o como expresamente dice el Art. 36 LORPM, a declararse autor de los hechos” y aceptar la medida solicitada. Como apunta GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN⁴⁶⁸, la conformidad “*siendo varios los acusadores ha de manifestarse con la acusación más grave (habitualmente la del acusador habitual)*”.

⁴⁶⁵ Véase: BUTRÓN BALIÑA, P. La conformidad del acusado en el proceso penal. McGraw-Hill, Madrid 1998 y GARRIDO CARRILLO, F.J., “De las reformas procesales penales. Breves reflexiones sobre los juicios rápidos y la conformidad, Diario La Ley, núm. 6305, de 28 de julio de 2005, p. 1-8.

⁴⁶⁶ La jurisprudencia sobre esta materia es paulatinamente más importante y así podemos destacar la Sala 2ª del TS que considera como regla general que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencia de conformidad por carecer manifiestamente de fundamento (SSTS 8-2-1996, 4-6-1984 y 19-07-1996). No obstante, como a sí recuerda la S TS-2ª de 3 de diciembre de 2004 (Recurso núm. 1446/2003) hay supuestos en que es admisible el recurso de casación. Asimismo la repetida Sala ha declarado en sentencia 450/02 de 4 de junio: “*que la conformidad de los acusados, manifestada en el acto de juicio, no obligaba al Tribunal a quo a dictar un pronunciamiento sobre responsabilidades civiles ajustado a lo pedido por el Fiscal, ya que según jurisprudencia de esta Sala, las audiencias, en tales supuestos de conformidad no pueden imponer pena más grave que la mutuamente aceptada aunque sí, absolver o imponer pena inferior a la convenida*”. Y también ha señalado este Tribunal en STS de 27 de noviembre de 2000: “*Que también podrá cuestionarse en casación la tipificación penal de las sentencias de conformidad si se apartasen de lo convenido, estableciendo calificaciones y penas más graves que las aceptadas por las partes*”.

⁴⁶⁷ Debe tenerse en cuenta que la capacidad reconocida al menor para conformarse, como señala LORCA NAVARRETE, “*No es la capacidad de conformarse de la madurez adulta, sino la que corresponde un grado mayor de madurez*”. Por lo que en ningún caso se exime al Juez de menores de comprobar que efectivamente, a qué posee la aptitud volitiva y cognoscitiva para asumir las consecuencias jurídicas solicitadas por la acusación, es decir, que representa como formalmente válida la capacidad de consentir (IFGE 1/1993 de 16 de marzo). Ibid, LORCA NAVARRETE, A.M. *El proceso español del menor*. Madrid, 1993.

⁴⁶⁸ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN. G. *El proceso penal de menores*. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2007. p. 125.

En el proceso penal de menores existen dos casos en los que se puede dar la conformidad del menor con el escrito de alegaciones de la acusación. Como señala LÓPEZ LÓPEZ⁴⁶⁹, la normativa sigue el sistema del sumario ordinario, es decir, vetando cualquier posibilidad de conformidad entre acusación y defensa durante la instrucción del expediente de reforma, sólo lo admite en el trámite de calificación provisional (Art. 32 LORPM), o la entrada de la vista oral (Art. 36 LORPM).

Cuando no exista conformidad, y tras la información del Juez al menor, se abrirán un trámite de cuestiones previas, similar al previsto en el Art. 786. 2 de la LECrim para el procedimiento abreviado (Art. 37.1 introducido por la LO 8 /2006). En este punto tanto el Fiscal como las partes personadas pueden manifestar lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento. Las partes pueden proponer cualquier medio de prueba que consideren conveniente siempre y cuando sea pertinente⁴⁷⁰. El Juez acordará la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado. Si acordase a continuación resolverá en sentencia sobre los extremos planteados.

6.2. Asistentes a la audiencia.

Respecto a quienes serán convocados a la comparecencia de conformidad, atendiendo al Art. 32 de la LORPM, este sólo señala que se hará “en los términos del Art. 36”. Siguiendo a la FGE, parece adecuado que no sean convocados a la misma los testigos ni los peritos propuestos en los escritos de alegaciones de las partes⁴⁷¹. Por el contrario, y si el Art. 31 se remite a los términos de la conformidad del Art. 36 y éste es consecutivo al

⁴⁶⁹ LÓPEZ LÓPEZ, A. M. *Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Granada: Comares, 2004, p. 236.

⁴⁷⁰ En este sentido el Art. 24.2 de la CE establece como una de las garantías del proceso penal el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, bajo el principio contradictorio.

⁴⁷¹ Circular de la FGE Núm. 1/2000, que dice al respecto que “*el legislador quiere – así se desprende del tenor gramatical – que la conformidad sólo tenga un momento y un vehículo para su exteriorización: el de la comparecencia ante el juez de menores a que se refiere el Art. 36. Sin embargo, el legislador no ha podido prohibir que esa aceptación de los hechos y de la medida subsiguiente se formula ya en el escrito de alegaciones. De acuerdo con esta idea, la comparecencia a que alude el precepto sería no la que define el momento de la expresión de la conformidad, sino la que determina el momento de la producción de sus efectos. En tales casos, habiendo sido anunciada la conformidad en el escrito de alegaciones de la defensa, examinada por el Juez la concurrencia de los presupuestos que imponen el Art. 32 acerca de la naturaleza límite de las medidas, nada parece oponerse a que la comparecencia a que se refiere aquel precepto se emancipe cronológicamente respecto del comienzo formal de las secciones de la audiencia. De cerrarse esa posibilidad, el desenlace definitivo del juicio por razón de la conformidad del menor habría de quedar a expensas de un turno de señalamientos o de la práctica de numerosas diligencias de citación que no añadirían nada positivo a la siempre valorable celeridad. Se trataría, pues, de evitar dilaciones de tan perturbadores efectos cuando de lo que se trata es de enjuiciar el hecho ilícito cometido por un menor de edad.*”

Art. 35 que recoge los asistentes a la audiencia, parece que si aquellos están presentes en la conformidad del Art. 36, de igual modo, deben de estarlo en la del Art. 32, y por lo tanto han de estar convocados en la comparecencia de conformidad los que el Art. 35 de la LORPM señala como asistentes a la audiencia, y que según redacción dada a este precepto por la LO 8/2006 son: el Ministerio Público, las partes personadas, el letrado del menor, un representante del equipo técnico que haya evacuado el informe previsto en el Art. 27 de la ley⁴⁷², el propio menor, el cual podrá estar acompañado de sus representantes legales salvo que el Juez oído los citados Fiscal, letrado del menor y representante del Equipo técnico, acuerde lo contrario⁴⁷³. También podrá asistir el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que haya intervenido en las actuaciones de la instrucción, cuando se hubiesen ejecutado medidas cautelares o definitivas impuestas al menor con anterioridad. Igualmente, deberán comparecer las personas o persona a quienes se exijan responsabilidad civil; aunque su inasistencia injustificada no será por sí misma causa de suspensión de la audiencia.

El segundo supuesto para la conformidad, al que hace referencia el Art. 36 de la LORPM es previo a la práctica de la prueba de la audiencia, pero se da una vez señalada ésta para su celebración, es decir a la entrada de la vista oral.

El Art. 36.2 de la LORPM, según redacción dada por la LO 8/2006 señala que: “El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con dichos extremos, oídos el letrado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia”.

⁴⁷² Se recogen en dichos preceptos: que “durante la instrucción del expediente, el Fiscal requerirá del Equipo técnico que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquel sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberán de ser entregado en un plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancias relevante a los efectos a la adopción de algunas de las medidas en la presente ley”.

⁴⁷³ Lo que significa que la ausencia o presencia de los representantes del menor se someten a un tratamiento individualizado, conformándose una norma de carácter facultativo, que habilite su comparecencia con el menor siempre y cuando lo estime el Juez.

El único límite a las conformidades del Art. 36 sería el proyectado en el Art. 787.1 de la LECrim. de tal forma que todas las medidas que no superen los 6 años serían susceptibles de esta modalidad de conformidad⁴⁷⁴.

Continuando con el examen del Art. 36.2, observamos que el Juez “podrá” dictar sentencia de conformidad, y por lo tanto no existe obligación expresa de dictar esa resolución, existiendo otras posibilidades para el juzgador ante la conformidad, aceptada por el letrado(Art. 783.3 LECrim.), cuando dice que: “ En caso de que el Juez o Tribunal considerase incorrecta la calificación formulada o en tiendese que la pena solicitada no procede legalmente requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En caso, otro ordenará la continuación del juicio”.

El Art. 36.3, aborda la conformidad del menor con los hechos pero en cuanto a la medida judicial y así expresa que: “Si el menor estuviere conforme con los hechos pero con la medida solicitada se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes”.

En último lugar, la LO 8/2006 ha incorporado a este Art. 36, un apartado cuarto, en el que se ocupa de la no conformidad en materia de responsabilidad civil, diciendo que: “cuando el menor o la persona o personas contra quienes se dirige la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella”.

6.3. Audiencia en ausencia del menor.

Posiblemente, una de las cuestiones y argumentos más discutidos y batallados por la doctrina haya sido la posibilidad de celebrar la audiencia en ausencia del menor. En la

⁴⁷⁴ Hemos de recordar que en el procedimiento abreviado se permite la conformidad con la pena de prisión de hasta 6 años, según el Art. 787.1 LECrim., y por lo tanto no tendría sentido interpretar que en el proceso penal de menores, en el que la duración máxima de un internamiento es de 10 ó 6 años respectivamente según la franja de edad, no se admita la conformidad con la medida de internamiento siempre y cuando no se supere el límite de los 6 años.

normativa no se menciona esta posibilidad, lo que recoge el Art. 35 es que la audiencia se celebrara con la asistencia del menor quien podrá estar acompañado de sus representantes legales. Si trasladamos una interpretación literal de este precepto, nos llevaría a la conclusión de que no se puede celebrar el juicio en ausencia del menor infractor.

Ahora bien, pero también observamos en que en dicho precepto nada se dice sobre que sea preceptiva la asistencia, como así lo hace el Art. 786 del LECrim. Podríamos plantearnos en este punto, si en el proceso penal de menores sería de aplicación lo dispuesto en el Art. 786.1 LECrim., es decir, si sería posible celebrar el juicio con ausencia del acusado, cuando dicha audiencia es injustificada y hubiera sido citado y notificado personalmente o en el domicilio o en la persona a que se refiere el Art. 775, si la pena no supera los dos años de privación de libertad, o de seis años si se trata de pena de otra naturaleza. La FGE entiende en su Circular, Núm. 1/ 2000, que ha de ser admisible excepcionalmente el juicio en ausencia del menor si la medida solicitada no excede de un año⁴⁷⁵. En este sentido podemos citar a algunos autores que defienden la posibilidad de enjuiciamiento en ausencia del menor como LÓPEZ LÓPEZ⁴⁷⁶, aunque en este caso y como considera MARCOS AYÓN⁴⁷⁷, se podría aplicar el recurso de anulación tal y como dispone el Art. 793.2 del LECrim.

⁴⁷⁵ Recopilado en Apto. VIII. 1 de la Circular, Núm. 1/2000 de la FGE. Ciertamente en esta cuestión existen distintas posturas. Por un lado habríamos de entender la imposibilidad de celebración de la audiencia en ausencia del menor (es decir la nueva aplicación del Art. 786.1 LECrim.) en el proceso penal de menores, por cuanto que contravendría los principios de dicha ley que persigue principalmente la educación del menor, fin éste que quedaría frustrado si la audiencia se celebra sin el protagonista de la misma y de su propia educación. Por otro lado también es cierto que son muchas las suspensiones de vistas originadas por incomparecencias de los menores, lo que da lugar a que la posibilidad de la audiencia en ausencia del menor se plantee cuando se trata de audiencias por simples faltas, o en aquellas que se solicita una medida de medio abierto.

⁴⁷⁶ LÓPEZ LÓPEZ, AM., *Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Ed. Comarex, Granada 2004, p. 247-248. Señala este autor que no debiera tener lugar el procedimiento penal contra menores delincuentes si citado en su persona el menor dejare de comparecer por causas involuntarias debidamente acreditadas, pero que “si la ausencia no esta fundada en un motivo legítimo, el Juez de menores tiene ante si las dos opciones siguientes:

-Acordar el internamiento del menor en un centro cerrado de reforma a los efectos de evitar posteriores suspensiones (Art. 504 LECrim), lo que para los delitos menos graves sin violencia o intimidación sería difícilmente justificable. -O celebrar el juicio en su ausencia, siempre y cuando concurran los requisitos previstos en el Art. 786.1 LECrim., es decir: a) advertencia judicial al imputado de la posibilidad de enjuiciamiento en ausencia; b) citación personal, domiciliaria o en la persona de signada por el propio acusado; c) solicitud en juicio del Ministerio Público; d) y que la medida solicitada no exceda de dos años de privación de libertad, o de seis años si fuera de distinta naturaleza.

⁴⁷⁷ MARCOS AYÓN, M., “la instrucción penal y el enjuiciamiento de los menores de edad”, *La Ley Penal*, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciaria, Núm. 36, año 4º, marzo 2007, p. 42.

No obstante, desde el ángulo de la jurisprudencia⁴⁷⁸ se podría mantener que la ley 5/2000 no contempla la posibilidad de celebrar la audiencia del menor imputado, es más, desde esta perspectiva se puede mantener que el Art. 35.1 LORPM prevé la presencia del menor, lo cual sería acorde con la filosofía de la ley que en función del interés del menor no solo persigue una función sancionadora, sino también una finalidad educativa, por lo que el proceso con la intervención activa del menor puede ser considerada una experiencia educativa para el mismo.

Al o expuesto, puede oponerse que el Art. 37.4 LORPM permita que en el transcurso de la audiencia el Juez, de oficio o instancia de parte, pueda acordar motivadamente que abandone la sala hasta que pueda retornar, porque esto lo que destaca es la necesidad de la presencia del menor en juicio, y la posibilidad de su exclusión parcial durante su desarrollo en su interés. Es por ello que un sector de la doctrina rechaza para el proceso penal de menores, la aplicación supletoria establecida para la celebración del juicio en ausencia del imputado en el procedimiento abreviado, siendo necesario la asistencia del menor imputado para celebrar la audiencia.

En el caso de que se celebre la audiencia en ausencia del menor imputado, incluso aunque su defensa no se opusiera a ello, pues no es un requisito disponible la presencia del menor, se declararía la nulidad de todo lo actuado desde la audiencia, reponiendo el expediente al momento inmediatamente anterior, a fin de que por un Juez distinto se celebre dicho acto con presencia del menor⁴⁷⁹.

En el mismo sentido se expresa MARCOS AYJÓN cuando indica que en “su opinión, no puede extralimitarse la aplicación supletoria del procedimiento abreviado que prevé la Disposición Final 1^a LORPM, es cierto que la norma no regula la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, pero no quiere decir que lo permita”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Núm. 18, año II, julio-agosto 2005, p. 39.

⁴⁷⁹ AP Madrid 4^a Sentencia. de 11 de mayo de 2004. Recurso 213/2003.

⁴⁸⁰ MARCOS AYJÓN, cit., p. 43. En el mismo sentido MORENILLA ALLAR, P., El proceso Penal del menor, Ed. Colex, 2007, p. 160.

Así como la pronunciación de la jurisprudencia en SSAAPP de Madrid, Sección 4^a, de 23 de junio de 2003, de 11 y 18 de mayo de 2004, SAP de Cuenca, Sección 1^a de 25 de Mayo de 2005, de Cádiz, Ceuta, Sección 6^a, de 18 de septiembre de 2003 y otras.

En referencia a la publicidad de la audiencia⁴⁸¹, se señala en el Art. 35.2, frente al principio general de publicidad, que: “*El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación*”.

En opinión de SANZ HERMIDA, pese al enunciado de este precepto, la LORPM apuesta, en consonancia con el mandato constitucional del Art. 120.1 por la publicidad de las sesiones⁴⁸², salvo que, atendiendo al interés del menor o de la víctima, el Juez acuerde que no lo sean⁴⁸³. De esta forma se continúa la línea jurisprudencial de nuestro TC en el ámbito de la justicia de menores, cuando admite la posible restricción de dicho principio, “en aras a preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones”⁴⁸⁴.

Por lo que se refiere a la prohibición de los medios de comunicación social de obtener o difundir imágenes del menor o datos que permitan su identificación⁴⁸⁵, hemos de decir al igual que opina GARRIDO CARRILLO, que el objetivo de ésta previsión legal es evitar ulteriores daños al menor, y dicha prohibición se vulneraría cuando se proporcionara cualquier información que pudiera facilitar el reconocimiento del menor, actual o futuro, como por ejemplo el parentesco, lugar de residencia, edad, país, etc. La prohibición que

⁴⁸¹ Que recordemos es un principio general bajo pena de nulidad. Ibid, Art. 120.1 de la CE y Art. 680 LECrim.

⁴⁸² El Art. 120.1 de la CE establece: “*Que las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las Leyes del procedimiento*”. Este principio de publicidad tiene una doble finalidad: Por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público y, por otro lado, mantener la confianza de la sociedad en los Tribunales. En estos dos sentidos, el principio de publicidad es una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho.

⁴⁸³ Recordemos que siendo la regla general la publicidad de las actuaciones judiciales, el principio de publicidad puede verse limitado, así en el Art. 232.2 de la LOPJ, establece que “*excepcionalmente, por razones de orden público y protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones*”. En la misma línea, el Art. 680 LECrim. señala que “*las sesiones podrán tener lugar a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o su familia*”.

⁴⁸⁴ STC 36/1991 de 14 de febrero. Y así mismo se cumple con lo preceptuado por la regla 8ª de las Reglas de Beijing y Art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño, de tal forma que la publicidad es entendida como garantía para el menor, que será limitada cuando la misma pueda afectar precisamente al interés de dicho sujeto, o como señala la LORPM en el Art. 35.2, en interés de la víctima

⁴⁸⁵ De esta forma se previenen los atentados contra la intimidad del menor, su estigmatización y en definitiva, toda perturbación de su desarrollo integral. Ibid, LANDROVE DÍAZ, G. *Derecho Penal de Menores*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001 p. 316.

comentamos e s c onsecuencia de lo di spuesto en e l A rt. 4 de L OPJM 1/ 1996 ⁴⁸⁶ y de diferentes Tratados Internacionales.

Por úl timo al A rt. 35. 3 c onforme a l a m odificación da da por la LO 8/ 2006, conforma un de ber de c onfidencialidad p ara a quellas pa rtes personadas en el procedimiento. D e a cuerdo c on esta obl igación, de berán de r espetar rigurosamente el derecho del menor a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales o de los datos que o bren e n el expediente instruido, e n l os términos qu e es tablezca el Ju ez de menores. El incumplimiento de este deber implicará la exacción de las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar, asimismo, hay que determinar que el Art. 37.4 ,permite en la audiencia la ausencia temporal del menor, señalando que “ si en el transcurso de la audiencia, e l Ju ez co nsiderara, de o ficio, o a s olicitud de las p artes, q ue el i nterés d el menor aconseja que éste abandone la Sala, podrá acordarlo así motivadamente, ordenando que continúen las actuaciones hasta que el menor pueda retornar a aquella”.

De acu erdo co n L ÓPEZ JI MÉNEZ⁴⁸⁷, s e c onsagrará e n e l p rocedimiento d e menores la regla general de la publicidad de las sesiones, si bien de manera excepcional, se podrá l imitar por l os m otivos e xpuestos, c onsiderando que es más ad ecuada d esde l a perspectiva constitucional es tablecer l a regla g eneral d e p ublicidad d e l as ses iones, si n perjuicio, de que e l Juez p ue da a cordar la no p ublicidad en i nterés d el m enor y de l a víctima, que también puede ser menor de edad.

6.4. Práctica de la prueba.

Una vez que se han realizado las intervenciones previas de la audiencia, se continúa con lo dispuesto en el Art. 37.2 L ORPM tras la modificación operada en el mismo por la LO 8/2006 para i ncorporar a l a a cusación p articular, a l a ctor civil y a l os r esponsables civiles. E ste p recepto s eñala q ue: “seguidamente se i niciara l a p ractica d e l a p rueba propuesta y admitida y la que, previa declaración de pertinencia, o frezcan las partes para su practica en el acto, oyéndose, asimismo, al equipo técnico sobre las circunstancias del menor. A c ontinuación, el Juez oirá al Ministerio Público, a quien haya ejercitado en su

⁴⁸⁶ Que c oncretamente s eñala que “ los menores t ienen de recho a l honor, a l a i ntimidad p ersonal y familiar y a l a propia imagen (...). La difusión de información o la utilización de imagines o nombre de los menores en l os medios de c omunicación que puedan i mplicar una i ntromisión i legítima e n su i ntimidad, honra o r eputación, o que sea contraria a sus intereses, determinara la intervención del Ministerio Público, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas...”

⁴⁸⁷ LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *Proceso Penal de Menores*, GONZÁLEZ PILLADO, E (Coord.): en Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 255.

caso la acción penal, al letrado del menor y al actor civil y terceros responsables civilmente respecto de los derechos que le asisten, sobre la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas; sobre este último punto, se oírán también al Equipo técnico y, en su caso, a la Entidad pública de protección o reforma de menores. Por último el Juez oírán al menor, dejando el expediente visto para sentencia”.

Tras este canon, podemos concluir que las nuevas pruebas practicadas por las partes son aquellas que se puedan practicar en el mismo acto de la audiencia, sin que se admita la suspensión de la misma, como de manera excepcional puede producirse en el procedimiento de adultos. Una vez de clarada la pertinencia de las nuevas pruebas propuestas para practicar en el acto, se inicia la práctica de la prueba que fue propuesta y admitida, y una vez practicada se emitirá el informe oral de las partes sobre la valoración de la prueba practicada, la calificación jurídica de los hechos y la procedencia de las medidas propuestas.

En cuanto a los medios de prueba a practicar, se estará a lo dispuesto en la LECrim para el procedimiento abreviado. Tenemos que hacer en este punto, una mención especial a la declaración del acusado, es decir en este caso, el menor, por cuanto que como sucede en el procedimiento abreviado, no se regula específicamente la posibilidad de que declare el mismo y tampoco se hace referencia a la posibilidad de examinar al menor. Desde nuestra perspectiva al igual que opina GARRIDO CARRILLO, aunque la ley no lo contemple de manera expresa, la declaración del menor imputado goza de plena cabida como medio de prueba en la audiencia⁴⁸⁸. En referencia a la declaración del Equipo técnico, la misma se considera como prueba pericial.

En cuanto al orden de la práctica de la prueba nada dice la ley por lo que siguiendo lo dispuesto en su DF. 1ª, hemos de acudir como ley supletoria a la LECrim, y en concreto a la regulación del procedimiento abreviado, señalándose en su Art. 788.1: “*la práctica de la prueba se realizará concentradamente, en las sesiones consecutivas que sean necesarias*”, por lo que para el orden de la práctica de la prueba, habremos de seguir

⁴⁸⁸ El hecho de que la ley no establezca la declaración del acusado como medio de prueba, se debe, como ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones la doctrina, a que la voluntad del legislador es que ningún ciudadano pueda ser condenado por su sola confesión, por ello la declaración del acusado se conforma desde la óptica del derecho que tiene a no declarar y a no confesarse culpable, sin que en ningún caso el ejercicio de este derecho pueda ser tenido en cuenta para formar la convicción judicial, ni siquiera como prueba indiciaria. Ibid, TORRES ANDRES, J.M., *La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores*, (Dir.) CONDE-PUMPIDO FERREIRO), Ed. Trivium, Madrid 2001, pp. 358 y 359.

finalmente la regulación del procedimiento ordinario⁴⁸⁹ debiendo de estar a lo dispuesto en el Art. 701.4 de la LECrim que dice que "... se pasará a la práctica de las diligencias de prueba y a l e xamen d e l o s t estigos, em pezando p or l a q ue h ubiere ofrecido el Fiscal, continuando con la propuesta de los demás actores, y, por último, con la de los procesados. Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas. El Presidente, sin embargo, podrá alterar este orden a instancia de parte, y aun de oficio, cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad".

Hay que recordar como señala nuestro TC, que la celebración del juicio oral es el único medio válido para desvirtuar el principio de presunción de inocencia a través del juicio de culpabilidad que se apoya en pruebas igualmente practicadas en fase de averiguación o de instrucción sumarial⁴⁹⁰.

Por otro lado el Art. 37.4 LORPM prevé la posibilidad de que el menor abandone la sala durante la celebración de la audiencia en los momentos de la vista que el Juez considere oportuno. Considerando esta opción, entendiendo que se prevé para el trámite de la práctica de la prueba y se entiende que en todo caso el Magistrado debe tomar esta decisión en aras del interés del menor, principio inspirador de todo el proceso de menores. Por ello y atención a este principio, el Juez solo debería solicitar el abandono momentáneo de la Sala por el menor en aquellos supuestos en los que estime que su "interés" pueda quedar perjudicado⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Hemos, por tanto de entender de aplicación, para el orden de la práctica de la prueba en el proceso penal de menores, y con las debidas adaptaciones a dicho proceso, los Arts. 701 a 731 de la LECrim.

⁴⁹⁰ STC 211/1993 de 28 de junio que expresa: "Solo pueden tener el carácter de pruebas de cargo en la medida en que sean reiteradas y reproducidas en juicio oral, de forma que pueda realizarse la oportuna comprobación de la otra parte, que dando así sometidas a los elementales principios que rigen el proceso penal acusatorio: Contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediatez".

⁴⁹¹ RIFA SOLER, VALLS GOMBAO y RICHARD GONZÁLEZ, mantienen que "*esta posibilidad no parece que tenga excesivo sentido, por cuanto siendo juzgados mayores de catorce años no se acaba de entender que ventajas pueden derivarse de la no presencia del menor cuando se esta decidiendo sobre la imposición de una medida determinada. Consideramos que la ley en este punto adopta una actitud paternalista cuya intención benéfica puede quedar superada por la realidad, ya que parece evidente que si un menor puede ser juzgado lo debe ser con todas las garantías y la primera de éstas consiste en conocer de todo lo actuado en juicio*". En RIFA SOLER, J.M^a, VALLS GOMBAO, J.F y RICHARD GONZÁLEZ, M. *El proceso penal práctico. Comentarios; Jurisprudencia; Formularios*. Madrid: La Ley, 2005, pp.1701-1702.

6.5. Conclusiones y terminaciones definitivas y derecho a la última palabra del menor.

Una vez finalizada la práctica de la prueba, las partes acusadoras personadas, el abogado del menor, el Fiscal y, en su caso, el actor civil y terceros responsables civilmente (pero éstos últimos en referencia a la preterención civil acumulada) realizarán sus alegaciones en las que valorarán la prueba practicada, harán la calificación jurídica de los hechos y propondrán la medida o medidas a imponer. Estas alegaciones conforman las conclusiones definitivas de las partes, que atendiendo al tenor de la normativa, hemos de entender que se realizarán de forma oral.

En los casos en que se haya personado acusador particular, éste no podrá formular alegación alguna sobre la situación psicológica, educativa, social y familiar del menor, cuestiones todas ellas sobre las que le está vedada la posibilidad de alegaciones. Con anterioridad a la reforma efectuada por la LO 8/2006, el perjurado personado podía informar sobre los hechos probados resultantes de la práctica de las pruebas y la participación del menor, pero no podía realizar manifestación alguna sobre la procedencia de las medidas propuestas. Con la regulación vigente, se puede opinar sobre la oportunidad de las medidas propuestas, puesto que actualmente su intervención ya no está limitada. También se oírán al representante del equipo técnico o, en su caso a la Entidad pública sobre la procedencia de las medidas propuestas. Finalmente el Juez oírán al menor, de conformidad con lo establecido en el Art. 24.2 de la CE.

Tras los informes “el Juez oírán al menor, dejando la causa vista para sentencia”, siendo así la LORPM especialmente escrupulosa con el cumplimiento del derecho a la “última palabra”. De esta forma se reconoce en el proceso de menores, al igual que en el proceso penal de adultos, el derecho del acusado “a la última palabra”. Se trata, de la manifestación más importante que en nuestro proceso presenta el derecho fundamental del acusado a defenderse por sí mismo⁴⁹². El Magistrado, preguntará al menor si tiene algo que añadir o manifestar y, en caso de que conteste afirmativamente, le concederá la palabra. El Juez deberá cuidar de que el menor, al usarla, no ofenda a la moral ni falte al respeto debido al órgano jurisdiccional ni a las consideraciones correspondientes a todas

⁴⁹² Recordemos que el derecho a la última palabra está incardinado en el derecho fundamental a la defensa y tiene conexión con el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa.

las personas, y que se ciña a lo que sea pertinente, retirándole la palabra en caso necesario⁴⁹³.

Yaunque no se exprese nada sobre el siguiente particular, entendemos que por aplicación del Art. 788.6 LECrim y de forma supletoria, en el desarrollo de la audiencia se levantará Acta que firmarán los presentes, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias acaecidas y las resoluciones que se adopten, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario judicial.

7. LA SENTENCIA.

Una vez finalizada la audiencia, y según determina el Art. 38 de la ley, el Juez de menores dictará sentencia en un plazo máximo de cinco días.

Este precepto es uno de los más concisos de la normativa y por razones técnicas pudo estar incluido su contenido en el canon sucesivo, tal como se hace en la regulación del procedimiento abreviado en el Art. 789 LECrim.

El proceso penal, una vez que se ha llegado a la fase de audiencia o de juicio oral, sólo puede terminar en sentencia por exigencia del principio de legalidad, aunque con carácter excepcional puede terminar por Auto cuando, de forma previa, se resuelvan cuestiones que afecten a presupuestos procesales que impidan la continuación de la audiencia. También se dictará un Auto cuando proceda la declaración de nulidad de las actuaciones; incluso podrían darse circunstancias que motiven el sobreseimiento libre de lo actuado, como podría ser el caso de que se produzca alguna de las causas que extinguen la responsabilidad criminal, previstas en el Art. 130 CP, las cuales se resolverán por Auto, según lo establecido en el Art. 636 LECrim en relación con el Art. 637 del mismo cuerpo legal.

⁴⁹³ Así, el Art. 739 LECrim “ofrece al acusado el derecho a la última palabra” (STS de 16 de julio de 1984, por sí mismo, no como una mera formalidad, sino- en palabras del Fiscal que la Sala asume- “por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se le brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de los conmutados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, audiencia personal, que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio”. (STC 181/1994 de 20 de junio, y STC 29/1995 de 6 de febrero).

En el resto de los casos, el Juez tiene que dictar sentencia en el mismo plazo que en el procedimiento abreviado, es decir, en cincuenta días. Sobre ese plazo es preciso que señalemos que, dadas las exigencias del principio de celeridad en el proceso penal de menores, el Enjuiciador debe hacer un esfuerzo para dictar realmente la sentencia en ese plazo, ya que, en caso contrario, si el plazo se dilata en el tiempo, el interés del menor se verá seriamente afectado puesto que es primordial que la respuesta educativa, concretada a través de la medida sea lo más inmediata posible y que en el caso de que la sentencia sea absolutoria, el menor, que se ha visto sometido a ese procedimiento, conozca cuanto antes la decisión judicial y que se han acogido y admitido sus tesis de defensa. Además, en esos casos, es posible que sea precisa una actuación protectora de la Entidad pública competente que, evidentemente, se tendrá que instar cuanto antes.

La sentencia se debe ajustar a lo previsto en la LOPJ, lo cual no puede ser de otra forma, ya que, en caso contrario, la sentencia vulneraría el principio de legalidad y caería en la arbitrariedad. Así, la sentencia es la resolución del órgano jurisdiccional que pone fin al proceso y se funda en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de juzgar que le otorga al Juez el Art. 117.3 C.E. Tiene que ser motivada, clara, congruente y resolver todas las cuestiones planteadas.

Así, la resolución puede ser absolutoria, tanto respecto de los hechos como de la participación del menor acusado, ya que puede ir desde la consideración de que no se produjo el hecho delictivo, a que deba ser presumida la inocencia del menor porque no existen suficientes pruebas para establecer su culpabilidad respecto de los hechos, o porque deba aplicarse el principio “in dubio pro reo”, al existir dudas razonables sobre los mismos o la participación del menor en ellos. El principio de presunción de inocencia implica que el menor no está obligado a probar su falta de participación en los hechos sino que la carga de la prueba de su participación en los hechos corresponde a la acusación a través de una mínima prueba de cargo, practicada en las formalidades exigidas legalmente y en el juicio oral, salvo la llamada prueba preconstituida⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ En este punto, es interesante la STS, Sala 2ª de 19/05/1998, que estableció que el derecho a la presunción de inocencia es un derecho reaccional y no precisado de un comportamiento activo por parte de su titular. Su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término culpabilidad como sinónimo de intervención o participación en el hecho. Por otra parte, esta misma sentencia determinó que sólo puede considerarse prueba de signo inculpativo o de cargo la que reúna las siguientes condiciones: 1. Que sea obtenida sin vulneración de derechos fundamentales. 2. Que se practique en el plenario o Juicio oral o, en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto. Por último, estableció que en el tramo casacional lo único

La sentencia condenatoria acoge la tesis de la acusación pública y, tal como ha señalado LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, se compone de dos operaciones, sin perjuicio de que éstas a su vez se descompongan en otras varias. Una primera operación se centra en de terminar el “hecho probado” y la otra, una vez conocido el hecho, se ocupa de la labor de subsunción de dicho hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera operación se la denomina “juicio histórico” y a la segunda se la conoce con el nombre de “juicio jurídico”. A sí, de estas operaciones se extrae una conclusión a través de la correspondiente Parte Dispositiva⁴⁹⁵.

7.1 Partes del contenido ineludible en la sentencia.

Las distintas partes que van a constituir el contenido ineludible de la sentencia en el proceso penal de menores, han de seguir la evolución de la construcción por el Juez teniendo en cuenta las razones expuestas en la audiencia y en los respectivos escritos por el MF, por el letrado del menor y por el perjudicado, así como las manifestaciones del propio menor al finalizar la audiencia y serán:

que puede hacerse es la comprobación de que en la causa exista prueba de cargo o de signo incriminatorio que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, pero sin que en el recurso extraordinario sea posible proceder a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada. También cabe destacar, al respecto la STC, Sala 2^a de 14/02/2005, que determinó que el principio de presunción de inocencia había sido vulnerado en una Resolución de la AP de Navarra en la que se había condenado a un menor únicamente en base a las declaraciones de un coimputado, lo cual había vulnerado la consolidada doctrina relativa a que una condena penal no puede basarse sólo en dicha declaración y que son necesarias más pruebas de cargo. El Tribunal establece que son de aplicación al procedimiento de menores las mismas garantías constitucionales que presiden el procedimiento penal general.

La STS de 27/10/1998, señaló que es diferente la ilicitud del acto de prueba contrario a la Constitución de la ilicitud por infracción de la legalidad ordinaria que sólo originaría la ineficacia del acto en sí y de lo que del mismo causalmente se deriva. La ilicitud del acto contrario a la Constitución se comunica a futuros actos que de inicial traigan causa y no puede ser convalidado por Diligencias posteriores. La presunción de inocencia es diferente del principio “in dubio pro reo” que se refiere a que ha existido una actividad probatoria pero es insuficiente para producir la convicción judicial de la culpabilidad del acusado. En el mismo sentido, la STS de 26/04/1999, señaló que el principio “in dubio pro reo” no se deriva del derecho del acusado a que el Tribunal dude en ciertas circunstancias, sino solamente el derecho a no ser condenado cuando los jueces duden sobre la consistencia de la prueba.

⁴⁹⁵ En relación a la tesis de la sentencia condenatoria, el Art. 120.3 CE, establece la exigencia de motivación de las sentencias y la ausencia de la misma infringiría el derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia que determina el Art. 24.2 CE, así como el principio de legalidad regulado en los Arts. 25.1 y 9.3 CE, y la interdicción de la arbitrariedad a que se refiere este último precepto, y de ahí la exigencia de tal motivación. La Resolución AP de Madrid, Secc.4^a, de 21 de julio de 1999, señaló que: “el que la ley faculta al órgano judicial a la imposición de un amplio margen de medidas en función de la gravedad de los hechos y el interés del menor, no implica como pretende la defensa que en la resolución tenga que fundamentar la adopción de una de ellas y la exclusión de todas las demás, pues en sí mismo la imposición de una determinada medida conlleva el descarte de las demás, cumpliendo suficientemente la exigencia de motivación mediante la expresión de la razón por la que se impone aquella, que es sobradamente cumplido en el presente caso, lo que no debe ser confundido con la divergencia con la medida adoptada, que es lo que en realidad subyace en el recurso”.

- Referencia a todos los extremos planteados con carácter previo en la audiencia y que según el Art. 37 de la LORPM, en caso de que se acuerde por el Juez la celebración de la audiencia, se resolverán en ese momento, lo cual implica un razonamiento o motivación del Juez respecto de los mismos.
- Establecer unos hechos probados, que habrán de fundarse en la valoración de las pruebas practicadas y que abarcará a todas ellas, hasta determinar cuáles han producido la “convicción judicial”, la cual no puede basarse en meras intuiciones o sospechas sino que tiene que proceder de las pruebas practicadas en la audiencia que la justifiquen objetivamente, así el juez cuenta con el amplio margen que le otorga para ello el Art. 741 de la LECrim. A los efectos de la libre valoración de la prueba.⁴⁹⁶
- Subsumir los hechos probados en una norma penal y de ahí surgirá la calificación jurídica.
- Considerar teniendo en cuenta todo lo anterior:
 - a) Las circunstancias y la gravedad de los hechos, por lo que examina su calificación jurídica, grado de ejecución y formas de participación del menor en ellos, así como la existencia, en su caso, de causas que atenuen su responsabilidad.⁴⁹⁷
 - b) Las circunstancias del menor, conocidas a través de los informes del Equipo técnico y de las pruebas que se hayan practicado en la audiencia respecto a las mismas y por ello debe examinar todos los datos que consten sobre personalidad, situación familiar, escolar o formativa y social. Así, como la edad del menor en el momento de dictar sentencia.

⁴⁹⁶ Al propósito el Juez, tiene que valorar tanto las pruebas directas como las indirectas o indiciarias y, tal como determinó la STC 94/1990, de 23 de mayo, en su fundamento jurídico 5º, los indicios han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas – y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito.

⁴⁹⁷ En este punto el Juez, deberá tener en cuenta los límites que a la necesaria flexibilidad en interés del menor impone al Juez el Art. 10 LORPM cuando se trate de alguno de los supuestos regulados en el Art.9.2 y el hecho revista extrema gravedad, así como cuando los hechos constituyan alguno de los delitos enunciados en el Apto. 2 de dicho precepto, ya que, en esos casos, el Juez debe adoptar de manera obligada una medida de internamiento en régimen cerrado seguida de otra de libertad vigilada.

- c) Tras la reforma de la LO 8/2006, el Juez podrá tener también en cuenta a la hora de elaborar la sentencia, si el menor hubiera cometido o no con anterioridad hechos de la misma naturaleza. Si bien el legislador no lo expone claramente, da la sensación de que eso deberá ser considerado por el Enjuiciador como una circunstancia agravante, si milar a la reincidencia⁴⁹⁸, extremo éste que ha sido criticado por la doctrina como exponente de un derecho penal preventivo y de medidas de seguridad que concede mayor relevancia al estado peligroso que al delito y de ahí que en cuentesu fundamento en razones y motivos de prevención especial⁴⁹⁹.
- d) El principio básico para establecer la medida adecuada es el del interés superior del menor, para lo cual es evidente que los criterios que hemos mencionado en el anterior apartado, relativos a circunstancias personales, juegan un papel importante en cuanto a través de ellos se puede apreciar cuál es la actuación educativa más conveniente para el menor, si no está precisado de una actuación educativa concreta, ya que los informes pueden determinar también que el menor se encuentra en una situación donde todas las variables están normalizadas y que, en consecuencia, no se precisa, desde la perspectiva educativa, que se imponga una medida al menor. En este punto, el Juez puede entender necesaria la adopción de una medida por el simple hecho de que suponga una respuesta social a la infracción penal cometida, para que el menor perciba el reproche que su conducta merece, lo cual también es educativo. De igual modo, por aplicación del principio de intervención mínima, el Juez puede proceder a no adoptar medida alguna concreta respecto del menor, en virtud del Art. 27, en los casos en los que ha transcurrido un excesivo tiempo desde la comisión del hecho delictivo, o se entienda que es suficiente reproche para el menor el simple hecho haberse sometido al proceso penal⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Reincidencia que ha sido criticada por la doctrina como exponente de un derecho penal preventivo y de medidas de seguridad que concede mayor relevancia al estado peligroso que al delito y de ahí que encuentre su fundamento en razones de prevención especial.; ORTS BERENGUER E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L; EN Compendio de Derecho Penal. Editorial: Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁴⁹⁹ ORTS BERENGUER, E. Y. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L; Compendio de Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁵⁰⁰ Sin embargo, la Resolución de la Secc.4^a de la AP de Madrid (53/2000, de 14 de julio) entendió que procedía adoptar, al menos, la medida de amonestación respecto de un menor, autor de una falta de hurto, cometida un año antes, “a pesar de la evolución positiva que ha observado el menor desde que se realizó el informe del equipo técnico”, sin considerar que fuese suficiente, tal como razonó el juez de menores en su

resolución, el hecho de estar sometido a un proceso judicial durante tan largo tiempo, ya que, se especifica en la resolución dictada en segunda instancia, “ello es como consecuencia de su propia conducta al realizar un ilícito penal”. En el mismo sentido se ha pronunciado la Resolución 49/2000, de 28 de junio, que, a pesar de reconocer que el menor se encontraba en una situación normalizada, entendió que, a los menores, de bía imponérsele la medida de amonestación “... con la finalidad de que le permita comprender, por un lado, que ha de asumir la responsabilidad que deriva de sus actos y, de otro, que vivimos inmersos en una sociedad en la que existen una serie de normas que nos damos a nosotros mismos y que no se pueden transgredir, principios ético-sociales que conjugados a tiempo cumplen sin duda la finalidad educativa propia de la jurisdicción de menores y de prevención y reinserción social constitucionalmente impuesta”. Aunque parece apreciarse un cambio de criterio en la Resolución 54/2000 de 14 de julio, sección cuarta de la AP. En ese caso, en el juzgado de menores si bien se entendió que el menor era autor de una falta, se acordó que no procedía la imposición de una medida al menor por el tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos y porque el proceso ha bía constituido suficiente reproche para el menor. Recurrida la resolución por el Ministerio Público, la AP entiende que la adopción de una medida respecto del menor “...no tiene ningún sentido desde el punto de vista educativo”, dada: a) la levedad de la infracción; b) su condición de infractor primario, no conociéndose que después ha ya cometido nuevos hechos ilícitos; c) el tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos, cuya incidencia en el caso de menores resulta muy superior a la de un adulto; y d) la situación normalizada del menor, ya expresada en el informe del Equipo técnico, y ratificada por el representante de éste en la audiencia, que consideraba que no era necesaria la adopción de ningún tipo de medida educativa.

La sentencia AP Pontevedra, de 18 de noviembre de 2002, determinó que una vez celebrada la audiencia no puede el Juez acordar el sobreseimiento de las actuaciones, al amparo de lo previsto en el artículo art. 27.4 LORPM y al tiempo transcurrido, sino que debe dictar sentencia absorbiendo o condenando al menor. Ello no obsta para que, conforme a lo señalado, el Juez pueda al dictar sentencia y en base a motivos tales como los previstos en el art. 27.4 es decir, por el tiempo transcurrido y entenderse que el someterse al procedimiento penal por parte del menor ha sido ya suficiente castigo para él, no se estime oportuno que se le imponga ninguna medida, pese a estar acreditado que cometió determinado delito o falta. Así, el principio del interés superior del menor debe ponerse en relación con los principios jurídicos de suma importancia regulados en el artículo 8 de la LORPM y que no pueden ser otros que el principio acusatorio y el principio de proporcionalidad, puesto que su inobservancia por el Juez produciría la vulneración de un derecho constitucional. El principio acusatorio implica que el Juez o Magistrado no pueda acordar una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el MF o por el acusador particular personado en forma, ya que éste tal como regula el artículo 25, reformado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, puede proponer la medida que entienda más adecuada respecto del menor. El Juez debe tener en cuenta la escala de medidas que establece el artículo 7, aunque se puedan plantear algunos problemas de interpretación respecto a la vulneración de este principio si el Juez discrepa de la medida solicitada por la acusación y decide adoptar otra diferente.

El TC, en una posición más amplia que la seguida por el TS, que exige vinculación estricta a la calificación de la acusación, entiende que debe existir una vinculación entre la acusación y el fallo y que la misma se refiere a la identidad del hecho punible y estima inocuo el cambio de calificación respecto de la acusación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la sentencia (STC 134/1986, de 29 de octubre).

El principio de proporcionalidad, también regulado en el art. 8 de la LORPM, supone que el juez no puede adoptar una medida privativa de libertad por más tiempo de la pena privativa de libertad que se hubiere impuesto a una persona mayor de edad por la comisión del mismo hecho delictivo. En este punto se expresa la resolución de la Sala I, TC 68/1998, de 17 de marzo, que establece que el principio de proporcionalidad implica que a un menor no puede imponérsele una medida más grave o de mayor duración que la pena que le podría haber correspondido a un adulto por los mismos hechos, sin distinguir si la medida es o no privativa de libertad. La cuestión tiene su importancia porque en el caso de las medidas privativas de libertad o incluso en el caso de otras que tienen su equivalencia en el CP, como la de prestaciones en beneficio de la comunidad, la aplicación de este principio no tiene porque plantear problemas. Sin embargo, en el resto de medidas, al no existir una estricta equivalencia respecto de los adultos, la proporcionalidad de referirse a lo que MIR PUIG, ha denominado a nuestro entender con verdadero acierto “límite que debe respetar el ejercicio de la función punitiva” ya que la gravedad de la pena, en este caso medida, debe estar proporcionada a la del hecho cometido, alcanzando la conclusión de que “...un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos que se le asignan, según el grado de la nocividad social y del ataque al bien jurídico. De ahí que el Juez de menores debe examinar la proporcionalidad de la medida no sólo referida a la pena que podría haber correspondido a

- e) Siempre que por alguna de las partes acusadoras se haya solicitado, el Juez deberá determinar en la sentencia la responsabilidad civil derivada del ilícito penal. Antes de la reforma de la Ley 8/2006, dicha responsabilidad civil se determinaba a través de un procedimiento civil creado *ex novo* por el legislador de la LORPM y que se articulaba dentro de una pieza separada de responsabilidad civil en la cual se dictaba una sentencia civil diferente de la sentencia penal del expediente de reforma. En la actualidad, el Juez debe determinar la responsabilidad civil derivada del delito en la sentencia en la que resuelve la acción penal y que ahora el Art. 64.6 LPM se remite, una vez personados los perjudicados y responsables civiles en la pieza de responsabilidad civil, a la tramitación de ésta, conforme a las reglas generales que serán las de la propia LPM y las del CP y LECrim. Además, el propio Art. 39 exige que la sentencia resuelva sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta según lo establecido en el Art. 115 CP el cual regula que los enjuiciadores al declarar la sentencia de responsabilidad, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en las que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.
- f) La conclusión será el Fallo o Parte Dispositiva, congruente con los hechos declarados, probados, y los diferentes razonamientos o fundamentos jurídicos. En él se absolverá o se condenará al menor, no sólo por el delito principal sino también por los conexos y las faltas incidentales (Art. 142.5 LECrim), y tendrá en cuenta lo establecido en los Arts. 11 y 12 LORPM para los casos en los que exista una pluralidad de infracciones penales. Además, determinará la cuantía de la responsabilidad civil o establecerá las bases para ello. En el caso de las sentencias condenatorias de mayores de edad, la Parte Dispositiva, suele comenzar con la frase "... que debo condenar y condeno a...". Cabe plantearse si en relación a los menores, por los principios que rigen este proceso especializado, es correcta o adecuada esa expresión y opinamos que es mejor obviarla y comenzar con la frase "... que procede acordar que el menor...cumpla una medida de ... por la realización de un delito de ...". La

un adulto en caso similar, sino también a la transcendencia que su conducta ha tenido desde el punto de vista social.

conclusión final resolutoria, podrá ser anticipado de forma oral tal como prevé el Art. 39.1 LORPM en relación con el Art. 789.2 LECrim, sin perjuicio de su documentación posterior conforme al Art. 248.3 LOPJ. La anticipación de l fallo tiene la ventaja de que si el menor y su letrado muestran su intención de no recurrir la sentencia se puede declarar firme en ese mismo acto, lo cual implica una mayor rapidez en su ejecución, lo que beneficiará al menor. Por otro lado, conforme a lo establecido en el art. 248.4 LOPJ, en relación con el precepto 41.1 LPM, se deberá especificar que contra la sentencia procede el recurso de apelación ante la AP, que deberá interponerse ante el Juez de menores, que la dictó en el plazo de cinco días desde su notificación.⁵⁰¹

7.2. La suspensión de la ejecución del Fallo.

La suspensión de la ejecución del Fallo, implica un amplio arbitrio judicial y puede entenderse como una evidencia más del principio de mínima intervención del derecho penal, aunque también tiene una función rehabilitadora o de reinserción en cuanto supone la no ejecución de la sentencia y de la medida impuesta en ella durante un periodo de prueba, si se cumplen por el menor determinadas condiciones. Por el contrario, no tiene la finalidad de prevención especial de la suspensión prevista en el CP, ya que no se atiende en ningún momento a la peligrosidad criminal del sujeto que debe ser tenida en cuenta con carácter fundamental para los mayores de edad penal, según se regula en el Art. 80.1 del CP. La antigua ley 4/1992, estableció la posibilidad de la suspensión del fallo en el Art. 16.3 pero supeditada a que el menor realizase una reparación extrajudicial, para lo que se daba entrada al perjudicado a efectos de aceptar la propuesta de reparación. El supuesto

⁵⁰¹ Este apartado exige al Juez algo difícil y es que exprese sus razonamientos en un lenguaje claro y comprensible ajustado a la edad del menor. Todas las motivaciones y el proceso lógico de elaboración de la sentencia tienen una base en esencia jurídica, aunque el Juez deba tener en cuenta algunas variables propias de otras ciencias como son las circunstancias del menor que determinan su interés superior, y esos razonamientos de ben a poyarse en unos necesarios términos jurídicos impositivos de evitar si se quiere cumplir con los requisitos que la propia Constitución y las normas de procedimiento han establecido para la sentencia que, en caso contrario, podría entenderse que vulnera derechos o principios constitucionales. De ahí que no sea tan fácil que un menor, ni tan siquiera un adulto, que no sea jurista, pueda entender el significado de una parte de lo que diga la sentencia. Otra cuestión será que el Juez haga un esfuerzo en la audiencia por explicarle de forma clara sus derechos y el contenido de la acusación e incluso, de forma oral, si le anticipa el Fallo, su contenido y argumentos, sin prescindir en la redacción de la sentencia de términos jurídicos, de seguro incomprensibles para el menor, pero que incluso a efectos de la posible impugnación de la misma, no puede y no debe evitar, ya que hay que pensar que al tradicional recurso de apelación, se ha unido en el nuevo texto la posibilidad de interponer un recurso de casación ante el TS. Pudiendo llegar a ser una labor de los letrados especializados en esta materia, la de intentar traducir al menor el significado de la sentencia en los puntos que no le resulten comprensibles.

aquí regulado es diferente, ya que el menor no debe realizar ninguna actividad reparadora a la víctima, sino que debe asumir un compromiso de reinserción y cumplir, en su caso, una medida de libertad vigilada o de realizar una actividad social y educativa.

El Código, en los Arts. 80 a 87, dentro de la Secc.1^a del Capítulo III, Título III, Libro I, regula la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, mientras que este precepto que tratamos (Art. 40 L ORPM)⁵⁰² admite la suspensión e interrupción de la ejecución del Fallo sin imponer limitaciones respecto a la clase de medida, con lo que puede darse respecto de cualquiera no privativa de libertad y en este punto es donde cabría cuestionar el motivo que pueda inducir al Juez que ha acordado que el menor debe ejecutar una determinada medida, porque es lo más conveniente para él desde un punto de vista educativo a suspender su ejecución si, precisamente, se supone que la realización o ejecución de la misma es lo que va a ser más beneficioso para él, y a que la finalidad retributiva está alejada de las medidas en esta jurisdicción.

Además, resulta evidente que si la medida adoptada en la sentencia es más leve que la de libertad vigilada, dentro de la escala que contiene el Art. 7 L ORPM, no se podrá sustituir por una de esas características, ya que ello implicaría que la medida sustitutiva sería más grave que la sustituida.

⁵⁰² El Juez de menores, de oficio o a instancia del MF o del letrado del menor, y oídos en todo caso éstos a sí como el representante del Equipo técnico y de la Entidad pública de protección o reforma de menores, podrá acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años. Dicha suspensión se acordará en la propia sentencia o por Auto motivado del Juez competente para la ejecución cuando aquélla sea firme, debiendo expresar, en todo caso, las condiciones de la misma. Se exceptúa de la suspensión el pronunciamiento sobre responsabilidad civil derivada del delito o falta.

Las condiciones a las que estará sometida la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia dictada por el Juez de menores serán las siguientes:

- a) No ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por esta ley durante el tiempo que dure la suspensión.
- b) Que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones.
- c) Además el Juez puede establecer la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa, recomendada por el Equipo técnico o la Entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo.

Si las condiciones expresadas en el apartado anterior no se cumplieran, el Juez alzaré la suspensión y se procederá a ejecutar la sentencia en todos sus extremos. Contra la resolución que así lo acuerde se podrán interponer los recursos previstos en esta ley.

En el caso que la medida sea privativa de libertad, la suspensión del Fallo sí cumple una importante función, ya que en determinados casos lo más conveniente puede ser que el menor cumpla una medida de control de su ámbito familiar y social, con un contenido educativo, pero puede apreciarse a través de los informes, que la medida va a tener escasas posibilidades de éxito por su propia falta de autocontrol por lo que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, es posible adoptar, si la gravedad del delito cometido por el menor así lo permite, una medida de internamiento como única fórmula para lograr que el menor realice una actividad educativa en medio abierto. Sin embargo, para intentar la viabilidad de esa medida en régimen de libertad se acuerda la de internamiento pero se deja en suspenso, durante un periodo de prueba, para intentar que el menor cumpla otra de libertad vigilada o de realización de una actividad socio-educativa⁵⁰³.

a). Requisitos para acordar la suspensión de ejecución del Fallo.

La iniciativa puede ser de oficio o a instancia del MF o del letrado del menor. Audiencia previa, en todo caso, del MF, letrado del menor, representante del Equipo técnico y de la Entidad pública de protección o de reforma. Dada la reforma introducida por LO 15/2003, de 25 de noviembre, en el Art. 25 LORPM al establecer una acusación particular casi sin límites que cuenta entre sus facultades la de participar en las vistas y audiencias que se celebren (Art. 25.h) y la de ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento (Art. 25.f) resulta imprescindible que sea también oída en este trámite.

Sin embargo, a pesar de la última reforma legal, también modificó algún aspecto de este precepto como el que la suspensión no pueda ser aplicada a la responsabilidad civil determinada en la sentencia, no tuvo en cuenta esta necesidad de oír al acusador particular y no lo exige expresamente.

⁵⁰³ Como ejemplo, podemos citar, la SAP de Valencia, Secc. 5ª, de 11 de noviembre de 2004, en cuyo fallo se impone al menor la medida de un año de internamiento en régimen semiabierto y a continuación se suspende la ejecución del fallo por plazo de dos años con las condiciones de que el menor se sujete a las prevenciones de las letras a) y b) del Núm.2 del Art. 40 de la LORPM, y que se someta a un curso de educación vial.

También, el Auto AP de Guipúzcoa de 11 de octubre de 2005, revocó un Auto del Juzgado de menores en el que se acordaba la suspensión de las medidas de internamiento en régimen abierto y de permanencia de fin de semana impuestas a varios menores en sentencia firme por un delito contra la integridad moral y otro de lesiones psíquicas contra un compañero de instituto. Razona la Audiencia en su resolución que lo que hizo la Juez en su Auto fue más que aplicar la suspensión que regula el Art. 40, acordar otras medidas diferentes a las impuestas en sentencia firme.

En cuanto al objeto, cualquier tipo de medida, siempre que su duración no supere los dos años, y en este punto es importante que tengamos en cuenta la excepción a esta regla general que determina el Art. 10.2.b) LORPM, en el que no se permite al Juez la suspensión de la medida hasta que haya transcurrido al menos la mitad de duración de la medida de internamiento impuesta cuando el menor al tiempo de cometer el delito tuviese dieciséis o diecisiete años y el hecho delictivo sea uno de los tipificados en los preceptos 138,139,179,180 y 571 a 580 de l C P. Respecto al plazo, se establece un máximo de dos años. De la forma, es establecida en la propia sentencia, en cuyo caso las personas a las que se refiere el Apto. b) pueden informar sobre la suspensión en el Acto de la audiencia, o puede hacerse en Auto motivado, una vez que la sentencia sea firme. En ese caso el Texto legal determina, que quién deberá dictar dicho Auto será el Juez competente para la ejecución de la medida.

b). Condiciones que debe cumplir el menor.

Hay una relación de factores que deben concurrir para que se produzca la suspensión de la ejecución del fallo de la sentencia y son:

Si ha alcanzado la mayoría de edad durante el tiempo de la suspensión, no se r condenado en sentencia firme por delito durante el tiempo de la suspensión, y a l no establecerse nada sobre las faltas sería posible que pudiese ser condenado por falta sin que el Juez deba alzar la suspensión.

Si no ha alcanzado la mayoría de edad, que no le sea aplicada una medida en sentencia firme en el procedimiento penal de menores, durante el tiempo de la suspensión. En este caso resulta curioso, que la condición no se circunscribe únicamente a los delitos, como en el supuesto anterior, ya que las medidas tanto pueden ser impuestas por la comisión de un delito como de una falta, por lo que bastaría con que, el todavía menor, cometiese una falta para que incumpliese esta condición y pudiese ser dejada sin efecto la suspensión.

Compromiso del menor de reinserción social y de no comisión de nuevas infracciones penales.

Posibilidad de que se acuerde la obligación del menor de realizar una medida de libertad vigilada, prevista en el Art. 7.1.h), o de una actividad socio-educativa, descrita en el Art. 7.1.i), cuyos contenidos, duración y viabilidad deberán ser recomendados y

establecidos por el representante de la Equipo técnico o de la Entidad pública, correspondiente en la audiencia previa a la adopción del acuerdo de suspensión.⁵⁰⁴

En referencia a las responsabilidades de carácter civil, será el menor y los demás responsables civiles los que deberán hacer frente a las indemnizaciones y responsabilidades civiles que se determinen en la sentencia, y a que no cabe la suspensión en relación a dicha responsabilidad civil, lo cual es una forma de proteger a la víctima a efectos de que pueda ser resarcida de las consecuencias del delito, con independencia de que se pueda intentar la reinserción del menor evitando el cumplimiento de la medida impuesta en sentencia.

c). Consecuencias del incumplimiento de las condiciones: el CP en el Art. 84, distingue, a efectos del alzamiento de la suspensión del fallo en caso de incumplimiento de las condiciones, los casos de comisión de nuevos delitos y los de incumplimiento de alguna de las obligaciones o deberes impuestos, con consecuencias distintas ya que, en el primer caso, es obligatorio el alzamiento de la suspensión, mientras que en el segundo es facultativo del Juez.

Sin embargo, el Apto.3 de este precepto se expresa con el término “al zará” lo que parece dar a entender que el Juez debe dar por finalizada la suspensión y comenzar la ejecución de la medida impuesta en la sentencia, siempre que las anteriores condiciones no se cumplieren.

En el caso de condena por delito o adopción de nuevas medidas en sentencia firme es claro que el Juez debe dar por finalizada la suspensión y proceder a la ejecución de la medida acordada en la sentencia, pero en el supuesto de que el menor incumpla uno de los contenidos de la medida acordada por el Juez como condición de la suspensión, tiene que ser valorado según las circunstancias concretas que rodean al menor y a las posibles causas del incumplimiento y no proceder automáticamente a la ejecución de la medida suspendida, ya que nunca debe olvidarse que en las medidas en medio abierto juega un papel fundamental la colaboración y apoyo familiar y si éstos no se producen

⁵⁰⁴ En esta posibilidad, los preceptos 18.4 y 21.2 del Reglamento LORPM, determina la aplicación de lo dispuesto en ellos a las medidas de libertad vigilada o de actividades sociales y educativas que resulten de lo establecido en el Art.40.2.c). Dichos preceptos se refieren a la colaboración por parte del profesional encargado de la ejecución de la medida de un programa individualizado respecto de su ejecución y a los contenidos concretos que deben incluirse.

es muy difícil que la medida tenga un correcto desarrollo, por lo que no siempre el incumplimiento puede ser imputable al menor.

7.2.3. Consecuencias del incumplimiento de las condiciones establecidas.

El Art. 84 del CP, distingue a efectos del alzamiento de la suspensión del Fallo en caso de incumplimiento de las condiciones, los casos de comisión de nuevos delitos y los de incumplimiento de alguna de las obligaciones y/o deberes impuestos, con consecuencias diferentes ya que, en el primer caso es obligatorio el alzamiento de la suspensión, mientras que en el segundo es facultativo del Juez. Sin embargo, el Apto. 3º de este precepto se expresa con el término “alzará” lo que parece dar a entender que el Juez debe dar por finalizada la suspensión y comenzar la ejecución de la medida impuesta en la sentencia, siempre que las anteriores condiciones no se hayan cumplido.

En el caso de condena por delito o a opción de nuevas medidas en una resolución firme, es claro que el Juez debe dar por finalizada la suspensión y proceder a la ejecución de la medida acordada en la sentencia, pero en el supuesto de que el menor incumpla uno de los contenidos de la medida acordada por el Juez como condición de la suspensión, tiene que ser valorado según las circunstancias concretas que rodean al menor y a las posibles causas del incumplimiento y no proceder de manera automática a la ejecución de la medida suspendida, ya que nunca debe olvidarse que en las medidas en medio abierto juega un papel fundamental la colaboración y apoyo familiar y si éstos no se producen es muy difícil que la medida tenga un correcto desarrollo, por lo que no siempre el incumplimiento puede ser imputable al menor.

CONCLUSIONES.

1.- La Justicia de Menores no es un asunto de menor importancia. El futuro de una sociedad depende de la formación de sus jóvenes, y el Derecho penal de menores tiene un papel esencial en esta materia.

2.- En la actualidad está instalada la impresión de que los menores son y se comportan como pequeños adultos, pero en realidad no lo son, y su entrada en el mundo de los adultos es aún más difícil en la sociedad de nuestros días, más compleja y sofisticada que antaño. Los procesos de aprendizaje de la vida adulta para poder alcanzar una vida satisfactoria no solamente empiezan muy pronto, sino que pueden no estar logrados a los dieciocho años. Las instancias informales de la sociedad han perdido influencia, esto ha provocado una demanda de intervención estatal, y el modelo punitivo en general no siempre resuelve el problema, sino que puede producir una nueva y más grave criminalidad. Por tanto, la clave esencial estará en los principios penales integrantes y garantes de la justicia penalista de menores. Consideramos que la tarea es difícil pero no imposible, siendo un proceso de pasos diferenciados:

a) En primer lugar tenemos que de limitar los comportamientos que queremos penalizar. Es esta una labor permanente en el legislador, desde las instancias de control formal, pero también para las instancias informales y de carácter sociológico. Esto es así en muchas áreas del derecho penal de adultos, pero es todavía más urgente en la delincuencia de jóvenes. En este sentido opinamos que el mejor Derecho penal de menores es un Derecho de mínimos.

b) Segundo, una vez tomadas las decisiones descritas en los distintos niveles para considerar a alguien (menor o adulto) como autor responsable de un delito, necesitamos un derecho penal garantista; y esto porque la función más importante del derecho penal es la demostración de cómo se hace una imputación legítima tanto para la sociedad (que se encuentra en el rol del observador y que necesita lecciones de cómo imputar a alguien de manera legítima), como para el imputado (y más aún para el

imputado menor, quien sea responsable o no- aprende lecciones de máxima importancia sobre justicia, respeto y legitimidad).

c) Tercero, una vez de terminado el individuo (menor) concreto, consideramos que las intervenciones y sanciones pertinentes tienen que ser útiles y tienen que respetar siempre los derechos fundamentales. Para el Derecho penal en general ello significa, que las intervenciones y sanciones deben tener en cuenta los resultados de los estudios criminológicos sobre los daños y riesgos del modelo punitivo y, en particular, de las penas privativas de libertad. Y en el ámbito de la justicia penal de menores ello también quiere decir, que las intervenciones y sanciones deben respetar el carácter específico de la responsabilidad penal de los jóvenes. Y las intervenciones y sanciones deben atenderse a los resultados de los estudios de criminología sobre la criminalidad juvenil.

3- No es cierto que la vigente legislación de menores ofrezca un tratamiento más “blando” a los jóvenes que delinquen y que tras los primeros años de vigencia de la ley, la delincuencia juvenil ha ya crecido de forma exponencial. Y para de alguna manera desmontar la falacia que se ha instalado en la concienciación social de que la actual “Ley del menor” ofrece una respuesta demasiado laxa en aquellos menores que delinquen. Nada mejor que poner un ejemplo en el que se compare la respuesta legal que ante un mismo hecho grave podría haber recibido el infractor según el momento que hubiese sido cometido. Tomaremos para el ejemplo un delito de homicidio, y analizaremos en primer lugar la sanción punitiva que hubiera podido ser impuesta a un menor de edad antes de la entrada en vigor de la “ley del menor” y la que podría imponerse en la actualidad:

- a) Sanción antes de la “ley del menor”: en este primer momento habría que hacer una primera distinción en función de que los hechos hubieran sido cometidos por un menor de doce años y menor de dieciséis, en cuyo caso sería de aplicación la LO 4/1992, de 5 de junio, o por un mayor de dieciséis y menor de dieciocho, en cuyo caso sería de aplicación el CP.

En el caso de mayores de doce y menores de dieciséis, los hechos podrían haber sido sancionados, como máximo, con una medida de

internamiento en régimen cerrado de 2 años de duración. Si el homicidio hubiera sido cometido por una persona con dieciséis o diecisiete años le habría sido aplicado el CP, que en su Art. 138 establece para este delito una pena de prisión de 10 a 15 años, pero por tratarse de un menor de dieciocho años sería de aplicación el Art. 65 de l CP de 1973 que mantuvo su vigencia hasta la entrada en vigor de la LORPM, y que establecía que “al menor de dieciocho y mayor de dieciséis se le aplicara la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley”, lo que en el presente caso significaría la imposición de una pena de 5 a 10 años (si se impusiera la inferior en un grado) o 2 años y medio a 5 años (si se impusiera la inferior en dos grados).

- b) Sanción en la actualidad: al igual que ocurría en el ejemplo que describimos más arriba, la duración máxima que podría alcanzar la medida vendría determinada por la edad del menor en el momento de los hechos. Así, el Art. 10.2 establece que cuando el hecho sea cometido por una persona de catorce o quince años, la medida a imponer podrá alcanzar hasta los 5 años de internamiento en régimen cerrado, complementada posteriormente por otra medida de libertad vigilada de hasta 3 años.

Si comparamos esta situación con la anterior a la entrada en vigor de la LORPM, observamos que el tratamiento se ha endurecido de forma considerable y la medida ha pasado de un máximo de 2 años de internamiento a un máximo de 8 años (5 años de internamiento más 3 de libertad vigilada). Bien es cierto que el nuevo texto legal eleva la edad para la exigencia de responsabilidad penal a los menores de catorce años, dejando fuera de su ámbito de aplicación los hechos cometidos por menores de esa edad, algo que en estos momentos está siendo objeto de debate.

Si el hecho hubiera sido cometido por una persona con dieciséis o diecisiete años, el Art. 10.2 establece que la medida a imponer podrá alcanzar hasta los 8 años de internamiento en régimen cerrado, complementada posteriormente por otra medida de libertad vigilada de hasta 5 años.

4.- Es más, si comparamos algunos aspectos del cumplimiento de la pena de prisión y de la medida de internamiento de menores, podemos también observar que la legislación de adultos (legislación penitenciaria LOGP) permite acceder a situaciones de libertad de forma más rápida que la prevista en LORPM. Así, por ejemplo, el condenado a 10 años de prisión podría disfrutar de permisos de salida una vez hubiera cumplido una cuarta parte de su condena (dos años y seis meses) según establece el Art. 47.2 LOGP, mientras que el sentenciado a ocho años de internamiento en régimen cerrado no podría disfrutar de permisos de salida hasta cumplido un tercio de la medida, es decir hasta cumplidos 2 años y 8 meses (Art. 45.7 RLORPM).

Igualmente, sería también mayor el número de días de permiso que podría disfrutar al cabo del año, el condenado a pena de prisión (36 o 48 días al año en función de que estuviera condenado en segundo o tercer grado de tratamiento) que el sentenciado a medida de internamiento (12 días al año).

Otro aspecto donde la legislación penitenciaria es más flexible que la LORPM lo encontramos en la posibilidad que tenía el condenado a pena de prisión de ser clasificado en cualquier momento en tercer grado, lo que significaría un régimen de vida de “cuasilibertad”, pues permanecería en el centro de lunes a jueves, pudiendo salir del establecimiento penitenciario durante el día y disfrutar de salidas de fin de semana. Por el contrario, el menor sometido a una medida de 8 años de internamiento en régimen cerrado no podría verla modificada y acceder a un internamiento en régimen semiabierto o abierto hasta transcurridos cuatro años.

5.- Las medidas recogidas en el Art.7 deben ser respuesta personal más favorable y positiva que ofrezca al menor un tratamiento individualizado dirigido a la adquisición de las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo particular y específico al igual que paralelamente social con un seguimiento de pautas socio educativas indicadas por la entidad pública a través de sus profesionales de conformidad con un programa que precisa aprobación judicial. Sin embargo, la imposición de tales pautas es facultativa, así lo evidencia, la expresión “en su caso” del Art. 7.1 h).

6.- En la medida de libertad vigilada, proponemos una aplicación lo más conveniente y ajustada posible al menor y a su medio social y familiar. Tal aspecto implica reducir al mínimo la imposición de reglas de conducta por parte del Juez de menores, siendo preferible incluir las pautas socioeducativas que integran el programa de intervención a elaborar por el profesional que trabaja para la entidad pública de reforma, ya que resulta preferible desde una perspectiva educativa y de intervención, transmitir las pautas y modelos de conducta al menor en forma de propuesta o recomendación del educador, en vez de la invariable imposición de obligaciones y/o prohibiciones dictadas por el Juez; lo que a su vez fomentaría la colaboración entre ambas partes para elaborar el modelo de intervención cuando la medida es de carácter cautelar y en el programa de intervención cuando la medida es de carácter firme y concluyente. De esa manera en definitiva, se trataría de una especie de libertad tutelada y controlada que atenderá al cumplimiento y seguimiento de los distintos contenidos implícitos:

a) Se consigue desarrollar no sólo aspectos individuales relativos a la propia concienciación de sus actos y de su responsabilidad por los mismos, sino ante todo relacionarlos con su entorno adquiriendo habilidades sociales que le permitan su participación en la sociedad.

b) Se consigue la relevancia de manera especial de la actuación del profesional mostrando su capacidad formativa integral y vocacional así como la consecución de una valoración global de la situación a la que está sometido el sujeto infractor, a efectos de concretar las principales carencias a eliminar para desarrollar la tarea de prevención de futuros comportamientos ilícitos, entre los que se incluiría el quebrantamiento en el cumplimiento de dicha medida judicial. En este punto de hacemos nuestra oposición en torno a la posibilidad de aplicar libertad vigilada ante una simple falta.

7.- En cuanto a la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad se relevan especialmente idóneas para menores que no necesiten un control prolongado en el tiempo, de ahí que sea conveniente que las prestaciones en la medida de lo posible, estén relacionadas con el bien jurídico lesionado. Además resulta conveniente que los recursos ofrecidos por las entidades públicas sean apropiados a la infracción cometida. El menor

deberá disponer de la capacidad cognitiva suficiente como para comprender la naturaleza de los hechos y sus consecuencias. De esta forma, instamos su aplicación fundamentalmente a menores procedentes de un ámbito familiar y social suficientemente estructurado. Esto supone la limitación de su aplicabilidad respecto a hechos graves dado el importante contenido delictivo que puede comportar, sobre todo si se atiende a los máximos de horas previstos en la normativa. Asimismo conviene insistir en la conveniencia de asegurar un cierto contenido formativo, de responsabilidad y de aprendizaje, en lugar de convertir la medida en la mera ocupación de un puesto de trabajo sin remuneración. El objetivo principal que se persigue es que el menor realice actividades que le ayuden a comprender el daño causado. En cuanto al contenido, la ley se caracteriza por la indefinición de cuáles han de ser las prestaciones a realizar. Entendemos que en todo caso han de ser prestaciones de utilidad social o en beneficio de personas o grupos en situación de precariedad.

Las prestaciones son medidas que en respuesta al contenido de la normativa interna de los centros de internamiento no suelen cumplirse conjuntamente, y sin embargo consideramos conveniente acentuar el carácter preventivo de esta medida respecto del internamiento, en tanto posibilitaría intervenir en el contexto de la comunidad planteando el trabajo como instrumento de normalización y preparación de la vida en libertad. Así por ejemplo un joven que ha de cumplir un periodo de internamiento de más de seis meses y al que le constan además pendientes medidas en medio abierto como puede ser las prestaciones en beneficio de la comunidad, podría llevarlas a cabo para su cumplimiento conjuntamente, realizando dichas prestaciones en servicios comunitarios integrados del entorno en donde concurra convenio firmado con la entidad pública de reforma como son corporaciones municipales, asociaciones, organizaciones no gubernamentales y fundaciones de la provincia donde se ubique dicho centro. De esta manera se consigue abreviar el tiempo de relación del menor con la justicia y a su vez se consigue su preparación futura de relación y disposición para la vida en libertad.

8.- La realización de tareas socioeducativas implica la ejecución de actividades educativas que desarrollen la competencia social del joven infractor y faciliten su reinserción social. Debe destacarse su carácter pedagógico así como la posibilidad de reintegrarse sin privación de libertad, aunque la falta de medios y recursos indispensables

para su correcto funcionamiento genera ciertas frustraciones. El contenido de esta medida consistente en tareas que atañen participar de programas preexistentes en la comunidad o especialmente elaborados para el menor, son talleres ocupacionales, cursos de preparación laboral, actividades de animación sociocultural o talleres de aprendizaje para la competencia social. El menor deberá presentar carencias socioeducativas y necesidades criminógenas muy específicas que no conlleven para su desarrollo un comportamiento disfuncional.

9.- Acerca de la medida de internamiento, concluimos que son demasiados factores los que intervienen en la determinación de dicha medida, a pesar de ser la más restrictiva de derechos. Opinamos que deberían mantenerse criterios y posturas más limitativos, ya que tanto el principio del interés superior del menor como el principio de flexibilidad se articulan como parámetros de exclusión y excepción de la medida, y porque en ocasiones se abusa de la imposición de internamiento para sustituir carencias de diferente índole social:

- a) Es excesivo su marco temporal que puede producir efectos perniciosos como el síndrome de institucionalización. Es por ello por lo que proponemos la aplicación en sus límites mínimos, teniendo en cuenta a la hora de determinarla, las necesidades y problemas específicos del menor. Entendemos que la privación de libertad, por breve que sea su duración y aún cuando estuviera combinada con actividades en el exterior no deja de producir efectos negativos de futuro en el joven.
- b) En la actualidad son demasiado extensas las conductas infractoras que permiten la aplicación del internamiento en cualquiera de sus regímenes, resultando censurable algunos aspectos de los presupuestos de aplicación, defectuosos desde una perspectiva técnico-jurídica y que están dando lugar a problemas prácticos e interpretativos. La tendencia a la expansión de la medida privativa de libertad en la ley del menor ha de ser necesariamente corregida -ya que se impone a casi todo tipo de delincuencia juvenil, exceptuando los delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas y las faltas-, planteándose el debate sobre esta cuestión desde la óptica de restricción del

campo de aplicabilidad de internamiento, con la finalidad de hacer real su carácter de última ratio.

- c) Con frecuencia, se produce un aumento considerable de internamientos obligatorios ya que una gran cuantía de la delincuencia juvenil o se produce con violencia o intimidación (robos, lesiones...) o se en grupo y a sí se ha generalizado el internamiento aún con carácter potestativo, en detrimento de las medidas en medio abierto, lo que sin lugar a dudas se aparta claramente de las líneas político-criminales de la justicia de menores en el ámbito internacional.

10.- La última revisión y modificación legislativa de menores infractores cambia sustancialmente el modelo de política criminal originario, por el que las medidas aplicables a jóvenes delincuentes, pierde su espíritu en puridad educativo, enmarcándose en la línea de reformas populistas. En los últimos tiempos, donde con un endurecimiento de la intervención penal se intenta hacer creer que se resuelven y zanján complejos problemas sociales, cuando ciertamente una intervención penal más severa no suele remediar dichas cuestiones y aún menos en el ámbito de los delitos cometidos por jóvenes. Siguiendo esta trayectoria cuando las instituciones y la sociedad se den cuenta de lo errado del rumbo que ha iniciado la LO 8/ 2006, habrá menores-jóvenes víctimas de una política penal de carácter populista que entonces si serán ya irrecuperables.

Nuestra aportación concreta en este punto pasa por la necesidad y deber de hacer dogmática para racionalizar en la medida de lo posible la aplicación de la ley y empezar a poner las semillas para desarrollar un modelo de responsabilidad penal del menor que ayude a resolver un grave problema social en una fase de la vida de los autores de delitos en la que todavía el Estado tiene posibilidades y medios de enderezar el “árbol torcido” contando con el tributo del compromiso político y ausencia de desidia presupuestaria.

11.- Las políticas criminales que consideramos proporcionadas y eficaces al tratamiento actual de las infracciones en menores serían aquellas orientadas a la recuperación personal y social del menor, rechazando las informadas en pos tutados represivos y retribucionistas y que en la valoración que hacemos del riesgo al finalizar una

medida judicial en los jóvenes contemplamos las siguientes posibilidades para orientar en la toma de decisiones de hacia dónde dirigir el caso desde la intervención:

a) Control en el seguimiento postmedida, al menor y a su familia debiendo estar controlados con un programa educativo, mejor desde el conocimiento de la voluntariedad para justificar la continuación.

b) Seguimiento por parte de los servicios sociales de la zona, con vigilancia de los equipos de tratamiento familiar, conveniente sobre todo en los casos de problemática en el contexto de ubicación geográfica.

c) Derivación al servicio de protección de menores, sobretodo en situación de sospecha de desamparo y al servicio de inserción y promoción socio-familiar, si el menor se encontrase en situación de exclusión o riesgo social y fuese valorado como sujeto con escasas necesidades criminógenas y probabilidades de reincidencia.

d) Evaluar adecuadamente la intervención utilizando distintos métodos para la obtención de información. En la valoración del riesgo, cuando se utilizan escalas, la información básica suele realizarse a través de la entrevista, pero sin olvidar que se debe complementar con otros procedimientos como el vaciado de expediente, informes técnicos y estimaciones psicológicas, siendo esta tarea responsabilidad del profesional que realiza la valoración y ejecuta la medida.

e) Dirigir la intervención educativa y socializadora hacia los factores de riesgo dinámicos, necesidades criminógenas, que pueden reducir considerablemente la actividad de conductas infractoras. Así, los objetivos son piezas claves en el programa individualizado de ejecución de la medida, y dichos objetivos han de considerar las carestías criminógenas del joven, la capacidad de respuesta, la revisión periódica, y la recogida expresa tanto de las pautas socioeducativas como aquellas conductas y recursos específicos. Estos indicadores de estimación son imprescindibles para la consecución de resultados eficientes.

12.- Dada mi experiencia profesional y relación directa en áreas laborales con Jueces de la Jurisdicción de menores, Fiscales, miembros de los Equipos técnicos adscritos

al as Fiscalías de menores, así como con diferentes profesionales que colaboran funcionalmente en la ejecución de las medidas judiciales, existe inquietud por la dificultad de roles y estereotipos sin un tratamiento conjunto de los valores familiares y sociales, y la necesidad de abordar el problema de la delincuencia juvenil desde una perspectiva mucho mayor, como es, la transformación social a través de la formación y la educación, la sensibilización y publicación de estigma que supone el ser menor delictual en una sociedad desigual. El esfuerzo continuo realizado por estos distintos operadores jurídicos y sociales para resolver dicha cuestión pasa por mantener de forma permanente la máxima estrecha coordinación y comunicación en el trabajo conjunto:

a) Una práctica ejercida con habitualidad es que las carencias que los jóvenes presentan en su contexto socio-familiar desamparado, implican la imposición -a veces- incluso de una medida privativa de libertad en centro semiabierto, para suplir esas necesidades y caréstias básicas para la convivencia regularizada y normalizada, más propio de los servicios de protección al menor y a la infancia ubicados en las Consejerías de Igualdad y Bienestar Social que a los Servicios de Reforma Juvenil adscritos a las Consejerías de Justicia de las Comunidades. Ello desemboca en una judicialización cada vez más extendida, aunque, siempre con la buena intención y finalidad de que valiéndose de la falta o delito cometido al que correspondería, punitivamente una medida judicial de medio abierto, sin embargo es la medida de internamiento la que si procesalmente cabe en el tipo penal se impone con preferencia al medio abierto para que así, el menor disponga de un “techo” con asistencia en cuidados, disciplina y mantenimiento personal.

b) Para el menor el proceso representa una pena en sí mismo, en mayor medida aún que para el adulto, activándose un circuito del que hay que salir cuanto antes y con el menor coste posible. Conviene ser escéptico sobre el hecho de que el proceso pueda ocupar el lugar de la familia o de la escuela, ni desde una óptica de mayor severidad, ni desde la del mayor paternalismo.

c) Evitar en la medida de lo posible el trance de ser sometido a un juicio, en tanto que siempre será una experiencia traumática, las alternativas al enjuiciamiento del menor estarían recomendadas para jóvenes que han cometido un delito aislado, de forma ocasional e igualmente para jóvenes que no se encuentran

psicológica ni socialmente en proceso delincencial. Esta flexibilidad también debe llevar a que en los casos en que se imponga al menor una medida, quede siempre la posibilidad de reducirla o incluso archivarla anticipadamente si la evolución del mismo pone de relieve la superación de los problemas que le llevaron a delinquir. La flexibilidad debe llevarnos a que la respuesta que se dé al menor sea una especie de traje a la medida de sus necesidades de reeducación y reinserción.

13.- El marco penal de las medidas aplicables a menores infractores muestra unas tendencias preocupantes porque confirman en el terreno más inapropiado rasgos cada vez más substanciales del derecho penal en general. La tendencia aparece confirmada a través del ejercicio de política criminal, en particular con la nueva vuelta de tuerca más que ha supuesto la reforma de 2006, e especialmente en lo concerniente al endurecimiento del internamiento en régimen cerrado y la reconsideración del sistema ya no tanto en torno al interés del menor como en función de premisas victimológicas.

La última reforma normativa operada en el sistema penal de menores refleja el fruto de un modelo de política criminal inserto en lo que se ha venido en denominar el derecho penal de la seguridad, que postula la defensa social y la retribución como objetivos de intervención prioritarios, dejando en segundo plano las necesidades y los problemas educativos del menor. Se suplantán parte de las libertades y derechos a cambio de tener seguridad y protección ante las transgresiones. Por tanto, esta reforma, no es una reforma técnica para subsanar supuestas deficiencias, sino una sustitución del modelo de justicia de menores, anteriormente basado en los principios del superior interés del menor y en el carácter educativo de las medidas, que ahora adopta el criterio retributivo preventivo general, que pretende dar satisfacción a actitudes vindicativas y ello en parte bajo los argumentos de aumento de la delincuencia de menores.

La prolongación de la duración de las medidas, la ampliación de supuestos en los que cabe imponer internamiento cerrado y, sobre todo, el cumplimiento en centros penitenciarios a partir de los dieciocho años se aplica a los menores, aproxima al Derecho penal de menores a los principios inspiradores del Derecho penal de adultos.

14.- A tenor de las mencionadas deducciones, auguramos líneas de futuro en donde ha de ser irreversible la individualización y personalización de los contenidos en las medidas impuestas a los jóvenes antisociales y delincuentes para con ello alcanzar la mejor de las intervenciones y tratamientos. Nuevas estrategias, como las medidas alternativas a la reclusión o la mediación, pueden jugar un papel muy importante en evitar que ciertos indicios delictivos infantiles y/o juveniles cristalicen y se convierta en una carrera delictiva adulta. Además teniendo como prioridad la mencionada individualización, será posible generar habilidades y pericias de detención precoz materializándolas en la precisión y predicción del riesgo. Son las políticas de prevención del delito, que tanto se reclaman por parte de los sectores sociales concienciados en la necesidad de reducir la delincuencia juvenil, en las que debe basarse todo estudio de interés de la realidad socio-criminológica de la delincuencia juvenil. Y en atención a ello:

a) Los preceptos deben contener un amplio arsenal de respuestas al fenómeno de la delincuencia juvenil, de forma que si bien la regla general debe ser la aplicación de medidas con fundamento en el interés del propio infractor, deben existir reglas especiales para casos muy graves que permitan aplicar criterios de defensa social y protección de la víctima, esquema este que en líneas generales se respeta en la ley española, que tuvo ser reformada antes de su entrada en vigor precisamente para posibilitar medidas de mayor entidad ante delitos de extrema gravedad.

b) Es imprescindible que el sistema de responsabilidad penal de menores se dote y mantenga de los medios necesarios para desarrollar y aplicar en la mayor medida posible una serie de medidas alternativas a las privativas de libertad con las que se haga posible predicar la consecución de los propósitos educativos formativos y socializadores de los menores a éstas sometidos, como las medidas de servicio en beneficio de la comunidad, retribuciones de cantidades económicas, sometimiento médico a tratamiento terapéutico en salud mental y en deshabitación de tóxicos, reparación de daño y medidas de intervención y conciliación en el contexto familiar y social, ya que constituyen mecanismos de resolución pacífica, vinculado a los principios básicos de la ley penal del menor, como son el interés superior del menor, el principio de intervención mínima y el de oportunidad que buscan instituir medidas desjudicializadoras capaces de dar respuestas idóneas a los actos delictivos juveniles. Mecanismos que cobran especial protagonismo en

el sistema penal de menores por el estatus singular del menor en la sociedad y por la necesidad de evitar que su condición de sujetos en etapas de desarrollo sea vea afectada por el sometimiento del sistema penal ordinario altamente estigmatizante.

15.- Finalmente debemos reconocer que se ha instalado en la opinión pública una cierta desconfianza sobre la eficacia de las medidas impuestas a menores. Todos los profesionales de este ámbito debemos asumir la necesidad de divulgar de forma clara los objetivos perseguidos por el sistema penal de menores, y ello con el propósito de vencer el desencanto y recelo con el que en muchas ocasiones se valora la reacción del Estado frente a menores infractores.

BIBLIOGRAFÍA.

ABEL SOUTO, M. “Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000”, *Actualidad Penal, Sección Doctrina*, Núm. 43, Ref. XLII, Tomo 3, Edit. La Ley, 2003.

AGUADO CORREA, T., “La última reforma de la LO 5/ 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Especial consideración del régimen transitorio aplicable a los jóvenes” en MARTÍN OSTOS, J., *El experto universitario en justicia de menores*, Sevilla, Astigi, 2008.

ALBÓ MARTÍ, R., *Los Tribunales para niños*. El Tribunal para niños de Barcelona y su actuación en el primer semestre de funcionamiento, Barcelona: SR. 1922.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Código Penal y Ley Penal del Menor*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

ANARTE BORRALLA, E. *Tendencias de la Justicia penal de Menores (Una perspectiva comparada)*. Madrid: Iustel, 2010.

ANDRÉS IBAÑEZ, P. *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada en Psicología social y sistema penal*. Madrid: Alianza, 1986, pp. 209-228.

BARQUÍN SANZ, J. y CANO PAÑOS, M.A. “Los cambiantes principios del Derecho penal español de los menores”. En: MORILLAS CUEVA, L. y NÁQUIRA RIVEROS, J. *Derecho penal de menores y adolescentes. Una visión desde Chile y España*. Madrid: Dykinson, 2010.

BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona: Bosch. 1980.

BARREIRO, A. J. y FEIJÓ SÁNCHEZ, B. J. *Nuevo Derecho Penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Barcelona: Atelier, 2008.

BARRIOS, A y DEL BARRIO MARTÍNEZ, C. “Las ideas adolescentes acerca de las medidas dirigidas a los menores infractores”. En: *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿qué hacer con los menores delincuentes?* (Coord.) JORGE BARREIRO, A. y FEIJÓ SÁNCHEZ, B.J. Barcelona: Atelier 2007, pp. 171-194.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. y CRUZ BLANCA, M^a.J. (Dir). *El derecho penal de menores a debate. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*. Madrid: Dykinson y Universidad Jaén, 2010.

— “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas, alcance del art. 7 de la LORPM”. En: MORILLAS CUEVA,

L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J.M^a. (coord.) *El menor como víctima y victimario de la violencia social*". Madrid: Dykinson, 2010, pp. 179-233.

BERISTAIN IPIÑA, A. "El bienestar social ante las reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores: (Reglas de Beijing)". *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. Nº. 2, 1988, pp. 71-85.

BERNUZ BENEITEZ, M.J. "La Justicia de Menores. Referencia especial a la situación actual en España". En: *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2007.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. "El sistema de aplicación de las sanciones en el derecho penal de los menores tras la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre". En: *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿qué hacer con los menores delincuentes?* (Coord.) JORGE BARREIRO, A y FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. Barcelona: Atelier 2007, pp. 93-116.

— "Principales aspectos sustantivos del nuevo derecho penal juvenil español". *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir*. (Coord.) DIEZ RIPOLLÉS, J.L. Aragón: Diputación General, 2002, pp. 1550-1560.

BONILLA CORREA, J. A. *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor: aspectos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

CALATAYUD PÉREZ, E.; y MORAN MARTÍN, C. *Mis sentencias ejemplares*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2008.

CANO PAÑOS, M.A. *El futuro del derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España*. Madrid: Atelier, 2010.

CANTARERO BANDRÉS, R. *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*. Madrid: Montecorvo, 1988.

CASTELLÓ NICÁS, N. "La responsabilidad penal del menor de edad y la aplicación de las causas de exención de la responsabilidad criminal". MORILLAS CUEVAS, L. y SUÁREZ LÓPEZ, J.M^a. *El menor como víctima y el victimario de la violencia social (Estudio Jurídico)*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 141-176.

CERVELLÓ DONDERIS, V. *La Medida de Internamiento en el Derecho Penal del Menor*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

CERVELLÓ DONDERIS, V/ COLÁS TURÉGANO, A. *La responsabilidad penal del menor de edad*. Valencia: Tecnos, 2002, p. 138.

COBO DEL ROSAL, M. *Derecho penal español: parte especial*. Madrid: Dykinson, 2005.

COY, E y MARTÍNEZ, M.C. *Desviación social. Una aproximación a la teoría y a la intervención*. Murcia: Universidad, 1998.

CRUZ BLANCA, M^a.J. *El menor como sujeto activo del delito*. [Tesis doctoral] Dir. Morillas Cueva, L. Granada: [s.n.], 1999.

CUELLO CALÓN, C, *Tribunales para niños*, Madrid: Lib. Gral. De Victoriano Suárez, 1917.

— *Derecho Penal* (Tomo I). Barcelona: Bosch, 1968.

CUELLO CONTRERAS, J., “Le ley de responsabilidad penal del menor. Una vigencia plagada de reformas”. En: MORILLAS CUEVA, L. y CRUZ BLANCA, M^a.J. *Reforma del código penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid: Dykinson, 2008, pp. 23-31.

DE URBANO CASTRILLO, E. *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Pamplona: Aranzadi, 2001.

DE URBANO CASTRILLO, E y DE LA ROSA CORTINA, J.M. *La responsabilidad penal de los menores: (adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre)*. Navarra: Aranzadi, 2007.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “La ejecución de las medidas (artículos 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60)”. En: *Manuales de formación continuada*, N^o. 9, (Ejemplar dedicado a: *Justicia de menores: una justicia mayor: comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*), Madrid: CGPJ, 2000, pp. 225-282.

DE LA TORRE MARTINEZ, J. “Hacia un nuevo modelo de derecho penal de menores”. *Veintiuno: revista de pensamiento y cultura*. N^o. 49, 2001, pp. 35-44.

DÍAZ CORTÉS, L.M. “El menor como sujeto de derechos: base para un modelo de responsabilidad penal”. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*. N^o. 8. Bogotá: Legis, 2004, pp. 95-130.

DÍAZ- MAROTO Y VILLAREJO, J, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. y POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Pamplona: Thomson/Civitas, 2008.

DÍAZ MARTÍNEZ, M y LUACES GUTIÉRREZ, A.I. “El proceso penal de menores (I)”. En: *Derecho penal juvenil: (LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a las LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y al Reglamento de 30 de julio de 2004. (Coord.) SERRANO TÁRRAGA, D. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 249-292.*

— “El proceso penal de menores (I)”. En: *Derecho penal juvenil: (LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a las*

LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y a l R eglamento de 30 de julio de 2004.
(Coord.) SERRANO TÁRRAGA, D. y VÁZ QUEZ G ONZÁLEZ, C. Madrid:
Dykinson, 2005, pp. 293-338.

DÍAZ MARTÍNEZ, M. La i nstrucción en el proceso penal de menores. Madrid: Colex,
(2006).

DOLZ L AGO, M. J. *Derecho transitorio penal de menores: (comentarios al derecho
transitorio de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del
menor)*. Madrid: Dykinson, 2001.

— *Comentarios a la Legislación Penal de Menores. Incorpora las últimas reformas
legales de la LO 8/2006*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

FERNÁNDEZ M OLINA, E . “ Panorama actual de la de lincuencia j uvenil”, E n:
GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E, *Justicia de menores, una justicia mayor*”. Madrid:
CGPJ, 2000.

FEIJÓ S ÁNCHEZ, B. J. “L a r espuesta del derecho penal ante los nuevos retos: I X
jornadas de profesores y est udiantes de derecho penal de las universidades de Madrid,
celebradas en la U niversidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005”
(coord.) AL CÁCER GUIRAO, R. CUERDA RIEZU. A. R. *Retribución y prevención
general*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 206 y ss.

GAETANO DE, L., GONZÁLEZ ZORRILLA, C. *La justicia de menores: la delincuencia
juvenil y sus instituciones*. Madrid: Teide, 1985.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de criminología*. 4 (ed.). Valencia: 2009,
p. 53.

GARCÍA PÉREA, O. *Legislación penal del menor*. Madrid: Técnos, 2007.

GARCÍA P ÉREZ, O . “ La r eforma de 2006 de la ley de r esponsabilidad pe nal de los
menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana”. En: *Nuevo derecho penal
juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿qué hacer con los menores delincuentes?*
(Coord.) JORGE BARREIRO, A. y FEIJÓ S ÁNCHEZ, B. J., Barcelona: Atelier, 2007,
pp. 23-56.

GARCÍA P ÉREZ, O. (Dir); D ÍEZ R IPOLLÉS, J. L.; P ÉR EZ J IMÉNEZ, F. y G ARCÍA
RUIZ, S. *La delincuencia juvenil ante los juzgados de menores*. V alencia: T irant l o
Blanch, 2008.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El proceso penal de menores: funciones del Ministerio
Fiscal y del Juez en la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelales:
actualizado a la LO 8/2006, de 4 diciembre*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007.

GARRIDO CARRILLO, F.J. “La fase de audiencia de juicio oral en el proceso penal de menores”. En: MORILLAS CUEVA, L y SUÁREZ LÓPEZ, J.M^a. *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 459-495.

GARRIDO GENOVÉS, V. *Delincuencia juvenil*. Madrid: Alhambra, 1987.

GIMENEZ-SALINAS COL OMER, E. *Delincuencia juvenil y control social*, Barcelona, 1981.

GÓMEZ RIBERO, M.C. *Comentarios a la Ley Penal del Menor*. Madrid, 2007 p. 138.

GONZÁLEZ CUS SAC, J .L y CU ERDA A RNAU, M .L. “ Derecho penal d e m enores: criterios g enerales d e aplicación de l as m edidas”. E n: TAMARIT, J . M .; GÓM EZ COLOMER, J.L; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L Y ALTAVA LAVALL, M. (Aut.) *Justicia penal de menores y jóvenes: (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)* 2002, pp. 79-130.

GONZÁLEZ RUS, J.J. “El menor como responsable penal y sujeto pasivo especialmente protegido. C ongruencias e i ncongruencias”. E n: M ORILLAS C UEVA, L y S UÁREZ LÓPEZ, J .M^a. *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 103-112.

GONZÁLEZ Z ORRILLA, C ., *Epílogo a la justicia de menores de Gaetano DE LEO*. Barcelona: Teide, 1985.

GUTIÉRREZ S ANZ, M^a.R., “L a e j ecución d e l as m edidas” en S AMANES A RA, C ., (Coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, Zaragoza, E l J usticia de A ragón, 2003.

HERRERO HE RRERO, C . *Delincuencia de menores tratamientos criminológicos y jurídicos*. Madrid: Dykinson, 2005.

HIGUERA GUIMERÁ, J.F. *Derecho penal juvenil*. Barcelona: Bosch, 2003.

MAPELLI CAF FARENA, B. / GONZÁLEZ CAN O, I . AGUADO CO RREA, T . *Comentarios a la LO 5/2000 de 12 de Enero Reguladora de la Responsabilidad penal de Menores*. Sevilla, 2002. p.325.

MARTÍN CRUZ, A. El menor y el semiadulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la ley orgánica 8/2006 de modificación de la LORRPM. En: *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿qué hacer con los menores delincuentes?* (Coord.) JORGE BARREIRO, A. y FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., Barcelona: Atelier, 2007, pp. 117-170.

MARTÍNEZ FUENTES, F. “Análisis reflexivo y crítico sobre la justicia de menores”. En BENÍTEZ ORTUZAR, I y CRUZ BLANCA, M^a.J. *El derecho penal de menores a debate*. Madrid: Dykinson, 2010.

— *Introducción al Derecho Correccional de Menores*. Madrid: Instituto de la Juventud, 1974.

MARTÍNEZ PARDO, V. J. “La ejecución de las medidas en el proceso de menores”.: Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

MORILLAS CUEVA, L. *Curso de derecho penal español: parte general*. Barcelona: Marcial Pons, 1996.

MORILLAS CUEVAS, L. y NÁQUIRA RIVEROS, J. (Directores). *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*. Madrid: Dykinson, 2009.

MORILLAS CUEVAS, L. y SUÁREZ LÓPEZ, J.M^a. *El menor como víctima y el victimario de la violencia social (Estudio Jurídico)*. Madrid: Dykinson, 2010.

MORILLAS CUEVA, L. “La política criminal de menores como expresión de una continuada continuación”. BENÍTEZ ORTUZAR, I y CRUZ BLANCA, M^a.J. *El derecho penal de menores a debate*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 15-52.

— “Medidas cautelares aplicables a los menores”. En: MORILLAS CUEVA, L (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J.M^a. (Coord.) *El menor como víctima y victimario de la violencia social*”. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 425- 455.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. “La delincuencia juvenil en Andalucía”. En: MORILLAS CUEVAS, L. y SUÁREZ LÓPEZ, J.M^a. *El menor como víctima y el victimario de la violencia social (Estudio Jurídico)*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 941-975.

MORILLAS FERNÁNDEZ, M. “Régimen del menor de catorce años”. MORILLAS CUEVAS, L. y SUÁREZ LÓPEZ, J.M^a. *El menor como víctima y el victimario de la violencia social (Estudio Jurídico)*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 73-99.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996

NEUMAN, E. “Droga y criminología”. México: Siglo XIX, 1984.

OLMEDO CARDENETE, M. D. “Reglas generales y especiales para la ejecución de medidas en la LORPM. Especial referencia al quebrantamiento de medida de privación de libertad”. MORILLAS CUEVAS, L. y SUÁREZ LÓPEZ, J.M^a. *El menor como víctima y el victimario de la violencia social (Estudio Jurídico)*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 499 - 518.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de Julio*. [4^a Edición]. Barcelona: Bosch, 2007.

— “Pasado y presente de la aplicación de la ley penal del menor”. En: *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿qué hacer con los menores delincuentes?* (Coord.) JORGE BARREIRO, A. y FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. Barcelona: Atelier 2007, pp. 57-66.

PANTOJA GARCÍA, F. “Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la ley”. BENÍTEZ ORTUZAR, I y CRUZ BLANCA, M^a.J. *El derecho penal de menores a debate*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 147- 152.

PARÉS I GALLÉS, R. La ejecución de medidas (Título Séptimo, artículos 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 53). Manuales de formación continuada, N^o. 9, (*Ejemplar dedicado a: Justicia de menores: una justicia mayor: comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*). Madrid: CGPJ, 2000, pp. 283-300.

PÉREZ JIMÉNEZ, F. “Perfil del menor infractor y de los ilícitos cometidos”. En: BENÍTEZ ORTUZA, I; y CRUZ BLANCA, M^a. J. *El derecho penal de menores a debate*. Madrid, ed. Dykinson, 2010, pp. 225-240.

PICONTÓ NOVALES, T., “Responsabilidad, protección y derechos de los menores”. En: *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2007.

PLATT, A., *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, México: Siglo XXI, 1982.

POLO RODRÍGUEZ, J. J. y HUÉLAMO BUENDÍA, A. J. *La nueva ley penal del menor*. Madrid: Colex, 2007.

QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Cedecs, 1996. pp. 416 y 417.

RICE, Ph. *Desarrollo humano: estudio del ciclo*. [Traducción] ORTIZ SALINAS, M^a E; (Revisión técnica M^a de Lourdes Reyes Ponce). México: Prentice Hall Hispanoamericana, 1997, pp. 9-10.

RIFA SOLER, J.M^a, VALLS GOMBAO, J.F y RICHARD GONZÁLEZ, M. *El proceso penal practico. Comentarios, jurisprudencia, formularios*, Madrid: La Ley, 2005, pp.1701-1702.

RIOS MARTÍN, J.C. *El menor infractor ante la ley penal*. Granada: Comares, 1993.

— *Niños y jóvenes criminales*. Granada: Comares, 1995.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Madrid: Dykinson, 2007.

RODRÍGUEZ GARCÍA, A. *Los menores en un estado de derecho: normativa internacional, nacional y autonómica: prevención de la delincuencia infanto-juvenil*. Madrid: Dykinson, 2011.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño*. Madrid: Dijusa, 2005.

SAINZ-CANTERO C APARROS, M^a B. *Políticas jurídicas para el menor*. Granada: Comares, 2010.

SÁNCHEZ, GARCÍA DE PAZ, I. *El sistema de medidas en la ley penal del menor y las alternativas al proceso*. En: *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿qué hacer con los menores delincuentes?* (Coord.) JORGE BARREIRO, A. y FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. Barcelona: Atelier 2007, pp. 67-92.

SERRANO TÁRRAGA, M. D. “Medidas susceptibles de imposición a los menores”. En: *Derecho penal juvenil: (LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a las LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y al Reglamento de 30 de julio de 2004*. (Coord.) SERRANO TÁRRAGA, D. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 339-388.

— “Reglas para la ejecución de las medidas”. En: *Derecho penal juvenil: (LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a las LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y al Reglamento de 30 de julio de 2004*. (Coord.) SERRANO TÁRRAGA, D. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. Madrid: Dykinson, 2005, pp.389-434.

— *Derecho Penal Juvenil*. Madrid: Dykinson, 2005.

STEFANI Y, G; LEVASSEUR, G. *Criminologie et Science Pénitentire*. Paris: Dalloz, 1995, pp. 84 y 95.

TAMARIT SUMALLA, J.M. “La justicia reparadora en el sistema penal de menores”. En: *Derecho penal y psicología del menor*. (Coord.) SOLA RECHE, E; HERNÁNDEZ PLASENCIAE, José Ulises; FLORES MENDOZA, F; GARCÍA MEDINA, P., Granada: Comares, 2007, pp. 137-168.

TAMARIT SUMALLA, J. M.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; ALTAVA LAVALL, G. (aut.) *Justicia penal de menores y jóvenes: (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

TOMÉ GARCÍA, J.A. *Procedimiento penal del menor*. Madrid: Aranzadi, 2003, pp. 165-166.

VALBUENA GARCÍA, E. *Medidas cautelares en el enjuiciamiento de menores*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. “Modelos de justicia penal de menores”. En: *Derecho penal juvenil: (LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a las LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y al Reglamento de 30 de*

julio de 2004. (Coord.) SERRANO TÁRRAGA, D. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 103-154.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Madrid: Colex 2003

VÁZQUEZ GONZÁLEZ C y SERRANO TÁRRAGA, M.D. *Derecho penal juvenil*. Madrid: Dykinson, 2007.

VILLAGRASA ALCAIDE, C y RAVETLLAT BALLESTÉ, I, (coord.) *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño* Barcelona: Bosch, 2009, pp. 839-878.

VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P. “Razones del proyecto de ley de reforma de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. En: *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿qué hacer con los menores delincuentes?* (Coord.) JORGE BARREIRO, A y FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. Barcelona: Atelier 2007, pp. 15-22.

VINYAMATA CAMP, E. *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación*. Barcelona: Ariel, 1999.

HEMEROGRAFÍA.

ABEL SOUTO, M. “La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor”. *Estudios penales y criminológicos*. Nº. 24, 2002-2003, p. 7.

— “Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000”. *Actualidad penal*. Nº. 43, 2003, pp. 1071-1099.

— “Internamientos penales de menores en la ley orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de junio de 2004”. En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 57, Fasc/Mes 1. Madrid: Ministerio de Justicia y BOE, 2004, pp. 77-106.

AGUIRRE ZAMORANO, P. “Los jóvenes del siglo XXI: proyecto de ley de justicia juvenil”. *Estudios de derecho judicial*. Nº. 18, 1999 (Ejemplar dedicado a: Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado / Esther Giménez-Salinas i Colomer (Dir.) pp. 329-347.

— “Las medidas (Título Segundo, artículos 7, 13, 14 y 15)”. *Manuales de formación continuada*, Nº. 9, 2000 (Ejemplar dedicado a: Justicia de menores: una justicia mayor: comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores). Madrid: CPJ, pp. 81-102.

ALTAVA LAVALL, M.G. “El interés del menor en proceso penal de menores y jóvenes. En: *Justicia penal de menores y jóvenes. (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

— “Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española”. En: GONZÁLEZ CUSSAC Y CUERDA ARNAU (Coords.). En: *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*. (Colección “Estudios jurídicos”, núm. 9), Castellón: Universidad Jaume I, 2006.

APARICIO BLANCO, P. “Política Criminal y Delincuencia Juvenil”. En: *Política Criminal: Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: C.G.P.J. 1999, pp. 162 y 163.

BELLOSO MARTÍN, N. “El paradigma conflictivo de la penalidad: la respuesta restaurativa para la delincuencia”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. Nº. 20. Madrid: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política 2010, pp. 1-20.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I y FERNÁNDEZ PANTOJA, P. “Derechos fundamentales y libertades públicas: Protección penal”. *Anuario del seminario permanente sobre derechos humanos*. Nº 1. Jaén: Universidad, 1993-1994, pp. 253-292.

BENITO ALONSO, F. “Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma”. *La Ley* (versión digital), nº 5.308, 15 de mayo de 2001.

BERNUZ BENEITEZ, M.J. “Justicia de menores española y nuevas tendencias penales: la regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N^o. 7. Granada: Universidad, 2005.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. “¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?”. *Revista de derecho penal y criminología*. N^o 5. Madrid: UNED, 2011, pp. 55-95.

BUENO ARRÚS, F. “Aspectos sustantivos de la nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”. En: *La nueva Ley de Responsabilidad Penal del Menor*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), 2000, p. 4.

CABEZAS SALMERÓN, J. Reforma de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor: comentarios críticos. *Economist & Jurist*, Vol. 15, N^o. 107. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de actualidad, 2007, pp. 30-34.

CALATAYUD PÉREZ, E. “Instrucción del procedimiento (Títulos Tercero y Cuarto, artículos 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37)”. *Manuales de formación continuada*. N^o. 9, (Ejemplar dedicado a: Justicia de menores: una justicia mayor: comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores), Madrid: CGPJ. 2000 pp. 149 - 170.

— “LO 5/2000 fase intermedia, conclusión de la instrucción, celebración de la audiencia y sentencia”. *Cuadernos de derecho judicial*. N^o. 3. (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales / María del Rosario Ornos Fernández (Dir.), Madrid: CGPJ, 2001 pp. 319-356.

CÁMARA ARROYO, S. “Internamiento de menores: criterios de ejecución penal y nuevos modelos de justicia en el ámbito internacional y europeo”. *Revista General de Derecho Penal*, N^o. 14. Madrid: Iustel, 2010, s/p.

— “La finalidad educativa de los centros de internamiento de menores: el hospicio como antecedente”. *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*. N^o. 3, (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre Derecho concursal), Madrid: Universidad de Alcalá de Henares, 2010, pp. 521-554.

— “Las competencias de las comunidades autónomas para la ejecución de las medidas privativas de libertad impuestas a los menores: el ejemplo del Decreto 80/2009, de 21 de abril, sobre centros educativos de cumplimiento de medidas privativas de libertad en la Comunidad Autónoma del País Vasco”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N^o. 70, 2010, p. 3.

CARDENAL MONTRAVETA, S. “La reincidencia en el Derecho penal de menores”. *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.): Madrid: La ley, 2010, pp. 661-684.

CARMONA SALGADO, C. “Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 04-03, 2.002, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-03.html.

CERVELLÓ D ONDERIS, V. *La responsabilidad penal del menor de edad*. Madrid: Tecnos, 2002.

CEZÓN G ONZÁLEZ, C. “La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”. Barcelona: Bosch, 2001.

CÓRDOBA R ODA, J. “Ley de responsabilidad penal de menores: aspectos críticos”. *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona: Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 2002.

DOLZ L AGO, M. J. “Menores y Juicios rápidos”. *La Ley* (Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía) num.5782 (16 de mayo de 2003).

ESPINOSA CASARES, I. “Comentarios a la Ley de responsabilidad Penal del Menor”. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, Nº 39, Madrid: La ley-actualidad, 2000, pp. 52-59

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. “La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos: IX jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005” (coord.) ALCÁCER GUIRAO, R. CUERDA RIEZU. A. R. *Retribución y prevención general*. 2006, pp. 97 - 114.

FERRÉ OLIVÉ, J. C. “Otro experimento legislativo en materia de Derecho Penal de Menores: La Ley Orgánica 8/2006”. En: *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Por MUÑOZ CONDE, F.J. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 661-682.

FERRER VENTURA, M., SARRADO SOLDEVILA, J. J., CARBONELL, X.; VIRGILI TEJEDOR, C.; CEBRIÁ ANDREU, J. “Nivel de ansiedad de jóvenes infractores internados en un centro educativo de régimen cerrado”. En: *Anales de Psicología*, Vól. 24, Núm. 2, Diciembre, 2008, pp. 271-276.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. “Las bandas latinas en España: una problemática emergente”. En: *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y CUERDA ARNAU, M^a L. (Coord.) Barcelona 2006, pp. 278 y 302.

FERNÁNDEZ MOLINA, E. “La valoración del interés del menor en la LO 5/200, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. En: *AJM*, II, 2002, pp. 55-ss.

FERNÁNDEZ VICENS, P. “El Derecho Penal de Menores: una jurisdicción en busca de sentido”. *Corintios XIII: Revista de teología y pastoral de la caridad*. Nº 114-115.

(Ejemplar dedicado a : Med iación-reconciliación " por una pa stor al de j usticia penitenciaria"), Madrid: Caritas, 2005, pp. 407-432.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., “Presupuestos criminológicos y político criminales de un m odelo de r esponsabilidad de j óvenes y m enores”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 251 y ss.

GARCÍA PÉREZ, O. “La posición del menor y del perjudicado en el Derecho Penal de menores”. En: *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1997, p. 723.

GATTI, U. “Sistema italiano de justicia para menores de edad”. En: *Estudios de Derecho Judicial*. N úm. 18. (Legislación de menores e n e l s iglo X XI: A nálisis de de recho comparado).Madrid: CGPJ, 1999, p. 299-300.

GIMENO SENDRA, J. V. “P roceso p enal de m enores”. En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. N^o 6, 2001, pp. 1413-1419.

GÓMEZ RIVERO, M. C. “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal*, versión digital, n^o 10 de 2.001, semana del 5 al 11 de marzo de 2.001.

GONZÁLEZ ZORRILLA, C. “Minoría de edad penal, inimputabilidad y responsabilidad”. En: *Documentación Jurídica*, 37/40. Madrid: Ministerio de Justicia, 1983, pp. 163 a 176.

HERRERO HERRERO, C . “P erspectivas cr iminológicas d el menor marginado”. E n: *Ciencia Policial: Revista del Instituto de la Policía*, 5 . Madrid: M inisterio d el In terior, 1989, pp. 21 y 55.

— “Prevención Policial. Un instrumento necesario en la lucha contra la delincuencia”. E n: *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior*, 127. Madrid: Ministerio del Interior, 1992, pp. 24 y 55.

LASTRA DE INÉS, A. “La fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales”. En: *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. VI. Madrid: Ministerio de Justicia, 2001.

— “El Ministerio Fiscal y los menores infractores”. En: *Jornadas sobre derecho de los menores: Facultad de Derecho*. (Coord.) LÁZARO GO NZÁLEZ, I y MAYORAL NARROS, I. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pp. 335-346.

— “Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a l as c ondiciones de i nternamiento e n c entro c errado”. E n: *Cuadernos de derecho judicial*, N^o. 2 5 (Ejemplar d edicado a: L a ley d e r esponsabilidad penal menor: situación actual), Madrid: CGPJ, 2005, pp. 79-108.

MAILLOUX, N. “Las vicisitudes del super-yo” en el joven delincuente”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, 188 (1980) pp. 143 y 55.

MALLO GARCÍA, E. “Comentario sobre la interpretación que la Circular 1/2007 de la FGE hace sobre el artículo 11 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores”. *Revista del poder judicial*, Nº 86, Madrid: CGPJ. 2007, pp. 285-294.

MATEOS CADENAS, A. “Droga y escuela. Una relación de 25 años”. *Campus* (suplemento de diario el mundo) 4 de Febrero 2009. [Versión impresa], p. 7.

MENDIZÁBAL OSES, L. “Segundas Jornadas Hispanoamericanas en torno al Derecho Especial del Menor”. *Revista de estudios políticos*. Nº 168. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1969, pp. 301-304.

— “Fundamentación del Derecho de menores”. *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 17. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1973-1974, pp. 623-630.

MONTERO, HERNANZ, T. “De lege ferenda: consideraciones para la reforma de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los Menores”. *Diario La Ley*, Nº 7732. Madrid: La ley, 2011.

— “La justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. *Diario La Ley*. Nº 7655. Madrid: La ley, 2011.

— “La Ley Penal del Menor: propuestas para su reforma”. *Diario La Ley*, Nº 7880, Madrid: La ley, 2012.

MORENTE MEJÍAS, F., DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ- PINILLAS, M. Menores infractores en instituciones de reforma. Una mirada desde dentro. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*. Nº 126, 2009, pp. 71-106.

MORILLAS CUEVAS, L ; NÁQUIRA RIVEROS, J. (Directores). *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*. Madrid: Dykinson, 2009.

MORILLAS CUEVAS, L y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. *El menor como víctima y el victimario de la violencia social (Estudio Jurídico)*. Madrid: Dykinson, 2010.

MOVILLA ÁLVAREZ, C1. “Jurisdicción de menores y Constitución” en *los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*, Madrid, 1983.

MAILLOUX, N. “Las vicisitudes del super-yo” en el joven delincuente”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, 188. Madrid: Ministerio del Interior, 1980, pp. 143 y 55.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R. Derecho Penal de Menores. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*,

reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de Julio. [4^a Edición]. Barcelona: Bosch, 2007.

PÉREZ DEL VALLE, C. “¿Derecho Penal de menores como Derecho Penal?”. *Cuadernos de política criminal*. N^o 98. Madrid: Universidad Complutense, 2009, pp. 101-121.

PÉREZ MARTÍN, J. L. “La delincuencia juvenil en España: un análisis estadístico”. *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, N^o 25. Madrid: Dirección General de la Guardia Civil, 2001, pp. 103-116.

POLO RODRÍGUEZ, J. J. y HUÉLAMO BUENDÍA, A. J. *La nueva ley penal del menor*. Madrid: Colex, 2007.

RODRÍGUEZ GARCÍA, A. *Los menores en un estado de derecho: normativa internacional, nacional y autonómica: prevención de la delincuencia infanto-juvenil*. Madrid: Dykinson, 2011.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño*. Madrid: Dijusa, 2005.

RUIZ COLL, M.A. “Si no tomas una pastilla que te deja tonto, te encierran en el cuarto durante dos días”. *ABC*, 4 de Febrero, 2009. Edición impresa, pp. 51-53.

— “La Generalitat Valenciana investigará el centro en el que huyeron dos adolescentes”. *ABC*, 5 de Febrero de 2009, Madrid: (edición impresa), p. 52.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”. *Actualidad Penal* (versión digital), n^o 33 de 2.000, semana del 11 al 17 de Septiembre de 2.000.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores” en MORILLAS CUEVA, L (Dir.) SUÁREZ LÓPEZ, J.M^a, (Coord.) *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)* Madrid, Dykinson.2010.

SIMÓN, P. “El Gobierno exige investigar los centros de menores”. *El mundo*. 4 de Febrero de 2009, Madrid, Versión impresa, p. 13.

TAPIA PARREÑO, J.J. “Derecho transitorio de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. *Manuales de formación continuada*. N^o. 9, (Ejemplar dedicado a: Justicia de menores: un justicia mayor: comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores). Madrid: CGPJ, 2000. pp. 487 - 502.

UCEDA, i MAZA, X., ROMERO MAZA, C., GARCÍA MUÑOZ, M. “De la protección a la judicialización: menor en riesgo versus menor de riesgo”. En: VARGAS VARGAS, D.

Actas del II Simposium Internacional Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre programas de cumplimiento de medidas judiciales de menores. Tomo I I. Sevilla: Universidad, 2008, pp. 121- 132.

URBANO CASTRILLO, E. de. *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.* Pamplona: Aranzadi, 2001.

URIARTE, C. “Delincuencia juvenil y de derechos humanos”. [Conferencia dictada en el II Curso de Especialización]. En: “Protección jurisdiccional de los derechos del niño”. Buenos Aires: UNICEF, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1999.

URRACA FERNÁNDEZ, J. M^a. “La Ley Orgánica 5/ 2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”. *Revista de Estudios de Juventud.* N.º. 69. (Ejemplar dedicado a: Jóvenes y prisión). Madrid: Injuve, 2005, pp. 76-88.

VALBUENA GARCÍA, E. *Medidas cautelares en el enjuiciamiento de menores.* Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008.

VAELLO ESQUERDO, E. “La incesante aproximación del derecho penal de menores al derecho penal de adultos”. *Revista General de Derecho Penal.* 1698-1189, N.º. 11. Madrid: Iustel, 2009.

WEBGRAFÍA.

<http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>

<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>

<http://www.unizar.es/error/404.html>

http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/>

<http://rebiun.absysnet.com/cgi-bin/abnetop/O7032/ID3cc449b9?ACC=161>

<http://www.uah.es/derecho/facultad/anuario.htm>

http://criminet.ugr.es/recpc/_04-06.html

<http://hayderecho.com/2012/06/04/proyecto-de-reforma-de-la-ley-de-responsabilidad-penal-del-menor-ii-una-mirada-critica/>

www.redalyc.org.

http://www.abc.es/hemeroteca/historico-28-02-2010/abc/Nacional/miles-de-personas-exigen-un-cambio-en-la-ley-del-menor_1134119864223.html.

<http://www.larazon.es/noticia/5123-los-españoles-partidarios-de-endurecer-la-ley-del-menor>.

<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/127/madrid/1264589818.html>

<http://www.elmundo.es/elmundo/2008/02/11/espana/1202732539.html>

<http://www.elpais.com/articulo/espana/plantea/crear/reformatorios/ninos/anos/entre>

<http://www.diariodesevilla.es/article/andalucia/474500/pp/pedira/la/reforma/la/ley/>

<http://www.ecodiario.economista.es/sociedad/noticia/1437386/07/09/El-pp-se-compromete>

<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/02/03/valencia/1233655383.html>

http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Madrid/desoyo/peticiones/defensor/Pueblo/centros/menores/elpepusoc/20090205elpepusoc_2/Tes

http://www.elpais.com/articulo/sociedad/primer/hice/fue/meter/pastillas/Cola/Cao/nino/elpepusoc/200906elpepusoc_2/Tes

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3426448>

<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2009/05/08/mujer/1241810165.html>

http://www.acnur.org/index.php?id_pag_8717

<http://www.diariodesevilla.es/article/andalucia/474500/pp/pedira/la/reforma/la/ley/>

<http://www.ecodiario.eleconomista.es/sociedad/noticia/1437386/07/09/El-pp-se-compromete>

<http://www.abc.es/20100126/nacional-sucesos/menores-incorregibles-crimen-español...>

<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2009/12/02/psiquiatriainfantil/1259769645.html>

http://www.abc.es/hemeroteca/historico-28-02-2010/abc/Nacional/miles-de-personas-exigen-un-cambio-en-la-ley-del-menor_1134119864223.html

http://www.abc.es/hemeroteca/historico-20-02-2010/abc/Nacional/crimen-sin-castigo-el-viaje-a-ningunaparte_1134120055823.html

JURISPRUDENCIA.

- STC núm. 71/1990, de 5 de abril (1767/1987), Ponente: Jesús LEGUINA VILLA.
- STC nú m. 36/1991, de 14 de febrero (1001/1988), P onente: F rancisco R UBIO LLORENTE.
- STC n úm. 60/ 1985, de 17 de m arzo (2536/1994), P onente: V icente JIMÉNO SENDRA.
- STC núm. 1836/2002, de 7 de noviembre (RJ 2002/9751), Ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO.
- STC nú m. 115/2003, d e 3 de febrero (RJ 200 3/839), P onente: José JIMÉNEZ VILLAREJO.
- STC nú m. 243/2004, de 16 de di ciembre (RTC 2004/ 243), P onente: M anuel ARAGÓN REYES.
- STS núm. 1/1997, 28 de octubre (RJA 7843/1997), Ponente: José Augusto VEGA RÚIZ.
- STS nú m. 447/2001, d e 25 de m arzo (RJ 2 002/5560), Ponente: J osé A ntonio MARTÍN PALLÍN.
- STS núm. 1127/2002, de 17 de junio (RJ 2002/ 8925), Ponente: Julián SÁNCHEZ MERGAL.
- STS nú m. 556/ 2006, de 31 d e m ayo (RJ 2007/ 167 6), P onente: F rancisco MONTER DE FERRER.
- STS núm. 1037/2006, de 26 de octubre (RJ 2006/6676), Ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO.
- STS núm. 541/2007, de 14 de junio (RJ 2007/ 3121), Ponente: Miguel Colmenero MENÉNDEZ DE LUARCA.
- STS núm. 745/2008, de 25 de noviembre (RJ 2009/1611), Ponente: Juan Ramón BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE.
- STS nú m. 480/2009, de 22 de m ayo (RJ 2010/662), Ponente: J uan R amón BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE.
- STS nú m. 985 / 2009, de 13 de oc tubre (RJ 2010/ 664), Ponente: J osé M anuel MAZA MARTÍN.
- STS núm. 290/2010, de 31 de marzo (JUR 2010/123426), Ponente: Juan Ramón BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE.