
**LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO:
CONCEPTO, NATURALEZA Y RÉGIMEN DE EJECUCIÓN.
ALTERNATIVAS**

**TESIS DOCTORAL
PROGRAMA DE DOCTORADO “DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL”**



**Tesis Doctoral presentada por Dña. ANA MARÍA MORA SÁNCHEZ bajo la dirección del
Profesor Dr. h. c. mult. D. LORENZO MORILLAS CUEVA**

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Ana María Mora Sánchez
D.L.: GR 3106-2012
ISBN: 978-84-9028-154-3

A la Universidad de Granada por el apoyo y acogida durante los periodos en que he desarrollado mi labor investigadora.

A mi maestro y Profesor Dr. h. c. mult. D. Lorenzo Morillas Cueva por sus sugerencias, ideas y propuestas de las que tanto provecho he sacado.

Todo esto nunca hubiera sido posible sin el amparo incondicional de mi familia, mis padres y mis hermanos. Este es también vuestro premio.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
JUSTIFICACIÓN	9
I.- Planteamiento del problema objeto de la tesis doctoral	11
II.- Objetivos y justificación de la temática elegida	12
 CAPITULO I: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO.	
I.- Consideraciones previas	17
II.- Antecedentes previos a la regulación de la medida de internamiento en régimen cerrado	17
1.- El tratamiento del menor infractor antes de la creación de los Tribunales para menores. Instituciones protectoras de menores	17
2.- Los Códigos Penales Históricos: Los Códigos penales de 1822, 1848, reforma de 1850 y 1870	19
3.- Surgimiento de los primeros tribunales: Ley de Bases de 2 de Agosto de 1918	21
III.- Evolución legislativa de la medida de internamiento	24
1.- Ley de Tribunales Tutelares de menores de 1948 y su decadencia	24
2.- Doctrina Internacional sobre el nuevo modelo de justicia juvenil	27
3.- La Constitución Española de 1978 y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991	29
4.- Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores	31
5.- El Código Penal de 1995	34
6.-Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad penal del menor	34
6.1.- Consideraciones previas	34
6.2.- Principios inspiradores de la LORRPM	36
6.3.- Breve análisis de las modificaciones sufridas por la LORRPM	64
IV.- Conclusiones sobre la evolución de la medida de internamiento en régimen cerrado	84

CAPITULO II: CONCEPTO DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO.

I.- Cuestiones previas	89
II.- Distinción entre las diferentes modalidades de internamiento ordinario	90
1.- Internamiento en régimen cerrado	92
1.1.- Contenido de la medida de internamiento en régimen cerrado	92
1.2.- Régimen de aplicación	93
1.3.- Ejecución de la medida de internamiento en régimen cerrado	96
2.- Internamiento en régimen semiabierto	97
3.- Internamiento en régimen abierto	100
III.- Distinción entre internamiento terapéutico e internamiento ordinario	103
1.- Fundamento y contenido	104
2.- Reglas de aplicación de la medida de internamiento terapéutico	107
3.- Ejecución de la medida de internamiento terapéutico	109
IV.-Conclusiones. Propuesta conceptual de la medida de internamiento en régimen cerrado	111

CAPITULO III: FUNDAMENTO DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO.

I.- Cuestiones generales	117
II.- Incidencia del principio educativo en la fundamentación de la medida de internamiento en régimen cerrado	121
1.- Cuestiones previas	121
2.- Concepto del principio educativo	124
3.- Posición del principio educativo en la LORRPM	127
4.- Análisis de la posición del principio educativo en relación al fundamento de la medida de internamiento en régimen cerrado	135
5.- Conclusiones acerca de la presencia del principio educativo en el fundamento de la medida de internamiento en régimen cerrado	137

III.- Análisis de la culpabilidad en el ámbito del Derecho penal de menores	138
1.- Cuestiones introductorias	138
2.- Breve referencia a la evolución del concepto de culpabilidad	139
3.- Conclusiones acerca del concepto de culpabilidad	149
4.- La culpabilidad como fundamento de la medida de internamiento	150
IV.- Estudio de las peculiaridades de la culpabilidad del menor	154
1.- Cuestiones previas	154
2.- Imputabilidad	154
2.1.- Introducción. Precisiones terminológicas	154
2.2.- Menores de 14 años	163
2.3.- Mayores de catorce y menores de dieciocho	173
3.- Casos de exclusión de la imputabilidad	179
4.- Singularidades en la valoración del error de prohibición	190
5.- Causas de inexigibilidad: particularidades en el ámbito del menor	192
VI.- Conclusiones en torno al fundamento de la medida de internamiento en régimen cerrado	195

CAPITULO IV: NATURALEZA DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO.

I.- Cuestiones previas	199
II.- Posiciones que confieren a la medida de internamiento naturaleza de auténtica pena	199
III.- Posiciones que distinguen entre medidas de seguridad y penas	204
IV.- Medida sui generis	206
V.- Conclusiones en torno a la naturaleza de la medida de internamiento en régimen cerrado	211

CAPITULO V: RÉGIMEN DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO.

I.- Introducción	217
II.- Criterios de determinación de la medida	218
1.- Interés superior del menor: concepto y proyección en la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado	218
2.- Principio de flexibilidad y límites derivados del principio de proporcionalidad	225
3.- Carácter de última ratio de la medida de internamiento en régimen cerrado	235
4.- Principio acusatorio	236
III.- Ámbito de aplicación de la medida	240
1.- Presupuestos de aplicación de la medida	240
2.- Casos de aplicación preceptiva de la medida de internamiento	262
IV.- Duración	274
1.- Cuestiones previas	274
2.- Límites de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado: supuestos de aplicación facultativa y preceptiva	275
3.- Criterios de determinación de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado	280
4.- Libertad vigilada sucesiva al internamiento	284
V.- Conclusiones y toma de postura	287

CAPITULO VI: RÉGIMEN DE EJECUCIÓN.

I.- Cuestiones generales	293
II.- Principios rectores en materia de ejecución	294
1.- Principio de legalidad: garantía jurisdiccional y de ejecución	294
2.- Principio de resocialización como principio rector de la ejecución de medidas privativas de libertad	295
2.1.- Cuestiones introductorias: el principio de resocialización en las penas privativas de libertad. Delimitación conceptual y escepticismo sobre su eficacia	295

2.2.- Concreción del principio de resocialización en la medida de internamiento en régimen cerrado	300
3.- Principio de especialización de centros para menores infractores	306
4.- Derechos y deberes del menor interno	311
III.- Quebrantamiento de la medida de internamiento	317
1.- Introducción	317
2.- Conceptualización	317
3.- Régimen legal del quebrantamiento de medidas en la LORRPM: Discrepancia jurisprudencial sobre las consecuencias derivadas del quebrantamiento de la medida de internamiento en régimen cerrado	319
4.- Toma de postura	333
IV.- Sustitución de la medida durante la ejecución	334
1.- Cuestiones generales	334
2.- Significado de las expresiones “dejar sin efecto” y “sustituir” previstas en el art. 51 LORRPM	334
3.- Requisitos	338
V.- Suspensión de la ejecución del fallo	339
VI.- Cumplimiento de la medida en prisión	343
1.- Supuestos de aplicación	344
1.1.- Principio general: continuidad de su cumplimiento conforme al régimen de los menores de edad	344
1.2.- Pautas especiales: el cumplimiento en un centro penitenciario	346
2.- Problemática jurídica que plantea el cumplimiento de la medida de internamiento en centros penitenciarios	350
3.- Conclusiones y propuestas	353
 CAPITULO VII: ALTERNATIVAS A LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN REGIMEN CERRADO.	
I.- Introducción	357
II.- Libertad vigilada	358
1.- Orígenes y Derecho comparado	358

2.- Marco normativo vigente	359
3.- Contenido	361
4.- Régimen de aplicación: criterios de inclusión	369
a) Destinatarios	369
b) Hechos cometidos	371
c) Duración	372
5.- Obstáculos a su aplicación	373
6.- Conclusiones	375
III.- Prestaciones en beneficio de la comunidad	375
1.- Orígenes y Derecho comparado	375
2.- Marco normativo vigente	376
3.- Contenido	377
4.- Régimen de aplicación: criterios de inclusión	384
a) Destinatarios	384
b) Gravedad de los hechos cometidos	386
c) Duración	387
5.- Obstáculos a su aplicación	388
6.- Conclusiones y propuestas	389
IV.- Realización de tareas socio-educativas	390
1.- Orígenes y Derecho comparado	390
2.- Marco normativo vigente	390
3.- Contenido	392
4.- Régimen de aplicación: criterios	395
a) Destinatarios	395
b) Hechos cometidos	396
c) Duración	397
5.- Propuestas	397
CONCLUSIONES	399
BIBLIOGRAFÍA	417

ABREVIATURAS

§, §§	Parágrafo, párrafos
AA. VV.	Autores Varios
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
art	Artículo
arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
etc.	Etcétera
f. jco.	Fundamento jurídico o de Derecho
Ibídem	Mismo autor, misma obra, diferente página
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJM	Ley de Protección Jurídica del Menor
LORRPM	Ley de Responsabilidad Penal del Menor
Ob. cit.	Obra citada
Pág.	Página
RD	Real Decreto
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RP	Reglamento Penitenciario
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StGB	Código Penal alemán
Vid.	Véase

JUSTIFICACIÓN

I.- Planteamiento del problema objeto de la tesis doctoral.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, introdujo en nuestro Ordenamiento jurídico un sistema avanzado de justicia juvenil que intenta coordinar objetivos resocializadores y educativos, conseguidos con acierto frecuentemente. Sin embargo, la pretensión de ponderar el aspecto educativo y sancionador en el enjuiciamiento penal del menor es especialmente dificultosa en la configuración de la medida de internamiento en régimen cerrado, que como se comprobará, pone en duda muchos de los planteamientos político-criminales que se habían formulado en torno a la justicia juvenil en consonancia con un Estado social y democrático de Derecho.

La implantación de la justicia de menores ha estado acompañada en todo momento de una intensa atención popular dominada por los temores a una criminalidad juvenil desbocada y poco comprensiva con las pretensiones de desarrollar en este ámbito un esfuerzo reeducador. Los grupos de víctimas, en alusión a casos graves aunque de muy escasa frecuencia, han desempeñado igualmente un papel relevante en la generación de un clima de desconfianza en este sector de la criminalidad. Asimismo, la desafortunada consolidación de una actitud oportunista de nuestras fuerzas políticas ante las demandas sociales relativas al control de la delincuencia, en la que se renuncia a cualquier intento de transmitir a la sociedad alternativas prometedoras, limitándose a procurar ser las primeras en atender las incesantes peticiones de endurecimiento de las reacciones penales, ha hecho el resto. Conviene recordar, en este sentido, que la LORRPM ha tenido el singular privilegio de haber sido modificada en dos ocasiones antes de su entrada en vigor, por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, y de haber sido objeto de múltiples reformas sustanciales por la Ley Orgánica 9/2002, Ley Orgánica 15/2003 y por la Ley Orgánica 8/2006, todas ellas con una marcada tendencia endurecedora.

En tal contexto de progresiva desnaturalización de la LORRPM, se enmarcan las sucesivas transformaciones del régimen de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado, medida que aspira a convertirse en piedra angular de nuestro sistema de enjuiciamiento de menores. Por todo ello, resulta especialmente necesario atender a la realidad delincencial sobre la que se aspira incidir y extraer cuales son las

prestaciones que la regulación en este ámbito esta rindiendo. Solo mediante estas aportaciones podremos terminar con un debate que pretende convertir en regla lo que son sucesos aislados y que aboga por una aplicación expansiva de la medida de internamiento en régimen cerrado.

II.- Objetivos y justificación de la temática elegida.

En esta investigación se aborda el estudio de la medida de internamiento en régimen cerrado recogida en la LORRPM. A tal efecto, se exponen los rasgos principales de la misma así como los efectos derivados de su imposición, tratando de profundizar en la naturaleza y posición del internamiento en el marco de la justicia penal juvenil, planteando alternativas a la misma, proponiéndose los siguientes objetivos específicos:

- Acotar el concepto de la medida de internamiento en régimen cerrado a efectos de distinguirla de otras figuras afines.
- Determinar el fundamento y naturaleza de la medida de internamiento en régimen cerrado. Análisis de las dificultades de conciliación con el principio de intervención educativa. Estudio de la culpabilidad en el ámbito del Derecho penal del menor.
- Desarrollo de los criterios que influyen en la determinación de la medida, particularmente, concreción del principio de interés superior del menor como parámetro de exclusión frente a intereses de prevención general.
- Examen de los presupuestos de aplicación facultativa de la medida y de los supuestos de imposición obligatoria de la medida. Propuestas en sede aplicativa para garantizar el carácter de ultima ratio del internamiento.
- Duración: límites máximos y parámetros que intervienen en la extensión temporal de la medida.

- Principios rectores en materia de ejecución. Concepto y obstáculos del principio de resocialización en la privación de libertad en menores.
- Sustitución y particularidades en torno al quebrantamiento de la medida.
- Problemática jurídica del cumplimiento de la medida en un centro penitenciario.
- Estudio de la configuración de las medidas alternativas para dar una respuesta ágil e idónea a las infracciones de menores.

Por tanto, partiendo de la pretensión de alcanzar tales objetivos, la justificación de la temática elegida resulta manifiesta en un momento como el actual, en el que las continuas reformas de la LORRPM provocan serias dificultades en el mantenimiento de los postulados básicos de la misma, sobre todo respecto de la medida de internamiento, que ve claramente ampliado su ámbito de aplicación, incrementando su finalidad intimidatoria y preventivo general, por lo que resulta interesante y a su vez imprescindible analizar la configuración de la misma con la finalidad de efectuar propuestas que favorezcan el retorno al inicial espíritu que inspiró la elaboración de la LORRPM. Con todo, la metodología a seguir consiste en la revisión de bibliografía española, jurisprudencia, normativa nacional y previsiones legales internacionales en la materia.

**CAPITULO I: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA MEDIDA DE
INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO.**

I.- Consideraciones previas.

Para descubrir el alcance y sentido de una Ley, el elemento histórico se revela imprescindible en tanto que como señala MORILLAS CUEVA “difícilmente una norma puede ser comprendida en su totalidad si no se conoce su formación y evolución”¹, por lo que resulta necesario el acercamiento a la progresión legislativa experimentada por la medida de internamiento en régimen cerrado. Tal abordaje jurídico nos proporcionará una visión que ayudará a situar mejor la configuración actual de la misma e indagar sobre su fundamento y naturaleza jurídica, valorando hasta que punto las recientes reformas en la LORRPM han influido negativamente en la respuesta dada a los menores infractores.

Habida cuenta de que la medida de internamiento tiene su precedente legislativo inmediato en la Ley de Tribunales de Menores de 25 de Noviembre de 1918, se propone analizar en primer término las sanciones aplicables con carácter previo al citado texto así como la influencia de la menor edad en la determinación de la pena a imponer, lo cual constituyó, durante siglos, la única singularidad en el enjuiciamiento de menores.

II.- Antecedentes previos a la regulación de la medida de internamiento en régimen cerrado.

1.- El tratamiento del menor infractor antes de la creación de los Tribunales para menores. Instituciones protectoras de menores.

Como en otras parcelas jurídicas, en el ámbito del Derecho Penal la edad ha sido tradicionalmente un dato tenido en cuenta para procurar un tratamiento diferenciado al de los adultos². Sin embargo, durante siglos, en el contexto de un Derecho Penal retribucionista y expiatorio, el menor infractor ha quedado sometido a las mismas

¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 73.

² NAVARRO FRIAS, Irene, “El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho penal de menores” en SOLA RECHE, Esteban (Ed.) *Derecho penal y psicología del menor*, Granada, Comares, 2007, pág. 99. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal los menores)*, Madrid, Edersa, 2002, pág. 115.

normas que regulaban la responsabilidad criminal de adultos³. Los menores eran sometidos a los mismos procedimientos que los delincuentes adultos y la privación de libertad se sufría en los mismos establecimientos⁴. Hablar de reinserción social o de rehabilitación del menor hubiera producido perplejidad en épocas pasadas.

Es en el Derecho penal romano⁵ donde se advierten los primeros indicios fehacientes para obtener un régimen exclusivo para menores al trazar una regulación distinta por completo de la otorgada a los adultos, en tanto que se establecieron diversos periodos de edad con relación a la responsabilidad de los menores, influencia que se proyectará en la Edad Media⁶.

En este período de oscuridad jurídica en el que el menor infractor es juzgado y encerrado con el adulto, constituye un rayo de luz la existencia de algunas instituciones tutelares, en las que subyace una idea esencial: control social y moral de la pobreza y por ende de determinados comportamientos junto con la delincuencia juvenil y actitudes

³ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción al Derecho Penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 29.

⁴ BENITO ALONSO, Francisco, “Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores como criterio de interpretación de la misma”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 2001, Ref. D-111, tomo 4, pág. 3. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 15.

⁵ En Derecho penal romano se distinguen tres fases: infans, impúber y minoris. Los infans eran los menores de siete años y en su responsabilidad se les equiparaba a los furiosi, esto es, a los incapaces de todo raciocinio, por lo que su irresponsabilidad era total. Los impúberes, que eran los mayores de siete años y menores de diez años y medio los varones, y de nueve años y medio las mujeres, estaban en principio asimilados a los infantes, pero a partir de su pubertad, catorce años en varones y doce en mujeres, eran susceptibles de ser sometidos a examen sobre su discernimiento, siendo o no castigados en función de que ese análisis concluyera con capacidad o incapacidad para discernir el contenido ilícito y las consecuencias de su acto, conforme a la regla malitia suplet aetatem, dejando al arbitrio del juez su castigo y la pena a imponer, siempre más leve que la señalada para los adultos. En cierta clase de delito, como en las injurias, por ejemplo, incluso no se les sancionaba, pues se les equiparaba al furiosi. Los minoris, que lo eran hasta cumplidos los 25 años, respondían de sus actos, pero se les atenuaba la pena. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 213-214. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de Responsabilidad penal de los menores*, Madrid, Trivium, 2001, pág. 29. HIGUERA GUIMERÁ, Juan- Felipe, “Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal”, *Actualidad Penal*, N° 34, Ref. XXXIII, tomo 3, Editorial LA LEY, 2003, págs. 847- 848. Una aproximación más detallada sobre tales antecedentes puede verse en SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Granada, Comares, 1998, págs. 35- 41 y 75-77.

⁶ Hasta Las Partidas no existió una doctrina sistemática sobre la situación del joven infractor en la ley penal. Se señalan tres límites de edad: hasta los diez años y medio se reconocía la irresponsabilidad absoluta para todo delito, no pudiéndose imponer ninguna pena por debajo de dicha edad (Partidas, Ley IV, Título XIX, Partida VI). A los que superaban la edad de diez años y medio y no llegaban a los catorce se les infligía pena en el supuesto de que cometieran determinados delitos contra la vida, la integridad física o la propiedad, aunque el castigo era menor. En cualquier caso, no respondían por delitos de adulterio ni de luxuria (Partidas, Ley IV, Título I, Partida VI). A los menores de diecisiete años se les aplicaba el castigo pero dulcificando el contenido de la pena (Partidas, Ley VII, Título XXXI, Partida VII). BENITO ALONSO, Francisco, “Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000...”, ob. cit., pág. 7.

provocadas por la exclusión social⁷. En este sentido, los primeros referentes a instituciones españolas destinadas al tratamiento de menores infractores se refieren al Padre de Huérfanos de Valencia⁸, figura instituida en 1337, la cual estaba revestida de autoridad y tenía jurisdicción propia, ejerciendo una función de carácter asistencial (atender a los huérfanos y buscarles acomodo y oficio) y otra de carácter represivo (conocer y juzgar las situaciones de vagabundeo e incluso delictivas), pudiendo adoptar las previsiones que creyese necesarias⁹, ejerciendo las mismas funciones que un juez penal¹⁰. CANTARERO BANDRÉS mantiene que esta figura pudiera ser el origen del modelo de juez tutelar, tanto por la adscripción a éste desde su creación del conocimiento de materias tales como la asistencia, inadaptación, desviación y delincuencia, con competencias y jurisdicción propias y facultades diversas en el tratamiento de dichas categorías, como por el mismo sentido, la necesidad que tenían estos primitivos jueces tutelares de ser personas respetables, de reconocida autoridad y solvencia para ocupar sus cargos¹¹.

2.- Los Códigos Penales Históricos: Los Códigos penales de 1822, 1848, reforma de 1850 y 1870.

En el periodo codificador se incluye la minoría de edad como causa de exención de la responsabilidad penal, pero no se hizo siempre de la misma forma o atendiendo a los mismos criterios¹². De esta forma, en los Códigos Penales se establecen diversos períodos de edad en relación con la responsabilidad: uno inicial de irresponsabilidad absoluta (plena minoridad penal) que se extendía hasta los siete, nueve o diez años según los Códigos y otro inmediatamente posterior de responsabilidad condicionada en

⁷ RIOS MARTIN, Julián Carlos, *El menor infractor ante la ley penal*, Granada, Comares, 1993, pág. 89.

⁸ RIOS MARTIN, Julián Carlos, *ibidem*, pág. 90. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 245. VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 273.

⁹ BENITO ALONSO, Francisco, “Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000...”, *ob. cit.*, págs. 13 y 14.

¹⁰ RIOS MARTIN, Julián Carlos, *El menor infractor...*, *ob. cit.*, pág. 91. No obstante, inicialmente esta figura dependía de la justicia civil, y por ello, al no poder obligar y castigar a los huérfanos, carecían de la autoridad moral y material que proporcionaba el poseer la plena jurisdicción dentro de la esfera de su competencia. HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe, “Los antecedentes históricos...”, *ob. cit.*, pág. 849.

¹¹ CANTARERO BANDRÉS, Rocío, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*. Madrid, Montecorvo, 1988, pág. 43. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Los presos jóvenes. Apuntes de la España del XIX y principios del XX*, Madrid, Ministerio de Justicia, pág. 19. En parecido sentido, CRUZ BLANCA entiende que se puede apreciar, salvando la diferencia de las épocas, como existen grandes analogías entre esta institución y los Tribunales tutelares. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 246.

¹² CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 215.

que se declaraba la imputabilidad del menor si se probaba que había obrado con discernimiento, lo cual conllevó previsiones concretas sobre las consecuencias jurídicas a aplicar. Examinaremos a continuación las especificidades de cada texto normativo¹³.

En efecto, el Código penal de 1822 estableció la irresponsabilidad del menor de siete años. Si el mayor de tal edad pero que no hubiere cumplido los diecisiete años cometía alguna infracción, se analizaba y determinaba previamente en juicio si había obrado o no con discernimiento. La decisión que se adoptara con relación a la capacidad de discernimiento era determinante bien de una medida de corrección de naturaleza familiar o bien del internamiento por el tiempo que se creyera conveniente con tal de que nunca excediera de los veinte años de edad¹⁴.

Por su parte, el Código penal de 1848 en su artículo 8.2 declaraba exento de responsabilidad criminal al menor de nueve años respecto del cual se presumía con carácter “iuris et de iure” su falta de imputabilidad¹⁵. Esta exención se hacía extensible al mayor de nueve años y menor de quince, si bien se debía probar la ausencia de discernimiento¹⁶. Si obraba con discernimiento, se aplicaba una atenuante muy privilegiada, ya que se debía imponer una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo menos a la señalada por la ley al delito que hubiere cometido (art. 72, párrafo primero).¹⁷

La reforma del año 1850 dejó intacta toda esta materia relacionada con los menores, siguiendo por tanto vigente la anterior regulación de 1848, situación que se mantendrá en el Código penal de 1870¹⁸.

¹³ Con la finalidad de mantener una estructura coherente y sistemática, el estudio de los Códigos penales cuya promulgación sea paralela a la entrada en vigor de las correspondientes normas creadoras de Tribunales de menores se efectuara en el apartado correspondiente a las mismas.

¹⁴ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 215.

¹⁵ El citado artículo 8.2 declaraba que: “Esta exento de responsabilidad criminal el menor de nueve años”.

¹⁶ El artículo 8.3 preceptuaba que: “Esta exento de responsabilidad criminal el mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento”.

¹⁷ Código penal de 1848, art. 8 número 2, art. 8 número 3, y art. 72, párrafo primero, y segundo. GUALLART DE VIALA, Alfonso, “La minoría de edad en nuestra legislación penal. Evolución” en BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Ed.), *El nuevo derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*, Zaragoza, Monografías de la revista aragonesa de Administración Pública, 2002, pág. 14.

¹⁸ RIOS MARTIN, Julián Carlos, *El menor infractor...*, ob. cit., pág. 114.

3.- Surgimiento de los primeros tribunales: Ley de Bases de 2 de Agosto de 1918.

Durante el siglo XX paulatinamente se desarrollan normas en las que el tratamiento penal de los menores se va tornando más humanitario, abriendo camino la innovadora fórmula de sustraer a ciertos menores de las severas previsiones del Derecho penal de adultos. Para ello se impulsó la creación de una jurisdicción especial desglosada de la ordinaria y encargada de aplicar no los Códigos y leyes criminales sino unas normas específicamente dictadas para niños y adolescentes e inspiradas en postulados educativos y de corrección¹⁹.

Estas ideas se extienden por múltiples países, creándose el primer Tribunal de menores en Chicago en 1889²⁰ para salir al paso de la precaria situación jurídico-penal de los niños del Estado de Illinois, que a partir de los diez años habían recibido el mismo tratamiento punitivo que los adultos, gozando de una cierta atenuación de la pena. A partir de este momento se fue consolidando la idea de que la reacción social frente a los delincuentes juveniles debía ser netamente diferenciada de la prevista para los que ya habían alcanzado la mayoría de edad²¹.

Siguiendo la tendencia internacional, en España los primeros Tribunales para niños fueron creados por la Ley de 25 de Noviembre de 1918. Surgirá, a partir de este momento, un sistema legal imperfecto, esencialmente asistemático, que originará un régimen legal de menores basado en criterios disciplinarios y asistenciales²².

Se pretendieron constituir tales tribunales en todas las capitales de provincia, sin embargo, las insuperables limitaciones presupuestarias hicieron difícil su puesta en marcha. El tribunal era presidido por un Juez de primera instancia, extendiendo su competencia no solo a los delitos y faltas cometidos por menores de quince años, sino

¹⁹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción...*, *ob. cit.*, pág. 30. Las ideas que más influyeron en nuestro desarrollo normativo de la ideología tutelar para los menores infractores fueron las de DORADO MONTERO quien propuso un sistema basado en la terapia del delincuente, un derecho penal protector del criminal, el cual no es más que un enfermo social, carente de libre albedrío, predeterminado por un haz de circunstancias que le condicionan. Por ello apoyaba el uso de la pedagogía correccional consistente en el empleo de medidas, no penas, que formaban parte del propio sistema de protección para tratar, educar y corregir. DORADO MONTERO, Pedro, *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I, Madrid, Liberia general de Victoriano Suárez, 1915, pág. 224.

²⁰ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 80.

²¹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción...*, *ob. cit.*, pág. 30.

²² RIOS MARTIN, Julián Carlos, *El menor infractor...*, *ob. cit.*, pág. 102.

también a aquellos hechos que pudieran afectar directa o indirectamente a la seguridad personal de los menores o a los fines de su educación integral²³.

El procedimiento no se sometía a las reglas procesales vigentes²⁴, caracterizándose por la ausencia de garantías básicas y un alto riesgo de arbitrariedad. El fallo del Tribunal podía dejar al menor al cuidado de su familia, su entrega a otra persona o sociedad tutelar así como determinar el ingreso en un establecimiento benéfico de carácter particular o del Estado²⁵.

En definitiva, la competencia protectora y de reforma acaba configurando un sistema híbrido lleno de riesgos, funcionando de una manera represiva sin observar los principios, las garantías y procedimiento. Por ello, tratando de paliar dicha situación, el Real Decreto-ley de 15 de julio de 1925 sobre organización y atribuciones de los tribunales tutelares para niños abordó una limitada reforma de la Ley de 1918 creadora de la jurisdicción española de menores, subrayando la dimensión educativa de los tribunales y ampliando la competencia hasta los dieciséis años del infractor²⁶.

Posteriormente, una segunda reforma se llevó a cabo por Decreto-ley de 3 de febrero de 1929 con el fin de adaptar la Ley de Tribunales de Menores a las disposiciones del nuevo Código penal de 1928, el cual destierra definitivamente el criterio del discernimiento²⁷ a favor de la fijación de un único período de irresponsabilidad total hasta los dieciséis años²⁸, el primero en nuestra historia de la codificación penal que viene a representar un giro filosófico total y un esfuerzo de adaptación de la legislación de menores a las corrientes por aquel entonces imperantes

²³ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 248.

²⁴ RIOS MARTIN, Julián Carlos, *El menor infractor...*, ob. cit., pág. 102.

²⁵ HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, Barcelona, Bosch, 2003, pág. 136.

²⁶ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil. Un estudio comparado del Derecho Penal juvenil en Alemania y en España*, Barcelona, Atelier, 2006, pág. 177.

²⁷ RIOS MARTIN, Julián Carlos, *El menor infractor...*, ob. cit., pág. 114. GUALLART DE VIALA, Alfonso, "La minoría de edad en nuestra legislación penal...", ob. cit., pág. 19.

²⁸ Declara en su artículo 56 que "Es irresponsable el menor de dieciséis años. El presunto responsable en cualquier concepto de una infracción criminal de las definidas en este Código o en las leyes especiales, que no hayan cumplido dieciséis años, será sometido a la jurisdicción especial del competente Tribunal tutelar para niños. Pero mientras exista algún territorio al que no alcance la Jurisdicción de los Tribunales tutelares se aplicara lo que preceptiva el artículo 855."

en la Doctrina²⁹. Tal opción instaurada por dicho Código será la que mantendrá el Código Penal de 1932³⁰.

Con el inicio de la Segunda República, los Decretos de 16 y 30 de junio de 1931 introdujeron múltiples modificaciones en la normativa de 1929. Siguiendo la exposición efectuada al respecto por LANDROVE DÍAZ³¹, destacamos las siguientes:

a) Por lo que respecta a la composición de los tribunales queda configurada de la siguiente manera: presidente y vicepresidente, dos vocales propietarios y dos suplentes, mayores de veinticinco años elegidos entre todas aquellas personas residentes en la provincia.

b) En relación a la jurisdicción de los tribunales tutelares, se sometían todos los hechos acaecidos en la provincia respectiva en los siguientes términos:

- Delitos y faltas tipificados en el Código penal o leyes especiales cometidos por menores de dieciséis años, así como casos de menores que se entregaren a la prostitución o a vagabundear.
- Faltas cometidas por mayores de dieciséis años contenidas en el Código Penal o legislación especial relativas a utilización de menores para la mendicidad o ejercicios peligrosos de los mismos.
- Suspensión del derecho de guarda y educación del menor de dieciséis años en los casos de malos tratos, consejos o ejemplos corruptores.

c) En atención a las medidas, el Tribunal tutelar de menores podía adoptar alguna de las siguientes:

²⁹ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 217.

³⁰ Dispone además, una atenuación imperativa de la pena en uno o dos grados para aquéllos mayores de dieciséis pero menores de dieciocho que cometan un delito. BENITO ALONSO, Francisco, “Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000...”, ob. cit., pág. 11.

³¹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción...*, ob. cit., pág. 33 y ss.

- En el ejercicio de la facultad reformadora: amonestación o breve internamiento, libertad vigilada, disponer al menor bajo la custodia de otra persona, familia o sociedad tutelar así como ingresarlo en un establecimiento de educación, observación o reforma. En todos estos casos (excepto el primero) el Tribunal designaba a un delegado que se encargaba de la vigilancia del menor y de la persona, familia, sociedad o establecimiento a cuya custodia hubiere sido confiado. El menor solo podía ser internado en un establecimiento especial cuando los demás medios resultasen ineficaces.
- En el ejercicio de la facultad protectora podía adoptar medidas de requerimiento, imposición de vigilancia, suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor, ordenando que el mismo fuese confiado a una persona, familia, sociedad tutelar o establecimiento.
- En el ejercicio de la facultad para enjuiciar a mayores de dieciséis años eran de aplicación las penas establecidas en el Código Penal o en la legislación especial.

Los acuerdos del tribunal no tenían carácter definitivo y podían ser modificados o incluso dejados sin efectos por el propio tribunal que los hubiere dictado, bien de oficio o a instancia del representante legal del menor o del respectivo delegado.

III.- Evolución legislativa de la medida de internamiento.

1.- Ley de Tribunales Tutelares de menores de 1948 y su decadencia.

Impuesta la dictadura franquista, la promulgación de algunas normas relativas al funcionamiento y organización de los órganos jurisdiccionales encargados de los menores infractores y la entrada en vigor del Código penal de 1944, plantearon la

exigencia de sistematizar dicha normativa³². Se procedió a la revisión de la legislación y se restauró el articulado de la Ley y Reglamento de 1929 dando lugar a la Ley de 13 de diciembre de 1940 que, con los Decretos de 11 de junio y de 2 de julio de 1948, reunirían en un texto refundido la normativa de los Tribunales Tutelares de Menores, armonizándola con el Código penal de 1944³³.

El Tribunal Tutelar, en cuanto a configuración, procedimiento y competencia no presenta ninguna modificación respecto a la legislación anterior. El catálogo de medidas contempladas (art. 17 LTTM) incluía algunas de carácter aislado, como la amonestación y el breve internamiento, y otras duraderas como la libertad vigilada, la colocación bajo la custodia de otra persona, familia o sociedad tutelar, el internamiento en establecimiento de observación, educación o reforma de tipo educativo, de tipo correctivo o de semilibertad y el internamiento en establecimiento especial³⁴.

Podemos resumir las características de las medidas a imponer de la siguiente forma:

- Principio de educabilidad. La determinación de la medida a imponer se regía por sus posibilidades educativas: “las medidas no tendrán carácter represivo, sino educativo y tutelar” (art. 9).

- Consideración de la personalidad del autor y no de la naturaleza de la infracción cometida (art. 16).

- Duración indeterminada, siendo el único límite establecido la mayoría de edad civil. Se partía de que no se podía saber a priori cuando el menor va a estar reeducado.

- Las medidas podían ser revocadas y modificadas en cualquier momento de oficio o a instancia de parte.

³² LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción...*, *ob. cit.*, pág. 36. VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 289.

³³ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 249. En el Código Penal de 1944 podíamos distinguir:

a) La eximente de minoría de edad penal (art. 8.2).

b) La circunstancia atenuante de minoría de edad penal de 16 a 18 años (art. 9.3).

³⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 102.

- El juez podía decidir con razonada libertad de criterio (art. 17). Sus únicos límites eran el catálogo de medidas descrito en la ley y el internamiento como medida última a imponer³⁵.

De esta manera, CUELLO CONTRERAS entiende que nada obligaba a pensar que la naturaleza de estas medidas fuese penal, cabiendo entenderlas, dado que también eran aplicables en ejercicio del derecho de corrección derivado de la patria potestad ejercida por las autoridades supletorias de los padres, de naturaleza civil o de orden asistencial³⁶.

Con el paso del tiempo, cada vez resultaban más evidentes las limitaciones de los tribunales tutelares de menores. Las críticas formuladas versaron sobre sus carencias más importantes:

- Ausencia de garantías procesales fundamentada en la ideología protectora y paternalista que inspiraba el proceso.
- Falta de profesionalización de todos los intervinientes en la jurisdicción de menores.
- Limitadas instituciones especiales necesarias para proporcionar los tratamientos adecuados.

De todas estas características resulta un sistema punitivo basado en la ausencia de garantías y de límites que desprecia la persona del menor como sujeto de derechos³⁷, en donde el factor más importante a la hora de establecer una medida no es el delito sino la personalidad del menor y las circunstancias que lo rodean³⁸. En definitiva, ante tal deterioro del sistema, se reclamaba la sustitución de una normativa que ya había agotado su papel.

³⁵ Extensamente sobre la LTTM véase GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, *Delincuencia juvenil y control social*, Barcelona, Circulo Editor Universo, 1981, págs. 28-66.

³⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000, pág. 18-19.

³⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 103.

³⁸ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 90.

2.- Doctrina Internacional sobre el nuevo modelo de justicia juvenil.

Las limitaciones del sistema tutelar español se hacen aún más patentes si se comparan con la doctrinal internacional que proponía un nuevo modelo de justicia juvenil recogido en una serie de Pactos y Convenciones relativos a los derechos humanos que han prestado una especial atención al tratamiento penal de los menores delincuentes. La preocupación por los derechos y garantías que los menores habían carecido se inicia con la sentencia dictada en el llamado “caso GAULT”³⁹, que propició importantes cambios legislativos. A continuación, se efectuará una breve referencia a los aspectos más significativos de los textos internacionales de interés en este ámbito⁴⁰.

Así en primer lugar, hay que destacar la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 en la que se insistía en que el menor «por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento» (Preámbulo, Considerando 3).

En segundo lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, el cual, a diferencia de la citada Declaración Universal que no distingue por razón de la edad, consagra una serie de prohibiciones y obligaciones específicamente dirigidas a la tutela preferente de los menores respecto de

³⁹ El 8 de junio de 1964, Gerald Francis Gault, de 15 años y su amigo Lewis, fueron denunciados por una vecina por haber vertido por teléfono frases indecentes. Fueron detenidos sin dejar notificación a los padres, que en ese momento no se encontraban en el domicilio. Celebrado días más tarde la Audiencia ante el Tribunal juvenil, sin que se personara la persona denunciante, sin posibilidad de aportar testigos, sin tomarse constancia escrita de las actuaciones, Gerald Gault fue condenado al internamiento hasta que cumpliera la edad de 21 años, en la Escuela industrial del Estado, por estimar el Tribunal que se trataba de un delincuente juvenil. Tres años más tarde, en 1967, el Tribunal Supremo –al que se había pedido que declarase inconstitucional el Código juvenil de ese Estado- dicta la sentencia (cuyos pronunciamientos más significativos que obligaron a todos los Estados a cambiar sus leyes juveniles por considerar que eran inconstitucionales) fueron los siguientes “... las garantías procesales deben ser también aplicadas a los menores. Ellas exigen: que se comunique al joven, a sus padres, o guardadores y con tiempo suficiente, los cargos que se le imputan, para que se pueda preparar la defensa; el derecho también para el menor, de aconsejarse y ser defendido, por Letrado; el privilegio de no acusarse a si mismo y de que si el sujeto lo hace, la confesión no valga, salvo, que el hecho haya sido probado por otros medios. El derecho de confrontar a los testigos y de que estos presten declaración bajo juramento”. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 98.

⁴⁰ Tales textos internacionales vienen recogidos en ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Barcelona, Bosch, 2001, págs. 47- 54. MONTERO HERNANZ, Tomás, *La justicia juvenil en España. Comentarios y reflexiones*, Madrid, Editorial La ley, 2009, págs. 81-127.

los adultos. Así, prohíbe la imposición de la pena de muerte «por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad» (art. 6.5); obliga a la separación de «los menores procesados» de los adultos y a ser conducidos ante los Tribunales de Justicia «con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento» (art. 10.2.b); limita la publicidad de la Sentencia por «el interés de los menores» (art. 14.1); obliga a que «en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tenga en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social» (art. 14.4); y en general, proclama el derecho «de todo niño», sin discriminación alguna, «a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado» (art. 24.1).

En tercer lugar, cabe destacar las «Reglas de Beijing», en las que ya se recomendaba a la Comunidad de Naciones que la justicia de menores forme «una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país», debiendo «administrarse en el marco general de la justicia social para todos los menores» (regla 1.4). Del mismo modo, los Estados han de procurar «promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores» (regla 2.3) y garantizar que el enjuiciamiento de los menores a los que se imputen hechos delictivos y la ejecución de las medidas acordadas se realice según unas garantías procesales fundamentales (regla 7).

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, las «Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil» (las denominadas «Directrices de Riad»), la Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, y las «Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad» (Res. 45/113, de 14 de diciembre de 1990), completan el marco normativo jurídico internacional de la justicia de menores.

Esta ordenación de las Naciones Unidas tiene su paralelo en los instrumentos del Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, se refiere a los menores en dos ocasiones: en su art. 5 al prever los límites del internamiento del menor, que sólo podrá acordarse con arreglo al procedimiento legalmente previsto y «en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar

su educación, o de su detención, conforme a Derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente» y en su art. 6.1, como limite a la publicidad de las vistas.

La Resolución (78) de 29 de noviembre de 1978 del Comité de Ministros sobre la delincuencia juvenil y la transformación social, y la Recomendación num. R (87) 20, también del Comité de Ministros, de 17 de septiembre de 1987, sobre las «reacciones sociales ante la delincuencia juvenil», insisten en que el sistema penal de menores debe caracterizarse por «su objetivo de educación y de reinserción social y que, en consecuencia, debe, hasta donde sea posible, suprimir el encarcelamiento de los menores de edad», disponiendo que es necesario «reconocer a los menores las mismas garantías procedimentales que las reconocidas a los adultos», fomentando la desjudicialización («diversión») y la mediación como medios alternativos al proceso penal de menores.

En definitiva, la nueva línea de intervención sobre los menores infractores marcada por la mencionada normativa internacional partiría de la necesidad de superar los postulados propios del anterior modelo tutelar implementado en las legislaciones estatales a partir de la creación a finales del siglo XIX de los primeros Tribunales Tutelares de menores, debido sobre todo a que su aplicación comportaría importantes restricciones de las garantías individuales que a cualquier persona, también menor de edad, deben serle garantizadas cuando se vea sometida a una intervención estatal; aún más cuando de lo que se trata es de imponerle, si bien con el termino “medidas”, auténticas restricciones de derechos⁴¹.

3.- La Constitución Española de 1978 y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991.

La desarmonía entre los imperativos constitucionales y la normativa de los Tribunales tutelares era evidente en tres aspectos: a nivel organizativo, competencial y procedimental. Así, el artículo 117 de la Constitución Española establece las bases de la Administración de Justicia, declarando la integración de todos los Jueces y Magistrados

⁴¹ CRUZ BLANCA, María José, “Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre” en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 155.

dentro del Poder Judicial, incluidos así los Tribunales Tutelares de Menores. Por otra parte, el artículo 24.2 de la citada norma enumera las garantías procesales que debían respetarse en todo proceso penal seguido contra cualquier individuo⁴².

Sin embargo, al desatenderse durante demasiado tiempo la necesidad de adaptar la normativa reguladora de los Tribunales tutelares de menores a las exigencias constitucionales, se siguió aplicando la regulación anterior por unos órganos de cuestionable legitimidad⁴³. Por ello no resultó extraño las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por algunos jueces de menores que tenían como objeto central concreto el de la falta de garantías procesales del procedimiento reformador de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores⁴⁴. Al respecto, resulta significativa la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991⁴⁵, donde se declara la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Tribunales tutelares de menores⁴⁶ (que regulaba el procedimiento aplicable en ejercicio de la facultad de corrección o reforma); declarando asimismo que no era inconstitucional el art. 16. Por lo que respecta a la primera cuestión, justifica el Tribunal dicha inconstitucionalidad señalando que el art. 15 LTTM excluye rotundamente la aplicación de «las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones»⁴⁷. Esta declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la LTTM, en lo referido al procedimiento corrector, ocasionaría una laguna normativa en relación al proceso que se debiera seguir para enjuiciar los delitos y faltas cometidos por menores de edad penal, vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva⁴⁸. En tanto esto sucedía, el Tribunal encomendó la labor de llenar el vacío producido a los propios jueces de menores⁴⁹.

⁴² CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, ob. cit., pág. 179.

⁴³ Como intentos de carácter oficial que no llegaron a plasmarse legislativamente se pueden citar los siguientes: “el estatuto del menor” y el “Anteproyecto Provisional de la Ley penal de menores”. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 253.

⁴⁴ BONET ESTEVA, Margarita, “Algunas pautas constitucionales para la reinterpretación de un derecho penal de menores”, *Diario La Ley, tomo I*, Editorial LA LEY, 1994, pág. 1062.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional num. 36/1991, de 14 de febrero (RTC 1991/36).

⁴⁶ Artículo 15 de la LTTM: “En los procedimientos para corregir y proteger a menores, las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren, no serán públicas y el Tribunal no se sujetara a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación en lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactaran concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse”. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 255.

⁴⁷ Fundamento jurídico 6º.

⁴⁸ Fundamento jurídico 6º in fine.

⁴⁹ Afortunadamente, el mencionado artículo 40. b) de la Convención de los Derechos del Niño, y la Doctrina acerca de los derechos garantizados por el artículo 24 de la Constitución española y en especial, sobre el derecho al Juez imparcial (de donde deriva el principio de contrariedad y en consecuencia la

Respecto a la constitucionalidad del art. 16 cabe subrayar que el mismo disponía que los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal que se atribuyeren a los menores de 16 años serían apreciados por los Tribunales tutelares con razonada libertad de criterio. Como destacó el Tribunal Constitucional en su sentencia, la muy genérica descripción de las conductas que podía dar lugar a la adopción de medidas correctoras hacía imposible establecer un sistema de relaciones claro entre estas y aquellas y violaba tanto el principio de seguridad jurídica como el de legalidad. A este respecto el Tribunal Constitucional entiende que hay que admitir en este ámbito una flexibilidad mayor que en el penal, de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor, en orden a obtener su efectiva reinserción social. De este modo, declaró que el referido art. 16 no era contrario a la Constitución, siempre que fuese interpretado en los términos y con las garantías aludidas. Declaración que concluía con la reiteración por el alto Tribunal de la necesidad de una urgente reforma legislativa en la materia.

4.- Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores.

Como consecuencia de este vacío legislativo creado por la declaración de inconstitucionalidad del esquema procesal anterior, el Gobierno procedió a remitir a las Cortes un proyecto de reforma de dicha legislación que dio origen a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio⁵⁰, la cual supuso una respuesta urgente y parcial a tales exigencias actualizadoras en espera de una renovada legislación sobre reforma de menores, tal y como indicaba su propia Exposición de Motivos⁵¹.

Esta ley adopta el modelo de responsabilidad o mixto⁵², combinando lo educativo y lo judicial, garantizando los principios básicos del Derecho Penal y

presencia en el proceso penal de un acusador), pueden ayudar al desempeño de esta tarea (Fundamento jurídico 6º).

⁵⁰ GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, “La justicia juvenil en España: un modelo diferente”, en MARTIN LOPEZ, María Teresa, *La responsabilidad penal de los menores*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2001, pág. 23. GUALLART DE VIALA, Alfonso, “La minoría de edad en nuestra legislación penal...”, *ob. cit.*, pág. 32.

⁵¹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Marco operativo de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-147, tomo 4, 2000, pág. 1.

⁵² CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 105. El modelo de responsabilidad se fundamenta en los siguientes principios: 1.- La prevención antes que la represión: la mejor manera de luchar contra la delincuencia juvenil es impedir que surjan delincuentes juveniles, para

Procesal⁵³, siendo competentes los jueces de menores para conocer los hechos cometidos por mayores de doce años y menores de la edad fijada en el Código penal a efectos de responsabilidad criminal, tipificados como delitos o faltas en las Leyes penales.

En cuanto al catálogo de medidas no hay grandes avances, siendo lo más significativo la edad de aplicación⁵⁴, la duración de las medidas⁵⁵ y la apuesta sin paliativos por la mediación-reparación entre el infractor y la víctima así como por las medidas no restrictivas de libertad⁵⁶. Por lo que se refiere a la medida de internamiento⁵⁷, se echa en falta el que no se establezca su subsidiariedad⁵⁸, aunque la STC 36/1991 así como la Convención de Derechos del Niño de la ONU, las Reglas de Beijing, la Recomendación nº 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17

lo cual se necesitan adecuados programas de asistencia social, laboral, económica y educacional (entre los que no hay que olvidar los encaminados a facilitar y hacer más accesible el uso adecuado del tiempo libre y del ocio). Se debe limitar al mínimo indispensable el uso del sistema de justicia tradicional e implantar nuevos sistemas de justicia especialmente enfocada y diseñada para el fenómeno de la delincuencia de menores, dejando para otros ámbitos (asistenciales y sociales) el tratamiento de otras situaciones que se puedan dar en los menores (menores abandonados, maltratados, inadaptados...). 2.- Disminuir la intervención punitiva del Estado con la simultánea activación de estrategias preventivas en los campos de asistencia social a menores, de política social, del mercado de trabajo, de las ofertas de tiempo libre. 3.- Reducir al máximo las medidas o sanciones de privación de libertad, limitándolas a supuestos excepcionales. 4.- Flexibilizar y diversificar la reacción penal con medidas flexibles que se puedan ajustar y adaptar a las circunstancias del menor. 5.- Aplicar a los menores infractores todos los derechos y garantías reconocidos a los adultos en el proceso penal. 6.- Profesionalizar y especializar a los órganos de control social formal que intervienen en el sistema de justicia juvenil. CRUZ BLANCA, María José, "Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre", *ob. cit.*, pág. 154.

⁵³ AGUIRRE ZAMORANO, Pío, "Medidas aplicables en la legislación de menores" en MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel, *Menores privados de libertad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pág. 199.

⁵⁴ Limita su actuación a los hechos tipificados por las leyes penales que cometan los mayores de 12 años y menores de edad penal (art. 9).

⁵⁵ Impone la duración temporal de las medidas (dos años) ya que incluso estando sometidas a la evolución del menor, no se excluye que tengan límite máximo (art. 16.1).

⁵⁶ BERNAL ESTEBAN, Dolores, "Las medidas de internamiento: diversos regímenes y su ejecución", en BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Ed.), *El nuevo derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*, Zaragoza, Monografías de la revista aragonesa de Administración Pública, 2002, pág. 125.

⁵⁷ El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la medida de internamiento para menores en su sentencia num. 233/93, de 12 de julio. Sustancialmente recoge tres argumentaciones. La primera sentada en la admisión que los diversos tratados internacionales referidos a la materia hacen del internamiento, por ejemplo, artículo 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño, y Reglas 13.1 y 2 y 17.1 a) de Beijing; de esta manera indica el Tribunal que se guarda el necesario respeto a las normas internacionales. El segundo fundamento alude a razones de prevención general, al manifestar el Alto Tribunal que no se pueden "olvidar las necesidades de la sociedad o interés general"; finalmente indica que "tampoco se aparta de la orientación protectora principal, que coexiste necesariamente con algún aspecto represivo o correccional, sancionador en suma, porque todo método pedagógico incluye también el castigo de las conductas negativas". CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 281.

⁵⁸ AGUIRRE ZAMORANO, Pío, "Medidas aplicables en la legislación de menores", *ob. cit.*, pág. 218.

de Septiembre de 1987 y la Instrucción 2/92 de 13 de Febrero de la Fiscalía General del Estado dejan claro este extremo.

Esta medida podía adoptar la forma de régimen cerrado, conforme al cual el menor debía residir en el centro y realizaba en éste todas las actividades normativas, educativas, laborales y de ocio; régimen semiabierto, en virtud del cual el menor debía residir en el centro, realizando el resto de actividades, siempre que fuese posible, fuera del mismo o régimen abierto, en el que pernoctaba en el centro pero el resto de las actividades las realizaba fuera de él⁵⁹.

En cuanto al régimen de aplicación, hay que decir que, de la literalidad del artículo 2.3 de la LORCPJM⁶⁰, se desprendía una consecuencia que denota un excesivo arbitrio en la determinación de la sanción. Según el precepto indicado, el Juez de Menores podía acordar la imposición de alguna de las medidas frente a cualquier hecho cometido⁶¹. De esta forma, la letra de la ley permitía la posibilidad de imponer una medida de internamiento ante una falta. Frente a ello, el Tribunal Constitucional en la ya citada sentencia 36/1991 estableció una serie de limitaciones a las facultades que ostentaban los jueces de menores en el momento de determinación de la medida, cual es la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves⁶². La privación de libertad se reserva para delitos graves en los que concurra violencia personal o para los casos de reincidencia en la comisión de otros delitos graves y siempre que no sea posible otra respuesta adecuada⁶³. En definitiva, tal ley propone o al menos esboza un sistema garantista de responsabilidad penal del menor⁶⁴.

⁵⁹ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 281-282.

⁶⁰ El citado precepto señalaba que “El acuerdo del Juez de Menores que se designará “resolución” apreciará las pruebas practicadas, las razones expuestas tanto por el Fiscal como por la defensa y lo manifestado, en su caso, por el menor. Igualmente valorará las circunstancias y gravedad de los hechos, así como la personalidad, situación, necesidades del menor y su entorno familiar y social. Si impusiere alguna de las medidas a que se refiere el artículo 17, expresará su duración, que no excederá de dos años, salvo lo dispuesto en su número 1º.”

⁶¹ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 287.

⁶² Fundamento jurídico 7º.

⁶³ GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, “La justicia juvenil en España...”, ob. cit., pág. 28.

⁶⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción” en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 35.

5.- El Código Penal de 1995.

El nuevo Código Penal supuso un cambio muy importante en la política criminal de nuestro país, hecho que también afectaría a los menores de edad penal⁶⁵, contribuyendo decisivamente a acelerar la actividad legislativa con respecto a la elaboración de un nuevo Derecho penal juvenil⁶⁶. Tal cuerpo legal declara la exención de responsabilidad criminal para los menores de dieciocho años, remitiéndose a lo que en el futuro regule la Ley de Responsabilidad del Menor⁶⁷. Mientras no se aprobara dicha Ley seguía en vigor la normativa anterior, esto es, el CP 1973 (y la Ley de Juzgados de Menores, de 1992). Así se establecía expresamente en la Disposición Final 7ª en consonancia con la Disposición derogatoria 1. a), que exceptuaba la derogación de los artículos 8.2⁶⁸, 9.3⁶⁹, la regla 1ª del artículo 20 en lo que se refiere al número 2º del artículo 8 y el artículo 65⁷⁰. Del mismo modo, se seguía aplicando la normativa anterior a los hechos cometidos por mayores de 18 años y menores de 21, a tenor del artículo 69, que también remitía a la citada ley del menor.

6.-Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad penal del menor.

6.1.- Consideraciones previas.

La entrada en vigor del Código Penal de 1995 constituye la antesala de la Ley de responsabilidad penal del menor. La exigencia en su artículo 19 de regular expresamente la responsabilidad penal de los menores de 18 años en una Ley independiente sienta las bases definitivas para la elaboración de un “Código Penal de

⁶⁵ GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, “La justicia juvenil en España...”, *ob. cit.*, pág. 29.

⁶⁶ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 183.

⁶⁷ Dispone el art. 19 CP: “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”.

⁶⁸ Artículo 8.2: “Esta exento de responsabilidad el menor de 16 años. Cuando un menor que haya cumplido esta edad ejecute un hecho penado por la ley, será confiado a los Tribunales Tutelares de menores”.

⁶⁹ Artículo 9.3: “Son circunstancias atenuantes “la de ser el culpable menor de dieciocho años”.

⁷⁰ Artículo 65: “Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se aplicara la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable”.

Menores” que se traduce en la LORRPM⁷¹, la cual ha permitido dotar a los menores de un sistema de garantías jurídicas, pero manteniendo un enfoque eminentemente educativo que haga posible su reinserción social, si bien es cierto que en ocasiones resulta complicado compaginar la función penal con la educativa, la labor de control con la de inserción⁷².

La LORRPM ha cubierto una necesidad que demandaban desde hacia tiempo amplios sectores, no solo del mundo jurídico sino también psicológico, sociológico y educativo, tendente a reformar la desfasada regulación anterior⁷³. De una forma esquemática, podríamos resumir los efectos más significativos en relación con la regulación anterior en los siguientes aspectos:

- Modificación de la franja de edad: la ley se aplica a aquellos menores que cometan infracciones de naturaleza penal con edades comprendidas entre 14 y 17 años, a diferencia de la legislación anterior cuyo ámbito de aplicación comprendía los hechos cometidos por mayores de 12 y menores de 16.

- Incremento del catálogo de medidas: solo tres medidas son nuevas en relación al catálogo de medidas que preveía el antiguo art. 17 de la Ley 4/1992: la asistencia a un centro de día, la realización de tareas socio-educativas y la privación de licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. En realidad, las dos primeras se utilizaban como contenido de la medida de libertad vigilada⁷⁴. En las demás se lleva a cabo una descripción de contenidos ausente en la Ley hasta ahora vigente y

⁷¹ Dicha ley constituye sin duda un corpus iuris autónomo en el cual se recoge el Derecho penal juvenil vigente en la actualidad en territorio español, en una variedad de vertientes: sustantiva, procesal e incluso “penitenciaria”. BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (Directores), *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Madrid, Dykinson, 2009, pág. 15. El Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, viene a complementar tal regulación, desarrollando sobre todo materias como la ejecución de las medidas donde la propia ley no podía descender, en tanto que tales materias, por sus características, eran propias de la regulación reglamentaria.

⁷² MONTERO HERNANZ, Tomás, *La justicia juvenil en España...*, ob. cit., pág. 152.

⁷³ BENITO LÓPEZ, Alejandro M^a, “La Ley Penal del Menor y su aplicación” en LAZARO GONZALEZ, Isabel, MAYORAL NARROS, Ignacio, *Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pág. 73.

⁷⁴ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 182

que cumple con mayor eficacia el mandato de taxatividad propio de la garantía de la legalidad de las sanciones⁷⁵.

- Incremento de la duración de las medidas: se ha pasado de una duración máxima de dos años a una duración de hasta once años (seis de internamiento seguidos de cinco de libertad vigilada).

La LORRPM opta por el modelo de responsabilidad, vigente en los países de nuestro entorno, que ha desplazado definitivamente a los ya anacrónicos correccionales o protectores que con anterioridad se han utilizado con excesiva frecuencia, dando paso a un estructura de acusada orientación pedagógica y resocializadora, decididamente garantista y fiel al espíritu de las directrices internacionales del Derecho penal juvenil⁷⁶. En el fondo es un derecho penal de formas más dúctiles, más flexible que el de adultos⁷⁷.

En todo caso, la nueva ley supone un importante avance y constituye un enfoque progresista, que intenta conseguir para el menor infractor las máximas garantías dentro de un procedimiento especializado que va dirigido a lograr su interés con variadas formas, que tienden a evitar la actuación judicial en algunos casos y en otros con múltiples posibilidades de actuación educativa mediante la adopción de medidas para conseguir tal fin⁷⁸.

6.2.- Principios inspiradores de la LORRPM.

Si nos referimos a principios inspiradores básicos de la justicia de menores, lo primero con que nos encontramos es con un acuerdo en que los planteamientos que dominan el derecho penal de adultos no pueden o no deben imponerse

⁷⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 143.

⁷⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Reflexiones criminológicas y político-criminales al modelo de responsabilidad penal de la LORRPM 5/2000, de 12 de enero”, en RUIZ-GALLARDÓN, Isabel, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (eds), *Los menores ante el Derecho*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2005, pág. 133.

⁷⁷ RIOS MARTIN, Julián Carlos, SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, “La Ley de Responsabilidad de los Menores. Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso” en VV AA, *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, 2000, pág. 541.

⁷⁸ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 101.

incondicionalmente en este campo⁷⁹. Así, una serie de axiomas generales y criterios específicos deben ser tomados en consideración si quiere entenderse cual es el auténtico significado de esta justicia, al tiempo que nos permitan conocer cuales son las bases de esa diferencia de trato del menor respecto del tratamiento penal del mayor de edad⁸⁰. Por ello, la justificación del examen de tales principios es obvia, en tanto que en primer lugar, éstos cobran una especial trascendencia ya que la filosofía tutelar imperante en la legislación española de menores hasta 1992 propició el abandono de garantías frente a la arbitrariedad judicial. Por otra parte, precisamente la cimentación de la LORRPM sobre tales principios la sitúan o la ubicaban en el momento de su elaboración y posterior publicación en la vanguardia de las nuevas políticas de justicia juvenil⁸¹, corrientes caracterizadas por el loable intento de conciliar el más escrupuloso respeto a los derechos individuales del menor con la búsqueda de su reinserción social a través de un tratamiento educativo intensivo⁸².

Tales principios se articulan como límites al intervencionismo punitivo del Estado en la esfera individual del sujeto, fundamentándose en la propia naturaleza del Derecho penal, de un lado, y de otro en la plasmación institucional del Estado como un Estado social y democrático de Derecho, obligando a respetar las garantías reconocidas en los textos constitucionales de los Estados Democráticos y en última instancia, en las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos⁸³. Tanto los principios como la regulación normativa de la LORRPM permiten a los Jueces de Menores una gestión adecuada de cada caso⁸⁴. En definitiva, la presente Ley, inspirada en la protección del interés del menor y en el respeto de los postulados imperantes en un Estado democrático

⁷⁹ BERNUZ BENEITEZ, María José, “Justicia de menores española y nuevas tendencias penales: La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-12, pág. 4.

⁸⁰ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 75 y 76.

⁸¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, *ob. cit.*, pág. 37.

⁸² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 28.

⁸³ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, “El derecho penal de menores en el Estado social y democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor” en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 55.

⁸⁴ NIETO GARCIA, Luis Carlos, “La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto” en PANTOJA GARCIA, Félix (Director), *La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pág. 16.

y Social de Derecho y las garantías reconocidas por la Constitución, introduce principios novedosos que se alejan de los tradicionales fundamentos retributivos⁸⁵.

A pesar de la valoración positiva realizada, hemos de criticar las deficiencias técnicas que presenta la Ley en este punto pues por un lado utiliza indistintamente los términos “criterios” y “principios” y por otro, no efectúa realmente una enumeración de principios de tipo general sino que más bien expresa las soluciones u opciones que se han adoptado respecto a los aspectos nucleares del procedimiento⁸⁶.

Efectuadas tales observaciones, hay que indicar que tanto de la Exposición de Motivos⁸⁷ de la propia ley como de su articulado se pueden extraer los siguientes principios:

1.- Primacía del interés superior del menor.

El más básico y fundamental de los principios que orientan la LORRPM es el del “superior interés del menor”⁸⁸. Siguiendo fielmente los postulados de las Recomendaciones y Convenios internacionales⁸⁹, la LORRPM consagra desde un primer momento el principio del superior interés del menor al mencionar en su Exposición de Motivos que “en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor”⁹⁰. El menor infractor es el centro de la actuación de la justicia de menores y supone un principio interpretativo e integrador de todas las disposiciones y

⁸⁵ PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 21.

⁸⁶ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Pamplona, Aranzadi, 2001, pág. 35.

⁸⁷ Exposición de Motivos, apartado II.6.

⁸⁸ HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil, ob. cit.*, pág. 254.

⁸⁹ El llamado interés del menor podemos encontrarlo en los artículos 3 de la Convención de los Derechos del Niño, al expresar 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 será el interés superior del niño; igualmente, el artículo 40 establece los presupuestos de la justicia penal de menores, aludiendo a tal interés. La regla 5ª de Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores o Reglas mínimas de Beijing establece, expresamente, que el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de estos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes, será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

⁹⁰ Exposición de Motivos, apartado 7.

actuaciones relacionadas con ella⁹¹, cuya presencia, lejos de considerarse simbólica, alcanza cotas impensables de reiteración que han llegado a calificarse de excesivas⁹².

En primer término, el interés superior del menor se concreta como *principio interpretativo* en las múltiples disposiciones de la Ley: para la elección de la medida adecuada⁹³ (art. 7.3); para la modificación o suspensión de las medidas impuestas (arts. 14.1 y 36.3); para la intervención del Ministerio Fiscal (art. 23.1); para las propuestas del Equipo técnico (art. 27.3); para la no continuación del expediente (art. 27.4); para la adopción de medidas cautelares (art. 28.1); para la participación en la fase de audiencia (art. 30.3); para la elección del centro donde se haya de ejecutar la medida (art. 46.3); para la aplicación de mecanismos de protección del menor con posterioridad al cumplimiento de la medida (art. 53.2). Por su parte, el RLORRPM contiene pocas alusiones a este principio, pues además del artículo 6.f), solo aparece en el artículo 5.1 (como criterio inspirador de la actuación del Ministerio Fiscal en el momento de decidir sobre el desistimiento de la continuación del expediente por una posible solución extrajudicial) y en los artículos 10.1.2ªa) y 35.1. b), referidos ambos a la posibilidad de acordar el ingreso del menor en un centro alejado de su domicilio y de su entorno social y familiar, preceptos todos ellos que no son sino directo desarrollo de lo establecido en el artículo 19 LORRPM⁹⁴. Además, la necesidad de evitar dilaciones indebidas para posibilitar que la tutela judicial efectiva tenga lugar en un plazo razonable, adquiere en Derecho penal juvenil una especial intensidad, precisamente en atención al interés superior del menor, tanto por la importancia que tiene la edad del sometido a un proceso de este tipo como por cuanto han de evitarse retrasos excesivos a fin de conseguir una acción educativa eficaz⁹⁵. En definitiva, el interés superior del menor debe implicar que la Justicia penal de menores solo actúe si es realmente necesario, dejando a un lado las

⁹¹ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 86.

⁹² PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, ob. cit., pág. 79.

⁹³ La consecución del interés del menor al determinar la medida habrá de orientarse a reducir al mínimo las consecuencias negativas generales, pues son las únicas que se pueden valorar en ese momento. Concretamente, al objeto de contrarrestar el carácter impositivo de la intervención penal, cabe ofrecer el mayor grado posible de autonomía y responsabilidad al menor en el desarrollo de la medida aplicada. CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*. Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 135. Sobre la proyección del principio de interés superior del menor en la elección de la medida, nos remitimos al Capítulo V del presente trabajo.

⁹⁴ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Murcia, Fundación Díagrama, 2008, pág. 200.

⁹⁵ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva Mª, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, ob. cit., pág. 87.

demandas preventivo-generales que ceden ante la finalidad de recuperación del joven infractor⁹⁶.

De otro lado, la unidad del sistema del Derecho de menores obliga a suplir los vacíos y deficiencias de una legislación con los propios principios que la informan. Así, el principio de interés del menor como *elemento integrador* debe servir de elemento auxiliar para indagar y esclarecer los principios del Derecho penal de menores vigente y en segundo término, de elemento complementario para suplir sus lagunas cuando se agote la potencia normativa del sistema jurídico positivo⁹⁷.

Subrayada la vital importancia de este principio hay que puntualizar que en otros supuestos tal parámetro ha pasado a un segundo plano, como los casos de aplicación obligatoria de la medida de internamiento donde prima la retribución y prevención general, supuestos que serán examinados posteriormente en el capítulo correspondiente.

En esta línea, SUÁREZ LÓPEZ destaca que en la regulación prevista en el artículo 11 de la LORRPM, se observa que en caso de concurso la medida de internamiento pueda alcanzar una duración de 10 años, lo cual evidencia el olvido por parte del legislador en esta materia del principio de interés superior del menor⁹⁸.

Por su parte, POLAINO-ORTS estima que la medida de alejamiento de la víctima introducida por la LO 8/2006 desplaza a un segundo plano el ya citado interés del menor, considerando que tal medida constituye el ejemplo prototípico de norma de Derecho penal del enemigo en tanto que prima el interés de seguridad de protección de terceras personas o genéricamente de la sociedad mediante el aseguramiento del concepto de norma jurídica⁹⁹.

⁹⁶ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, *ibidem*, pág. 50 y 51.

⁹⁷ VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 328.

⁹⁸ SUÁREZ LÓPEZ, José María, “La proyección del principio del interés superior del menor en la regulación del concurso de infracciones” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (Directores), *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Madrid, Dykinson, 2009. pág. 272.

⁹⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, “El menor como enemigo (o el cambio de paradigma en el tratamiento penal de la delincuencia juvenil)” en MARTIN OSTOS, José, *El experto universitario en justicia de menores*, Sevilla, Astigi, 2008, pág. 146. En todo caso, indica MORILLAS CUEVA que la reforma efectuada por la LO 8/2006 supone un giro importante hacia hipótesis de real alejamiento de los principios informadores más relevantes de la propia LORRPM, incluido, a pesar de lo que dice la

Asimismo, tal principio rector es difícilmente identificable en la cuestión relativa al cumplimiento de la medida de internamiento cuando el menor alcance la mayoría de edad en un centro penitenciario. Este criterio normativo se ha convertido en uno de los aspectos más criticables y polémicos de la última Ley de reforma ya que no tiene el más mínimo sentido educativo interrumpir una medida de internamiento en un centro de menores si el condenado –en la Jurisdicción de menores- alcanza los dieciocho años, obligándole a que la continuación del cumplimiento se realice en un centro penitenciario. No resulta fácil encontrar en tan represivo criterio la más mínima concesión al superior interés del menor¹⁰⁰.

Finalmente, la posibilidad de que la defensa de los intereses de la víctima haya propiciado que directamente ofendidos por el delito puedan, incluso, instar la imposición de medidas al menor, no parece que sea fácilmente conjugable con el principio inspirador básico del interés superior del menor, dado que lo más probable es que tal solicitud se haga con una finalidad muy diferente y más próxima a una idea puramente retributiva¹⁰¹. En estos supuestos se vacía de contenido el principio, aún cuando permanece formalmente pero sin efectividad.

Con la Convención de Derechos de los Niños y la Ley Orgánica 5/2000, en su redacción inicial, se dejaba muy claro que el interés principal en Justicia de Menores era el interés superior del menor. Ahora bien, todas las reformas de la LORRPM lo que intentan es armonizar el interés superior del menor con el interés de un público atemorizado. Ese intento de compatibilizar ambos intereses nos lleva a un endurecimiento progresivo de la Justicia de Menores: las medidas duran cada vez más, el centro cerrado para algunos delitos es la única medida posible y la incorporación de la acusación particular se erige en derecho de las víctimas. Como conclusión, el interés

Exposición de Motivos, el interés superior del menor. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, *ob. cit.*, pág. 50 y 51.

¹⁰⁰ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 88. En el mismo sentido, BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 237.

¹⁰¹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 92. En el mismo sentido, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 188.

superior del menor deja de ser el interés central de la justicia de menores para ser otro de los intereses que debe proteger la Justicia Juvenil¹⁰².

A estas alturas, ya no se puede hablar de equilibrio entre un régimen general presidido por el interés del menor y un subsistema represivo para el sector más inquietante, aunque cuantitativamente pequeño, de la delincuencia juvenil. Si con las sucesivas reformas operadas en la LORRPM hasta el año 2006 ese eventual equilibrio había quedado ya muy tocado, con la LO 8/2006 ya se ha pasado de manera definitiva a una justicia penal juvenil predominantemente represiva¹⁰³. La experiencia en otros ámbitos demuestran que cuando el legislador en un conflicto de fines, como los que aquí se señalan, no toma un decidido partido por salvaguardar aquel que resulta más débil, el resultado es que el fin más fuerte termina dominando el conflicto¹⁰⁴. A pesar de todo ello, desde aquí subrayamos la necesidad de permanencia activa de tal principio, máxime cuando es un postulado que curiosamente se ataca cuando se pretende acudir a teorías retribucionistas y basadas en el principio de prevención general¹⁰⁵.

2.- Principio de culpabilidad¹⁰⁶.

Este principio es uno de los pilares en los que se sustenta el Derecho penal. A pesar de la trascendencia del mismo, resulta absolutamente inaudito que no tenga un refrendo constitucional¹⁰⁷.

¹⁰² BERNUZ BENÉITEZ, María José, “La justicia de menores entre las tendencias europeas” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008, pág. 302.

¹⁰³ BARQUIN SANZ, Jesús, “Ley Penal del Menor: Una historia de reformas” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director) SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 30.

¹⁰⁴ MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Las recientes reformas de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008, pág. 337.

¹⁰⁵ NIETO GARCIA, Luis Carlos, “La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto”, *ob. cit.*, pág. 34.

¹⁰⁶ Con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias, el estudio de este principio y sus particularidades en materia de menores se estudiará en el Capítulo II.

¹⁰⁷ La falta de apoyatura constitucional expresa lo evidencia la STC 150/1991, de 4 de julio al establecer que “la Constitución española consagra, sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión del hecho delictivo. AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las garantías del Menor Infractor (Ley*

Una de las consecuencias más importantes del reconocimiento de la naturaleza penal del sistema de justicia juvenil es que en el han de regir todos los principios y garantías propias del Derecho Penal, partiéndose del presupuesto del principio de culpabilidad como principio básico del Derecho Penal juvenil¹⁰⁸. Desde esta perspectiva, uno de los principales efectos que se derivan del principio de culpabilidad se concretan en el momento de individualización de las consecuencias jurídicas derivadas del delito, en el sentido de que el Juez deberá tener en cuenta que por muy necesaria que pueda ser la pena en el caso concreto desde el punto de vista de la prevención general o desde el punto de vista de la prevención especial, nunca puede exceder del límite de aquella pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor, esto es, del límite de la que merezca en atención a intensidad con la que pueda ser responsabilizado por el hecho¹⁰⁹. La culpabilidad aparece como un límite de la responsabilidad que favorece al infractor y ello sin perjuicio de que las circunstancias personales del menor deban jugar un papel atenuador de la medida.

3.- Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad.

La citada Ley en su Exposición de Motivos asienta firmemente como postulado genérico, inspirador de la globalidad de su texto, el carácter primordial de "intervención educativa" que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos; principio éste indiscutible que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina "considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones de uno y otro justiciable"¹¹⁰.

La responsabilidad penal del menor que la Ley alumbraba se manifiesta sobre pilares diferentes a los consolidados para el Derecho penal de adultos, basada

Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre Responsabilidad Penal de los Menores y sus modificaciones posteriores), Pamplona, Aranzadi, 2004, pág. 197.

¹⁰⁸ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad, ob. cit.*, pág. 48. VAELLO ESQUERDO, Esperanza, "Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-141, tomo 5, Editorial LA LEY, 2001, pág. 8.

¹⁰⁹ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores, ob. cit.*, pág. 323.

¹¹⁰ CARMONA SALGADO, Concepción, "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 3, 2002, pág. 7.

esencialmente en su carácter de intervención educativa, que va más allá de la pura forma programática para situarse también en el fondo de su propio sentido y naturaleza procedimental y sustantiva, obviamente sin perjuicio de las garantías propias de un Estado social y democrático de Derecho¹¹¹.

Para la interpretación más común, se trata en efecto de una disposición sancionadora en la medida en que desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica de los menores que infrinjan el Código penal de adultos, caracterizada al mismo tiempo por un claro predominio de los criterios educativos¹¹². En definitiva, la norma reconoce que el principal capital que la informa es el sancionador-educativo.

Esta concreta formulación será posteriormente analizada de forma exhaustiva a fin de determinar su incidencia en cuanto al fundamento de la medida de internamiento en régimen cerrado.

4.- Acatamiento del principio de legalidad, tanto en la descripción de las infracciones (las contenidas en el Código Penal y en la legislación penal especial) como en el catálogo de medidas aplicables a los menores infractores (las previstas en la propia Ley Orgánica)¹¹³.

Tal principio es una de las limitaciones más importantes al ejercicio del poder punitivo del Estado¹¹⁴, incluyendo una serie de garantías que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley¹¹⁵, formando, sin duda, un elemento integrante de la idea misma de

¹¹¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Avances y retrocesos en tratamiento penal de la delincuencia de menores” en GARCIA GARNICA, María del Carmen (Dir.), *Aspectos actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación interdisciplinar*. Pamplona, Aranzadi, 2008, pág. 189.

¹¹² CANTARERO BANDRÉS, Rocío, “Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad” en AA VV, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005, pág. 178.

¹¹³ ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.), *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 146.

¹¹⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, 2ª edición. Madrid, Dykinson, 2010, pág. 132.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*. 8ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 100.

Estado de Derecho¹¹⁶. El legislador constituyente quiso reflejar dicho principio en su concreción penal y sancionadora en el artículo 25.1 CE¹¹⁷, poniéndose de manifiesto por la doctrina que no acoge todas las exigencias del principio de legalidad, sino únicamente la garantía criminal y la exigencia de irretroactividad de las leyes que fijan los delitos o faltas y sus correspondientes penas¹¹⁸.

Es reiterada la jurisprudencia, tanto Constitucional como del Tribunal Supremo, que deduce que el principio de legalidad en el ámbito del Derecho penal se configura, por lo menos, sobre tres exigencias: la existencia de una ley, en este caso orgánica, reguladora de las conductas delictivas (*lex scripta*); que dicha ley se halle en vigor antes de cometerse el hecho delictivo sometido a enjuiciamiento (*lex previa*); y que la ley describa o delimite de forma precisa y concreta su conducta (*lex certa*)¹¹⁹.

La naturaleza sancionadora de la Ley obliga, como ya determinó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 36/1991, al respeto en su aplicación e interpretación de todos los principios fundamentales que limitan el poder punitivo del Estado. Toda restricción de derechos tiene como presupuesto la previa comisión de un hecho antijurídico previsto como delito o falta en la legislación penal. En ningún caso podrá fundamentarse la limitación de derechos en consideraciones puramente preventivas, desligadas de un hecho delictivo previo¹²⁰. A mayor abundamiento, la Exposición de Motivos de la LORRPM se afana en poner de manifiesto que la misma tiende a asegurar todas las garantías y derechos que la Constitución Española otorga.

¹¹⁶ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, “El principio de legalidad penal en la Constitución Española” *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 3/2001 (Estudio)*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, pág. 1.

¹¹⁷ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las garantías del Menor Infractor*, *ob. cit.*, pág. 164.

¹¹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General, 7ª edición*, Barcelona, Reppertor, 2004, pág. 118. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, Barcelona, Aranzadi, 2009, pág. 52.

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional num. 137/1997, de 21 de julio (RTC 1997/137) –fundamento jurídico sexto-. Sentencia del Tribunal Constitucional num. 133/1987, de 21 de julio (RTC 1987/133) –fundamento jurídico cuarto-. Sentencia del Tribunal Constitucional num. 24/2004, de 24 de febrero (RTC 2004/24) –fundamento jurídico segundo-.

¹²⁰ GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas” en GONZALEZ CUSSAC, José Luis, TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord. Penal) y GOMEZ COLOMER, Juan Luis, (Coord. Procesal), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 100.

Como indicábamos, este principio de legalidad¹²¹ de los delitos y las penas implica una serie de garantías¹²² que no solo afectan al Derecho penal y procesal ordinario, sino que del mismo modo operan en el proceso penal de menores regulado por la LORRPM, concretadas en las siguientes disposiciones:

1.- Los artículos 1 y 10 CP¹²³ garantizan el principio de legalidad criminal. En el ámbito de menores, tal garantía se encuentra recogida en el artículo 1 de la LORRPM¹²⁴. La garantía criminal significa que nadie puede ser condenado o sancionado sino en virtud de una infracción que previamente esté establecida en una ley. Como apuntábamos anteriormente, el Derecho penal de menores no se concreta en un Código Penal para menores que, o bien extienda su influencia a delitos específicos cometidos por estos o bien elimine de su ámbito de aplicación aquellos comportamientos menos graves¹²⁵. No obstante, algún sector de la doctrina ha planteado la descriminalización de injustos leves o de bagatela, especialmente cuando son ocasionales¹²⁶ o la necesidad de una tipificación específica de las acciones u omisiones que pueden ser realizadas por menores ya que existen infracciones penales que nunca

¹²¹ De manera similar, en Alemania se recoge en el párrafo 1 número 1 dentro de la parte primera, dedicada al ámbito de aplicación de su ley penal juvenil, establece que “esta ley se aplicara si un menor o un joven semiadulto realiza una infracción punible bajo las previsiones de la ley general”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, *ob. cit.*, pág. 21. Sobre la afirmación del principio de legalidad en este ámbito concreto, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de diciembre de 2002 –fundamento jurídico sexto- (JUR 2003/34130).

¹²² Extensamente sobre las garantías véase MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, ob. cit.*, pág. 28-30. COBO DEL ROSAL, Manuel, BOIX REIG, Javier, “garantías constitucionales del Derecho sancionador” en COBO DEL ROSAL, Manuel (Director), *Comentarios a la Legislación Penal, Tomo I*, Madrid, Edersa, 1982, págs. 194-216.

¹²³ Artículo 1 CP dispone que “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la ley.”. Artículo 10 CP establece que “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

¹²⁴ El artículo 1 LORRPM señala que “Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

¹²⁵ PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores, ob. cit.*, pág. 25.

¹²⁶ SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel, *Minoría de edad penal..., ob. cit.*, pág. 166. La oportunidad de descriminalizar determinados hechos se planteó en la Proposición de Ley 122/000180 Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del menor de 1998, cuyo artículo 10 establecía que: “1. Solo se responderá conforme a esta Ley por los delitos y faltas consumados. 2. No obstante, también se responderá por la tentativa en el caso de delitos graves en que concurriera violencia o intimidación en las personas. 3. En los demás casos de tentativa de delito o falta, el Juez pondrá los hechos en conocimiento de las instituciones administrativas de protección de menores, y archivará las actuaciones. 4. La realización de los actos preparatorios definidos en los artículos 17 y 18 del Código Penal, solo dará lugar, si se considera precisa, a la imposición de la medida de amonestación”. Vid. BOCG de 23 de junio de 1998.

pueden ser aplicables al menor de edad (por ejemplo, por referirse el tipo penal a autores que han de haber alcanzado la mayoría de edad –funcionarios, hacienda publica...) ¹²⁷. Estimamos, sin embargo, que esta tipificación específica plantearía más problemas de los que podría resolver, puesto que fijar un catálogo cerrado de infracciones penales para los menores implicaría el riesgo de crear lagunas de responsabilidad. El sistema actual es adecuado y proporciona una gran seguridad jurídica, puesto que no deja ningún espacio para la impunidad dependiendo de cual sea la clase de infracción cometida. Si el menor comete o no determinada clase de delitos o, en su caso, puede o no cometerlos dependiendo de la caracterización del sujeto activo, no es motivo para la elaboración de una tipología específica para menores, habida cuenta de que el infractor menor solo va a responder criminalmente si, con todas las garantías, se prueba que ha ejecutado un hecho criminal que se subsume en un concreto tipo penal del Código penal o de alguna ley especial. Los tipos penales expresan la desvalorización que el ordenamiento jurídico atribuye a cierta clase de hechos ¹²⁸, no a quienes los realizan. Por ello, si el autor del hecho es menor de edad, la violación de la norma penal no es objetivamente menos grave que cuando lo sea por un adulto ¹²⁹. En realidad poco importa que la figura delictiva esté recogida en el Derecho penal de adultos, pues lo único relevante es que el menor no responda conforme a éste, sino con arreglo a las reglas específicas que se han regulado legalmente para someterlo a un régimen punitivo especial ¹³⁰.

¹²⁷ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*. Madrid, Iustel, 2007, pág. 63. AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las garantías del Menor Infractor*, *ob. cit.*, pág. 165. PEREZ MACHIO indica que la inexistencia de tipos específicos de Derecho penal de menores fomenta la accesoriedad de este respecto al de adultos y la presunción iuris et de iure de que los menores son autores potenciales de cualquier infracción objeto de sanción en el Derecho penal de adultos. Las dificultades de elaborar un listado y de no desalojar de la influencia del Derecho penal de menores todos y cada uno de los comportamientos contrarios al Derecho impiden la elaboración de tipos específicos, obligando a que el control jurídico penal de los menores se defina sobre la base de los tipos delictivos del Código penal. A pesar de los riesgos mencionados, sería conveniente la delimitación de una tipología propia de menores, pudiendo evitar así el continuo recurso al Derecho penal de adultos y a las finalidades retribucionistas del mismo. PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, *ob. cit.*, págs. 26 y 27.

¹²⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 277.

¹²⁹ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 70.

¹³⁰ JIMENEZ DÍAZ, María José, “Edad y menor” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director) SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 69. En el mismo sentido, DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*. Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2000, pág. 86.

A pesar de lo anterior, parece acertado evitar la punición de ciertas conductas escasamente lesivas, lo cual se puede llevar a cabo a través de la potenciación de determinados instrumentos procesales, como la finalización anticipada del procedimiento o la no iniciación del mismo.

En un planteamiento opuesto al señalado, se observa, como indica MORILLAS CUEVA, que en algunos sistemas de justicia juvenil se opera sobre una extensión de las tipologías delictivas para incluir conductas que afectan a este campo si son cometidas por menores pues si lo son por mayores no son apreciadas como tales. Se trata de una especie de delitos de estatus que con frecuencia son usados en la normativa penal juvenil norteamericana y en los que se incluye como tales vivir en la calle o fugarse del domicilio. No parece que esta última sea una vía adecuada pues introduce en ámbito punitivo comportamientos que han de ser tratados desde otros enfoques menos dañosos para el menor y más comprensivos con su realidad, bajo la idea de prevención a través de políticas sociales de actuación no de un expansionismo radicalizado de opciones punitivas¹³¹. Nos adherimos a la opinión del citado autor, en tanto que tales actuaciones han de ser objeto de una acción de carácter asistencial pues lo contrario conllevaría un exceso penal incomprensible e injustificado desde una óptica de intervención mínima del Derecho penal.

2.- En segundo lugar, la garantía penal significa que nadie puede ser condenado con penas que no se hallen establecidas por ley anterior a su imposición¹³². Contenida tal garantía en el artículo 2 CP¹³³, tratándose de menores infractores, las consecuencias sancionatorias denominadas medidas están perfectamente delimitadas y definidas en el artículo 7 y posteriormente el propio legislador establece las reglas para su aplicación. En opinión de ORNOSA FERNÁNDEZ la garantía penal no se daría en esta jurisdicción por el margen de flexibilidad que supone la aplicación de las medidas, en

¹³¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, *ob. cit.*, pág. 21.

¹³² AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las garantías del Menor Infractor*, *ob. cit.*, pág. 166.

¹³³ El artículo 2 CP dispone que “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviere cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

función del interés del menor y por su carácter educativo, aunque un evidente límite a esa flexibilidad es lo dispuesto en el artículo 8 respecto al principio acusatorio así como lo consignado en las reglas de aplicación obligatoria de la medida de internamiento¹³⁴.

En una línea crítica similar, AYO FERNÁNDEZ considera que este marco genérico confronta claramente con el principio de legalidad en su manifestación de garantía penal porque el menor no sabe realmente cual es la sanción que legalmente está prevista para el hecho cometido pudiendo ser impuesta la que el juez considere más oportuna. Entiende tal autor que ni siquiera la finalidad educativa puede permitir tan amplia potestad judicial pero es una inequívoca consecuencia de haber establecido un principio de tipicidad penal por remisión total al Código Penal y las leyes penales especiales¹³⁵.

No compartimos la propuesta efectuada por este último autor en tanto consideramos beneficioso para el menor tal flexibilidad intrínseca a la LORRPM; las conductas delictivas no deben quedar encorsetadas a una determinada medida, en tanto que la posibilidad de elección constituye uno de los aspectos más favorables de ley, si bien en todo caso garantizando que frente a una conducta leve no se imponga una medida excesivamente gravosa.

3.- El principio de legalidad jurisdiccional significa que la declaración de la existencia de un hecho delictivo y la determinación de sus consecuencias debe de efectuarse, después de haber seguido el procedimiento legalmente determinado, en una sentencia dictada por el órgano judicial competente¹³⁶. En relación con las medidas a imponer a los menores no se hace una declaración expresa de esta garantía y exclusivamente se infiere de la atribución de competencias en todo lo relativo a la aplicación del texto legal a los Juzgados de Menores¹³⁷ y mediante la constatación de

¹³⁴ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 145.

¹³⁵ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las garantías del Menor Infractor*, ob. cit., pág. 168.

¹³⁶ Se contiene expresamente en el artículo 3 CP, el cual expresa que “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”.

¹³⁷ Tal atribución se recoge en el artículo 2 LORRPM que establece “Los Jueces de Menores serán competentes para conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el artículo 1 de esta

que solo pueden ejecutarse las medidas establecidas en la Ley en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma¹³⁸.

4.- Finalmente, el principio de legalidad en la ejecución, significa que solamente pueden ejecutarse las penas y medidas impuestas conforme a lo previsto legalmente o en su caso mediante las correspondientes previsiones reglamentarias¹³⁹.

5.- Reconocimiento expreso de todas las garantías que se deriven del respeto de los derechos constitucionales y de las específicas exigencias del interés del menor¹⁴⁰.

Se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley que han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley Orgánica, como no podía ser de otra manera, el respeto a los derechos constitucionales del menor. Al respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en los fundamentos jurídicos de las sentencias 36/1991, de 14 de febrero y 60/1995, de 17 de marzo, se pronuncia sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de menores, sin perjuicio de las modulaciones que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso¹⁴¹.

En esta línea, al analizar los ordenamientos jurídicos de otros países y la misma regulación contenida en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, se ha dibujado en la actualidad como elemento esencial del modelo legislativo de exigencia de responsabilidad jurídica al menor el establecimiento de un proceso flexible

Ley, así como para hacer ejecutar las sentencias, sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley a las Comunidades Autónomas respecto a la protección y reforma de menores (...)."

¹³⁸ Así lo dispone el artículo 43. 1 LORRPM "No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma".

¹³⁹ Se recoge en el artículo 43.2 LORRPM, el cual dispone que "Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen".

¹⁴⁰ Según el artículo 1.2 LORRPM "las personas a las que se aplique la presente ley gozaran de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados validamente celebrados por España."

¹⁴¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Dijusa, 2005, pág. 37.

en el que, admitiendo la condición de sujeto procesal del menor de edad, se reconocen al infractor un mínimo de garantías jurídicas¹⁴².

Como más importantes podemos destacar las siguientes: derecho a ser informado de los hechos objeto de incoación del expediente; derecho a designar abogado; gozar de los derechos del art. 520 LECrim; proponer y participar en las diligencias de instrucción; derecho a ser oído antes de la adopción de cualquier decisión que le afecte; asistencia afectiva y psicológica, incluyendo la presencia de los padres o de otras personas que pudiera indicar el menor; derecho a no contestar; a la presunción de inocencia; a recurrir cualquier decisión que suponga un gravamen. También hay que aludir a la instauración de una serie de principios garantistas generales: el principio acusatorio, el principio de defensa, el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de resocialización, el principio de concentración procesal, el principio de desjudicialización, el principio de especialización, principio de seguridad jurídica, principio de igualdad, principio de tipicidad y principio de proporcionalidad¹⁴³.

Por tanto, constatado que el menor ha cometido un tipo penal, se despliegan todos los principios, garantías procesales y penales propias de un Estado de Derecho de las que han carecido los menores hasta la desaparición de los modelos tutelares que permitirán imponer medidas a conductas no constitutivas de delito aunque si desviadas¹⁴⁴. De esta forma, ORNOSA FERNANDEZ indica que es posible que el legislador, consciente del largo periodo de vigencia en nuestro país de la legislación tutelar que posibilitó que a los menores no se les reconociese prácticamente ningún derecho haya querido asegurarse de que esto no vuelva a ocurrir¹⁴⁵. Consecuentemente, se establece un sistema de garantías asegurador de que la imposición de las sanciones sólo se efectúe tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor¹⁴⁶.

¹⁴² AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las garantías del Menor Infractor*, ob. cit., pág. 153.

¹⁴³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 38 y 39.

¹⁴⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (Directores), *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Madrid, Dykinson, 2009, pág. 217.

¹⁴⁵ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 166.

¹⁴⁶ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero de 2000”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-146, tomo 4, Editorial La Ley, 2000, pág. 6.

Sin embargo, no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos han de asegurarse aquí en los mismos términos. Como consecuencia de la orientación esencialmente reeducadora y de tener en cuenta como guía principal de actuación el principio superior del interés del menor, determinados principios del proceso penal van a sufrir una modulación. Tal es el caso del principio de publicidad, en donde razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones podría justificar su restricción. En tal sentido conviene recordar que este principio admite excepciones en los términos señalados en las leyes de procedimiento, tal y como se recoge en el propio artículo 120.1 CE y en concordancia con el mismo, en el artículo 233 LOPJ. Específicamente en el ámbito internacional, y por lo que respecta a los procesos seguidos contra menores, se prevé dicha posibilidad. Así, en la regla 8 de las llamadas “Reglas de Beijing”, se señala que para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudique a los menores, se respetará el derecho de los menores a la intimidad, y en principio no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente. Asimismo, tal restricción se reconoce en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹⁴⁷. Es decir, se justifican las restricciones al principio de publicidad por los efectos perjudiciales que pudieran derivarse para el menor¹⁴⁸.

6.- Establecimiento de diferentes tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad.

Se fija el límite mínimo en 14 años para exigir este tipo de responsabilidad y diferenciándose en el ámbito de aplicación de la ley dos tramos (catorce y quince años; dieciséis y diecisiete de otro), lo que en palabras del legislador se justifica por entenderse que uno y otro grupo presentan diferentes características que requieren un

¹⁴⁷ TORRES ANDRÉS, Juan Miguel, “La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador” en VV AA, *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, 2000, pág. 125 y 126.

¹⁴⁸ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 81.

tratamiento diferenciado¹⁴⁹. El fundamento material de ese progresivo régimen de responsabilidad penal asociado a la edad podría considerarse que se encuentra en el también paulatino reconocimiento de mayores capacidades y competencias a los menores, lo que acabaría dando un fundamento común a todo el régimen de responsabilidad penal de los mismos: a más edad, más capacidad y más responsabilidad¹⁵⁰. Esta diferencia es sumamente positiva para distinguir el grado de madurez de los menores en ambas franjas y con ello la distinta gravedad que deben tener las medidas¹⁵¹. A pesar de ello, critican tal distinción RIOS MARTIN y SEGOVIA BERNABE, estimando que la misma sirve para introducir matices punitivos que suponen el endurecimiento del tratamiento legal¹⁵². Como ya analizaremos posteriormente, por nuestra parte, estimamos sumamente necesaria y positiva cualquier adición en la Ley que permita un tratamiento más adecuado a la edad del menor. No obstante, esta mera diferenciación cuantitativa es escasamente comprometida.

7.- Flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas adaptadas a las circunstancias del caso concreto y la evolución personal del sancionado.

El artículo 7.3 LORRPM consagra dicho principio de flexibilidad para las medidas a aplicar con las cautelas oportunas, al señalar que “para la elección de la medida o medidas adecuadas 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 técnicos¹⁵³ y de las entidades públicas de

¹⁴⁹ Punto 10 de la Exposición de Motivos.

¹⁵⁰ GONZALEZ RUS, Juan José, “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 108.

¹⁵¹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 27. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 192. HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 276. BENITO LÓPEZ, Alejandro M^a, “La Ley Penal del Menor y su aplicación”, *ob. cit.*, pág. 75.

¹⁵² RIOS MARTIN, Julián Carlos, SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, “La Ley de Responsabilidad de los Menores. Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso”, *ob. cit.*, pág. 552.

¹⁵³ El carácter no vinculante de tales informes se afirma expresamente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza num. 183/2003, de 4 de junio (JUR 2003/177916), donde expone que “el informe del Equipo Técnico que participa de la naturaleza del dictamen de peritos, en cuanto emanado de un órgano imparcial al servicio de la administración de justicia, si bien es cierto que constituye para el fiscal una fuerte de información de uso imprescindible, para adoptar las oportunas decisiones sobre la selección de medidas, en modo alguno como tal prueba pericial es vinculante. Incluso puede decirse que el estudio de los aspectos no jurídicos del proceso ni siquiera queda atribuido en régimen de exclusividad al Equipo

protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida y el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor”.

Como puede observarse de una atenta lectura de esta disposición, la LORRPM se mueve entre dos criterios derivados de su propia naturaleza sancionadora-educativa que en algunos casos pueden resultar escurridizos y antagónicos: aquel que parte de otorgar relevancia al hecho cometido al requerir que en el momento de elección de la medida se atienda a la valoración jurídica de los hechos y aquel otro que entiende como presupuesto relevante la situación psicosocial del menor, en definitiva el aspecto educativo¹⁵⁴. Por tanto, para realizar la valoración jurídica a la que alude el art. 7.3 de la LORRPM se han 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 una mayor o menor culpabilidad, lo que se refiere al grado de ejecución y a la autoría y participación. Ciertamente, el mencionado precepto de la LORRPM no alude a ello expresamente, pero habrá que interpretar así su contenido para respetar los principios de culpabilidad y proporcionalidad¹⁵⁵.

Al contrario de lo que sucede en el Derecho penal de adultos, donde el hecho cometido es la base fundamental y exclusiva para una intervención de carácter penal, la justicia juvenil parece girar en torno a un modelo de responsabilidad penal de autor¹⁵⁶, en el que tanto la adopción de una determinada medida como su ejecución dependen

Técnico, ya que el MF puede hacer uso de otros informes procedentes de entidades públicas y privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor o menores expedientados, como complemento necesario de la instrucción” – fundamento jurídico tercero-.

¹⁵⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, *ob. cit.*, pág. 220.

¹⁵⁵ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 109.

¹⁵⁶ Suavizando esta concepción, ORNOSA FERNANDEZ indica que no estamos hablando de un derecho penal de autor, más propio de la concepción positivista que inspiró la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores, sino de un derecho penal de hecho, más objetivo y por ello más cercano a la seguridad jurídica, en el que, sin embargo, se tiene en cuenta, de forma decisiva, la personalidad o circunstancias del menor a lo largo de todo el proceso y de cara a la determinación de la medida que, en su caso se adopte respecto de él. ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 85.

ante todo de las circunstancias personales de cada menor individualizado¹⁵⁷. No puede ser una respuesta ejemplarizante ni retributiva, no solo porque la propia ley no considera como uno de los fines de la justicia de menores la intimidación del destinatario de la norma, sino porque la propia respuesta puede contribuir a que se consolide y amplifique la propia conducta que queremos hacer desaparecer¹⁵⁸.

Tal criterio ha sido cuestionado por considerar el peligro del excesivo arbitrio judicial que deriva de dicha formula, lo que podría dar lugar a la creación de un subsistema dogmático autónomo. Al respecto, hay que señalar que en todo caso, la flexibilidad en el derecho penal de menores ha de hacerse compatible con las exigencias del principio acusatorio (art. 8 LORRPM) o de seguridad jurídica (art. 9 LORRPM)¹⁵⁹, por lo que Jueces y Fiscales han de expresar en sus sentencias (arts. 7.3 y 39.1 LORRPM) y escritos de alegaciones (art. 30.1 LORRPM) los fundamentos jurídicos y educativos que han llevado a elegir la medida solicitada o definitivamente impuesta, así como los objetivos con ella perseguidos, habida cuenta de que el curso de la ejecución posterior puede verse sustancialmente modificado según el grado de cumplimiento alcanzado¹⁶⁰. De este modo, tal principio, con las limitaciones mencionadas, hacen que el sistema, obviamente si se le dotara de los recursos mínimos precisos, pueda tener éxito en su aplicación práctica. El sistema de la ley traslada una gran responsabilidad a los distintos participantes en el proceso de toma de decisiones, hasta el punto de que puede afirmarse que la legitimación del mismo va a depender en gran medida de la respuesta que se da desde los distintos órganos que intervienen en esas decisiones y de las relaciones entre ellos¹⁶¹. En definitiva, tal principio se articula como epicentro insustituible del sistema de enjuiciamiento penal del menor, permitiendo la ponderación de elementos de naturaleza fáctica y social a la hora de determinar la intervención sancionadora-educativa más adecuada.

¹⁵⁷ BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores”, *ob. cit.*, pág. 19. Del mismo modo, en Alemania, en el momento en que se determina la sanción correspondiente al menor, se efectúa no solo sobre la base del hecho cometido, sino en primer lugar teniendo en cuenta la personalidad del autor menor de edad. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 152.

¹⁵⁸ NIETO GARCIA, Luis Carlos, “La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto”, *ob. cit.*, pág. 19.

¹⁵⁹ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 192.

¹⁶⁰ LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, *La Ley penal del menor y el Reglamento para su aplicación. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Granada, Comares, 2007, pág. 88.

¹⁶¹ NIETO GARCIA, Luis Carlos, “La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto”, *ob. cit.*, pág. 19.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, por vía de excepción quiebra tal mandato legal que encomienda a los profesionales antes citados la utilización del criterio de la flexibilidad y ello paradójicamente al ser el mismo legislador quien recorta alas al propio Juez ya que en determinados caso le obliga a aplicar directamente la medida de internamiento en régimen cerrado. Asimismo, también se ven limitadas las facultades de flexibilidad en los supuestos de sustitución de la medida de internamiento en régimen cerrado habiendo sido impuesta en tales supuestos de aplicación obligatoria, en tanto que tal posibilidad no se podrá ejercer hasta que transcurra al menos la mitad de la duración de la medida. Tales supuestos evidencian una vulneración innecesaria del principio de flexibilidad que entendemos injustificables e incoherentes con el espíritu de la ley.

8.- Principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad implica que la gravedad de la pena o de la medida de seguridad se debe corresponder con la gravedad del hecho cometido¹⁶² y con la peligrosidad del sujeto, respectivamente. Este principio opera en dos ámbitos: en el momento de la conminación, como mandato dirigido al legislador para que se cumpla la mencionada relación (proporcionalidad abstracta), y en el momento de la aplicación, esto es, como mandato dirigido a los jueces para que la pena o medida impuesta guarden relación con la gravedad del hecho o con la peligrosidad del autor (proporcionalidad concreta)¹⁶³. Indica MIR PUIG que se trata de una exigencia que no nació para las penas sino para las medidas de seguridad. Al no encontrar estas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para

¹⁶² La proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho cometido puede desprenderse, aún no proclamada expresamente, del artículo 15 de la Constitución. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Pena*, ob. cit., pág. 161. El Tribunal Constitucional afirmó el carácter constitucional de este principio (STC 62/1982, de 15 de octubre) derivándolo de los valores de la justicia, la libertad y la dignidad humana (arts. 1 y 10 CE) y posteriormente concretó sus exigencias para que la restricción de derechos pueda considerarse proporcionada: a) debe ser idónea para perseguir una finalidad de relevancia constitucional; b) debe ser necesaria, en el sentido de que no sea suficiente con otra intervención menos drástica; c) debe ser ponderada, en el sentido de que proporcione más beneficios para el interés general que perjuicios para los derechos que se limitan, lo que se conoce como proporcionalidad en sentido estricto (entre otras, vid. SSTC 136/1996; 161/1997).

¹⁶³ Extensamente véase COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., págs. 78-81. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, reconociendo que tal principio está en principio dirigido al legislador, estima que los Tribunales no lo pueden desatender totalmente en el momento de individualización de la pena, pues esta, dentro de la señalada legalmente, no debe superar la medida de la culpabilidad del sujeto por el hecho o hechos cometidos (Sentencia del Tribunal Supremo num. 159/2007, de 21 de febrero –RJ 2007/3182-fundamento jurídico undécimo).

evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva¹⁶⁴. De todas formas, a pesar de la gran trascendencia teórica de semejante principio como manifestación limitadora del poder punitivo del Estado, no deja de presentar dudas prácticas a la hora de su real utilidad, fundamentalmente en la vertiente abstracta de medición de la cuantía de la pena legalmente prevista para hipótesis concretas¹⁶⁵.

Las Sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero y de la Sala 1ª 61/1998, de 17 de marzo¹⁶⁶, establecieron la necesidad de la aplicación de este principio en el procedimiento de menores y, en concreto, ésta última determinó que la flexibilidad de la que ha de disponer el Juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad, “debe estar sujeta a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad... como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o 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 tratase¹⁶⁷”.

Si bien la Exposición de Motivos de la Ley indica que la reacción jurídica al menor infractor tiene naturaleza educativa aunque desde luego de especial intensidad rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma¹⁶⁸, esta declaración no se compeadece bien con algunas

¹⁶⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 136.

¹⁶⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 162.

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional num. 61/1998, de 17 de marzo (RTC 1998/61). La idea de proporcionalidad entre delito cometido y la medida se encuentra asimismo recogida en el art. 5 de las Reglas de Beijing cuando señala que el sistema de justicia de menores garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

¹⁶⁷ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 199. Concretamente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona num. 110/2003, de 27 de febrero (JUR 2003/175431) reconoce expresamente la aplicación del principio de proporcionalidad en tanto que acuerda reducir la concreta duración de la medida adoptada, que se fija en la instancia en 6 meses, y que ha de limitarse en esta alzada a 5 meses, por elementales razones de proporcionalidad, ya que debe atenderse a la menor gravedad de los hechos delictivos por los que se condena al menor (delito de resistencia), en relación a los hechos punibles por los cuales se emitió el precitado informe técnico (delito de atentado, falta de lesiones y falta contra el orden público) y en relación a los hechos punibles por los cuales se condenó a Juan Enrique en la sentencia inicialmente dictada por el Juzgado de Menores (delito de resistencia y falta contra el orden público) –fundamento jurídico segundo–.

¹⁶⁸ Exposición de Motivos, apartado 7. Entiende GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER que con este apartado se rompen los cimientos del Derecho penal clásico. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, “Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar” en GIMÉNEZ-SALINAS I

disposiciones de la LORRPM, en las que se da prioridad a este último principio¹⁶⁹. Con el rechazo expreso a la proporcionalidad entre hecho y sanción parece aludir a la pretensión de que la reafirmación del ordenamiento jurídico no ocupe lugar alguno en el Derecho penal de menores¹⁷⁰.

Tal disposición ha sido criticada por contradecir los ideales de la LORRPM, pues ésta parece desvincular el hecho de la pena para atender a las circunstancias del menor. No obstante, tachar de incoherente la disposición cuyo comentario nos ocupa es tanto como ignorar su auténtica preocupación: que nunca se trate al joven delincuente con mayor severidad que a los adultos, habida cuenta de que el Ordenamiento no puede, con el pretexto de protegerles, hacer a los menores de peor condición que a los que han dejado de serlo, premisa en la que se sustenta la constitucionalidad de cualquier sistema penal juvenil¹⁷¹. CARMONA SALGADO puntualiza que la conclusión del legislador es un tanto extremista pues tratándose de una ley penal especial quizá no debería haber desdeñado de forma tan tajante tales finalidades, que podría, en cambio, haber hecho compatibles con las resocializadoras, aunque éstas sean sin duda prioritarias en el presente contexto, habiéndoles, pues, otorgado un papel meramente secundario y limitador de las mismas en casos de infracciones graves y muy graves, las cuales, aún esporádicamente, también los menores cometen¹⁷². Al respecto, a nuestro juicio no creemos conveniente otorgar una mayor relevancia a este principio en tanto que entendemos que la función del principio de proporcionalidad, que sin duda alguna está

COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pág. 34.

¹⁶⁹ DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor*, *ob. cit.*, págs. 36 y 37. Ahora bien, la Exposición de Motivos parece hacer referencia a la denominada proporcionalidad abstracta, ya que en el artículo 8.2 LORRPM se recoge expresamente el principio de proporcionalidad en el momento de aplicación de la medida privativa de libertad. No son sino exigencias derivadas del principio de proporcionalidad las que inspiran los límites a la duración de las medidas. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 29.

¹⁷⁰ ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “El derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000” en DIEZ RIPOLLES, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos M^a, GRACIA MARTIN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 1547.

¹⁷¹ ABEL SOUTO, Miguel, “Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000”, *Actualidad Penal, Sección Doctrina*, N^o 43, Ref. XLII, tomo 3, Editorial La Ley, 2003, pág. 11.

¹⁷² CARMONA SALGADO, Concepción, “Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero”, *ob. cit.*, pág. 10.

presente en la Ley, es idónea, impidiendo, junto con el principio acusatorio, la imposición de medidas excesivamente graves frente a injustos de escasa gravedad.

Es evidente, por tanto, que dada la naturaleza sancionadora de las medidas que son susceptibles de imposición a los menores sea exigible que exista proporcionalidad en la reacción sancionadora que prevé la Ley al comportamiento delictual del menor, sin olvidar que los objetivos educativos que proclama dicha Ley puedan modular la proporcionalidad de las medidas previstas¹⁷³. De esta forma, este principio actúa como garantía de seguridad jurídica¹⁷⁴, pudiendo afirmarse que el mismo funciona como límite a la discrecionalidad judicial. En nuestra opinión, nos hallamos ante una mayor especialización de este principio de proporcionalidad y no tanto ante una ruptura del mismo.

Este axioma proporcionalista queda patente en distintos preceptos de la LORRPM. Así, puede apreciarse en el en el ámbito de la concreción de las medidas (arts. 9, 10, 11, 12), donde se extrae que la selección de éstas se encuentra en consonancia con la gravedad de los hechos y la cuantía de infracciones¹⁷⁵. Y más aún, precisamente el artículo 8 párrafo 2º, que establece que el límite de duración de la medida privativa de libertad en atención a la duración de la pena privativa de libertad impuesta al mayor de edad por los mismos hechos, se viene entendiendo como la proclamación expresa del principio de proporcionalidad en el Derecho penal de menores. También pueden estimarse manifestaciones del principio de proporcionalidad determinadas previsiones igualmente fundadas en el principio de oportunidad reglada, por ejemplo, el desistimiento en la incoación por delitos menos graves sin violencia ni intimidación (art. 18) o el sobreseimiento por conciliación (art. 19)¹⁷⁶.

En definitiva, la proporcionalidad no puede obviarse; la justa correspondencia con el hecho cometido debe estar presente también en el Derecho penal de menores, no solo para establecer medidas que estén en correlación con la gravedad de la infracción,

¹⁷³ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las garantías del Menor Infractor*, *ob. cit.*, pág. 190.

¹⁷⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 31.

¹⁷⁵ ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “El derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 1547.

¹⁷⁶ GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, *ob. cit.*, pág. 102.

sino para evitar improcedentes comparaciones entre medidas a imponer en hechos de escasa gravedad frente a otros de especial trascendencia y para impedir una medida de duración e intensidad desproporcionada frente a ilícitos menos graves. De este modo, la proporcionalidad se convierte también en una garantía del menor¹⁷⁷.

Por tanto, no cabe plantear duda alguna respecto a la plena vigencia del principio de proporcionalidad, a pesar de lo que parece desprenderse del contenido de la Exposición de Motivos. En todo caso, téngase en cuenta la necesidad de entender la proporcionalidad de modo más flexible que en el Derecho penal de adultos, de manera que no entre en contradicción con la funcionalidad educativa propia del sistema de menores¹⁷⁸. En este último sentido, tal y como indica BENITEZ ORTUZAR, que la proporcionalidad de la LORRPM no sea equivalente a la del Código Penal respecto de la pena no permite afirmar con rotundidad que el principio de proporcionalidad a la gravedad del hecho sea ajeno por completo a la gravedad de la medida; simplemente se trata de parámetros de proporcionalidad diferentes a los fijados por el Código Penal para la determinación y aplicación de las penas ante los hechos tipificados como delitos o faltas realizados por adultos imputables¹⁷⁹.

9.- Principio de intervención mínima.

Tal principio expresa la idea de que el Derecho penal debe ser el último recurso de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes¹⁸⁰. El convencimiento de que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección, obliga a reducir al máximo el recurso al

¹⁷⁷ CASTELLÓ NICAS, Nuria, “La responsabilidad penal del menor de edad y la aplicación de las causas de exención de la responsabilidad criminal” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director) SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, págs. 159 y 160.

¹⁷⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep-María, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, en GONZALEZ CUSSAC, José Luis, TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord. Penal) y GOMEZ COLOMER, Juan Luis, (Coord. Procesal), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 25.

¹⁷⁹ BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 184.

¹⁸⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Avances y retrocesos en el tratamiento penal de la delincuencia de menores”, *ob. cit.*, pág. 194. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores, ob. cit.*, pág. 315. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 72.

Derecho Penal¹⁸¹. La idea esencial con la que se parte es la de las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades y bienes fundamentales de los ciudadanos. Con semejante perspectiva tiene dos relevantes consecuencias: por un lado, en la protección de bienes jurídicos en relación con un mínimo de intensidad del hecho que los ha de conculcar; por otro, en la gravedad de las consecuencias jurídicas derivadas del delito. Dicho esto la intervención mínima es un criterio fundamental de política criminal dirigido al legislador¹⁸² como criterio de actuación punitiva únicamente en los casos en que sea absolutamente necesario.

Como afirma MORILLAS CUEVA, la necesidad del Derecho punitivo para asegurar la convivencia social es hoy por hoy indispensable, pero únicamente en clave de última opción del Ordenamiento jurídico. La prioridad la tienen otros instrumentos de control más moderados, si estos son suficientes para esa protección. Dicha exigencia del Estado social, en la actualidad frecuentemente ignorada, ha de dirigir hacia una limitada utilización e intervención de los mecanismos penales¹⁸³.

Este postulado se deduce al afirmar en la Exposición de Motivos en su apartado II-9 que "... haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución". En esta línea, el art. 9 LORRPM subraya la vigencia del principio de intervención mínima al prohibir la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado para los casos de comisión de faltas o para los delitos imprudentes.

¹⁸¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal, ob. cit.*, pág. 72.

¹⁸² Según reconoce la Sala Segunda del Tribunal Supremo, "es un principio de política criminal, informador del Derecho penal que debe ser tenido en cuenta por el legislador, pero que en la praxis judicial, aún pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuales deben ser los límites de la intervención del Derecho penal –Sentencia del Tribunal Supremo num. 7/2002, de 19 de enero (RJ 2002/1315), fundamento jurídico quinto; Sentencia del Tribunal Supremo num. 96/2002, de 30 de enero (RJ 2002/3065), fundamento jurídico tercero; Sentencia del Tribunal Supremo num. 363/2006, de 28 de marzo (RJ 2007/1848), fundamento jurídico octavo.

¹⁸³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal, ob. cit.*, pág. 157.

Asimismo, a nivel internacional, las llamadas Reglas de Beijing y la Recomendación núm. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa establecen este principio de intervención mínima en el ámbito de la justicia de menores¹⁸⁴. La Convención sobre los Derechos del Niño determinó en su artículo 40.3 b) la conveniencia de tratar a los niños que sean considerados, acusados o declarados culpables de infringir las leyes penales “sin recurrir a procedimientos judiciales”¹⁸⁵.

En el ámbito de un Derecho penal de menores, el principio de intervención mínima cobra una especial importancia si se considera que el carácter de última ratio supone que el Estado ha agotado todas las posibilidades no penales para actuar frente al delito. Se trata de un principio que conecta mejor con el hecho de que la ley adopta, de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales, un modelo flexible y garantizador¹⁸⁶, evitando tanto la criminalización como la estigmatización del joven delincuente y hasta la de las víctimas en aras a que prevalezca el interés del menor¹⁸⁷.

Señala BENÍTEZ ORTÚZAR que tal principio puede tener una especial relevancia en el Derecho penal de menores, sobre todo en la determinación legislativa de la reacción penal frente a infracciones penales leves, primando siempre el interés superior del menor¹⁸⁸. Todo ello evidencia que la Ley tiene mecanismos positivos para dotar a cada caso concreto de soluciones individualizadas con base en criterios educativos¹⁸⁹. Esto es en realidad una solución a medio camino para la descriminalización de determinadas conductas¹⁹⁰. Cualquier medida juvenil y especialmente la de internamiento, ha de ser el último recurso al que cabe acudir ya que la entrada en el sistema penal puede resultar negativa para el menor y por ello se trata de superar el sistema punitivo clásico con posibilidades de no llegar al proceso, no imponer

¹⁸⁴ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las garantías del Menor Infractor*, *ob. cit.*, pág. 175.

¹⁸⁵ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 85.

¹⁸⁶ VAELLO ESQUERDO, Esperanza, “Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 6.

¹⁸⁷ ABEL SOUTO, Miguel, “Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 2.

¹⁸⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, “El derecho penal de menores en el Estado social y democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor”, *ob. cit.*, pág. 66.

¹⁸⁹ NIETO GARCIA, Luis Carlos, “La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto”, *ob. cit.*, pág. 18.

¹⁹⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 30.

sanción y no ejecutarla¹⁹¹. El análisis de la medida de internamiento en particular puede acabar mostrando la pérdida de protagonismo de este principio en las últimas reformas legales infringiendo con ello la normativa internacional¹⁹².

En el caso de los menores la búsqueda de un derecho penal mínimo se debe potenciar, porque es evidente que no todas las conductas tipificadas como delitos o faltas tienen que ser sancionadas también en el que todavía no ha adquirido la mayoría de edad penal. El recurso a la justicia penal debe ser el último camino a seguir y previamente debe intentarse la descriminalización de conductas de escasa entidad desde el punto de vista de las leyes penales o bien la búsqueda de soluciones alternativas, mediante sistemas de diversión o mediación que intenten la solución del conflicto de forma extrajudicial¹⁹³. A juicio de AYO FERNANDEZ sería más lógico reducir el ámbito de lo típico a unos determinados delitos que son habitualmente cometidos por los menores y cuya comisión revele verdaderamente la necesidad de que el menor sea sometido a unas medidas¹⁹⁴.

Concluyendo, este principio se erige como elemento inexcusable en la formación del sistema penal juvenil, estando estrechamente relacionado para su plena efectividad con el principio de flexibilidad.

Para concluir, cabe indicar que este principio choca frontalmente con los defensores de los modelos asistencialistas y proteccionistas, quienes, amparándose en la necesidad de intervención educativa, no dudan en la utilización desproporcionada de la vía penal para su consecución. Confiamos que esta última postura no sea la mayoritariamente seguida.

10.- Principio de especialización.

El legislador ha querido una jurisdicción técnica y especializada para aplicar una normativa tan peculiar. Las razones que justifican la necesidad de especialización tiene

¹⁹¹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 21.

¹⁹² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *ibídem*, pág. 21.

¹⁹³ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 85.

¹⁹⁴ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las garantías del Menor Infractor*, ob. cit., pág. 180 y 181.

que ver con la especificidad del sujeto al cual se dirige el proceso: un menor en pleno proceso de desarrollo¹⁹⁵. En este sentido, todos los intervinientes en el procedimiento de menores, Jueces, Fiscales, Abogados y Equipos Técnicos deben ser especialistas en la materia¹⁹⁶. A la especialización de todos ellos se refiere la Disposición final cuarta así como el apartado 7 de la Exposición de Motivos de la LORRPM¹⁹⁷.

Sin embargo, en materia de recursos se echa de menos la especialización de la segunda instancia tras la modificación del artículo 41 operada por la LO 9/2000, de 22 de diciembre, en tanto que se atribuye a las Audiencias Provinciales la resolución del recurso de apelación y suprime de este modo las previstas Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia a las que el legislador se refería en la Exposición de Motivos en los siguientes términos: “el sistema de recursos ordinario se confía a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia, 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 la ley propone...”¹⁹⁸.

6.3.- Breve análisis de las modificaciones sufridas por la LORRPM.

Los prolegómenos y la propia entrada en vigor de la LORRPM a principios de 2001 supuso, más allá de su indiscutible relevancia en el ámbito del Derecho penal y de la Administración de justicia, un acontecimiento de gran repercusión social y mediática, bien es cierto que con demasiada frecuencia desde una perspectiva alarmista. En tal contexto de inquietud, en la doctrina española se suscitaron valoraciones negativas respecto a la eficacia de la ley para hacer frente al aparente incremento de la delincuencia de menores. Esta controversia hay que encuadrarla en un contexto histórico en el que la política criminal española está marcada por un auge de las

¹⁹⁵ COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Derecho penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 90.

¹⁹⁶ MARTINEZ SERRANO, Alicia, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000” en ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pág. 22.

¹⁹⁷ Sobre este punto, se ha criticado la falta de dotación y de previsiones presupuestarias que originan escasez de personal especializado. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Avances y retrocesos en tratamiento penal de la delincuencia de menores”, *ob. cit.*, pág. 190.

¹⁹⁸ MARTINEZ SERRANO, Alicia, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 23.

posturas represivas y populistas frente al delito¹⁹⁹ influidas por dos circunstancias: 1. El asentamiento en España de las corrientes neoclásicas procedentes de la justicia penal y la criminología anglosajona las cuales promueven un Derecho penal basado exclusivamente en criterios represivos y de prevención general²⁰⁰; 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 alarmante desde algunos sectores políticos y sociales, acentuando la sensación de miedo e inseguridad entre la población²⁰¹.

Diez años han pasado desde la entrada en vigor de la LORRPM y sucesivas modificaciones la contemplan²⁰², algunas de ellas como consecuencia de trágicos sucesos²⁰³ que llevaron a su reforma antes de su entrada en vigor. Incluso sin detenerse a considerar en detalle el contenido de las sucesivas modificaciones, de entrada parece claro que semejante riada de transformaciones en tan poco tiempo revela una deficiente y criticable política legislativa, sobre todo si tenemos en cuenta que todas las reformas van con claridad en una línea de endurecimiento del Derecho penal de menores²⁰⁴,

¹⁹⁹ BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores”, *ob. cit.*, pág. 45 y 46.

²⁰⁰ VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, LUACES GUTIERREZ, Ana Isabel, “El nuevo rumbo de la Justicia penal juvenil en el Siglo XXI” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores, Tomo II*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008, pág. 49.

²⁰¹ BARQUIN SANZ, Jesús, “Ley Penal del Menor: Una historia de reformas”, *ob. cit.*, pág. 5.

²⁰² Modificada por la LO 7/2000, de 22 de Diciembre, de modificación de la Ley Orgánica de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores en relación con los delitos de terrorismo; LO 9/2000, de 22 de Diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la administración de justicia por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial; LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores; LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995; LO 8/2006 de 4 de Diciembre.

²⁰³ Así es, los tristemente conocidos como “*crimen de la catana*” (ocurrido el 1 de abril de 2000) y como el “*crimen de San Fernando*” (que tuvo lugar el 26 de mayo de 2000), alcanzaron tal nivel de notoriedad en los medios de comunicación, que dio lugar a una sensación de impunidad frente a comportamientos graves cometidos por menores, lo que trajo como consecuencia una actitud de rechazo social de la LORRPM y una fuerte corriente que demandaba una reforma que endureciera el tratamiento que se estaba dando a los menores autores de delitos graves, lo que motivó una reforma de la LORRPM, aprobada por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, dejando incluso la sensación de que estos hechos podían ser consecuencia de la LORRPM. Tal esquema no es privativo de España, sino que la alarma social producida en torno a una serie de graves y notorios sucesos delictivos han hecho replantear el modelo de justicia juvenil en otros países, tales como Reino Unido (caso Bulger) y Estados Unidos (matanza del Instituto Columbine). En este sentido, véase un análisis pormenorizado de tales hechos en VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, LUACES GUTIERREZ, Ana Isabel, “El nuevo rumbo de la Justicia penal juvenil en el Siglo XXI”, *ob. cit.*, págs. 45-48.

²⁰⁴ BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores”, *ob. cit.*, pág. 16 y 46.

contradiciendo de manera aparatosa, los criterios político-criminales en los que estaba fundamentada²⁰⁵.

La peculiaridad de que esta normativa novedosa haya sido sañudamente modificada aconseja adoptar una perspectiva diacrónica en el acercamiento a la LORRPM, frente a la habitual perspectiva sincrónica consistente en analizar el contenido del Derecho penal juvenil vigente en un momento dado²⁰⁶. Por todo ello, a continuación se desarrollaran brevemente las continuas modificaciones sufridas por el citado texto legislativo.

A) La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo²⁰⁷.

Antes de que se cumpliera el plazo de *vacatio legis* y entrara en vigor la Ley, ésta fue modificada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000. La primera, en orden a reforzar la represión de los delitos terroristas, en particular los cometidos por la llamada “Kale borroca”, ejecutados en gran parte por menores y contra cuya actuación se entendía que eran insuficientes las medidas correctoras inicialmente previstas en la ley, modificaciones no exentas de polémicas, por considerar que tienen un carácter represivo contrario al espíritu de la Ley²⁰⁸. No obstante, como analizaremos a continuación, más allá del objetivo de combatir el terrorismo, su contenido principal consistía en el endurecimiento considerable de las medidas de internamiento previstas en el art. 7 LORRPM y en la introducción de especialidades procesales en algunos supuestos concretos²⁰⁹. De esta forma, la LO 7/2000 modifica los artículos 7 y 9 e introduce dos

²⁰⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, *ob. cit.*, pág. 40.

²⁰⁶ BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores”, *ob. cit.*, pág. 16.

²⁰⁷ BOE num. 307, de 23 de diciembre.

²⁰⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 49. CANO PAÑOS, “Los menores de edad en España en ámbito de la delincuencia terrorista. Aspectos criminológicos y jurídico-penales” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 639.

²⁰⁹ BARQUIN SANZ, Jesús, “Ley Penal del Menor: Una historia de reformas”, *ob. cit.*, pág. 6. Véase BERNUZ BENEITEZ, María José, “Justicia de menores española y nuevas tendencias penales: La

nuevas disposiciones adicionales (la cuarta y la quinta). Los cambios más significativos pueden resumirse en los siguientes:

- Incorpora una nueva medida en el catálogo previsto en el artículo 7: la inhabilitación absoluta, asociada a los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del CP (delitos de terrorismo), medida en la que prima un espíritu claramente disuasorio y represivo, que responde al entorno y a las repercusiones político-sociales de la actividad terrorista²¹⁰.

- Modifica los supuestos de extrema gravedad (regla 5 del art. 9), dejando fuera de este concepto los delitos previstos en los arts. 138, 139, 179, 180, 571 a 580 del CP y aquellos otros sancionados con pena de prisión igual o superior a 15 años, que pasan a tener un tratamiento autónomo.

- Agrava la sanción a imponer para los delitos enunciados en el párrafo anterior (DA 4ª).

- En materia de terrorismo atribuye la competencia para el enjuiciamiento al Juzgado Central de Menores y la competencia para la ejecución de medidas al Estado (DA 4ª). En opinión de DOMINGUEZ IZQUIERDO, el hecho de que los menores sean enjuiciados por el Juzgado Central de menores de la Audiencia Nacional, va a suponer un etiquetamiento que en poco puede favorecer su reinserción social y que demuestra la renuncia a un tratamiento penal diferenciado²¹¹. Se ha señalado con razón que esto equivale a crear una “jurisdicción antiterrorista de menores”, paralela a la justicia penal juvenil ordinaria”.

Con esta modificación, el legislador no ha creído de antemano en las razones y finalidades que en su momento lo condujeron a promulgar la LORRPM, anteponiendo criterios de oportunidad, alarma social y de prevención general a los fines resocializadores. Al modificarse la ley antes de su entrada en vigor no se ha dejado la

regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-12, 2005, págs. 12 y ss. (en línea: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf>).

²¹⁰ BARQUIN SANZ, Jesús, “Ley Penal del Menor: Una historia de reformas”, *ob. cit.*, pág. 11.

²¹¹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva Mª, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 101.

posibilidad de comprobar la potencialidad resocializadora del nuevo sistema penal juvenil²¹² y muestra su propia debilidad legislativa, a pesar de ser aprobada por consenso de los diferentes grupos políticos²¹³.

Vemos que este régimen jurídico agravado para los menores de 18 años es mucho más grave si lo comparamos con el anterior Código penal (art. 65) ya que al mayor de 16 años y menor de 18 se aplicaba la pena inferior en uno o dos grados, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en una Institución especial de reforma.

Acertadamente, GARCÍA PÉREZ entiende que con la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2000 se abandona el modelo originario de la LORRPM basado esencialmente en la prevención especial y se opta por uno mixto, donde se distingue dos supuestos: en relación a la delincuencia de pequeña y mediana gravedad es el fin de la prevención especial el que orienta la interpretación de los presupuestos, así como los criterios de elección de la medida y su magnitud. En cambio, en lo referente al núcleo duro de la delincuencia de menores ya no se puede sostener que son las consideraciones de prevención especial las que ocupan un primer plano de la Ley sino las de prevención general²¹⁴.

Para confirmar la apreciación negativa que en la mayoría de la doctrina supuso la Ley 7/2000, podemos citar la valoración que al respecto hace CANO PAÑOS, quien considera que tal reforma rompe con los principios que en su día inspiraron el sistema de justicia juvenil contenido en la LORRPM, los cuales estaban ante todo orientados a la educación e integración social de los menores autores de cualquier infracción delictiva, con independencia de la naturaleza o gravedad de la misma²¹⁵.

Concluyendo, en palabras de MORILLAS CUEVA, tal reforma supone un retroceso en el camino iniciado por la LORRPM que alumbra una opción legislativa

²¹² CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 348.

²¹³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción", ob. cit., pág. 41.

²¹⁴ GARCIA PEREZ, Octavio, "La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores" en SOLA RECHE, Esteban (Ed.) *Derecho penal y psicología del menor*, Granada, Comares, 2007, pág. 36.

²¹⁵ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, ob. cit., pág. 264.

excesivamente frecuente y que no es otra que regular a impulsos de coyuntura política o de hechos sociales puntuales, alejándose de adecuados y planificados criterios político-criminales²¹⁶.

B) Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial²¹⁷.

Dicha norma incidió solamente en dos cuestiones. En primer lugar, la reforma afecta al recurso de apelación. En efecto, la LO 9/2000 estableció que todas las referencias a las Salas de menores de los Tribunales Superiores de Justicia contenidas en la originaria redacción de la LORPM (que se habían previsto en defensa de la unidad de doctrina) deben entenderse realizadas a las Audiencias Provinciales produciéndose el contrasentido de que por la vía del recurso de apelación se revisen las resoluciones de unos Jueces de menores especialistas por un órgano no especializado.

Por su parte, la Disposición Transitoria única de la ley 9/2000, suspende la aplicación de la LORRPM en lo referente a los infractores comprendidos entre los 18 y 21 años, por un plazo de dos años, contados a partir de la entrada en vigor de la misma (es decir, hasta el 13 de Enero de 2003)²¹⁸.

C) Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal y del Código civil sobre sustracción de menores.

Tal ley solo afectó a la normativa de menores en un aspecto: prorroga la suspensión de aplicar la misma a menores entre 18 y 21 años hasta el 1 de Enero de 2007. El hecho de que esta suspensión se produjera antes de finalizar el plazo de la anterior demuestra las profundas reticencias en torno a la aplicación efectiva de la misma.

²¹⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, *ob. cit.*, pág. 43.

²¹⁷ BOE num. 307, de 23 de diciembre.

²¹⁸ VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 310

Esta nueva suspensión se debía fundamentalmente a la carencia de centros adecuados así como a los costes económicos. Los medios (judiciales, asistenciales) disponibles para atenderlos se encuentran saturados y con necesidad de ingentes inversiones para cubrir necesidades materiales y de personal²¹⁹. También se alude a las frecuentes fugas de menores entre catorce y dieciocho años de los centros de internamiento, lo que producía una gran alarma social, y a las fuertes presiones sociales.

Habida cuenta de la trascendencia del precepto, el Defensor del Pueblo solicitó a los diferentes organismos públicos implicados en la aplicación de la LORRPM que informaran si, a su juicio, los actuales equipamientos humanos eran suficientes para hacer frente a los hechos delictivos cometidos por mayores de 18 años y menores de 21, o si por el contrario era conveniente mantener esa suspensión. La información recibida al respecto fue concluyente: 13 Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla fueron partidarias de que el antiguo art. 4 continuara sin aplicarse²²⁰.

Con tal suspensión se presenta una contradicción más en la política criminal seguida en relación a la justicia juvenil, en este caso agravada por la proximidad temporal de las decisiones²²¹.

D) Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal²²².

²¹⁹ BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores”, *ob. cit.*, pág. 54. Una línea de argumentación muy distinta es la seguida por ejemplo por DÜNKEL a la hora de realizar un estudio comparativo de la administración de justicia de menores a escala europea. Efectivamente, dicho autor se muestra partidario de establecer en los distintos ordenamientos penales juveniles a nivel europeo una legislación específica para el grupo de edad de hasta 21 años, dado que considera que a estas edades todavía no ha terminado en absoluto el desarrollo de los jóvenes, afirmando además que las medidas educativas parecen más adecuadas y en general, favorecen más la integración que las penas tradicionales que se imponen con arreglo a la legislación penal de adultos. Véase DÜNKEL “Reacciones en los campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea” en ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario (directora), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, CDJ-III, CGPJ, Madrid, 2001, pág. 183.

²²⁰ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 147.

²²¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, *ob. cit.*, pág. 44.

²²² BOE num. 283, de 26 de noviembre.

Modifica los términos en que el principio acusatorio se consagraba en el art. 8 de la redacción originaria de la LORRPM abriéndose camino a la posibilidad de la acusación particular en este ámbito²²³ (vedada con anterioridad) con la nueva redacción atribuida al art. 25²²⁴, reforzando considerablemente la posición de la víctima en el Derecho penal juvenil.

En la Justicia Penal Juvenil española, el principio general de exclusión de la acusación particular en el proceso penal de menores se había mantenido históricamente inalterado desde la LTTM de 1948²²⁵. En efecto, la primigenia redacción de la LORRPM no permitía el ejercicio de acciones penales por particulares atribuyéndose al Ministerio Fiscal el monopolio de la acción penal²²⁶. La Exposición de Motivos de la LORRPM justificaba la decisión de no admitir la acusación particular en el proceso de menores en el objetivo de impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor²²⁷ ya que en la legislación de menores el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor²²⁸. Por todo ello, la intervención de la víctima en el proceso de menores, aparte de las facultades limitadas que concedía el art. 25 LORRPM, se limitaba a participar en los mecanismos de conciliación y reparación previstos en el art. 19 LORRPM, así como actuar como parte civil en el marco de la pieza de responsabilidad civil para exigir la indemnización de los daños y perjuicios derivados del hecho delictivo cometido por el menor (arts. 61 a 64 LORRPM)²²⁹.

Se trataba en suma de evitar que se contaminase un proceso de dimensión eminentemente educativa. El sector doctrinal contrario al reforzamiento de la posición procesal de la víctima justifica la prohibición de la acusación particular en base a la

²²³ VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 311.

²²⁴ Dispone el artículo 25 que “Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces (...)”.

²²⁵ BARQUIN SANZ, Jesús, “Ley Penal del Menor: Una historia de reformas”, *ob. cit.*, pág. 20.

²²⁶ BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores”, *ob. cit.*, pág. 57.

²²⁷ Exposición de Motivos II, 7.

²²⁸ Exposición de Motivos II, 8 in fine.

²²⁹ Podía así observarse en la legislación española un paralelismo con respecto al Derecho penal juvenil alemán. En efecto, el § 80 párrafo 3 JGG establece de manera inequívoca y tajante la inadmisión en todo caso de la acusación accesoria (“Nebenklage”) en el proceso penal de menores. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 205.

incompatibilidad existente entre la finalidad educativa que preside todo el sistema juvenil y el ánimo vindicativo que en la mayoría de las ocasiones suele guiar la actuación de la víctima en todo proceso penal²³⁰. Para CUELLO CONTRERAS el espíritu resocializador que caracteriza la LORRPM prima sobre el derecho de la víctima a que se haga justicia, que queda subordinado a ese mismo fin resocializador de la jurisdicción de menores²³¹.

Los argumentos que ponen sobre la mesa los partidarios de prohibir en todo caso el ejercicio de acciones por particulares en el proceso penal de menores son, fundamentalmente, las siguientes: 1. La consideración del principio del superior interés del menor como principio inspirador, no solo del procedimiento, sino también de las medidas a adoptar contra el menor infractor en cada caso concreto. 2. La necesidad de preservar los aspectos educativos y resocializadores del proceso de menores. 3. En relación con el punto anterior, la exigencia de evitar postulaciones exclusivamente vindicativas. 4. La dificultad de armonizar la acusación particular con un principio básico del Derecho penal de menores, como es el principio de oportunidad ejercido por el Ministerio Fiscal (arts. 18 y 19 LORRPM)²³².

La constitucionalidad de este criterio excluyente fue también puesta en tela de juicio dada la amplitud de los términos del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE respecto de los legítimos derechos e intereses del ofendido por el ilícito penal. Ante ello, el Tribunal Constitucional afirmó categóricamente que el ejercicio de la acción penal por parte de la acusación particular (SSTC 115/2001, de 10 de mayo, f. jco. 6; y 179/2004, de 18 de octubre, ff. jcos 4 y 8) y popular (SSTC 64/1999 de 26 de abril; 81/1999 de 10 de mayo) es un derecho de configuración legal y, por tanto, el legislador es libre de no incorporar dichas figuras en el proceso penal dado que el ejercicio del ius puniendi es de titularidad estatal y no privada. Por tanto, desde la perspectiva del legislador de 2000, se trataba de una opción constitucionalmente lícita que perseguía el cumplimiento del principio del interés superior del menor y del subsiguiente de intervención mínima.

²³⁰ BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores”, *ob. cit.*, pág. 72.

²³¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 89.

²³² CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 279-280.

Admitiendo parcialmente la acusación particular, opina HIGUERA GUIMERA que ésta no se debería haber introducido con carácter general, solamente se debería haber previsto para el régimen especial agravado, es decir, cuando se trate de los siguientes delitos: homicidio (art. 138), asesinato (art.139), violación (art.179), agresión sexual o violación agravadas (art. 180), delitos de terrorismo de los arts. 571 a 580, y aquellos otros delitos sancionados en el Código penal con pena de prisión igual o superior a quince años, que era por otra parte lo que pedían los familiares de las víctimas (por homicidio, asesinato, o violación) de los menores de 18 años²³³.

De otro lado, son destacados también los argumentos que esgrimen la existencia de una descompensación existente entre la tutela concedida por la LORRPM al menor imputado y la tutela ofrecida a la víctima. Según mantiene MINGO BASAIL, el principio del superior interés del menor, concebido como piedra angular de todo el sistema de justicia de menores regulado en la LORRPM, no exige en términos absolutos prohibir el ejercicio de acciones por particulares en el proceso de menores. En palabras de esta autora, si lo que se pretende salvaguardar con la LORRPM es el interés del menor imputado, habría que ver si se puede lograr de una forma que, al mismo tiempo, sea menos perjudicial para las víctimas y no resulte tampoco incoherente con el sistema procesal penal español²³⁴.

Por nuestra parte, entendemos que la acusación particular, como sostiene la mayoría de la doctrina, sigue un objetivo vindicativo incompatible con las aspiraciones resocializadoras que pretende la ley, entendiendo que hubiera sido más conveniente no proceder a ninguna modificación en la línea que plantea tal norma.

Además, la aludida reforma de 2003 añadió una nueva amenaza con la Disposición adicional sexta donde se establece que el Gobierno procederá a impulsar medidas orientadas a sancionar “con más firmeza y eficacia” los hechos delictivos cometidos por menores que revistan especial gravedad; a tal fin se establecerá la

²³³ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, “La transformación de la originaria Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y sus consecuencias jurídicas”, *La Ley Penal*, núm. 18, 2005, pág. 11.

²³⁴ MINGO BASAIL, María Luisa, Posición de las víctimas en el proceso penal de menores. De la prohibición a la aceptación de la acusación particular, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Nº 6099, Editorial LA LEY, 4 Oct. 2004, pág. 8.

posibilidad de “prolongar el tiempo de internamiento y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios”.

Ante esta disposición incalificable procede subrayar algunas reflexiones. Sorprende que un Gobierno avance futuras reformas de una materia tan sensible como es la legislación de menores en una ley destinada principalmente a modificar el Código penal. A diferencia de las anteriores modificaciones producidas en la LORRPM, la agravación represiva que establece la LO 15/2003 no se sujeta a plazo alguno. Tampoco se señala en dicho párrafo que se evaluará la puesta en práctica de la LORRPM para matizar su contenido, en un sentido u otro, según sea el resultado de esa fantasmagórica evaluación de futuro²³⁵. Consideramos al respecto que tal cláusula se ha materializado con la promulgación de la Ley Orgánica de 4 de diciembre de 2006 como veremos a continuación.

E) Ley Orgánica 8/2006, de 4 de Diciembre, por la que se modifica la LORRPM²³⁶.

En estas coordinadas represoras y defensivo-sociales se enmarca la última reforma sufrida por la LORRPM, la más importante que tiene lugar después de su entrada en vigor²³⁷ y que muestra un sistema político criminal más riguroso, más expansionista, menos garantista y más penalizador²³⁸.

Su Exposición de Motivos, pese a reconocer que en los últimos cinco años el balance de aquélla ha sido positivo, añade que, las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Junto a esto, debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter

²³⁵ BARQUIN SANZ, Jesús, “Ley Penal del Menor: Una historia de reformas”, *ob. cit.*, pág. 21.

²³⁶ LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE num. 290, de 5 de diciembre).

²³⁷ AGUADO CORREA, Teresa, “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 MARTIN OSTOS, José, *El experto universitario en justicia de menores*, Sevilla, Astigi, 2008, pág. 311.

²³⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, *ob. cit.*, pág. 48.

violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social. A pesar de tales afirmaciones, los datos aportados por el Ministerio del Interior y algunos trabajos y estudios elaborados cuestionan la afirmación que hace la Exposición de Motivos²³⁹.

En sentido favorable a tal reforma parece decantarse, al menos en términos generales, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de esta ley cuando asume que ninguna de las modificaciones representa una alteración sustancial de los principios rectores de la jurisdicción de menores, tal y como fueron concebidos e implantados en la LORRPM, apreciándose en la presente iniciativa un encomiable propósito de promover una mejora general del procedimiento, respetando su diseño básico, y una adecuación de la respuesta jurídica a la delincuencia de menores en sintonía con las demandas sociales de mayor eficacia disuasoria y preventiva.

Tal opinión creemos que es discutible si atendemos a cada uno de los aspectos que han sido objeto de reforma por tal ley, entre los que podremos observar en que grado se ha visto afectada la medida de internamiento. Para un mejor estudio y estructuración de las modificaciones introducidas, podemos clasificarlas en cuatro apartados:

1.- MODIFICACIONES RELATIVAS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY, MEDIDAS Y REGLAS DE APLICACIÓN.

1.1.- Exclusión de la franja de 18 a 21 años.

La reforma más llamativa en este apartado aunque esperada a través de sus diversas moratorias que han evitado que no haya llegado a entrar en vigor, es la

²³⁹ Así por ejemplo se pone de manifiesto en el informe sobre “La criminalidad en España en 2006”, elaborado por el Gabinete de Estudios de Seguridad Interior de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior. Este informe parte de los datos referidos al ámbito territorial de actuación del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil y en él se dedica un apartado especial al “comportamiento de la criminalidad juvenil”, tomando como indicador de la misma el número de detenciones practicadas sobre menores de 18 años, como presuntos autores de un delito o una falta penal, concluyendo que el comportamiento de esta criminalidad presenta una positiva evolución, descendiendo en 2006 un 4,4% sobre el 2005, que a su vez había experimentado un descenso del 5,2 % sobre el 2004. www.mir.es/DGRIS/Balances/Balance_2006/Balance_criminalidad_delincuencia.html. También téngase en cuenta los datos aportados por el Centro Reina Sofía para el estudio de la violencia, así como el Consejo General del Poder Judicial recogidas en MONTERO HERNANZ, Tomás, *La justicia juvenil en España...*, *ob. cit.*, págs. 397-402.

supresión definitiva del art. 1.2 LORRPM (consecuentemente también se elimina el párrafo 4º, art. 1). A través de la misma desaparece totalmente la posibilidad de aplicación de la ley a jóvenes entre 18 y 21 años, lo cual es contrario a la finalidad educadora que, en un principio inspiró la ley, puesto que el derogado art. 4 limitaba su contenido, en exclusiva, a los jóvenes comprendidos en esa franja de edad que hubieran cometido meras faltas o delitos no violentos, de escasa trascendencia y siempre que no fueran reincidentes y su personalidad y grado de madurez así lo aconsejara²⁴⁰, pero no en otros casos distintos, como erróneamente se ha entendido en ocasiones. Aún siendo conscientes de la dificultad de aplicación de esta hipótesis en la realidad cotidiana, se ha perdido una oportunidad para introducir respuestas más humanitarias y educativas en tal banda de edad²⁴¹.

1.2.-Derechos de las víctimas.

Con la introducción del art. 4 se formaliza un auténtico estatuto de la víctima en la LORRPM. Hay que reconocer que la víctima quedaba muy relegada en el proceso de menores siendo prácticamente testimonial su intervención salvo en la reparación y la conciliación del menor infractor con la víctima²⁴², estándole no obstante vetada en todo caso la posibilidad de solicitar la imposición de una determinada medida en contra del menor imputado²⁴³.

En este sentido, puede resultar muy interesante comprobar la evolución que ha sufrido al respecto la legislación penal juvenil de nuestro país. En un primer momento el

²⁴⁰ Se observa así como el legislador español no atendía de modo exclusivo a las circunstancias personales y al grado de madurez a la hora de aplicar la legislación penal de menores a los jóvenes de entre dieciocho y veintiún años, exigiendo a la vez otros dos requisitos adicionales. No obstante, la posibilidad que la Ley contemplaba para esta franja de edad concreta, de la lectura del art. 4 LORRPM se desprende que la regla general es que el mayor de dieciocho y menor de veintiuno debía quedar sometido, en principio, al Código penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que únicamente se exceptuaba de ese régimen jurídico general cuando concurrían las condiciones enumeradas en la mencionada disposición. En cualquier caso, a propósito de esta redacción originaria del art. 4 LORRPM, la FGE (Circular 1/2000) recomendaba en su momento a los fiscales que su aplicación fuera la excepción y no la regla. BARQUIN SANZ, Jesús, "Ley Penal del Menor: Una historia de reformas", *ob. cit.*, pág. 15.

²⁴¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "Avances y retrocesos en el tratamiento penal de la delincuencia de menores", *ob. cit.*, pág. 183.

²⁴² MARTINEZ FUENTES, Francisco, "Análisis reflexivo y crítico sobre la justicia de menores: las nuevas tendencias surgidas sobre la justicia penal juvenil española tras las continuas reformas de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores" en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 310.

²⁴³ BARQUIN SANZ, Jesús, "Ley Penal del Menor: Una historia de reformas", *ob. cit.*, pág. 17.

Proyecto de Ley de 1998 previó incorporar a la víctima al sistema a través de dos estrategias: perfeccionando el procedimiento de conciliación y reparación que la LORJM había posibilitado y arbitrando un procedimiento que iba a permitir satisfacer los daños y perjuicios que la víctima o el perjudicado por el delito pudieran haber sufrido a través de la apertura de una pieza separada donde se ventilaría la responsabilidad civil, excluyendo de modo tajante el ejercicio de la acusación particular. Posteriormente, y tras la reforma que sufrió la Ley en su paso por el Senado, este aspecto se modificó y se incorporó la figura de un coadyuvante del Fiscal para los casos de delitos violentos cometidos por jóvenes de 16 y 17 años. Finalmente, y tras el impacto mediático y la consecuente alarma social que provocó el caso Sandra Palo, el sistema permite definitivamente la acusación particular, tras la reforma que sufrió la Ley a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal.

De este modo lo que empezó siendo un sistema que obviaba totalmente la situación y la asistencia de las víctimas pasó a ser un procedimiento en el que, a pesar de los riesgos que supone incorporar el ánimo vindicativo a un régimen eminentemente educativo, apostó por atender estos intereses. Sin embargo, la valoración de su incorporación no ha resultado muy positiva y ha evidenciado que, efectivamente, el carácter simbólico que latía detrás de todas estas reformas ha llegado a provocar más indefensión para las propias víctimas que otra cosa, y por supuesto, ha pervertido el proceso educativo que pretende llevarse a cabo con los menores infractores²⁴⁴.

1.3.- Modificaciones en el art. 7: definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas.

a) Introducción de una nueva medida: la medida de alejamiento de la víctima.

Se incorpora una nueva medida al elenco existente en el art.7 LORRPM, contenida en la letra i) consistente en “la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez”. Esta medida se aplicará, en dos tipos de situaciones: como medida judicial definitiva, que

²⁴⁴ FERNANDEZ MOLINA, Esther, RECHEA ALBEROLA, Cristina, “¿Un sistema con vocación de reforma?: La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 4, número 4, 2006, págs. 20-21.

detallará el juez en el fallo de su resolución (o sentencia), una vez finalizado el proceso, y como medida cautelar.

b) La medida de inhabilitación absoluta se amplia con esta reforma.

Introducida en el Derecho penal de menores en relación con los delitos de terrorismo, con la LO 8/2006 se hace extensiva a todos los supuestos que considere el Juez de Menores al incorporarla en el art. 7.1 ñ). Lo que en su momento nos pareció una reacción legal al fenómeno de kale borroka, ha sido elevada a la categoría de medida aplicable en la jurisdicción de menores.

c) También se aprecian cambios en el contenido de la medida de internamiento en régimen semiabierto.

Con la reforma, el art. 7.1.b) determina que “Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas (...)”. Antes establecía “realizaran fuera”, por mandato legal. Ahora la ley apunta una opción, además de exigir que las actividades se establezcan en el programa individualizado y condicionar su realización en el exterior a la evolución del sujeto y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas. Se concede al Juez de Menores la posibilidad de cambiar el contenido de la medida si decide que todas las actividades se realicen dentro del centro. Confiamos en la sensatez del Juez de Menores a la hora de hacer uso de esta posibilidad.

d) La medida de libertad vigilada.

En cuanto a esta medida, la LO 8/2006 contempla ex novo la posible incompatibilidad entre el cumplimiento de las obligaciones convenientes para la inserción social del joven y la continuidad de la convivencia con sus padres. Tal entendimiento tiene su reflejo en el caso Jokin, en el que el posicionamiento de los familiares ante los graves hechos cometidos por los menores pone de manifiesto su falta de idoneidad.

1.4.- Modificación del régimen general de aplicación y duración de las medidas (art. 9).

a) Para los hechos que sean calificados como falta, se amplía el número de medidas que podrán ser aplicadas al menor; así la medida de libertad vigilada, y la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima hasta un plazo máximo de 6 meses (art. 9.1).

b) Por lo que se refiere a los delitos, la nueva Ley endurece considerablemente las medidas para imponer al menor. El internamiento en régimen cerrado, se amplía a todos aquellos hechos tipificados como delitos “que se cometan en grupo o el menor pertenciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”. (Art. 9.2 c)).

Esta posibilidad, ocasionará frecuentes incrementos sancionadores en los menores delincuentes, entre otras razones porque ésta es, precisamente, una de las vías más utilizadas por ellos en la comisión de determinados delitos²⁴⁵. Parece ser que las razones que han motivado al legislador a incluir la referencia a estos casos tienen que ver con los episodios de violencia protagonizados por grupos como los “Latin Kings” que por los métodos y formas de violencia que emplean resultan realmente peligrosos²⁴⁶. A pesar de ello, debe reconocerse que si realmente lo que se pretendía era castigar de forma más severa los casos más graves de actuación de menores en el marco de pandillas o grupos, ni siquiera era necesaria la inclusión de dicho inciso. Baste

²⁴⁵ En este sentido téngase en cuenta la opinión de CARMONA SALGADO: “Ciertamente es que en la sociedad actual existe un auge entre los jóvenes a agruparse en pandillas o bandas, motivados, fundamentalmente, por razones de carencias familiares y afectivas, así como por la falta de modelos de referencia que, a veces, se asocian a la comisión de ciertos actos delictivos, excluyendo de esos grupos a otros adolescentes que no cumplan con sus reglas. Sin embargo, desde un enfoque interdisciplinar y social del problema, según las experiencias recabadas en Cataluña y Ecuador, por ejemplo, una de las Conclusiones a las que llegó el II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil fue la de que éste dato puede servir para intervenir positiva, y no negativamente, sobre los menores asociados, pues, según tales investigaciones, son lazos de afecto y amistad, y no tanto de violencia, los que realmente les unen a la hora de cometer ciertos delitos (v. gr., acoso escolar). Sobre el particular, vid, la S. del Juzgado de Menores de San Sebastián, de 15 de mayo de 2005, así como la de la AP de Vizcaya, de 12 de julio del mismo año, ambas relativas al conocido como “caso Jokin”.) CARMONA SALGADO, Concepción, “Consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva ley 8/2006” en *Revista La Ley Penal*, nº 48, 2008, págs. 57 y ss.

²⁴⁶ LASTRA DE INES, Almudena, “Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en centro cerrado” en PANTOJA GARCIA, Félix (Director), *La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pág. 89.

pensar que la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado ya se garantizaba en casos en que la comisión de los hechos ya se haya empleado en su ejecución violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas²⁴⁷.

En opinión de POLAINO-ORTS no se trata de criminalizar una banda porque comete delitos sino que ya la banda es un delito. De manera paralela a la incriminación de la pertenencia a banda armada, la pertenencia a una banda juvenil se considera ya un delito, o bien un factor de agravación de responsabilidad²⁴⁸.

En definitiva, tal previsión representa una clara muestra de la orientación más represiva ubicada en la LO 8/2006 que, a pesar del carácter no obligatorio en su aplicación, aleja los contenidos y objetivos de la LORRPM de su núcleo esencial educativo-resocializador y de las orientaciones internacionales sobre el tema al abrir la posibilidad de su utilización en tan amplios supuestos²⁴⁹.

1.5.- Modificación de las reglas especiales de aplicación y duración de las medidas (art.10).

a) Reglas especiales de duración en el caso de hechos graves, menos graves pero cometidos con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para su vida o integridad física, o cometidos por un menor que pertenece o actúa al servicio de una banda, organización o asociación. Se eleva a un año más el límite máximo, de la medida de internamiento, también de la medida de libertad vigilada cuando se trate de tales hechos²⁵⁰.

²⁴⁷ En este sentido, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de Abril de 2004, que antes de la reforma operada por LO 8/2006 condenó a una medida de internamiento en régimen cerrado por un tiempo de ocho años completada por una medida de libertad vigilada por cuatro años a los integrantes de una banda Latin King por un delito de asesinato.

²⁴⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, “El menor como enemigo (o el cambio de paradigma en el tratamiento penal de la delincuencia juvenil)”, *ob. cit.*, pág. 150 y 151. Entiende el citado autor que el fenómeno de la delincuencia asociada y organizada ha sido en tanto elemento agravante acogida como una presunción legal *iuris et de iure* de enemistad al Derecho. Al sujeto que se integra un grupo el legislador le concede automáticamente la condición de enemigo porque presume en el una especial virtualidad para poner en peligro la convivencia social.

²⁴⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, *ob. cit.*, pág. 227.

²⁵⁰ Se contempla esta posibilidad de la siguiente manera:

Art 10: Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas.

Hay que tener en cuenta que un internamiento de un menor de edad tan prolongado afecta a un periodo trascendental del desarrollo de su personalidad, siendo la percepción del paso del tiempo por parte de un menor muy distinta a la que puede tener un adulto. Todo esto hace que una medida de internamiento tan extensa dificulte enormemente la reintegración social de ese menor²⁵¹. Una vez más el legislador decide aumentar las medidas sin tener en cuenta los datos empíricos, porque lo cierto es que no existe ninguna evidencia fáctica que justifique esta reforma²⁵².

b) Supuestos en los que obligatoriamente procede imponer la medida de internamiento:

* Casos que revistan extrema gravedad: cuando sean cometidos por menores de 16 o 17 años, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, (en la redacción anterior eran cinco años). (Art. 10.1b)

* Hechos constitutivos de los delitos de los arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 CP: frente al máximo de la medida de internamiento prevista en el apartado 2. c) de la DA Cuarta de la LO 7/2000, que disponía que habría que imponerse una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años complementada por otra medida de libertad vigilada por un plazo de hasta tres, ahora el art. 10.2 a) dispone que el Juez deberá imponer la medida de internamiento en régimen cerrado por un tiempo de uno a cinco años, complementada por otra medida de libertad vigilada por un tiempo de hasta tres.

1.6.- Pluralidad de infracciones: se modifica el contenido del art. 11, estableciendo que en tales supuestos regirán los límites máximos contenidos en el art. 9 y 10. Además, se añade un incremento del periodo de duración de los internamientos en

a') si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere entre 14 y 16 años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración (en la redacción anterior eran dos años) (...)

b') si al tiempo de cometer los hechos el menor hubiere cumplido la edad de 16 años, la duración máxima de la medida será de seis años (en la redacción anterior eran cinco años); (...).

²⁵¹ BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, "Los cambiantes principios del derecho penal español de menores", *ob. cit.*, pág. 70.

²⁵² AGUADO CORREA, Teresa, "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", *ob. cit.*, pág. 312.

régimen cerrado en aquellos casos en los que alguna infracción sea especialmente grave, pudiendo extenderse hasta un máximo de diez años (art. 11.2).

1.7.- Mayoría de edad del condenado (art. 14).

El nuevo artículo 14 adelanta a la edad de dieciocho años los supuestos en los que, en caso de cumplimiento de una medida de régimen cerrado, el Juez, tras las audiencias preceptivas, podrá ordenar que cumpla el resto de la pena en centro penitenciario, de acuerdo con el régimen general previsto por la LGP. Recordemos que en la anterior redacción esta posibilidad quedaba contemplada cuando el menor hubiere cumplido los 21. Esta facultad, que es potestativa a los dieciocho años, a los veintiuno se convierte en obligatoria, (rebajada a su vez desde los 23 años en la anterior legislación) de tal manera que si el joven hubiese cumplido dicha edad “el Juez ordenará”, dejando sólo como margen de actuación a fin de evitar la rigidez de esta norma la facultad de suspender o modificar la medida impuesta.

2.- MODIFICACIONES RELATIVAS A LA INSTRUCCIÓN.

2.1.- Medidas cautelares: se amplía la duración de la medida cautelar de internamiento, que pasa de tres meses, prorrogable por otros tres meses, a seis meses prorrogable por otros tres meses²⁵³. Además, se amplían las causas que permiten al Juez de Menores acordar medidas cautelares, incluyéndose el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima²⁵⁴. Se trata de un endurecimiento difícilmente justificable de la solución anterior, la cual, al ser una limitación temporal más estricta obligaba al Ministerio Fiscal a llevar un preciso control de dicha medida para instar y obtener, en su caso, la prórroga antes de la expiración del plazo inicial de los tres meses. Ahora puede resultar menos exigente su actuación profesional pero a costa de la libertad de los menores infractores.

²⁵³ Artículo 28.3 LORRPM establece que “El tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del letrado del menor y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo”.

²⁵⁴ Artículo 28.1 LORRPM dispone que “El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expeditado o para la debida protección de la víctima”.

2.2.- Competencia de la Fiscalía para nombramiento de Letrado.

Con la reforma del apartado 2º del art. 22, se pone fin a diversos problemas que habían sido denunciados a través de numerosas voces. La anterior regulación mantenía que, una vez incoado expediente, era el Secretario del Juzgado de Menores quien requería al menor con el fin de que nombrara Letrado, y si en el plazo de tres días, no lo efectuase nombraría uno de oficio. Pues bien, la letra de la ley obliga a las Fiscalías a remitir al Juzgado de Menores esta nueva función que ahora se le ha encomendado, provocando importantes retrasos y discordancias a la hora de este nombramiento.

3.- MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA FASE INTERMEDÍA, JUICIO Y RECURSOS.

Al objeto de adecuar la ley a la introducción de la acusación particular, diversos artículos, en concreto del art. 30 a 40, introducen modificaciones, únicamente en el sentido de dar cabida al letrado de la acusación, y como consecuencia de la tramitación conjunta de la responsabilidad civil.

4.- MODIFICACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS.

Con carácter general, la ejecución de las medidas impuestas al menor se realizará bajo el control del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente. No obstante, la modificación de los art. 12 a 14, y los art. 44 y siguientes, establece el cambio de Juez para la ejecución de medidas en supuestos especiales.

El art. 12 prevé la ejecución de las sentencias dictadas por varios Juzgados de menores, en los supuestos de pluralidad de infracciones que no se hayan tramitado en un solo procedimiento. La competencia para la ejecución será del primer Juez que haya dictado una sentencia, remitiendo todos los posteriores, testimonio de la sentencia para que sea ejecutada por aquel.

5.- MODIFICACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Establecimiento de la tramitación conjunta de las pretensiones civiles y penales, similar al ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se rectifica así la inaudita fórmula anterior que limitaba la agilidad del procedimiento al multiplicar los actos procesales y obligar a una reproducción de las mismas pruebas del juicio principal, para culminar con una sentencia que, siendo susceptible de apelación, carecía de la eficacia de cosa juzgada, sin impedir un nuevo planteamiento de la cuestión litigiosa ante los órganos de la jurisdicción civil. Ahora, despojada la pieza separada de responsabilidad civil de la autonomía de que gozaba con anterioridad, la acción civil ex delicto en el proceso de menores se dirime en la pieza principal, conjuntamente con la acción penal.

IV.- Conclusiones sobre la evolución de la medida de internamiento en régimen cerrado.

A la vista de lo expuesto, no podemos calificar positivamente la evolución legislativa en nuestro país en materia de responsabilidad penal de menores. En su dimensión histórica, la llamada justicia tutelar del menor, con sus procedimientos sin garantías, con una endémica escasez de medios materiales y personales y con sus medidas o penas-medidas, especialmente de internamiento, que se cumplía en centros que no reunían las exigencias mínimas para cumplir los fines educativos que se proponían, a la postre resultaban en una agravación, paradójicamente involuntaria, de la reacción al hecho punible cometido por el menor delincuente, al imponerle, sin las garantías del Derecho penal material y procesal, unas medidas reformadoras de duración indeterminada, que operaban como sucedáneo del sistema penal de adultos, especialmente las privativas de libertad, lejanas en su cumplimiento de la finalidad educadora y de prevención especial que se proponían.

En esta situación, arroja un haz de luz la entrada en vigor de la LORRPM, que introduce definitivamente un modelo de justicia juvenil acorde con las previsiones internacionales al respecto. A pesar de ello, las continuas modificaciones no han hecho más que eliminar los presupuestos educativos de la Ley, que en un principio fueron aplaudidos, dando lugar a un tratamiento puramente punitivo e intimidatorio.

Desde el año 2000 se ha ido endureciendo en nuestro país, de forma progresiva, el tratamiento penal de los menores de edad, justificándose en el paulatino crecimiento de la delincuencia juvenil y, en consecuencia, en la necesidad de respuestas más severas para los hechos delictivos cometidos por menores, dos ideas que se han instalado en la opinión pública, cuya influencia, especialmente por el poder de los medios de comunicación, se traduce en un clima de inseguridad ciudadana que demanda más mano dura contra los jóvenes que delinquen.

Frente a tales considerandos asumidos por la opinión pública y justificados en la reforma legislativa, hay que indicar:

A) En cuanto al crecimiento de la delincuencia juvenil, punto en el que se basa la Exposición de Motivos de la última reforma, tal afirmación no resulta tan clara, en tanto como ya expuse, los datos aportados por el Ministerio del Interior demuestran lo contrario.

B) Respecto al tratamiento benévolo que se le atribuye, éste no puede ser calificado como tal, ya que desde las iniciales reformas se observa un progresivo endurecimiento.

Especialmente significativas dentro de este marco de reformas, son las incorporadas a la medida de internamiento, ampliando excesivamente su ámbito de aplicación. Así, parece polarizarse la justicia en torno a dos grandes respuestas: una informal, para la delincuencia de menor gravedad; la otra, formal y centrada en la medida de internamiento, especialmente en régimen cerrado para el resto de la delincuencia.

En este sentido, hay que señalar que las investigaciones sobre la eficacia de las sanciones impuestas a menores ponen de relieve que es el internamiento el que mayor porcentaje de fracaso presenta de cara a la socialización o resocialización de los menores delincuentes. Por tanto, si bien la pena privativa de libertad se utilizó con los menores para evitarles la imposición de la pena de muerte o de sanciones corporales, la gran evolución del futuro debería consistir en que la iniciativa gubernamental siguiera una vía distinta, encaminada a restringir los casos en los que se puede acordar la

privación de libertad, introduciendo mecanismos necesarios para fomentar el recurso a sanciones en medio abierto.

**CAPITULO II: CONCEPTO DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN
RÉGIMEN CERRADO.**

I.- Cuestiones previas.

El Título II de la LORRPM, bajo la rubrica “De las medidas”, consagra una de las más específicas particularidades que, junto a un procedimiento especial, caracteriza al denominado Derecho penal de menores regulando las consecuencias jurídicas aplicables a los menores de 18 años (mayores de 14) por la comisión de infracciones penales²⁵⁵.

A diferencia de lo que sucede sobre la conceptualización de las consecuencias jurídicas del delito previstas en el Código Penal, objeto de sustanciosas y minuciosas obras²⁵⁶, las aportaciones doctrinales acerca de la definición de las medidas en el derecho penal de menores son escasas y estériles²⁵⁷, habida cuenta de la frecuencia de nociones que califican la medida de internamiento en régimen cerrado simplemente como una autentica reacción punitiva, efectuando una equiparación a la pena de prisión²⁵⁸, sin aportar mayores fundamentos que la simple observación de la privación de libertad que genera. A pesar de que pudiera ser suficiente remitirnos a la descripción de las mismas en la propia Exposición de Motivos²⁵⁹, hay que decir que tal simplismo no es adecuado para llevar a cabo una rigurosa aproximación conceptual de la medida,

²⁵⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, *ob. cit.*, pág. 211 y 212.

²⁵⁶ Entre otros, al respecto véase MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Tecnos, 1991; GRACIA MARTIN, Luis (Dir.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

²⁵⁷ Suelen ser comunes las definiciones que califican las medidas como el conjunto de respuestas educativas que se pueden imponer judicialmente a un menor, por la comisión de un delito o falta, con la finalidad de responsabilizarle de sus actos, dotándole de los recursos necesarios y personales. BERNUZ BENEITEZ, María José, FERNANDEZ MOLINA, Esther, PEREZ JIMENEZ, Fátima, “Educar y controlar: la intervención comunitaria en la justicia de menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009, pág. 2. En sentido similar, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 75.

²⁵⁸ En este sentido se ha pronunciado CONDE-PUMPIDO quien considera que constituyen reacciones penales y sanciones del hecho cometido, razón por la que subyace en tales medidas un cierto matiz punitivo, reflejado en la condición de que son de especial intensidad y mantienen un cierto paralelismo con la pena juvenil, en especial, el internamiento en centros de régimen cerrado, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 52 y 53. En la misma línea, GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, *Actualidad Penal, Sección Doctrina*, 2000, Ref. XXXII, tomo 3, págs. 682-683. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero de 2000”, *ob. cit.*, pág. 6. GOMEZ RIVERO, María del Carmen, “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal, Sección Doctrina*, 2001, Ref. X, tomo 1, LEY, pág. 166. Para mayor abundamiento sobre esta cuestión, me remito al epígrafe relativo a la naturaleza de la medida de internamiento en régimen cerrado.

²⁵⁹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La responsabilidad penal de los menores” en GRACIA MARTIN, Luis (Coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, *ob. cit.*, pág. 451.

habida cuenta de la necesidad de examinar las singularidades del ámbito específico en el que nos encontramos. Por ello, con la finalidad de realizar tal tarea, resulta imprescindible diferenciarla de otras medidas afines que aparecen en la LORRPM.

II.- Distinción entre las diferentes modalidades de internamiento ordinario.

La ley prevé distintas modalidades de internamiento en función de la mayor o menor restricción de libertad que experimentan los menores sancionados²⁶⁰, creando una tríada de medidas privativas de libertad y rechazando la propuesta de refundirlas en una sola²⁶¹. En opinión de CRUZ MARQUEZ, tal opción atiende a criterios de prevención general, pues si hubiera tenido en cuenta los criterios educativos y resocializadores de las medidas, debiera haber configurado el internamiento como medida única, constituyendo sus tres modalidades las formas de cumplimiento progresivo²⁶². Frente a tal posicionamiento, hemos de tener en cuenta que la regulación de las medidas privativas de libertad en estos tres modelos está inspirada en los principios de diversificación, flexibilidad y en definitiva en el de estructurar múltiples o variadas opciones de respuesta que puedan acomodarse a las necesidades educativas del menor²⁶³. En esta línea, el artículo 13 de la Recomendación 87 CE prescribe la diversificación de las formas de internamiento para ofrecer la forma que mejor se adapte a la edad, dificultades y medio de origen de los menores. Entendemos en este punto adecuada la postura mantenida por la LORRPM, en tanto que pretende aproximarse con tal configuración graduada de internamiento ordinario a las circunstancias del autor y del caso, lo cual constituye, como hemos visto, uno de los pilares fundamentales sobre los que se articula la propia ley.

²⁶⁰ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho Penal Juvenil*. Madrid, Dykinson, 2007, pág. 27. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 330. VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 446.

²⁶¹ El Grupo Parlamentario Catalán propuso sin éxito, la regulación de la medida de internamiento unificada, entendiéndose que la actual impide el tratamiento individualizado y los mecanismos de progresión y regresión de régimen en función de la evolución del sujeto, DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 133.

²⁶² VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 447.

²⁶³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 147. El legislador se decantó por contemplar en la ley tres modalidades privativas de libertad diferentes, rechazando las propuestas que apuntaban a diseñar una única de tal forma que en función de la evolución del menor se permitiese pasar de una a otra.

Pese a que puede observarse a nivel internacional un malestar de gran alcance frente a la imposición y ejecución de medidas privativas de libertad respecto de los menores²⁶⁴, los legisladores de diversos países no se atreven a renunciar a este tipo de consecuencia jurídica pese a las duras críticas vertidas sobre la misma²⁶⁵. De este modo, encontramos la justificación de su existencia en la Exposición de Motivos de la LORRPM, donde señala que “dicha medida se prevé para responder a una mayor peligrosidad que presentan determinados supuestos, manifestada por la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos, que se caracterizan en los casos más destacados, por el uso de violencia o la intimidación o bien por la creación de un peligro para la vida o integridad de las personas”²⁶⁶, con lo cual se está afirmando el carácter de última ratio de la medida de internamiento, limitándola a los supuestos más graves, cuando otras medidas sean ineficaces y en todo caso rodeándolas de garantías²⁶⁷.

Es por ello que la finalidad fundamental del internamiento no puede ser otra que la común a cualquiera de las medidas catalogadas en la LORRPM, es decir, la reeducación del menor tratando que éste adquiera los recursos de competencia social para que posteriormente en libertad mantenga un comportamiento responsable²⁶⁸. A tal fin, el apartado 16 de la Exposición de Motivos dispone que “El objetivo prioritario de la medida es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas

²⁶⁴ En la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, en su artículo 37b, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por Resolución 45/113 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, y en la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre las Reglas mínimas para la Administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), y la Recomendación 20/1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, recogen que la medida de internamiento debe ser el último recurso a aplicar, dando prioridad a las medidas que se desarrollen en el ámbito familiar y social del menor. VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil, ob. cit.*, pág. 446.

²⁶⁵ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores, ob. cit.*, pág. 330.

²⁶⁶ Exposición de Motivos, III, § 16, párrafo primero.

²⁶⁷ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 103. Tanto en el punto 17 de las Reglas de Beijing como el art. 37b) de la Convención de los Derechos del Niño, como la Resolución 62 del Consejo de Europa de 29 de noviembre de 1978 sobre delincuencia juvenil como la recomendación num. R (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa proponen la eliminación progresiva del internamiento multiplicando las medidas sustitutivas. Durante demasiados años se ha venido recurriendo frecuentemente en España a la medida de internamiento en régimen cerrado por no resultar viable otro tipo de medidas más adecuadas y por considerarse que la simple amonestación resultaba una medida insuficiente e inidónea. Cierto es que progresivamente se ha ido imponiendo un criterio más restrictivo al respecto en consonancia con la doctrina internacional. HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 155.

²⁶⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, *ob. cit.*, pág. 228. BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 202.

adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad”. Por tanto, en ausencia de tal entorno que proporcione las condiciones educativas adecuadas y cuando concurren los hechos que permiten su aplicación, la medida puede resultar justificada, bien sea porque desde la propia familia o centro educativo de protección o grupo de convivencia sea imposible dotarle de la estabilidad necesaria para realizar el trabajo educativo. En la práctica ha dado lugar a que, en ausencia de familia, como ocurre con los menores extranjeros no acompañados, ante la inoperancia del sistema de protección en la mayoría de las Comunidades Autónomas, estos menores ingresen en los centros de reforma en supuestos en los que nunca ingresaría un menor nacional, única y exclusivamente porque los centros de protección son insuficientes, lo que genera una problemática especial derivada sin duda de la inadecuación de la medida al perfil de ciertos infractores²⁶⁹.

Como indicábamos, la mayor o menor intensidad en la restricción de libertad del menor que cada uno de los internamientos comporta da lugar a distintas clases de medidas que suponen una privación de libertad del menor de edad con una intensidad y duración diferenciada, en atención a la gravedad del hecho y a la edad del menor²⁷⁰. A tales tipos de internamiento se va a aludir a continuación.

1.- Internamiento en régimen cerrado.

1.1.- Contenido de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Comenzaremos por conceptualizar tal medida en función de su contenido. Desde tal óptica, el internamiento en régimen cerrado se caracteriza porque el menor reside en el centro y realiza en el todas las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio²⁷¹,

²⁶⁹ LASTRA DE INES, Almudena, “Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en centro cerrado”, *ob. cit.*, pág. 85.

²⁷⁰ BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 201.

²⁷¹ Art. 7, letra a) de la LORRPM. Hay que indicar que el artículo 48.6 RLORRPM admite la posibilidad de que, transcurrido el periodo de seguridad que constituye el primer tercio del periodo de internamiento y cumplidos los demás requisitos que se fijan en el precepto, el menor pueda disfrutar de salidas programadas en el exterior en las que desarrollar actividades previstas en el programa individualizado de ejecución de la medida.

teniendo un contenido educativo concreto, fijado por el Juez en su resolución²⁷², ya que resulta necesario que desde el primer momento en que el menor se incorpore al centro cuente con un programa de actividades acorde con los objetivos que se pretenden conseguir con la medida²⁷³, pudiendo abandonar el centro solo en los casos de permisos de salidas establecidos en el art. 56 del Reglamento²⁷⁴.

Se trata claramente de la modalidad de ejecución más restrictiva y controladora²⁷⁵, ya que supone trasladar al centro no solo la residencia del menor y todos los aspectos relacionados con ella, sino también el desarrollo de las actividades básicas en que se estructura el día a día del joven en libertad²⁷⁶.

El internamiento en régimen cerrado 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 autónomo²⁷⁷. En este sentido, la actividad formativa, educativa, laboral y de ocio debe ser permanente, respondiendo a la idea de ocupación global²⁷⁸.

1.2.- Régimen de aplicación.

En cuanto al régimen de aplicación, justo porque se trata de la medida más severa, el legislador se ha preocupado de limitarla a los supuestos que revistan

²⁷² ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores...*, *ob. cit.*, pág. 182.

²⁷³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, *ob. cit.*, pág. 228.

²⁷⁴ CRUZ BLANCA, María José, “Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre”, *ob. cit.*, pág. 163.

²⁷⁵ CARMONA SALGADO, Concepción, “Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *EJMF*, I-2002, pág. 924. En idéntico sentido, entre otros, ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores...*, *ob. cit.*, pág. 182. ABEL SOUTO, Miguel, “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, *Actualidad Penal*, Nº 6, 2002, Ref. VI, pág. 113. HAVA GARCIA, Esther, RÍOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 153. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 143. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La responsabilidad penal de los menores”, *ob. cit.*, pág. 451.

²⁷⁶ CARMONA SALGADO, Concepción, “Las medidas y sus criterios de determinación...”, *ob. cit.*, pág. 924. En el mismo sentido, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 113.

²⁷⁷ Exposición de Motivos III, §16, párrafo segundo.

²⁷⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja, “El catalogo de medidas de la legislación penal del menor” en MARTIN OSTOS, José, *El experto universitario en justicia de menores*, Sevilla, Astigi, 2008, pág. 156.

extraordinaria gravedad²⁷⁹. Bien se sabe que para la elección de las medidas se valorarán de modo flexible la prueba, la gravedad de los hechos y especialmente la edad, circunstancias familiares y sociales, personalidad e interés del menor²⁸⁰. Éste constituirá un límite genérico y primero para la imposición del internamiento, más existen otros.

Así, el artículo 9 establece tres restricciones a la posibilidad del Juez para elegir la medida de internamiento: la primera, al prohibir la aplicación de la misma a las faltas; la segunda, al prevenir que las acciones u omisiones imprudentes no podrán nunca sancionarse con la medida de internamiento en régimen cerrado y la tercera al concretar la elección de la medida a los supuestos contemplados en tal precepto, los cuales son: a) Los hechos estén tipificados como delito grave – penas de prisión superiores a cinco años-. b) Tratándose de hechos tipificados como delitos menos graves, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas. c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

No necesariamente habrá de imponerse siempre en estos casos, pues el Juez debe imponer la medida que considere más adecuada al interés del menor, y no siempre en estos supuestos será aconsejable el internamiento. Habrá que estudiar las características del menor, sus circunstancias personales, el delito cometido y la finalidad educativa de la medida impuesta²⁸¹.

El margen judicial es especialmente importante en los internamientos cerrados facultativos, por ello en estos casos hay que priorizar el interés del menor por encima de la naturaleza de los hechos delictivos, lo que no siempre sucede ya que se suele dar mucha importancia a la presencia de violencia e intimidación, que mayoritariamente dan lugar a la imposición de internamientos cerrados.

²⁷⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 139.

²⁸⁰ VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 467.

²⁸¹ VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *ibidem*, pág. 470.

Sin embargo, frente a este régimen potestativo hay que tener en cuenta varios supuestos de aplicación predeterminada por la Ley recogidos en el art. 10²⁸². En cuanto al primero alude al hecho que revista extrema gravedad, obligando al juez a imponer una medida de internamiento 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 artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Por otra parte, se prevé la aplicación a los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años.

Al respecto, MORILLAS CUEVA y CRUZ BLANCA opinan que tales disposiciones constituyen una nueva cesión a las finalidades retributivas frente al principio de interés del menor²⁸³. Igualmente, CUELLO CONTRERAS se posiciona frente a tales presupuestos de aplicación, considerando que no deben ser utilizados para descartar las restantes medidas, pues pueden ser indicativos de la falta de madurez que inspira todas las prescripciones de la LORRPM²⁸⁴, entendiéndose que los Tribunales deberían comprobar si la medida de internamiento es adecuada desde el punto de vista del fin educativo y no solamente tener en cuenta tales criterios anteriormente citados²⁸⁵.

En cuanto a la duración, la medida de internamiento en régimen cerrado tiene una duración máxima variable (arts. 9, 10 y 11 LORRPM)²⁸⁶. Para su concreción no hay

²⁸² Artículo 10.1 LORRPM: “Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere 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 artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica 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 apreciara reincidencia.”

²⁸³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, *ob. cit.*, pág. 227.

²⁸⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 61.

²⁸⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *ibidem*, pág. 62. En sentido similar, MORILLAS CUEVA y CRUZ BLANCA aclaran que, en determinadas situaciones, tanto el interés del menor, como el de la sociedad, como el de la víctima, como la gravedad del delito cometido requeriría el internamiento de aquel pero no de manera automática para todos los supuestos que el legislador enumera. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, *ob. cit.*, pág. 227.

²⁸⁶ La experiencia pone de manifiesto que un internamiento superior a dos años deja de ser efectivo desde el punto de vista educativo. Si el único factor a tener en cuenta para graduar la duración de una medida de

que atender a la proporcionalidad estricta ya que es preferente el interés del menor; no obstante, hay que recordar que en ningún caso las medidas privativas de libertad pueden durar más tiempo que la pena privativa de libertad impuesta al sujeto de haber sido mayor de edad, en base a lo preceptuado en el artículo 8.2 LORRPM.

1.3.- Ejecución de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Respecto de todas las medidas de internamiento, el apartado 2 del artículo 7 prevé una regla en relación a su forma de ejecución, en virtud de la cual constará de dos periodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada²⁸⁷. Esta disposición parece responder a la idea de otorgar autonomía progresivamente al menor sometido a una medida de internamiento antes de que alcance plenamente su libertad²⁸⁸. En esta línea, como señala la recomendación R (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de Septiembre de 1987 “tras el final de la reclusión se ha de asegurar un apoyo educativo y un apoyo a la reinserción social de menores”, de ahí la importancia de que el equipo técnico informe sobre su respectivo contenido, dándole al Juez una mayor flexibilidad que cuando esta tasado²⁸⁹.

Finalmente, hay que indicar que la medida se ejecutará en centros específicos para menores infractores diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para los mayores de edad penal, divididos en módulos adecuados a la edad, madurez así

internamiento fuera el interés del menor, probablemente ningún internamiento debería superar la barrera de los dos años, y ello siempre que en el último periodo se hayan llevado a efecto salidas acompañadas o disfrutando de permisos. LASTRA DE INES, Almudena, “Análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en centro cerrado”, *ob. cit.*, pág. 91.

²⁸⁷ Artículo 7.2 LORRPM: “Las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, 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 artículos 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”.

²⁸⁸ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 332. VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 448.

²⁸⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 99.

como a las necesidades y habilidades sociales del menor²⁹⁰, lo que implica una especialización tanto en la estructura como en el funcionamiento, 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 educativa²⁹¹. Además, la entidad pública designará el centro que considere más adecuado para su ejecución, de entre los que estén más cerca del domicilio del menor y en los que existan plazas disponibles en el régimen de internamiento impuesto, cumpliendo la medida con carácter general en el centro más cercano a su domicilio²⁹².

2.- Internamiento en régimen semiabierto.

Desde la perspectiva del contenido, esta modalidad se prevé para los casos en los que los menores progresivamente van a poder realizar actividades en el exterior siguiendo un programa educativo diseñado al efecto que le vaya supervisando su incorporación al medio libre con actividades flexibles y menos estructuradas²⁹³. En consecuencia, esta medida -a diferencia del internamiento en régimen cerrado- posibilita que alguna o algunas de las actividades reeducativas y de reinserción se realicen fuera del centro. Esto hace que en el internamiento semiabierto pueda hablarse de un régimen de privación de libertad parcial, sin perjuicio de un posible primer periodo de cumplimiento total privación de libertad²⁹⁴. Al respecto, la letra de la ley expresamente consigna que los destinatarios de esta medida residirán en el centro, pudiendo realizar fuera alguna de las actividades, apreciando en esta expresión introducida por la LO 8/2006 un cambio importante en relación con la anterior redacción, donde prescribía “realizarán”, por mandato legal. Ahora la Ley apunta a una posibilidad, además de exigir que las actividades se establezcan en el programa individualizado y condicionar

²⁹⁰ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La responsabilidad penal de los menores”, *ob. cit.*, pág. 465. VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil, ob. cit.*, pág. 507.

²⁹¹ Artículo 54 LORRPM.

²⁹² VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil, ob. cit.*, pág. 492.

²⁹³ En este sentido, dispone el artículo 25.2 RLORRPM que “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 programa.

²⁹⁴ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 362.

su realización en el exterior a la evolución del sujeto y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas²⁹⁵, permitiendo el art. 7.1 b) su suspensión si el menor no evoluciona favorablemente. Se brinda al Juez de Menores la posibilidad de cambiar en la práctica el contenido de la medida si decide que todas las actividades se realicen dentro del centro en cuyo caso se estaría desvirtuando el espíritu y la razón de ser de esta medida que implica estar en contacto con personas e instituciones de la comunidad²⁹⁶.

Este contenido del internamiento semiabierto ha supuesto un endurecimiento respecto de la regulación anterior, además de crear una cierta inseguridad jurídica ante posibles regresiones u progresiones en la ejecución, por ello la Circular 1/2007 exige que se de trámite de audiencia al Ministerio Fiscal 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 semiabierto²⁹⁷. En palabras de MORILLAS CUEVA y CRUZ BLANCA, con esta adición el internamiento en régimen semiabierto puede convertirse de facto en un internamiento en régimen cerrado que, aún por tiempo determinado, se impone en fase de ejecución de medida y no en virtud de sentencia, lo que puede suponer una vulneración del principio acusatorio, e incluso hacer cumplir al menor una medida de internamiento en régimen cerrado fuera de los casos previstos en la LORRPM²⁹⁸.

²⁹⁵ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 115.

²⁹⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja, “El catalogo de medidas de la legislación penal del menor”, *ob. cit.*, pág. 157. En sentido contrario se manifiesta VAZQUEZ GONZALEZ quien considera que a pesar de que supone una limitación de la medida que antes no se contemplaba y por tanto una restricción de la libertad del menor, parece lógica en tanto que permite graduar la libertad del menor según su evolución. VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 451. Igualmente, se pronuncia MONTERO HERNANZ quien aplaude esta modificación en tanto que la previsión anterior se traducía en que menores que por su situación personal podían precisar inicialmente de un contexto restrictivo de libertad que hiciera posible la adquisición de suficientes recursos para permitir un comportamiento responsable, salieran de los centros a los pocos días de ingreso y o bien no se reincorporaban a los centros o bien generaban responsabilidades penales por la comisión de otros delitos. MONTERO HERNANZ, Tomás, *La justicia juvenil en España...*, *ob. cit.*, pág. 211.

²⁹⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 94.

²⁹⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, *ob. cit.*, pág. 229 y 230. En el mismo sentido, DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 90. En una línea similar, DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA consideran que tal modificación hace borrosos los linderos que separan esta medida y la de internamiento en régimen cerrado. URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 74. Hasta la entrada en vigor de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, esta medida de internamiento en régimen semiabierto, que permite un régimen de contacto del menor infractor con el exterior mayor que el internamiento en régimen cerrado, sin dejar de ser una medida privativa de

Por lo que respecta a la aplicación de la medida de internamiento en régimen semiabierto, a diferencia de la medida de internamiento en régimen cerrado, en la cual se especifica concretamente los supuestos en que únicamente cabe ser aplicada, en la medida que analizamos no se contiene un régimen de aplicación en la LORRPM. No obstante, su aplicación habrá de verse limitada en todo caso por el principio acusatorio previsto en el artículo 8 LORRPM. Tampoco tal medida podría nunca ejecutarse en centro penitenciario, pues no cumpliría los presupuestos del art. 14 LORRPM²⁹⁹.

Se ha apuntado que en la práctica la elección entre régimen cerrado y semiabierto gira sobre las circunstancias del infractor. Así, afirma GARCIA INGELMO que serán las características individuales del menor –junto al hecho cometido- las que aconsejarán un régimen u otro. De esa forma, conductas delictivas semejantes pueden dar lugar a internamiento cerrado o semiabierto según las circunstancias personales del menor, fundamentalmente familiares: el régimen será inevitablemente cerrado cuando el menor carezca de cualquier tipo de arraigo o si carece de control dentro de su núcleo familiar, ya fuere por su carácter desestructurado o también delincencial; por el contrario, puede ser aconsejable el semiabierto cuando exista una familia o apoyos externos que puedan hacer factibles a priori el desarrollo de actividades formativas fuera del centro³⁰⁰.

En todo caso habrá que combinar el interés del menor con la gravedad de los hechos pero también hay que tener en cuenta que la normalidad del entorno del menor puede dar lugar a un trato diferenciado entre los menores, lo que ha de ser estrictamente vigilado por los Tribunales dando las mismas oportunidades a todos los menores a través de las medidas en medio abierto. Se suele utilizar como argumento para la

libertad, su transformación en medida de régimen cerrado no era posible, en tanto que esta última solo era aplicable cuando taxativamente lo indicaba expresamente la LORRPM. De forma que el menor sancionado con este tipo de medidas solo 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 de las faltas disciplinarias recogidas en los artículos 61 y siguientes del Reglamento que desarrolla la LORRPM. La transformación regresiva de la medida de internamiento en régimen semiabierto a la medida de internamiento en régimen cerrado estaba, por tanto, vetada. BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 205.

²⁹⁹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 298.

³⁰⁰ GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 93 y 94.

imposición de internamiento semiabierto el incumplimiento de una medida no privativa de libertad, normalmente la libertad vigilada o una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad³⁰¹.

Tal medida es adecuada al interés del menor pues permite combinar la asistencia a los oportunos programas formativos y educativos en el propio ámbito social de desarrollo del menor sujetando al mismo a un principio de autoridad efectivo extra-familiar derivado del carácter semiabierto del internamiento acordado que garantice la mayor efectividad de los programas que se juzguen pertinentes para obtener el fin re-socializador pretendido³⁰².

3.- Internamiento en régimen abierto.

De la misma manera que ocurría con las demás modalidades de internamiento, la LORRPM ofrece una noción de esta modalidad de internamiento la cual implica que serán los servicios normalizados del entorno los lugares en los que se realice la totalidad de las actividades referentes al proyecto educativo. Además, el menor tendrá su domicilio habitual en el centro, a cuyo programa y régimen interno estará sometido³⁰³. Se centra el texto legal en el lugar de realización de las actividades educativas como elemento distintivo que confiere sustantividad propia a la medida. Sobre el contenido de semejante medida nada añade la Exposición de Motivos a la LORRPM³⁰⁴, que se limita a reproducir literalmente la dicción del art. 7.1 c), excepto el inciso “con sujeción al programa y régimen interno” del centro, que omite. Esta reservado para perfiles criminológicos menos graves a los que se le pueda otorgar mayores cotas de confianza³⁰⁵, si bien no podrá aplicarse cuando los hechos sean calificados de falta (art. 9.1 LORRPM).

³⁰¹ Vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia num. 9/2002, de 6 de junio (JUR 2002/201316). CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 68 y 69.

³⁰² Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona num. 206/2002, de 15 de mayo (2002/188946) – fundamento jurídico primero-.

³⁰³ Letra c) del art. 7.1 LORRPM y artículo 26 del RLORRPM.

³⁰⁴ Exposición de Motivos III, §16, párrafo cuarto.

³⁰⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja, “El catalogo de medidas de la legislación penal del menor”, *ob. cit.*, pág. 158. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares núm. 1/2003, de 28 de enero (JUR 2003/78677) confirma la imposición de la medida de internamiento en régimen abierto impuesta en instancia en tanto que no observa una situación de grave riesgo y peligrosidad en la misma, o necesidad extrema de contención, de acuerdo con los informes del Equipo Técnico. Considera que por

Pudiera parecer que el internamiento en régimen abierto y semiabierto significan exactamente lo mismo³⁰⁶, dado que en ambos casos el joven reside en el centro y se llevan a cabo actividades en el exterior. Empero, si bien no puede afirmarse que un internamiento sea sustancialmente diferente del otro, el tenor literal del art. 7.1 c) da pie para distinguir las dos privaciones de libertad³⁰⁷, por cuanto que en el régimen abierto todas las actividades se desarrollarán en los servicios normalizados del entorno³⁰⁸. Por consiguiente, los centros abiertos, carecerán de unos servicios educativos propios. Además, la Ley no permite lo que pudiera denominarse una “regresión en grado” a una medida más restrictiva de libertad como si ha previsto expresamente en el caso del internamiento en régimen semiabierto tras la entrada en vigor de la LO 8/2006, de 4 de diciembre³⁰⁹.

Asimismo disfrutan de permisos de salida los fines de semana, y en general deben pernoctar en el centro, estando un mínimo de ocho horas, aunque esto tiene las siguientes excepciones siempre que lo proponga la Entidad Publica y lo autorice el Juez de menores:

- Si el menor realiza en el exterior actividades formativas o laborales que lo requieran, se podrá autorizar que no pernocte en el centro durante un periodo determinado o que acuda con la periodicidad que se establezca con el fin de realizar actividades y entrevistas o controles presenciales, lo

ahora es la medida más conveniente para la menor, que tiene un sitio para pernoctar alejada de su padrastro, con el que no quiera continuar conviviendo e ignorando la postura de la madre, los motivos que la indujeron a mudarse, o si quiere acogerla de nuevo –fundamento jurídico tercero-.

³⁰⁶ ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.* pág. 183. En opinión de MAPELLI CAFFARENA nos encontramos ante una modalidad de internamiento muy similar en sus contenidos a la anterior, probablemente no este justificado que se le de un tratamiento normativo independiente de aquel sino que dentro del plan de ejecución de una u otra se contemple un marco de flexibilidad para adaptarla al perfil del interesado. MAPELLI CAFFARENA, Borja, “El catalogo de medidas de la legislación penal del menor”, *ob. cit.*, pág. 158.

³⁰⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000, *cit.*, pág. 9. En sentido contrario, ORNOSA FERNANDEZ quien considera que, a pesar de estar definidos internamiento abierto y semiabierto con distintas palabras, si se analiza su contenido, resulta que significan exactamente lo mismo, puesto que las personas que se encuentran en ellos residen en el centro y realizan en ambos casos actividades fuera de el. ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores...*, *ob. cit.* pág. 183.

³⁰⁸ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 106. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, *ob. cit.*, pág. 231.

³⁰⁹ BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 207.

que no permite la posibilidad de control por dispositivos telemáticos previsto para adultos en el art. 86.4 RP.

- Si las características y 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 RP³¹⁰.

Opina CONDE-PUMPIDO que la proximidad de los internamientos que estudiamos con las medidas protectoras de acogimiento residencial reguladas en el artículo 172.3 Código Civil es evidente. Particularmente, señala el autor, cuando la comparación tiene lugar con el internamiento en centro abierto³¹¹. Obsérvese incluso que en los acogimientos puede existir un régimen más estricto de participación de los padres y familiares, pues cabe la suspensión del régimen de visitas conforme a los artículos 160 y 161 CC, lo que no es posible, en principio, en los internamientos que analizamos³¹².

Sin embargo, la diferencia entre medidas reformadoras y protectoras de internamiento radica en el fundamento de responsabilidad por la comisión de actos delictivos de las primeras y el significado sancionador educativo que imprime la actuación procedimental del Juez de Menores³¹³.

³¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 95. Tal posibilidad ha llegado a calificarse como una especie de “progresión en grado”. BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, ob. cit., pág. 208.

³¹¹ En el mismo sentido, LÓPEZ LÓPEZ, quien considera que los centros de régimen abierto poco se diferencian de los centros de protección de menores, destinados por los Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas a la atención de las eventuales situaciones de riesgo o desamparo, intentando ofrecer a los menores internados en ellos un ambiente afectivo y educativo lo más normalizado posible, y no un programa coactivo de resocialización que es propio de los centros de reforma. LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, *La Ley penal del menor y el Reglamento para su aplicación*, ob. cit., pág. 63.

³¹² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 149. En sentido similar, opina ORNOSA FERNANDEZ que el legislador ha mantenido el internamiento abierto, que era una de las medidas previstas en la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en la que con la filosofía que la inspiraba se mezclaban aspectos penales con los de protección de menores. ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 183.

³¹³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 150.

III.- Distinción entre internamiento terapéutico e internamiento ordinario.

Cierra el conjunto de las cuatro medidas que giran en torno a la privación de libertad el internamiento terapéutico³¹⁴. Esta diferenciación es reflejo de la separación entre la sanción penal dirigida al capaz de culpabilidad y la intervención penal frente al inimputable o semiimputable prevista también en el Derecho Penal de adultos – así la diferenciación entre la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad y corrección³¹⁵. Cabría considerar medidas de seguridad puras las de internamiento en establecimiento terapéutico y la de tratamiento ambulatorio³¹⁶. Podría afirmarse que estas medidas cumplirían una auténtica función de medidas de seguridad equivalentes para los mayores adultos inimputables. Lo que diferencia, no obstante, a esta medida de internamiento terapéutico de las medidas de seguridad equivalentes a éstas recogidas en el Código penal español es que su aplicabilidad no es excluyente para aquellos menores infractores que no se hallan inmersos en una causa de inimputabilidad de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 20 Código penal, 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 menor³¹⁷. Contrariamente a la posibilidad de adopción de esta medida en los supuestos comentados se posiciona

³¹⁴ En contra de la existencia de tal figura se posiciona MONTERO HERNANZ quien estima que la LORRPM ya contaba con otras formulas para conciliar las necesidades de seguridad con las terapéuticas. MONTERO HERNANZ, Tomás, *La justicia juvenil en España...*, *ob. cit.*, pág. 212.

³¹⁵ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, págs. 26 y 27. Roxin formula tal distinción de modo más conciso: toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 42.

³¹⁶ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 88. ABEL SOUTO, Miguel, “Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004”, *ob. cit.*, pág. 86.

³¹⁷ BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 210. En este sentido, vid. la Sentencia del Juzgado de Menores nº 2 de Alicante, de 9 de julio de 2004 (JUR 2004/196326) en la que se acuerda imponer una medida de internamiento terapéutico cerrado sin concurrir ninguna de tales causas de inimputabilidad sino teniendo en cuenta que el menor es una persona que experimenta sentimientos de ira y que se muestra irritable ante las provocaciones así como la brutalidad de los hechos cometidos –fundamento jurídico tercero-. En este sentido, vid. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia num. 75/2009 de 15 de mayo (JUR 2009/479933) imponiendo la medida de internamiento en régimen cerrado en un centro terapéutico por un delito de violencia habitual en el ámbito familiar a pesar de no constar que la menor estuviera inmersa en alguna causa de inimputabilidad, por considerarse adecuada para la modificación de las conductas inadecuadas y el aprendizaje de otras que permitan mejor adaptación del entorno –fundamento jurídico tercero-. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara num. 16/2003, de 18 de febrero (JUR 2003/85044) justifica la imposición de tal medida evidenciado que el menor se encuentra inmerso en un ambiente delincuencial, siendo su situación actual de grave riesgo social, desaconsejándose la libertad vigilada, al evidenciarse la necesidad de someter al menor referido a una intervención psicológica y educativa intensa y estrecha –fundamento jurídico único-, omitiendo cualquier referencia a las circunstancias previstas en el art. 20 CP -

ORNOSA FERNANDEZ que considera que lo lógico hubiese sido que el legislador les hubiese remitido a la adopción de medidas de protección que se establecen en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del Menor³¹⁸.

A efectos de esclarecer las diferencias conceptuales entre internamiento ordinario y terapéutico, se determinan los aspectos más relevantes de la medida de internamiento terapéutico.

1.- Fundamento y contenido.

En aplicación de esta medida, los menores recibirán atención y tratamiento especializado en función de que sufran alteraciones o anomalías psíquicas, dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o padezcan alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad³¹⁹.

Siguiendo las consideraciones efectuadas anteriormente, podemos considerar a la medida de internamiento terapéutico, como una auténtica medida de seguridad³²⁰, fundamentada en la peligrosidad criminal³²¹ y orientada a la prevención especial de los menores por acumulación de varias circunstancias³²².

Por tanto, a diferencia de la medida de internamiento ordinario, en este caso no le es exigible responsabilidad alguna y solo ha de ponderarse el referido pronóstico de futuro sobre comisión de nuevas acciones delictivas. Así pues, el internamiento en este

³¹⁸ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 235.

³¹⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, ob. cit., pág. 231. Considera DOMINGUEZ IZQUIERDO que lo lógico en tales casos sería acudir al sistema de protección de menores, obviando el proceso penal y la imposición a estos menores de medidas que, aún cuando tengan una finalidad terapéutica, son medidas, como todas las recogidas en la LORRPM. DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, ob. cit., pág. 92.

³²⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, ob. cit., pág. 231.

³²¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, *ibidem*, pág. 219.

³²² GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 116.

caso responde exclusivamente a necesidades de terapia o a lo inapropiado del entorno social del condenado para asegurar el éxito del programa³²³.

Para aportar una definición más completa, descenderemos a un segundo plano, su contenido. En este sentido, la primera cuestión que plantea esta modalidad de internamiento es si se trata de una medida privativa de libertad, en tanto que en definitiva se impone al menor el deber de residencia en el centro y sumisión a las actividades programadas. La cuestión es discutible por los términos de la fórmula legal. Obsérvese que a diferencia de lo que ocurre en el internamiento ordinario, no se impone expresamente el deber de residencia ni el de realizar las actividades prescritas que se recoge para las tres medidas³²⁴. Aclarando tal aparente dilema, CONDE-PUMPIDO considera que es una medida privativa de libertad asimilable a los demás internamientos, aportando las siguientes razones:

1. El nomen iuris de la medida es idéntico a las de a), b), c).
2. Su ubicación en este apartado d) a continuación de los internamientos cerrados, semiabiertos y abiertos.
3. Sobre todo señala que es expresiva la regulación del artículo 8.2. En el se intitula como medida privativa de libertad junto con las demás modalidades de internamiento ordinario³²⁵.

Por ello, compartiendo las razones anteriormente citadas, podemos entender en definitiva que el internamiento terapéutico es una medida que supone la privación o afectación de la libertad ambulatoria del menor y que existe el deber de residencia en el centro. Desde una perspectiva similar se pronuncian DE URBANO CASTRILLO y DE

³²³ MAPELLI CAFFARENA, Borja, “El catalogo de medidas de la legislación penal del menor”, *ob. cit.*, pág. 159.

³²⁴ En este sentido, establece el artículo 7 d) LORRPM que en los centros donde se desarrolle la medida de internamiento terapéutico 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 artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

³²⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 152.

LA ROSA CORTINA, manifestando que nos encontramos ante una medida privativa de libertad para menores que precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica sin que para ello sea suficiente el tratamiento ambulatorio, tales como supuestos de adicción al alcohol o a otras drogas, alteraciones en la percepción graves o por disfunciones psíquicas significativas³²⁶. Ponen el acento tales autores en la insuficiencia del tratamiento ambulatorio como especialidad de la misma.

En todo caso, hemos de indicar que la nueva redacción dada por la LO 8/2006 ha diferenciado esta medida en tres regímenes: cerrado, semiabierto y abierto, lo que resulta coherente con el principio general de peligrosidad previsto en el artículo 6 CP que, de aplicación subsidiaria a la LORRPM, impediría imponer un internamiento terapéutico en régimen cerrado si el menor comete una infracción no prevista entre los supuestos que la LORRPM permite imponerlo (artículo 9.2 LORRPM), evitando pronunciamientos como el de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 18 de febrero de 2003³²⁷ que impuso al menor de 17 años por un delito de robo con fuerza y una falta de hurto en grado de tentativa la medida de internamiento terapéutico³²⁸.

Tal previsión contrasta con la realidad, pues el déficit generalizado que presenta esta medida se sitúa en la insuficiencia de instalaciones para ejecutarla, por lo que resulta llamativo este intento de mayor diversificación³²⁹.

³²⁶ URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 106.

³²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara num. 16/2003, de 18 de febrero (JUR 2003/85044).

³²⁸ En la primera redacción de la ley no se distinguía el régimen de internamiento terapéutico, solamente hacía referencia a internamiento terapéutico, es la ley 8/2006 la que introduce los tres regímenes de internamiento, iguales a las medidas de internamiento. Es innecesaria la referencia a internamiento terapéutico en régimen abierto, porque será igual al tratamiento ambulatorio, la única diferencia es que residirá en centro terapéutico. La ley enuncia los tres regímenes diferentes de internamiento pero no los define, habrá que considerarlos de forma análoga a la de los regímenes de las medidas de internamiento. VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 466.

³²⁹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 320.

2.- Reglas de aplicación de la medida de internamiento terapéutico.

En segundo lugar, hay que hacer referencia a su régimen de aplicación. Atendiendo a tal aspecto, ésta procederá cuando la adicción o las disfunciones en la psique del menor requieran un contexto estructurado para la terapia y a la vez no se den las condiciones materiales o ambientales para un tratamiento ambulatorio³³⁰. De este modo, la LORRPM establece que el internamiento terapéutico puede imponerse solo o como complemento de otra medida del art. 7³³¹, prescripción aparentemente contradictoria, por cuanto que si concurren las eximentes previstas en los tres primeros números del art. 20 del Texto punitivo únicamente podrán aplicarse medidas terapéuticas³³². Sin embargo, en opinión de la Fiscalía General del Estado, tal contradicción desaparece al constatarse que es posible el encierro terapéutico en caso de que la dependencia o en los supuestos en que las disfunciones psíquicas se estimen como eximentes incompletas o atenuantes analógicas³³³. Debe, en consecuencia tenerse en cuenta que no solo existe alguno de los problemas mencionados, sino que la forma más adecuada para su tratamiento es el ingreso del menor en un centro especializado, de lo contrario serán preferibles otras medidas menos graves³³⁴.

Asimismo, la LORRPM dispone que el rechazo del tratamiento de deshabitación implica la imposición de otra medida adecuada a las circunstancias del menor³³⁵. De suerte que la norma distingue la reacción ante las anomalías o alteraciones psíquicas de la forma de tratar las adicciones³³⁶. En estas últimas opera el

³³⁰ Exposición de Motivos III, 16, párrafo quinto.

³³¹ Inciso segundo del art. 7.1 d) LORRPM.

³³² Art. 5.2 y regla séptima del art. 9 LORRPM.

³³³ Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000, pág. 9. Cuando en el menor concorra una eximente incompleta se ha señalado con acierto que resultara más adecuada la medida de internamiento en centro terapéutico frente al internamiento en régimen cerrado. Expresamente en este sentido, vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca 42/2005, de 2 de mayo (JUR 2005/121942) –fundamento jurídico cuarto-. Al contrario se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 41/2004, de 18 de febrero (JUR 2004/239143) donde en su fundamento jurídico tercero recoge expresamente que desde el momento en que no concurre la eximente completa del art. 20.1 CP –que conllevaría la adopción de las medidas terapéuticas previstas en el art. 7.1. d y e, según el art. 5.2 LORRPM–, la medida prevista legalmente para los delitos cometidos es la de internamiento en régimen cerrado complementada con la de libertad vigilada.

³³⁴ MAPELLI CAFFARENA, Borja, “El catalogo de medidas de la legislación penal del menor”, *ob. cit.*, pág. 159.

³³⁵ Art. 7.1 d), in fine LORRPM. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares num. 110/2002, de 22 de junio (JUR 2002/204362) impone una medida de internamiento terapéutico a un menor drogodependiente autor de un delito de robo con intimidación, sin constar el consentimiento expreso del mismo, causa por la que en instancia se le había impuesto una medida de libertad vigilada.

³³⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000, pág. 9.

consentimiento del interesado, pues en caso de que se oponga a la deshabituación, el juez, necesariamente aplicará otra medida, previsión que comporta un enfrentamiento realista a la evidencia de que la eficacia del tratamiento depende de la colaboración del menor, de ahí que la gran dificultad de cualquier intervención terapéutica radique en contar con la voluntad del infractor juvenil³³⁷. La redacción de la Ley, que podría plantear dudas acerca del momento en el que el rechazo del tratamiento de deshabituación podría ser relevante, es desarrollada por el artículo 27 del Reglamento que la desarrolla, advirtiendo la validez del mismo tanto en el inicio como durante el desarrollo del mismo³³⁸. En ambos casos la entidad pública competente deberá comunicarlo al Juez de menores a los efectos oportunos, que no podrán ser otros que cambiarla por otra medida de las establecidas en el catálogo del artículo 7.1 LORRPM adecuada a las circunstancias concretas del menor infractor y a la gravedad del hecho cometido³³⁹. Ahora bien, aunque la Ley (art. 7.1 d)) establece que en caso de rechazo, el juez habrá de aplicarle otra medida, resulta realmente difícil de imaginar para estas hipótesis una medida que pueda cumplir las funciones del tratamiento de deshabituación y que sea, por tanto, en interés del menor³⁴⁰.

Por el contrario, en las anomalías o alteraciones psíquicas, a juicio de la Fiscalía General del Estado, la patología cognitiva y volitiva fuerza a prescindir de la opinión de un incapaz para prestar auténtico consentimiento³⁴¹. Más, si se toma en consideración el hecho de que la voluntariedad también desempeña un importante papel en el tratamiento psicológico o psiquiátrico³⁴² y el dato de que es posible el internamiento terapéutico de

³³⁷ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 116.

³³⁸ Se puede rechazar el internamiento terapéutico tanto antes como después de la sentencia. Sería deseable, en aras a evitar el inicio de una ejecución que se frustrara, que el consentimiento se prestase con anterioridad a la sentencia; por ello los fiscales, siempre que soliciten un tratamiento de deshabituación, deberían interrogar al menor, en la fase de audiencia, sobre la aceptación. ABEL SOUTO, Miguel, "Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004", *ob. cit.*, pág. 87.

³³⁹ BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, "Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM", *ob. cit.*, pág. 210.

³⁴⁰ aunque la propia Exposición de Motivos al referirse al tratamiento terapéutico advierte que procede cunado no se den ni de una parte las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquel de un internamiento en régimen cerrado pareciendo asumir con esto último que sería posible optar también en estos supuestos de anomalías psíquicas y toxicomanías por un internamiento en régimen cerrado.

³⁴¹ Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000, pág. 10. VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 466.

³⁴² Opina CERVELLÓ DONDERIS que cualquier tratamiento que no cuente con la voluntariedad del menor esta condenado al fracaso, de ahí la importancia de estimular al menor su participación. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 96.

jóvenes imputables³⁴³, tal vez hubiese sido oportuno que el legislador, igualmente, dispusiera la posibilidad de aplicación de otra medida cuando el interesado rechace el tratamiento contra las anomalías o alteraciones psíquicas. Consideran al respecto MORILLAS CUEVA y CRUZ BLANCA que en tales supuestos, el juez, aún con más sostén legal que en los casos de rechazo de deshabitación, podrá adoptar esta medida aunque sea rechazada por el menor debiendo ejecutarse necesariamente al no prever nada al respecto el artículo 27 del Reglamento como, por el contrario, si hace respecto al rechazo del programa de deshabitación³⁴⁴.

Finalmente, para cerrar el régimen de aplicación, hay que indicar como sostiene BENITEZ ORTUZAR que 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 este relacionada directamente con estas circunstancias³⁴⁵.

3.- Ejecución de la medida de internamiento terapéutico.

El art. 27 RLORRPM se refiere a recibir la atención educativa especializada en el centro asignado, lo que puede entenderse como una manera de aceptar estos tratamientos en otro tipo de centro, sin necesidad de que sea específico³⁴⁶.

No se exige que los centros sean distintos de los establecimientos para adultos, pero los resultados negativos de internamientos conjuntos hablan a favor de que se

³⁴³ CARMONA SALGADO, Concepción, “Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *ob. cit.*, pág. 929.

³⁴⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, *ob. cit.*, pág. 233.

³⁴⁵ BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 210.

³⁴⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 95 y 96. Como ejemplo de ello la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra num. 1/2002, de 22 de enero (JUR 2002/97637) impone una medida de internamiento cerrado con el cumplimiento simultáneo de tratamiento en el mismo centro de internamiento cerrado. Así, expresamente recoge en su fundamento jurídico tercero que “nada se opone a que en un mismo Centro en régimen cerrado pueda el menor desarrollar, en casos como el que nos ocupa, no solo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, sino también las terapéuticas de control y seguimiento de su trastorno de personalidad, solicitando si fuese preciso el auxilio necesario de otras instituciones de protección de menores que cuenten con personal especializado al efecto. En todo caso, estos extremos se concretarán en trámites de ejecución de sentencia”.

requiera un cumplimiento en centros diferenciados³⁴⁷. La falta de lugares específicos para la ejecución del internamiento terapéutico constituye, una dificultad común a otras medidas³⁴⁸, lo que ha obligado durante algún tiempo a recurrir a los servicios sociales y sanitarios generales³⁴⁹, incluso cabe indicar que la inexistencia de este tipo de centros hasta hace no mucho tiempo provocaba la inaplicación de esta medida de internamiento o su sustitución por otra³⁵⁰, problemas que se agravan si tenemos en cuenta la previsión de distintas modalidades de internamiento terapéutico.

Concluyendo, podemos definir el internamiento terapéutico como una medida de seguridad, dirigida hacia una atención educativa especializada 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 en un centro de internamiento, constituyendo por tanto la diferencia en relación al internamiento ordinario en base a dos elementos:

- A diferencia de la medida de internamiento en régimen cerrado, en este caso no le es exigible responsabilidad alguna y solo ha de ponderarse el referido pronóstico de futuro sobre comisión de nuevas acciones delictivas.
- Programa especializado dirigido al menor en base a las anomalías o alteraciones psíquicas que padece.

³⁴⁷ La estadística viene reflejando que son muchos los menores que tienen alguna anomalía o alteración psíquica o alteración en la percepción o dependencia a alcohol, drogas u otras sustancias psicotrópicas, que exigen un tratamiento específico que no están preparados para suministrar los otros tipos de centros, pues no están dotados de profesionales necesarios. SAN MARTIN LARRINOVA, Begoña, “Experiencias prácticas en la ejecución judicial de medidas en medio abierto de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, Pág. 159.

³⁴⁸ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 117. En idéntico sentido HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 158.

³⁴⁹ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, *ibídem*, pág. 158. En este marco, sería en los centros de carácter sociosanitario de la red asistencial correspondiente donde deberían llevarse a cabo los tratamientos, en consonancia con el principio de utilización preferente de los recursos normalizados en el ámbito comunitario, establecido en el artículo 6 del RLORRPM y en congruencia con el principio de excepcionalidad del internamiento previsto en los textos internacionales. MONTERO HERNANZ, Tomás, *La justicia juvenil en España...*, *ob. cit.*, pág. 213.

³⁵⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 97.

IV.-Conclusiones. Propuesta conceptual de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Examinados los caracteres de cada una de las medidas de internamiento ordinario, podemos extraer una primer conclusión básica: poseen como nota común que los menores residen en el interior de los centros, estribando la diferencia entre ellas en el lugar de desarrollo de las actividades establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida, girando en torno a esta cuestión las precisiones conceptuales efectuadas. La singularidad que hace más gravosa la medida de internamiento en régimen cerrado en relación con las dos citadas es la obligación de desarrollar todas las actividades también en el centro.

Esta diferenciación de las medidas de internamiento según su régimen de ejecución implica una serie de consecuencias opuestas a su materialización en sentido educativo. En realidad, lo relevante no es la previsión en si de diferentes modalidades de internamiento, sino el traslado de esta cuestión al plano de la ejecución de la medida impuesta. Mientras que en las decisiones y modulaciones durante la ejecución predomina el principio resocializador y se presta una especial atención a las necesidades y peculiaridades del menor, en la determinación intervendrán, empero, criterios preventivo-generales.

Por lo que respecta al acotamiento conceptual de la medida de internamiento, debemos sostener en primer lugar que quizás la terminología no sea muy adecuada³⁵¹. Resulta curioso observar como el legislador español todavía no ha podido superar totalmente ese espíritu paternalista o tutelar que caracterizó al sistema de justicia juvenil español del pasado siglo, lo cual hace que en algunos casos evite incluso llamar a las cosas por su nombre³⁵². La utilización de este específico lenguaje jurídico, alejado de

³⁵¹ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores...*, *ob. cit.*, pág. 180.

³⁵² Recordemos la especial atención del legislador en los términos utilizados en tanto que hace uso de un lenguaje muy rizado aludiendo a medidas de carácter sancionador-educativo con objeto de no contaminar con conceptos punitivos al menor – quien no esta sometido a un proceso sino a un “expediente”, quien no es acusado ni imputado sino “expedientado”, no hay condena sino “fallo”, no hay penas sino “medidas”. BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores”, *ob. cit.*, pág. 18. Concretamente, el término medidas es el concepto utilizado por la legislación española a partir de la instauración de los primeros Tribunales Tutelares de menores por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948. Puede advertirse, no obstante, como la LORRPM utiliza puntualmente el termino sanciones (apartado I.4 de su Exposición de Motivos) al señalar que “... el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter

los estándares penales, ha contribuido a la utilización de una terminología atemperada en nuestra legislación. Se ha señalado con acierto que el legislador evita cualquier expresión que pueda aproximarlas a las penas debido a la ausencia expresa en la ley sobre su naturaleza³⁵³, lo cual contribuye si cabe a avivar el debate doctrinal sobre tal cuestión, donde no existe consenso alguno.

Esta mistificación terminológica manteniendo la denominación de medida podría recibir críticas de eufemismo, habida cuenta, a primera vista, de las importantes similitudes con la pena, tales como existencia de un régimen preceptivo de aplicación, ausencia en la valoración de criterios individuales y primacía de la proporcionalidad. La aparente benevolencia que demuestra hablar de internamiento y de centros especiales para menores se ha asociado a la idea de un sistema “blando” que favorece y permite la impunidad de los menores infractores en contra de los intereses sociales³⁵⁴.

Sin embargo, en este punto CERVELLÓ DONDERIS sostiene que la unificación terminológica con las penas de adultos podría acabar justificando una mayor intervención sancionadora, siendo aconsejable señalar la línea divisoria con las penas de

primordial 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...”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar”, *ob. cit.*, pág. 212. En opinión de CRUZ BLANCA la utilización de tal término anticipa la verdadera naturaleza jurídica de aquellas en tanto que no se limitan a ser medidas exclusivamente educativas sino también sancionadoras. CRUZ BLANCA, María José, “Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre”, *ob. cit.*, pág. 156. Para BENITEZ ORTUZAR la utilización del término medidas pretende mantener una cierta cohesión legislativa histórica, única razón que justifique el uso del mismo; a pesar de ello, se mantiene el nombre pero con la LORRPM se crea una nueva categoría jurídica de respuesta social frente a la infracción penal. BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 186. En palabras de TAMARIT SUMALLA, la utilización de tales términos evidencia los esfuerzos del legislador por transferir al proceso de menores contenidos del Derecho penal y procesal de adultos y al mismo tiempo dotarles de una significación diferente. TAMARIT SUMALLA, Josep-María, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, *ob. cit.*, pág. 27. Entiende ABEL SOUTO debe denunciarse la manera, emblemáticamente eufemística, en la que la Exposición de Motivos se refiere al internamiento, pues los sustantivos “ambiente”, “estancia” y “clima” parecen sugerir unas vacaciones veraniegas en plena naturaleza y no un encierro. ABEL SOUTO, Miguel, “Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LVII, Enero 2004, pág. 81.

³⁵³ GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LORRPM” en AA VV, *Responsabilidad de menores, ejecución de los distintos ordenes jurisdiccionales, ejecución penal. Estudios jurídicos de Secretarios Judiciales*. Madrid, Centro de Estudios jurídicos de la Administración de Justicia, 2002, pág. 73.

³⁵⁴ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 268.

adultos también en el ámbito semántico³⁵⁵, opinión discutible en tanto que precisamente lo que podría implicar una mayor intervención es el denominado “fraude de etiquetas”, al denominar como medida lo que sería una auténtica pena.

Haciendo uso de una coherencia conceptual inexcusable, deberíamos llamar a las cosas por su nombre y puesto que estamos ante una consecuencia jurídico-penal privativa de libertad, con las especialidades que se quiera en relación con los adultos, pero jurídico-penal, no procede utilizar la denominación de medida para esconder la realidad que en este caso subyace.

Sobre tales aclaraciones terminológicas y asumiendo la importancia de utilizar una correcta conceptualización, creemos conveniente abogar por la denominación de pena juvenil o cualquier otra que se aproxime a su auténtica configuración, lo que puede resultar adecuado para demostrar la necesidad plantear alternativas a dicha medida. Entendemos más acorde utilizar tal terminología para evitar falsos disfraces.

Tal pena juvenil, consistente en la privación de libertad del menor mediante su internamiento, se ejecuta en centros específicos donde los menores desarrollan actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, imponible potestativamente por la comisión de delitos con violencia o intimidación, actuando con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas o hechos tipificados como delito cometidos en grupo y preceptivamente en los casos de extrema gravedad, y en los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580.

³⁵⁵ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 19. Señala CEZÓN GONZALEZ que a pesar del componente sancionador, parece acertado que la Ley designe las respuestas del Derecho penal de menores con el termino ya clásico de medidas. Indica que si bien el borrador de la Ley Penal de Menores de 1987 utilizo la expresión “sanciones”, ésta si era apropiada para aludir al internamiento pero no lo era al referirse a otras sanciones. CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos, *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Barcelona, Bosch, 2001, pág. 54.

**CAPITULO III: FUNDAMENTO DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN
RÉGIMEN CERRADO.**

I.- Cuestiones generales.

¿Es procedente equiparar las medidas previstas en la LORRPM a las consecuencias jurídicas recogidas en el Código penal? ¿Podemos identificar la medida de internamiento en régimen cerrado prevista para menores con la pena privativa de libertad? Para dar respuesta a estas cuestiones es imprescindible, como paso previo para dilucidar la naturaleza de la medida de internamiento, el estudio de su fundamento.

En este sentido, resulta relevante e ilustrativa la fórmula recogida en el apartado 6 de la Exposición de Motivos, la cual determina que ésta tiene “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora educativa” en lo que respecta al procedimiento y medidas aplicables. El legislador parece indicar así que la estructura del proceso y las medidas a imponer responden a una naturaleza mixta³⁵⁶, llegándose a calificar el sistema penal juvenil para lograr la responsabilización de los menores en relación a los delitos cometidos como un modelo híbrido entre la educación, el control y el castigo³⁵⁷.

Coherentes a tal formulación se han pronunciado ciertos autores, entre ellos destacamos a DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA al entender que al menor no se le impondrá una pena de adulto sino una medida con un contenido educativo, junto a su inescindible carga sancionatoria, derivada entre otras cosas, de serle impuesta por la autoridad y de forma obligatoria, aunque a la hora de su ejecución se observe un tratamiento particularmente individualizado en atención a su concreta edad y circunstancias³⁵⁸. En un sentido similar, se manifiesta MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN al señalar que tal indicación en la Exposición de Motivos apunta a que las medidas se fundamentan en la responsabilidad, y por otra parte, en el interés del menor que se sitúa por encima de la pretensión punitiva, lo que permite que tanto la

³⁵⁶ Sostiene también la existencia de un modelo mixto, CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 298.

³⁵⁷ BERNUZ BENEITEZ, María José, FERNANDEZ MOLINA, Esther, PEREZ JIMENEZ, Fátima, “Educar y controlar: la intervención comunitaria en la justicia de menores”, ob. cit., pág. 2. MOLINA BLAZQUEZ, Concepción, CARRETERO GONZALEZ, Cristina, “Análisis de las medidas y su ejecución” en DIEZ RIAZA, Sara (Coordinadora), *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor*, Madrid, Edisofer, 2004, pág. 130.

³⁵⁸ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 29. Particularmente, declara DE LA ROSA CORTINA que las medidas se basan por un lado en la culpabilidad, y por otro en la mayor posibilidad de recuperación o inserción social del menor infractor. DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación”, *La Ley Penal, Sección Estudios*, Nº 36, Editorial LA LEY, 2007, pág. 4.

elección de la medida como su ejecución sean menos rígidas que las penas aplicables a los adultos. Ello obliga a encontrar un difícil equilibrio entre los principios propios de la responsabilidad penal que imponen taxatividad y la orientación individualizadora y educativa de las medidas que aconseja flexibilidad³⁵⁹.

La naturaleza mixta de la ley transparente que sus funciones y objetivos siguen supeditados a una clarificación continua, puesto que en cada caso concreto se esta ante la necesidad de responsabilizar a quien ha cometido un delito o falta y ante la obligación social de formar y educar a los que todavía no se puede considerar adultos y están en proceso de formación³⁶⁰. En esta línea podemos afirmar que la LORRPM es una Ley de reintegración social, en tanto que a pesar de mantener formalmente su naturaleza penal, es materialmente sancionadora educativa, ya que pone el acento especialmente en las circunstancias del menor y en su interés, antes que en el hecho y en su naturaleza, para dar la respuesta sancionadora, constituyendo la intervención socioeducativa la única justificación a la limitación de derechos que puede establecer³⁶¹.

³⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 587-588. La regulación en la JGG de “medidas educativas” por un lado y de la pena juvenil por otro, como posibles reacciones a la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor de edad, lleva en principio a pensar en una posible “relación tensa” entre los conceptos de pena y educación, en referencia a la cuestión de cual de los dos principios marca la naturaleza de la ley. Esa relación entre educación y pena se ha resuelto en Alemania mediante un cierto compromiso, el cual tiene como contenido esencial establecer que no es el pensamiento expiatorio, sino sobre todo el pensamiento educativo el que debe dominar en el Derecho penal juvenil. De este modo, ese pensamiento educativo desplaza a un Derecho penal puramente retributivo. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, ob. cit., pág. 152. Significativa en este sentido se muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja num. 222/2009, de 19 de noviembre (JUR 2010/44091), en cuyo fundamento jurídico quinto señala expresamente que La Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores diseña un modelo de responsabilidad penal del menor que trata de integrar perspectivas de diferente naturaleza: la educativa, la sancionadora y la garantista, básicamente. De esta forma trata de perfeccionar una responsabilidad que, siendo formalmente penal, permita una intervención materialmente educativa, sustancialmente diversa de la que identifica la responsabilidad penal del adulto. Por ello dibuja un modelo de naturaleza sancionadora-educativa que descansa en los siguientes principios: 1.- la exigencia de una responsabilidad penal específica a los menores, cuya edad oscila entre 14 y 18 años, que cometan un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal o en alguna ley penal especial sin la concurrencia de alguna de las circunstancias eximentes o de extinción de la responsabilidad penal previstas en el Código Penal (artículos 1.1 y 5.1 LORPM). 2.- la implementación de un procedimiento de corte garantista en el que al menor le asisten los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, con mención específica a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España (artículo 1.2 LORPM). 3.- el reconocimiento del superior interés del menor como seña de identidad de la intervención jurídico penal.

³⁶⁰ PÉREZ JIMENEZ, Fátima, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 449.

³⁶¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, ob. cit.*, pág. 27. En el mismo sentido, PANTOJA GARCÍA, Félix, “La naturaleza jurídica de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. La singularidad del proceso de menores” en AA

El sistema de medidas así como su determinación y ejecución ha de orientarse a la educación, previniendo por tanto nuevas recaídas del menor que ha delinquido y activando mecanismos de responsabilización; asimismo la medida aplicable debe respetar el principio de culpabilidad sin que se sea vulnerado en nombre de la idea de resocialización³⁶², permaneciendo en un segundo plano el carácter sancionador del que no es posible desprenderse³⁶³. Esta vocación de síntesis se plasma por una parte, en la insistencia en el respeto a los derechos constitucionales del menor (por ejemplo, en el art. 1) y en el énfasis de las garantías del procedimiento; por otra parte, el procedimiento, el régimen de imposición y ejecución de las medidas alcanzan unas cotas de flexibilidad y de adecuación a los fines educativos que lo diferencian claramente del Derecho penal de adultos³⁶⁴. Esta perspectiva equilibrada comprende la toma en consideración de la seguridad pública, la responsabilidad del autor y el desarrollo de sus habilidades sociales³⁶⁵. En definitiva, las medidas que se imponen a los menores no se fundamentan únicamente en su culpabilidad, sino también en razones de política criminal que aconsejan sustituir la clásica pena por una intervención sancionadora de tipo educativo mediante la que se pretende conseguir que el menor enderece su vida por una senda alejada del crimen. Se trata, de hacerles responder de sus actos, esto es, de reprocharles jurídicamente la infracción penal ejecutada (culpabilidad), pero mediante un sistema sancionador (fundamentalmente educativo) específicamente diseñado para unas personas (los menores) que por su edad, todavía son moldeables y presentan grandes posibilidades de ser apartados del delito y recuperados socialmente³⁶⁶.

Como señala MIR PUIG, el Derecho penal de menores es un buen ejemplo de la moderna política criminal, porque si bien para la concepción clásica de corte retributivo era difícil admitir que pudiera quedar sin castigo la realización de un hecho en que pudiese demostrarse la culpabilidad del sujeto, para la actual concepción político

VV, *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, 2000, pág. 16.

³⁶² CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 192.

³⁶³ CRUZ BLANCA, María José, *ibidem.*, pág. 195.

³⁶⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep-María, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, *ob. cit.*, pág. 24. En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 134.

³⁶⁵ GARRIDO GENOVES, Vicente, LOPEZ, Enrique, SILVA, Teresa, LOPEZ, María Jesús, MOLINA, Pedro, *El modelo de la competencia social de la Ley de Menores: Como predecir y evaluar para la intervención educativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 16.

³⁶⁶ JIMENEZ DÍAZ, María José, “Edad y menor”, *ob. cit.*, pág. 66.

criminal, aunque no puede castigarse sin culpabilidad, no siempre que concurra la misma debe imponerse una pena, sino que solo habrá de ser impuesta cuando sea necesaria y adecuada para prevenir delitos y proteger a la sociedad³⁶⁷.

Aunque se reconozca la responsabilidad jurídica del menor, la medida juvenil no es retributiva sino que se basa en una intervención educativa dirigida a la educación e integración social del menor, lo que ocurre es que si bien en el Derecho penal de adultos la finalidad educativa se plantea especialmente en la ejecución de la pena privativa de libertad, en el Derecho Penal de menores la finalidad educativa preside todo el sistema de regulación, aplicación y ejecución de medidas³⁶⁸. Estamos en definitiva ante una legislación en la que la interrelación de parámetros sancionadores y educativos y la mezcla de lógicas diferentes hacen especialmente complejo su análisis.

Por ello, se propone en primer lugar el análisis de la influencia del principio de intervención educativa en las medidas, concretamente su posible inclusión en la medida de internamiento en régimen cerrado. En segundo lugar se abordará el estudio de la culpabilidad del menor como materialización del carácter penal de las mismas. Examinadas tales cuestiones, se recopilarán distintas posiciones doctrinales en torno a la naturaleza de la medida.

³⁶⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 586. Sostiene el autor que esta mezcla se decanta más hacia lo penal en los supuestos que permiten la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado.

³⁶⁸ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor, ob. cit.*, pág. 21.

II.- Incidencia del principio educativo en la fundamentación de la medida de internamiento en régimen cerrado.

1.- Cuestiones previas.

Los apartados 4³⁶⁹, 5³⁷⁰ y 6³⁷¹ de la Exposición de Motivos son expresivos de que la raíz fundamentadora última de las medidas viene a ser, desde la necesidad revelada a través de la comisión de actos delictivos, de una intervención educativa de especial intensidad³⁷². Actualmente, se proclama por la mayoría de la doctrina el carácter educativo del derecho penal de menores, definiéndolo como un régimen de responsabilidad penal que atiende a las necesidades e intereses del menor infractor y relega a un segundo plano las consideraciones represivas o de defensa social³⁷³. La medida no se basa en la retribución, no es un castigo, sino una intervención educativa dirigida a la educación e integración social del menor³⁷⁴.

³⁶⁹ Exposición de Motivos, apartado 4: “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 entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable”. Las medidas previstas en la LORRPM tienen como objetivo primordial posibilitar una “intervención educativa”, con la que se intenta sobre todo tener en cuenta los intereses educativos del menor infractor. Por esta razón, para la determinación de una medida concreta debe tenerse en cuenta, no solo la gravedad del hecho cometido sino, sobre todo, la situación personal, familiar, escolar y en definitiva social del menor infractor.

³⁷⁰ Exposición de Motivos, apartado 5: “permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas”.

³⁷¹ Exposición de Motivos, apartado 6: “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan 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 entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución”.

³⁷² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 134. En sentido similar, se pronuncia GÓMEZ RIVERO quien entiende que las medidas se basan en un tratamiento educativo individualizado que exige la disposición de cuantiosos medios personales y materiales para hacer realidad la pretendida sustitución, sincera y eficaz de la pura reacción penal. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 54.

³⁷³ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, ob. cit., pág. 23.

³⁷⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 113.

En esta línea, sostiene DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA que las medidas aplicativas tienen un componente educativo antes que sancionatorio pues no se basan en una estricta aplicación de la proporcionalidad hecho-respuesta³⁷⁵. Nos encontramos como hemos aludido en un principio, ante un conjunto de medidas orientadas hacia la educación, sin embargo, tal modulación no debe dar cabida a que se sobrepasen en nombre de tal principio los topes que para la persona adulta representa la culpabilidad³⁷⁶.

Por tanto, las medidas no se conciben como retribución, sino como instrumento imprescindible para orientar de forma positiva el proceso de socialización del menor infractor, favoreciendo positivamente su desarrollo psicológico y personal de maduración así como su adecuada integración social³⁷⁷. Efectivamente, estamos ante una ley de naturaleza penal pero que responde a una filosofía distinta, que apuesta por una respuesta basada en la educación en lugar de la represión y que no pretende apartar al menor infractor de la sociedad hasta que por medio de la sanción se corrija, sino recuperarle por medio de la educación³⁷⁸.

En definitiva, la inclusión del principio educativo efectuada por la LORRPM en el Derecho penal de menores confiere una naturaleza especial a la intervención ejercida sobre el menor infractor al tiempo que explica su separación del Derecho penal de adultos. De un lado, la presencia del principio educativo exige satisfacer el interés superior del menor a la hora de modular la respuesta penal; de otro lado, su inclusión en los sistemas penales juveniles es reflejo directo de la necesidad de configurar de forma específica la responsabilidad penal de menores y jóvenes³⁷⁹.

³⁷⁵ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 32.

³⁷⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit., págs. 44-45.

³⁷⁷ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 103.

³⁷⁸ GÓMEZ POSTIGO, Patricia, "Objetivos y retos que plantea el nuevo Derecho penal de menores" en LAZARO GONZALEZ, Isabel, MAYORAL NARROS, Ignacio, *Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pág. 413. En este sentido, podríamos citar a Cesare BECCARIA, quien ya en su momento afirmó, en su obra "De los delitos y de las penas" que el más seguro pero más difícil medio para prevenir los delitos es perfeccionar la educación. Parece más lógico apostar por la misma en un momento en el que la personalidad se está formando y la persona no se ha desarrollado totalmente. La resocialización si llega a ser un objetivo posible, lo es con respecto a los menores que son los que mantienen la esperanza de cambio viva, y siempre que la legislación penal se adecue a principios educativos y resocializadores, estaremos más cerca de un Derecho penal útil.

³⁷⁹ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general...*, ob. cit., págs. 21 y ss.

De esta forma, la causa de la incorporación del principio educativo en el ordenamiento jurídico de los menores infractores reside en que estos son más susceptibles de reeducación³⁸⁰ que los mayores en tanto que se encuentran aún en fase de desarrollo y conformación de sus personalidades. Está plenamente constatado que los menores que se ven llevados ante los órganos judiciales tienen como caracteres comunes: fracasos en los primeros años de su formación, fracasos en el desarrollo de su personalidad, déficits sociales y falta de adecuación de las respuestas que se le dan familiar e institucionalmente³⁸¹. No obstante, tales caracteres no serán lo determinante para la intervención penal, sino simplemente una nota consustancial a la misma, concurrente en la mayoría de las ocasiones³⁸².

Asumiendo tales parámetros, señala CUELLO CONTRERAS que la razón por la que existe un régimen penal especial para los menores de signo educativo obedece a que por debajo de ciertas edades, aunque se tiene capacidad de culpabilidad, es más difícil controlar los impulsos, sobre todo si el joven se ve sorprendido por experiencias con las que no se había visto confrontado hasta entonces. Basta pensar en delitos claramente explicados por la inmadurez, como los de conducción temeraria, vandalismo o reyertas entre bandas para darse cuenta de que asistimos a un déficit en el control de los impulsos de quienes, muchos de ellos, nunca han sido enseñados a controlarlos. Esto ocurre con jóvenes procedentes de familias desestructuradas, pero poco a poco, como evidencia la violencia en las aulas (inclusión hecha de las de los colegios de clase media y alta) también de familias acomodadas que no están sabiendo educar a sus hijos desde

³⁸⁰ MARTIN LOPEZ, María Teresa, “Modelos de justicia juvenil: análisis de derecho comparado” en MARTIN LOPEZ, María Teresa, *La responsabilidad penal de los menores*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2001, pág. 70.

³⁸¹ ALVAREZ ALARCON, Arturo, “El enjuiciamiento penal de los menores” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia, 2004, Tirant lo Blanch, pág. 304. PEREZ JIMENEZ señala que un dato relevante que denota una evolución frente a dinámicas anteriores es que al inicio del procedimiento judicial si están presentes menores con diversas circunstancias sociales y familiares: es decir, el control social formal se inicia sobre todo tipo de menores, sin embargo, es en la imposición de medidas donde las circunstancias desfavorecedoras cobran una gran importancia. Los datos de su estudio dejan ver que actualmente se inicia el procedimiento a menores con diversas circunstancias personales y sociales, pero es los que tienen situaciones más adversas a los que se le impone la medida más restrictiva, el internamiento. PÉREZ JIMENEZ, Fátima, *Menores infractores...*, *ob. cit.*, pág. 466 y 467.

³⁸² No es que el Derecho penal de menores actúe como complemento del sistema educativo ni sea un mero sistema tutelar, sino que las medidas educativas son preventivo-especiales, es decir, no tienen otra finalidad que evitar que el menor vuelva a cometer hechos delictivos combatiendo aquellos déficit de formación o de socialización que le han llevado anteriormente a cometer el hecho delictivo.

la primera infancia en el control de las pulsiones (lo que explica los casos de aumento de violencia de hijos pequeños respecto a sus progenitores)³⁸³.

2.- Concepto del principio educativo.

Habida cuenta de la afirmada relevancia del principio educativo, trataremos de exponer su significado, siendo conscientes de que justamente la discrepancia entre pretensión de educación y planteamiento de justicia radica en la vaguedad del término educación jurídico penal³⁸⁴.

En una primera aproximación, hemos de indicar que la conceptualización del principio educativo en el régimen penal de menores no significa determinar un concepto jurídico de educación, sino que remite a una observación contextual de este principio comprensiva tanto de los conocimientos de pedagogía y la educación, como de las garantías y limitaciones inherentes al derecho penal, que es el sistema importador³⁸⁵. Todo ello marca los requisitos mínimos exigidos para la calificación educativa de la intervención penal y ejercer una actuación pedagógica sobre el menor, fomentando la inclusión de nuevas fórmulas de reacción frente a la criminalidad juvenil. Concretamente, y a diferencia de la respuesta sancionadora, cuya imposición se centra en el hecho cometido y está dirigida a la defensa social, la intervención educativa debe dirigirse a la consecución de tres objetivos principales:

- 1) Fomentar aprendizajes.
- 2) Ofrecer refuerzos y recursos para poder conseguir los aprendizajes.
- 3) Obtener modificaciones para el cambio.

Así, podemos concebir tal principio como esencial a la hora de elegir la medida a imponer, en base al cual debe optarse por medidas que contribuyan a formar la

³⁸³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes con trastorno narcisista de la personalidad”, *ob. cit.*, pág. 125.

³⁸⁴ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las Garantías del Menor Infractor*, *ob. cit.*, pág. 158.

³⁸⁵ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general...*, *ob. cit.*, pág. 24.

personalidad del menor, su autoestima, a favorecer la integración social o a reforzar el sentido de los valores sociales o familiares. Por su parte, BENITEZ ORTÚZAR estima que la vertiente educativa aparece en la ejecución de la medida, donde debe aislarse cualquier atisbo retributivo o de prevención general. Por otra parte, esta circunstancia va a determinar un nuevo elemento diferenciador respecto de la pena del Código penal, en tanto que la ejecución del programa educativo impuesto al menor responsable, a través de cualquier del catálogo de medidas recogidas en el artículo 7.1 LORRPM 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 cumplimiento obligatorio, a diferencia de los distintos programas educativos o formativos que puedan ofrecerse al penado privado de libertad conforme al Código penal de adultos en la ejecución del tratamiento penitenciario, cuyo cumplimiento, en última instancia, va a depender de la voluntad del propio penado, aún cuando ello incida en su calificación penitenciaria³⁸⁶.

Independientemente de la ubicación de tal principio, ya sea en el momento de elección o ejecución de la medida, se trata en definitiva, y partiendo de una concepción abierta, de comprender el principio educativo como una garantía del menor infractor, con la que asegurar la valoración de sus peculiaridades, carencias y circunstancias personales, al objeto de ofrecerle los instrumentos necesarios para promocionar su desarrollo autónomo e independiente³⁸⁷, bien entendido que la intervención educativa, no esta exenta de límites, sino que debe respetar, el principio de intervención mínima.

En este punto se revela inevitable el estudio de las posibilidades de conciliación entre postulado educativo y sanción. Al respecto, ALBRECHT entiende que el concepto educativo esta totalmente bajo la premisa del reproche. La educación es una construcción jurídico-penal y por ello a ordenar en el grupo de los objetivos punitivos. El concepto educativo no puede saltar por encima de la sombra del derecho penal, ya

³⁸⁶ BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 190.

³⁸⁷ FERNANDEZ ENRIQUEZ, Ángeles, “Intervención del trabajador social en un centro de protección para adolescentes con graves trastornos de conducta” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia, 2004, Tirant lo Blanch, pág. 619.

que la educación jurídico penal esta siempre en conexión con la irrogación de un mal³⁸⁸. Si pensamos en un Derecho penal que busque responsabilizar al menor de sus actos, pero a la vez suponga una intervención del Estado sobre las carencias y las necesidades del menor que infringe la ley penal tal vez podamos considerar la naturaleza educativa del Derecho penal de menores³⁸⁹.

En una dirección análoga, CRUZ BLANCA afirma que no puede entenderse tal concepto como pretensión estatal educativa en sentido amplio, esto es, socialización concebida como proceso complejo que busca un desarrollo determinado de la personalidad; la finalidad educativa se debe circunscribir de forma parcial a la pretensión de que el menor que ha delinquido, en adelante adecue su comportamiento a exigencias legales mediante la aplicación de consecuencias jurídicas apropiadas, en definitiva, que no cometa delitos en el futuro³⁹⁰. En consecuencia, debemos entender enmarcado el principio educativo en torno a la responsabilización de menor infractor por el hecho cometido.

Por otra parte, es obligado manifestar que una adecuada formulación del principio educativo no significa que debamos asignar una función educativo-asistencial a la respuesta que se deriva de esta, dirigiéndola en exclusiva a superar las dificultades y carencias que presente el menor, puesto que esto último conllevaría anteponer la superación de los déficits educativos del sujeto a la exigencia de responsabilidad. El Derecho penal no puede suplir la intervención educativa de instancias previas como la familia o la sociedad³⁹¹. No se puede partir de la consideración de que todos los menores que cometen delitos padecen un déficit educativo, el cual es preciso compensar. En este sentido, existen recientes investigaciones criminológicas que han demostrado como gran parte de la delincuencia juvenil no obedece a una deficiencia en la educación de los menores que cometen infracciones delictivas, tratándose más bien de hechos propios y característicos de la fase de desarrollo en la que se encuentra el

³⁸⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho penal de menores*, Traducido al castellano por BUSTOS RAMIREZ, Juan, Barcelona, PPU, 1990, pág. 99.

³⁸⁹ GÓMEZ POSTIGO, Patricia, “Objetivos y retos que plantea el nuevo Derecho penal de menores” en LAZARO GONZALEZ, Isabel, MAYORAL NARROS, Ignacio, *Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pág. 415.

³⁹⁰ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 193 y 194.

³⁹¹ GÓMEZ POSTIGO, Patricia, “Objetivos y retos que plantea el nuevo Derecho penal de menores”, ob. cit., pág. 415.

menor³⁹². En definitiva, el principio educativo exige modular la intervención penal de manera que potencie el desarrollo personal e independiente del menor manteniendo los límites inherentes a toda intervención punitiva.

3.- Posición del principio educativo en la LORRPM.

Respecto a esta cuestión, cabe destacar que son escasas las aportaciones que la doctrina ha efectuado en nuestro país, influenciada casi con total probabilidad por las dudas sobre la viabilidad de una intervención que combine el carácter educativo con el penal-sancionador. Tal dificultad no se puede retrotraer exclusivamente de una falta de recursos y fracasos institucionales sino que también obedece a la ambigüedad en el concepto jurídico-penal de educación, ya comentado anteriormente.

De esta forma, resultó contrario a tal combinación CUELLO CONTRERAS quien mantiene que sobre la base de constituir Derecho penal de menores, o bien se orienta a la culpabilidad o bien se orienta a la educación, sin que ninguno de los modelos pueda prescindir de lo que exige el Derecho penal; la única alternativa es prescindir del Derecho penal de menores, y caso de no quererlo hacer es preferible un Derecho de menores que garantice la culpabilidad antes que uno puramente educativo que viole el principio de culpabilidad³⁹³.

³⁹² CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 191. En el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “El derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 1544.

³⁹³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, MARTINEZ-PEREDA SOTO, Leonor, “La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código Penal de 1995: una ambigüedad insoportable”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 1997, Ref. D-332, tomo 6, Editorial LA LEY, pág. 5. La consideración de que el menor de edad delincuente debe ser ante todo educado a través de las sanciones que prevé el Derecho penal juvenil, ocupa un lugar central en las disposiciones de la JGG. Con todo, puede observarse en Alemania como, dentro de la propia doctrina, se encuentran posiciones discrepantes en torno a la consideración de la educación como principio rector del Derecho penal juvenil. En efecto, mientras que para la mayoría de la doctrina alemana el pensamiento educativo se concibe como “piedra angular” del sistema de justicia juvenil, existen al mismo tiempo voces discrepantes que estigmatizan ese pensamiento educativo, al considerarlo como una especie de caballo de Troya. Para los que están a favor, el concepto de educación permite en el Derecho penal juvenil minimizar los daños que pueden producir en la persona del menor, no solo la sanción en sí, sino también el proceso penal en el que esa concreta sanción se impone, así como su posterior ejecución. Además, el pensamiento educativo hace posible una aplicación flexible de las disposiciones de la JGG, permitiendo a su vez el ensayo de nuevas sanciones. Por el contrario, la otra corriente doctrinal que critica el pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil sostiene que bajo la fachada de un pensamiento educativo se esconde, en el fondo, un pensamiento vindicativo, el cual se enmascara como una acción benefactora a favor del menor delincuente, para con ello legitimar una forma de proceder del todo punto represiva en contra de ese menor, la cual, al mismo tiempo, es socialmente aceptada. Todo esto llevaría en definitiva a tratar a los menores de una forma mucho más severa que en el caso de los adultos, con lo que esa intervención educativa serviría únicamente para empeorar la situación

Sobre tales incompatibilidades hace referencia este autor al señalar que la mayoría de edad penal se alcanza a los catorce años, lo que explica la contradicción del Derecho penal de menores aparentemente fundamentado en el fin puramente educativo: Si se parte de la premisa de que el mayor de catorce años posee capacidad de culpabilidad, pero se le puede someter a un régimen predominantemente educativo, se corre el riesgo de favorecer decisiones injustas³⁹⁴.

Otros autores niegan la presencia del principio educativo en la LORRPM partiendo del concepto de educación. Así, conciben el término de educación en el sentido de las ciencias sociales, como socialización, bajo la cual, en una consideración sociológica, psicológica y pedagógica, se entiende un proceso de desarrollo complejo que aspira del educando un desarrollo determinado de personalidad. Tal apreciación conceptual exige una posibilidad de decisión libre del educador y ésta no es una tarea estatal. El objetivo exclusivo constitucional sostenible del Derecho Penal de menores es la dirección parcial del comportamiento legal. Desde la perspectiva científico-social esto último no es educación sino exclusivamente control social. La perspectiva educativa es la que habría que adoptar si nos encontrásemos ante menores inadaptados. Estas medidas de reeducación se adoptarán en el marco de la prevención predelictual³⁹⁵.

En una línea similar, RIOS MARTIN y SEGOVIA BERNABÉ señalan que la exigencia de responsabilidad penal para los menores se revela incompatible con las posibilidades pedagógicas. Lo jurídico-punitivo y lo pedagógico tienen diferentes momentos, criterios, tiempos y espacios. Es diferente la interiorización de la norma (educativo) que la imposición de una norma (jurídico). No es lo mismo imponer límites institucionales que el aprendizaje de límites normalizadores. Un objetivo educativo que

del menor frente al adulto, tanto desde un punto de vista material como procesal. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 154. Brevemente, POLAINO-ORTS también señala la existencia de posiciones discrepantes sobre el reforzamiento de la idea de la educación en la Ley penal alemana en tanto que algunos autores resaltan que el Derecho penal de menores no es un Derecho pedagógico o educativo sino Derecho penal. POLAINO-ORTS, Miguel, “Derecho penal de menores en Alemania: una aproximación a su evolución histórica y a su configuración actual” en MARTÍN OSTOS, José (Director), *Anuario de Justicia de Menores*, Sevilla, Astigi, 2005, pág. 27.

³⁹⁴ Cita como ejemplo de dicha aseveración dos menores que cometen un delito procedentes de familias distintas: una estructurada y otra marginal, planteando la cuestión, formulando la siguiente cuestión – condicionada con el carácter según el autor dudoso del principio educativo– : ¿a que debe otorgarse preferencia a la gravedad del hecho o a la prognosis del futuro? CUELLO CONTRERAS, Joaquín, MARTINEZ-PEREDA SOTO, Leonor, “La (in)determinación de la mayoría de edad penal...”, *ob. cit.*, pág. 9.

³⁹⁵ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las Garantías del Menor Infractor*, *ob. cit.*, pág. 158 y 159.

nace desde el miedo, reproche y el castigo, que es impuesto y sometido a reglas solamente validas para el mundo jurídico esta condenado al fracaso; y éstas son las claves vividas subjetivamente desde los menores enjuiciados³⁹⁶.

Tales dudas, como observamos, favorecen la aparición de posiciones extremas, perjudicando la integración del principio educativo en el derecho penal del menor. En esta línea, una de las críticas más contundentes que recibe la introducción del principio educativo en el derecho penal juvenil es la de provocar, como hemos mencionado, amparándose en las necesidades y capacidades del menor, una intensificación de la intervención penal respecto de la operada ante delitos de igual gravedad en el derecho penal de adultos³⁹⁷.

Frente a tales planteamientos, sostenemos la posición de ALBRECHT, quien entiende que el pensamiento educativo no esta en contradicción insoluble con la idea retributiva; esta última representa para el afectado un factor educativo importante: esto es, el sometimiento a un orden, la vinculación respecto de la comunidad y la obligación de reconocer los derechos de otros³⁹⁸.

En el mismo sentido, se pronuncia CRUZ BLANCA quien afirma que adoptar un modelo de responsabilidad no significa abandonar el concepto de educación que esta implícito en el, sino poner el acento en el tipo de respuesta que se arbitre por la comisión de un delito³⁹⁹. Podemos afirmar que apreciar la responsabilidad del menor no significa abandonar el principio educativo que debe presidir el Derecho de menores, siempre que nos basemos en el concepto de axioma educativo propuesto, entendido como garantía y no como socialización en sentido amplio.

Afirmada por tanto la compatibilidad culpabilidad-principio educativo, podemos decir que nos encontramos ante un principio básico del sistema sobre el cual orbitan no

³⁹⁶ RIOS MARTIN, Julián Carlos, SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, “La Ley de Responsabilidad de los Menores. Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso”, *ob. cit.*, pág. 549.

³⁹⁷ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general...*, *ob. cit.*, págs. 24.

³⁹⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 97. POLAINO-ORTS alude, como principio inspirador de la Ley penal juvenil alemana, al compromiso entre educación y pena que para alcanzar los fines propios del Derecho penal de menores en Alemania. POLAINO-ORTS, Miguel, “Derecho penal de menores en Alemania: una aproximación a su evolución histórica y a su configuración actual”, *ob. cit.*, pág. 27.

³⁹⁹ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 104.

solamente las medidas previstas en la LORRPM sino que se proyecta en todas las cuestiones inherentes al proceso penal del menor⁴⁰⁰:

- Catalogo variado de medidas.
- Previa a la audiencia. Criterios flexibles en la aplicación y modificación.
- En la ejecución de la medida.
- Post ejecución de la medida.

Especialmente significativa es la posición del principio educativo con carácter previo a la audiencia, ya que el Ministerio Fiscal pedirá un informe al equipo técnico sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y en general sobre cualquier circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas (art. 27 LORRPM)⁴⁰¹. Este es un momento idóneo para orientar la medida más adecuada. En el momento de la audiencia, tanto el equipo técnico del juzgado como los representantes de las entidades públicas pueden informar sobre el análisis de las necesidades y riesgo realizado del menor así como hacia donde debe conducirse la respuesta jurídico-educativa para minimizar el efecto de dichos factores. Una vez escuchadas todas las partes y celebrada la audiencia, el Juez de Menores remitirá la sentencia junto con el informe técnico y se iniciará la actuación de los equipos que ejecutan las medidas, quienes elaborarán un programa ajustado a las circunstancias personales, sociales, familiares y educativas, teniendo en cuenta la naturaleza de la medida y el tiempo de ejecución⁴⁰². En todas estas implicaciones, podemos decir que se le atribuye al principio educativo un carácter limitador de las ideas meramente retributivas.

⁴⁰⁰ También se puede señalar la celeridad en la tramitación del procedimiento, la existencia de un principio de oportunidad reglada (arts. 18 y 19 LORRPM) o la restricción del principio de publicidad (art. 35.2 LORRPM). CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, ob. cit., pág. 187.

⁴⁰¹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 32.

⁴⁰² GARRIDO GENOVES, Vicente, LOPEZ, Enrique, SILVA, Teresa, LOPEZ, María Jesús, MOLINA, Pedro, *El modelo de la competencia social...*, ob. cit., pág. 111 y 112. En líneas similares, CUELLO CONTRERAS entiende que el proceso de menores contenido en la LORRPM es quizás el mayor éxito pues garantiza derechos fundamentales del menor y es flexible de cara a la resocialización, para lo cual se configura informalmente y puede ser interrumpido en cualquier momento. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 45.

De esta manera, las medidas están llamadas a cumplir una función predominantemente educativa y al margen por tanto de otras funciones tradicionalmente asignadas a la pena –expiación, intimidación (prevención general negativa) o reafirmación de la vigencia de la norma (prevención general positiva)-. Por ello, se habla de “sanción positiva”⁴⁰³, es decir, la sanción esencialmente consiste en una respuesta educativa que ha de ser perfectamente comprensible por el menor como consecuencia de su conducta delictiva, y cuya elección vendrá condicionada por las necesidades del joven⁴⁰⁴.

A pesar de tales considerandos, hay que tener en cuenta que tras las últimas modificaciones efectuadas en la LORRPM se pretende colocar en un segundo plano esa pretendida intervención educativa, propugnada como leitmotiv por la misma Ley, dando entrada en su lugar a finalidades exclusivamente represivas. Un claro ejemplo de esta postura son las reformas llevadas a cabo mediante la LO 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo, o bien mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la cual trajo consigo la introducción de la acusación particular en el proceso de menores⁴⁰⁵. Por ello, este principio educativo se halla en claro retroceso.

De otra parte, a pesar de que la doctrina mayoritaria española se muestra conforme con el establecimiento de un régimen penal especial para los menores de dieciocho años, una parte minoritaria propugnaba la creación de un derecho de menores puramente educativo. Su aplicación sería competencia exclusiva de las autoridades civiles y asistenciales, atendiendo exclusivamente a la superación de las carencias educativas del menor, de forma ajustada a su evolución personal, y dejando a un lado el delito cometido, que pasaría a ser, todo lo más, un síntoma de la situación de necesidad en que se encuentra el menor⁴⁰⁶.

⁴⁰³ En contra de esta consideración de “sanción positiva” se ha criticado que es la más antigua pretensión pedagógica, según la cual, la mera imposición del mal en que la pena consiste, alberga un efecto educativo. Esto es cierto y falso a la vez: naturalmente, en todo proceso educativo existe el castigo, no obstante, dicho castigo solo puede tener un efecto positivo allí donde se incardine en un contexto solidario de manera que se entienda por ambas partes –punitiva y penada- como acontecimiento momentáneo, como relación estrecha y positiva que por ello, no sería realmente nociva. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 103.

⁴⁰⁴ CRUZ BLANCA, María José, *ibídem*, pág. 103.

⁴⁰⁵ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, ob. cit., pág. 188.

⁴⁰⁶ MARTINEZ-PEREDA SOTO, “La indeterminación de la mayoría de edad penal...”, ob. cit., pág. 1586

En este sentido, hemos de destacar la propuesta efectuada por RIOS MARTIN, quien presenta un modelo exclusivamente educativo⁴⁰⁷ sobre la base de las siguientes objeciones que realiza al sistema penal:

- Sostiene el citado autor que en un Estado Social y Democrático de Derecho, el Derecho penal tiene carácter de última ratio de manera que solo se puede acudir al mismo cuando el conflicto planteado no pueda ser resuelto en otras instancias con soluciones menos violentas que las aportadas por el sistema penal.
- Influencia estigmatizadora de las instituciones penales. Esta ampliamente estudiado por la criminología y por la psicología diferencial los efectos que en orden a la consolidación de la delincuencia generan los procesos penales.
- Dificultad en la intervención educativa de los profesionales de la educación. El educador social se erige como el ejecutor final de la medida que el Juez en forma de castigo le ha impuesto.
- Desconexión entre el sistema de legalidad y el de legitimidad, es decir, entre lo que es –punición- y lo que debería ser –educación-.

Sobre tales bases se argumenta la necesidad de crear un proceso de carácter civil, en el que la intervención solo se llevaría a cabo en la medida que fuera necesario para la educación del menor. Toda medida que se adopte tenderá a la adecuada formación e integración sociofamiliar de los menores y ha de presuponer la colaboración conjunta y coordinada de los padres e instituciones públicas encargadas, en su caso, de aplicar la alternativa pedagógica⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Acerca de las características del modelo exclusivamente educativo que se desarrollo en el norte de Europa en los años 60 y 70, véase MARTIN LOPEZ, María Teresa, “Modelos de justicia juvenil...”, *ob. cit.*, págs. 79 y ss.

⁴⁰⁸ RIOS MARTIN, Julián Carlos, “Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones”, en AA VV, *Niños y jóvenes criminales*. Granada, Comares, 1995. pág. 129.

Una intervención sería verdaderamente asistencial si la reacción que se produjera no se hiciera frente al delito, confiándose ésta a instancias educativas con objeto de que el sistema educativo haga desaparecer la peligrosidad evidenciada por el delito presumiblemente cometido por el menor. Si se optara por aplicar exclusivamente un Derecho asistencial, es imprescindible que paralelamente se produzca una auténtica supresión del Derecho penal de menores, lo que implica garantizar la autonomía del sujeto, su libre decisión para aceptar y continuar el tratamiento y la imposibilidad de imponerse medidas educativas o asistenciales por la previa comisión del delito en contra de su voluntad⁴⁰⁹.

Sin embargo, frente a esta postura cabe argüir que, aún cuando el comportamiento irregular de jóvenes y menores expresa, ante todo, un fracaso de los grupos primarios y del sistema educativo⁴¹⁰, la intervención legal en estos infractores no puede ni debe conceptuarse a priori como una intervención exclusivamente pedagógica⁴¹¹ ni debe exasperarse el reproche penal, ya que la sanción hay que modularla en función del caso y las circunstancias de todo orden concurrentes⁴¹². El problema se presentaría en aquellos supuestos en los que el menor se negara a la ejecución o continuación de la medida impuesta⁴¹³. Por el contrario, si la respuesta es afirmativa, si se obliga a cumplir o continuar la medida coactivamente, por más que se califique la intervención de “asistencial”, realmente continuaría siendo una forma de

⁴⁰⁹ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 183.

⁴¹⁰ El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea” (2006/C 110/13, págs. C 110/76-C110/77) señala como causas de la criminalidad juvenil: a) pertenencia del menor a familias desestructuradas así como supuestos de progenitores acomodados pero que desatienden de igual manera al menor; b) carencias económicas que inciden directamente en la formación del menor; c) absentismo y fracaso escolar. Un análisis de las distintas estrategias preventivas de la delincuencia juvenil a este nivel lo encontramos en MONDRAGON, Jasone, TRIGUEROS, Isabel, *Intervención con menores. acción socioeducativa*, Narcea, Madrid, 2002, págs. 183 y ss. Extensamente, ESTEBAN GOMEZ, Domingo, GOMEZ PULIDO, María Loreto, GARCIA MEDINA, Pablo, ARMÁS VARGAS, Enrique, “Encrucijada y dificultades de la socialización ante la Ley del Menor”, en SOLA RECHE, Esteban (Ed.) *Derecho penal y psicología del menor*, Granada, Comares, 2007, págs. 323 y ss. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho Penal de Menores*, ob. cit., págs. 60-64.

⁴¹¹ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 182.

⁴¹² DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 35. En el mencionado sentido se expresa la sentencia del Tribunal Constitucional 233/1993, de 12 de julio que resolvía un Recurso de Amparo contra el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando el Auto dictado por el Juzgado de Menores número 1 de la citada ciudad que acordaba el internamiento provisional de un menor. Esta sentencia expresa que: “... por otra parte, tampoco se aparta de la orientación protectora principal, que coexiste con algún aspecto represivo o correccional, sancionador en suma, porque todo método pedagógico incluye también el castigo de las conductas negativas”.

⁴¹³ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 184.

control social, al margen de los principios limitadores y las garantías propias del Derecho penal⁴¹⁴.

Además, por su parte, ALBRECHT afirma que si la aplicación del Derecho penal de menores fuese solo un acto de beneficencia y ayuda constructiva de socialización, eventualmente se podría estar de acuerdo que no podría darse algo mejor que ser aprehendido por tales medidas. No obstante, el Derecho penal es última ratio de atribuciones estatales de intervención coactiva: esto rige en misma medida para el Derecho penal de adultos como para menores⁴¹⁵. Además, el citado autor, refiriéndose a la alternativa que supone en Alemania la “Ley de Bienestar del Menor” frente intervenciones en el marco del Derecho penal juvenil alemán, sostiene que, aún cuando la citada ley es proclive a la socialización, a menudo solo es una alternativa aparente, en tanto que en ella también se han programado legalmente fuertes estigmatizaciones, discriminaciones⁴¹⁶.

Caracterizar de este modo la intervención en menores, sin reserva alguna del componente represivo de todo sistema penal, tiene otros inconvenientes y riesgos adicionales. Así, sostiene GARCIA PABLOS como riesgo el de que se acabe operando con una imagen o prototipo de menor despectiva, degradante, que hace de este infractor un sujeto disminuido, incapaz de hacer frente a sus responsabilidades. O incluso otros a los que fue muy proclive el correccionalismo: concebir la propia acción jurisdiccional como una intervención pedagógica, prescrita en bien del menor y ajena, por tanto, a todo enfoque garantista⁴¹⁷.

En definitiva, debe quedar claro que la función primera de la Justicia Juvenil no es la educación, es decir, no podemos caer en aprovechar que se impone una sanción

⁴¹⁴ CRUZ BLANCA, María José, *ibídem*, pág. 184.

⁴¹⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 95.

⁴¹⁶ ALBRECHT, Peter-Alexis, *ibídem*, pág. 135.

⁴¹⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores” en MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel, *Menores privados de libertad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996 pág. 273. En el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “El derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 1544. El avance arrollador del Derecho penal del menor han convertido el modelo educativo puro en un modelo ideal, utópico, residual. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Reflexiones criminológicas y político-criminales al modelo de responsabilidad penal de la LORRPM 5/2000, de 12 de enero” en RUIZ-GALLARDÓN, Isabel, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (eds), *Los menores ante el Derecho*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2005, pág. 137.

por un hecho para realizar la labor de educación que no se haya realizado por las instancias normalizadoras dedicadas a estos fines.

4.- Análisis de la posición del principio educativo en relación al fundamento de la medida de internamiento en régimen cerrado.

A la vista de lo expuesto, hemos de señalar las razones que puedan constatar la sostenibilidad o la ausencia de este principio en la fundamentación de la medida de internamiento en régimen cerrado.

A pesar de la importancia del principio educativo, a que han de responder cada una de las medidas, solo aparece mencionado de forma sucinta en el texto de la ley⁴¹⁸ e incluso se contemplan excepciones al mismo, como los supuestos de aplicación obligatoria citados inicialmente en los que la perspectiva educativa se ve en cierta medida frustrada, siguiendo el esquema “hecho grave exige retribución”, el cual es puesto rápidamente en primer plano como decisivo⁴¹⁹. Este constituye uno de los principales ejemplos de negación del principio educativo como fundamento de la medida de internamiento. La prevención general nunca podrá desempeñar ningún papel en la decisión acerca de que medida debe ser impuesta en el caso particular, ni justificar la ampliación del ámbito de intervención más allá de lo que exijan las necesidades preventivo especiales, es decir, la llamada defensa social no debe prevalecer sobre las finalidades educativas que persigue un derecho penal de menores⁴²⁰. Por ello, la finalidad educativa nunca puede justificar un tratamiento más gravoso con el argumento de que éste es beneficioso para el menor en tanto en cuanto tiende a su resocialización o educación. Se debe rechazar la imposición de una medida de internamiento con la fundamentación de su finalidad educativa⁴²¹.

Incluso en relación al artículo 9.2 LORRPM al otorgar relevancia a la gravedad del hecho reservando la imposición del internamiento esta acogiendo la posición

⁴¹⁸ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 144.

⁴¹⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 99.

⁴²⁰ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 207-208.

⁴²¹ CRUZ BLANCA, María José, *ibidem*, pág. 327.

proporcionalista⁴²². Por tanto, no podemos entender que la pretensión del legislador en torno a la reducción de los supuestos de aplicación sea una manifestación del principio educativo, habida cuenta de la primacía la gravedad del hecho como criterio de aplicación. La lógica de la intervención a la que responde la LORRPM es clara: a mayor gravedad del comportamiento y a mayor edad del autor, mayor responsabilidad, y por tanto, posibilidad de aplicar medidas más severas (internamiento) y de mayor duración, criterios en los que directamente puede reconocerse más fácilmente la prevención general⁴²³.

En este sentido, sostiene CRUZ BLANCA que si el criterio para agravar la medida a imponer está basado en la naturaleza y gravedad del delito cometido, el juez no deberá descartar la aplicación del resto de las medidas no privativas de libertad y ello no solo porque los delitos pueden ser significativos de la falta de madurez sino porque el Juez deberá evitar siempre una medida no recomendada desde la finalidad educativa perseguida por la Ley⁴²⁴.

La negación del principio educativo en el fundamento de la medida de internamiento no solamente se plantea por las objeciones realizadas en el plano previo de la aplicación, sino también en los efectos que produce en el menor. En esta línea, RIOS MARTIN expone las dificultades que plantea el internamiento respecto a las posibilidades educativas del menor. Tal autor considera que el internamiento supone la exclusión social de los menores al internarles en una institución. Ello implica una dificultad objetiva para educar al ser internado en un medio artificial, impidiendo por tanto las posibilidades educativas en base, entre otros factores, al rechazo de los menores al centro y a la primacía de la concepción de seguridad frente al tratamiento⁴²⁵.

⁴²² CRUZ BLANCA, María José, *ibidem*, pág. 336. En opinión de BARQUIN SANZ, las finalidades educativas que en principio se consideran inherentes al conjunto de medidas previstas en el art. 7 LORRPM pierden así su razón de ser ante un internamiento tan prolongado en el tiempo, primando exclusivamente elementos aflictivos basados en la gravedad de los delitos y con una finalidad más asegurativa que educativa. BARQUIN SANZ, Jesús, “Ley Penal del Menor: Una historia de reformas”, *ob. cit.*, pág. 30.

⁴²³ GONZALEZ RUS, Juan José, “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias”, *ob. cit.*, pág. 110.

⁴²⁴ CRUZ BLANCA, María José, *ibidem*, pág. 342.

⁴²⁵ RIOS MARTIN, Julián Carlos, *El menor infractor...*, *ob. cit.*, pág. 178 y 179.

De manera similar, CANTARERO BANDRÉS señala que el internamiento no ayuda a resolver el problema del menor que delinque. Si el problema es social, cuando salga debe afrontar la convivencia social desde una óptica realista. A través de tal privación de libertad no se les lleva a la integración sino a todo lo contrario⁴²⁶. Además de la obstaculización educativa, el internamiento origina problemas en el desarrollo y evolución de la personalidad del menor. De esta forma, se producen refuerzos negativos subculturales, estigmatización imborrable, neutralización de la autoridad y situaciones de poder y dominio de unos menores sobre otros⁴²⁷.

En una posición contraria a tales manifestaciones, CRUZ MARQUEZ entiende que la ejecución constituye el punto de conexión entre la intervención penal y el sujeto sobre el que se interviene, por lo que su configuración representa el último espacio disponible para orientar educativamente la medida impuesta. Concretamente, por lo que se refiere al internamiento, implica instaurar un modelo que conceda preferencia al desarrollo autónomo e independiente del menor y a su participación activa, según sus capacidades, en la propia configuración de la medida⁴²⁸.

A pesar de tales considerandos, como era de esperar, la propia autora niega posteriormente capacidad educativa a esta medida en tanto que lleva aparejado un riesgo elevado de provocar consecuencias perjudiciales en el proceso evolutivo del menor⁴²⁹.

5.- Conclusiones acerca de la presencia del principio educativo en el fundamento de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Si bien entendemos perfectamente compatible el principio educativo en el marco de la LORRPM en lo que respecta a medidas y procedimiento, debemos efectuar una excepción en torno a la medida de internamiento en régimen cerrado debido a las serias dificultades anteriormente enunciadas para afirmar su presencia.

Sin embargo, la presencia del principio educativo en el sistema de enjuiciamiento penal del menor conduce a plantear, respecto de la medida de

⁴²⁶ CANTARERO BANDRÉS, Rocío, *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., pág. 207.

⁴²⁷ RIOS MARTIN, Julián Carlos, *El menor infractor...*, ob. cit., pág. 179.

⁴²⁸ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, ob. cit., pág. 30.

⁴²⁹ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *ibídem*, pág. 46.

internamiento, las siguientes bases a fin de lograr la finalidad que el mismo pretende: la naturaleza y gravedad de la conducta realizada por el menor solo debe tener virtualidad como límite superior de la medida a imponer, para evitar que frente a comportamientos leves pueda imponerse una medida excesivamente gravosa. Así, la gravedad del hecho no debería tener más significación que la de ser una garantía para el sujeto. Incluso, aún en el caso de infracciones muy graves, si las circunstancias del menor lo aconsejaran, la posibilidad de renuncia a la medida debería ser total. La inclusión del principio educativo debe estar en consonancia con un sistema que reduzca al máximo las posibilidades de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado.

III.- Análisis de la culpabilidad en el ámbito del Derecho penal de menores.

1.- Cuestiones introductorias.

Tras haber delimitado las principales cuestiones derivadas del principio educativo, determinaremos la plasmación del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho penal de menores, limitando nuestro estudio a la concreción de las particularidades de la culpabilidad sin pretender efectuar un análisis profundo y minucioso de la culpabilidad dada la amplitud de la temática y habida cuenta de que no es objeto de esta investigación.

Efectuada tal justificación, hemos de indicar que el sistema de medidas previsto en la LORRPM no deja de ser el resultado de la máxima “sin culpabilidad no hay pena”, recogida en los Códigos penales modernos⁴³⁰, extensible al ámbito del enjuiciamiento penal del menor en tanto que su régimen de sanciones constituye la plasmación de la responsabilidad penal exigida al menor infractor⁴³¹. El haber optado por un sistema de

⁴³⁰ Artículos 5, 10 y 14 Código penal. Tal aforismo significa no solo un fundamento de la pena –en este caso medida–, sino al mismo tiempo una garantía del ciudadano. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., pág. 47. Esta máxima no presupone el axioma contrario, esto es, que si la pena exige culpabilidad ésta a su vez reclama pena. Semejante función bilateral del principio de culpabilidad no es ya absolutamente de recibo. Es preciso mantener que la pena supone culpabilidad, pero no siempre un comportamiento culpable exige pena, pues aquel debe alternar con la necesidad de pena, cuando ésta sea necesaria para la protección de bienes jurídicos, misión fundamental del Derecho penal. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La culpabilidad en la reforma del Código penal”, ob. cit., pág. 90.

⁴³¹ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general...*, ob. cit., pág. 62. En la misma línea, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 133. HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 278.

responsabilidad implica la asunción, como fundamento del mismo de, entre otros, el principio de culpabilidad⁴³².

Cabe afirmar por tanto que la culpabilidad representa, por una parte, un criterio de atribución del hecho delictivo para responsabilizar y fundamentar a través de ello la aplicación de la medida al menor⁴³³; por otro, supone la determinación de la intervención educativo-sancionadora adecuada a la culpabilidad. El respeto al principio de culpabilidad, por tanto, permite que no se vulneren los derechos del menor en nombre de la idea resocializadora imperante en esta materia⁴³⁴, pues lo contrario daría lugar a una utilización del menor que iría contra su propia dignidad personal⁴³⁵.

El menor infractor debe someterse a las exigencias sancionatorias derivadas de su infracción, pero no arbitrariamente, sino en el marco de la culpabilidad del mismo. No obstante, desde una perspectiva más adecuada al menor podría hablarse de un cierto relajamiento de dicho principio en la estructura de la justicia juvenil, adobado o limitado por otros principios propios de este derecho. Desde tal enfoque, proponemos un breve análisis, con la única finalidad de utilizarlo en este apartado, de la evolución del concepto de culpabilidad para observar posteriormente las peculiaridades que presenta en este ámbito respecto del adulto.

2.- Breve referencia a la evolución del concepto de culpabilidad.

La culpabilidad constituye uno de los temas más controvertidos en la doctrina penal, cuyo concepto y función han sido objeto de fuertes críticas, fundamentalmente encaminadas hacia su comprensión tradicional⁴³⁶. Para caracterizar el marco en que

⁴³² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 49.

⁴³³ En este sentido, sobre la importancia de este principio en el enjuiciamiento de menores, hemos de destacar que en no pocas ocasiones la línea divisoria que separa el delito de la víctima no es sencilla de deslindar ni tampoco de caminar. Fácilmente se puede pasar del rol del menor victimizable al de menor delincuente. Esta similitud hipotética pero real se hace más visible en relación con ciertas conductas violentas, cuya base esencial se origina con el deambular por rutas de propensión a correr riesgos, a la propia violencia o al consumo de alcohol o de determinados estupefacientes que entrecruzadas conducen a la victimización y al crimen. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, ob. cit., pág. 16.

⁴³⁴ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 231.

⁴³⁵ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 279.

⁴³⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 151.

tiene lugar el debate doctrinal expondremos un breve apunte histórico sobre las iniciales concepciones de culpabilidad para después desarrollar las diferentes posturas que rivalizan en la actualidad⁴³⁷.

I.- La concepción psicológica de la culpabilidad y la irrupción del giro normativo.

Como es notorio, en un primer momento, la culpabilidad se concibió psicológicamente -teoría psicológica de la culpabilidad-, es decir, como nexo psicológico (representación) entre el autor y su hecho que, dependiendo de su intensidad, podía apreciarse en dos especies: el dolo y la culpa. De acuerdo con esta concepción, claramente representada en el Tratado de Derecho Penal de Franz Von Liszt⁴³⁸, la culpabilidad significa la afirmación de una situación de hecho completamente psicológica: el nexo psíquico que une la voluntad del sujeto con el acto realizado. Por tanto, la culpabilidad era concebida como una relación anímica entre la acción y el sujeto. Para quienes conciben la culpabilidad como nexo psicológico, ésta se agota en la presencia o ausencia de dolo o imprudencia⁴³⁹. El predominio del pensamiento mecanicista y sobre todo, del denominado “dogma causal”, diluyen en forma reductiva a la culpabilidad convirtiéndola en una simple conexión causal subjetiva, simultánea y paralela al nexo de atribución objetiva. Así, la teoría psicológica se respalda en un sistema bipartito rígido del ilícito. Ella parte de un modelo que separa en forma drástica sus elementos objetivos y subjetivos, situándolos en categorías o estratos analíticos diferenciados, sin vasos comunicantes entre sí⁴⁴⁰. Ciertamente, esta solución surgió como consecuencia de la consideración naturalística, pero también del afán, orientado al Derecho público, de expulsar valoraciones imprecisas fuera del concepto de culpabilidad y de sujetar la culpabilidad a datos verificables con seguridad.

⁴³⁷ Sobre la evolución de la culpabilidad véase: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La culpabilidad en la reforma del Código penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 4, 2º cuatrimestre, 1984, págs. 81-120; COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, págs. 509-516; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, págs. 791-813. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal, ob. cit.*, págs. 384-390.

⁴³⁸ LISZT, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, traducida de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asua, Madrid, 1916, Reus, págs. 388- 389.

⁴³⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 509.

⁴⁴⁰ FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Buenos Aires, 2000, pág. 14.

La virtualidad de las críticas formuladas contra la concepción psicológica fue la de poner de manifiesto la incapacidad de la misma, por un lado, para explicar los casos de exención de responsabilidad de quien actúa en una situación de estado de necesidad disculpante. Por otro, resulta inadecuada desde el puro punto de vista conceptual, en tanto que un nexo psicológico entre el querer del agente y la realización típica solamente existe en puridad en el caso del dolo. Pero aún cuando ese nexo psicológico fuera entendido en sentido muy laxo, habría que admitir que falta en absoluto en la hipótesis de la imprudencia inconsciente⁴⁴¹.

A raíz de entonces, se produce un giro en virtud del cual la culpabilidad no consiste fundamentalmente en una concepción psicológica de conocimiento de la norma y voluntad de lesionarla, sino que se concibe como exigibilidad de ajustar el comportamiento a los mandatos del Derecho⁴⁴². Se considera pionero en el sentido de esta nueva concepción normativa el trabajo de FRANK “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad” de 1907. Tal autor impugna que la culpabilidad sea un mero concepto de enlace, cuyas subespecies están conformadas por el dolo y la culpa. Por el contrario, FRANK enriquece el contenido del elemento subjetivo del ilícito, introduciéndole el pensamiento normativo. A su criterio, en la medición de la culpabilidad gravitan otros factores más allá del dolo y de la culpa, a los cuales denomina “circunstancias concomitantes”, atribuyéndoles la aptitud no solo de disminuir sino de incluso llegar a excluir la culpabilidad. Desde este punto de vista, FRANK reconsidera el estado de necesidad en punto a su ubicación sistemática, apreciándolo como una auténtica causa de exclusión de la culpabilidad. En cuanto a las circunstancias concomitantes, serán en última instancia, un medio de determinar el grado de exigibilidad. A su vez, la imputabilidad no consiste en una mera capacidad de culpabilidad, entendida a título de eslabón previo. Ella no constituye un presupuesto, sino que forma parte integrante de la culpabilidad, a la cual pertenece. Finalmente, junto a la imputabilidad y a las circunstancias concomitantes, el autor reconoce al dolo y a la

⁴⁴¹ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 509. En términos similares se pronuncia JAKOBS quien entiende que el concepto psicológico no es sostenible por varios motivos. Ante todo, no proporciona indicación alguna sobre que hechos psíquicos han de ser relevantes para la culpabilidad; tampoco alcanza a fundamentar la relevancia del dolo y de la imprudencia. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1995, pág. 569.

⁴⁴² CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. teoría del delito*, 3ª edición, Madrid, Dykinson, 2002, pág. 913.

culpa su condición de elementos de la culpabilidad, sustentados en una determinada y concreta relación psíquica con el hecho que el autor se representó o hubiera debido representarse. Como lazo de unión, como breve síntesis de los elementos concretos de la culpabilidad, hallo el concepto de la reprochabilidad: “La culpabilidad es reprochabilidad; se ha de imputar una conducta prohibida a la culpabilidad de una persona cuando se le puede hacer un reproche por haber incurrido en ella”⁴⁴³.

El concepto normativo de la culpabilidad experimentó un desarrollo ulterior muy influyente gracias a GOLDSCHMIDT. Éste intentó deducir la reprochabilidad, que FRANK no había fundamentado de manera más detallada, de la infracción de una específica “norma de deber”. Señala GOLDSCHMIDT que el sentido íntimo de la “no exigibilidad” es el de autorizar al agente a obrar en contra de la valoración de la norma objetiva de Derecho porque en el ámbito de esta no se encuentra la solución justa. Este significado de la “no exigibilidad” pone de relieve el aporte de tal autor, pues tal significado hacia necesario que la teoría normativa se integrase con la aceptación de una norma -norma de deber- independiente de la “norma de Derecho”, que explicase la posibilidad de una valoración distinta a la valoración de la norma jurídica objetiva y autorizadora de una conducta contraria a la debida según esta⁴⁴⁴.

Basándose en FRANK y en GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL desarrolló después la inexigibilidad como causa general supralegal de exclusión de la culpabilidad: “si para la no comisión del delito hubiera sido necesario un grado de capacidad de resistencia que normalmente no puede exigirse a nadie, falta con el poder el reproche y con el reproche la culpabilidad”⁴⁴⁵.

Conforme a esta concepción normativa, MEZGER definió la culpabilidad como el conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible cometido⁴⁴⁶. La culpabilidad deja de entenderse como un “hecho psíquico” para poder ser explicada como un juicio de valor, como un juicio de reproche por la realización del hecho antijurídico ejecutado, cuando al sujeto le era exigible

⁴⁴³ FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, ob. cit., pág. 37, 40, 41 y 44.

⁴⁴⁴ GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Traducido por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Núñez, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1943, pág. 30 y 31.

⁴⁴⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 796.

⁴⁴⁶ MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte General*, traducción a la 6ª edición alemana por Conrado A. Finzi, Din Editora, Buenos Aires, 1958, pág. 198.

actuar de modo distinto a como lo hizo, cuando le era exigible obrar conforme a Derecho⁴⁴⁷, presupuesto metodológico rechazado en cuanto indemostrable por un importante sector de la literatura⁴⁴⁸ y objeto de múltiples controversias tal y como se analizará a continuación.

II.- Concepciones actuales de culpabilidad.

A continuación, se examinan brevemente las concepciones más importantes que hoy rivalizan entre si.

1.- La culpabilidad como poder actuar de otro modo.

Siguiendo una larga tradición jurídica y filosófica, el contenido de la culpabilidad se define tradicionalmente como un juicio de reproche que se hace al autor por haberse comportado de modo contrario a Derecho, habiendo podido comportarse de acuerdo con el⁴⁴⁹. Un pensamiento orientado hacia esta comprensión de la culpabilidad tiene que enfrentarse con el problema de la libertad de voluntad, ya que a una persona solo se le puede reprochar el haber actuado contrariamente a Derecho cuando esa persona actúa libremente⁴⁵⁰. El problema del libre albedrío es inabarcable en su totalidad en este trabajo, sin embargo, no se puede obviar al haberse convertido en una de las piezas claves de la crisis de la culpabilidad.

Parece existir acuerdo inicial en aceptar las dificultades que engendra valorar si un individuo en un caso concreto puede actuar de otro modo⁴⁵¹. Los defensores de la concepción del poder actuar de otro modo intentan salir al paso de esta consecuencia fijándose no en el poder del sujeto individual sino en el poder de la persona medía que existe conforme a experiencia, en la capacidad de la mayoría de las personas. Puesto que la existencia de libertad de acción en relación a un determinado hecho singular y concreto no puede demostrarse, observa JESCHECK que, en lugar de ésta se acepta que

⁴⁴⁷ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 142.

⁴⁴⁸ SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel, *Minoría de edad penal...*, ob. cit., pág. 14. Extensamente, se pueden analizar las distintas posiciones mantenidas en torno a la cuestión del libre albedrío en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La culpabilidad en la reforma del Código penal", ob. cit., págs. 82- 85.

⁴⁴⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La culpabilidad en la reforma del Código penal", ob. cit., pág. 82.

⁴⁵⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *ibídem*, pág. 82.

⁴⁵¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *ibídem*, pág. 82.

solo es posible un juicio de culpabilidad de comparación social en el que se pregunta si el hombre medio, alguien con una personalidad adecuada, de haberse encontrado en el lugar del autor, habría estado en condiciones de actuar de otro modo⁴⁵². No obstante, se critica que es imposible basar un reproche moral contra una persona individual en capacidades que quizá otras personas tengan, pero que precisamente le faltan al sujeto⁴⁵³.

Partiendo de la premisa inicial de la dificultad de demostrar la existencia de libertad humana desde el punto de vista científico-natural, tal aseveración no comporta la negación del poder actuar de otro modo, en tanto que, tal y como sostiene MORILLAS CUEVA, en un Estado social y democrático de Derecho, que ensalza la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, el Derecho penal tiene que partir de esa exigencia constitucional de que los ciudadanos son libres, capaces de decidir responsable y autónomamente, transformándose en una exigencia jurídico política, alejada de cualquier planteamiento ontológico⁴⁵⁴. Señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON que por insatisfactorio que parezca castigar sobre la base de una presuposición, más insatisfactorio resultaría gobernar la sociedad humana como si se tratase de un mecanismo. El hombre podría ser entonces tratado como un puro fenómeno natural. Los poderes del Estado sobre el individuo no tropezarían con el límite representado por la dignidad humana, que se basa en la idea de que el individuo es un ser capaz de elección. Las garantías propias del Estado de Derecho parecerían desprovistas de sentido⁴⁵⁵.

2.- La culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada.

Según la concepción fundada por GALLAS, la culpabilidad es reprochabilidad del acto en atención al ánimo jurídicamente desaprobado que se realiza en el. Por ánimo no se ha de entender, a este respecto, una cualidad permanente del autor, ni tampoco, su individual peligrosidad en el sentido de la prevención especial. Se trata, por el contrario, del valor o desvalor de la actitud actualizada en el acto concreto, se trata de la

⁴⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Tomás, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Quinta edición, Granada, Comares, 2002, pág. 439, 441.

⁴⁵³ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 800.

⁴⁵⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La culpabilidad en la reforma del Código penal", *ob. cit.*, pág. 89.

⁴⁵⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 498.

conclusión que - a través de una consideración generalizadora y orientada a módulos valorativos ético-sociales - ha de ser extraída de tal acto y de sus móviles en relación a la posición total del autor ante las exigencias del Derecho. En este sentido, se señala que la diferencia entre injusto y culpabilidad puede ser solo la que medía entre desvalor de acción y desvalor de ánimo del acto correspondiente. A este respecto, ocurre que con el desvalor de acción del acto cometido dolosamente se da también, por lo regular, el desvalor de ánimo. Este desvalor falta solo cuando el autor, pese a la comisión dolosa, careció del poder⁴⁵⁶.

Esta posición la siguen sobre todo JESCHECK (actitud interna jurídicamente defectuosa) y WESSELS⁴⁵⁷ (actitud interna jurídicamente censurable, actitud defectuosa del sujeto).

Contra esta concepción, señala ROXIN, hay que objetar que no supera sustancialmente el carácter formal de la reprochabilidad, pues no indica ningún criterio en virtud del cual se desapruebe jurídicamente la actitud interna del sujeto. Se aprecia una actitud interna jurídicamente desaprobada en cuanto el legislador formula un reproche y afirma la punibilidad. Es verdad que cuando GALLAS señala que el desvalor de la actitud interna se da normalmente con el desvalor de la acción y falta solo cuando el sujeto, pese a la comisión dolosa, carecía de poder, indica en efecto una característica material, pero la misma es idéntica al poder actuar de otro modo y esta expuesta a las mismas objeciones que contra éste se formulan⁴⁵⁸.

3.- La culpabilidad como atribución según las necesidades preventivo-generales.

Por su parte, JAKOBS afirma, desde un punto de vista funcionalista de la teoría del delito, que el autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no solo indica una falta de motivación jurídica dominante sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer

⁴⁵⁶ GALLAS, Wilhelm, *La Teoría del delito en su momento actual*, traducido por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959, págs. 62 y 63.

⁴⁵⁷ WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, págs. 111 y ss.

⁴⁵⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 800.

entendible sin que afecte a la confianza general de la norma. Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad. La culpabilidad es la falta de fidelidad al Derecho o lo que es igual, infidelidad al Derecho⁴⁵⁹. La proclamación de la culpabilidad supone un reforzamiento de la confianza en el orden jurídico y la premisa de que el infractor pudo conocer ese orden y por lo tanto, si no era un niño o un enfermo, se debió motivar adecuadamente⁴⁶⁰. Continúa JAKOBS indicando que este concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro sino que de hecho esta orientado hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento⁴⁶¹. Para la determinación de la culpabilidad han de señalarse aquellos fundamentos motivadores de la acción antijurídica por los que se debe considerar responsable al autor, si no se quiere que por la infracción de la norma se resienta la expectativa de que la norma es vinculante en general. Así, pertenece a la inculpaación una plausibilidad psicológico-social en el sentido de que existe una disposición general a aceptar responsabilidad en una situación en que el autor se encuentra. Esta disposición se basa en la tolerabilidad del alcance de la responsabilidad y existe con independencia de suposiciones sobre si el autor en el momento del hecho esta dotado de libre albedrío. Señala el autor citado que si nos limitamos al aseguramiento del orden social, en la culpabilidad ya no se trata de si el autor tiene realmente, y no solo desde una determinación normativa, una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación al autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Por otra parte, JAKOBS alega que también en la concepción que propugna hay una relación entre responsabilidad y libertad, puesto que aquello por lo que el autor ha de responder no necesita, en la medida en que ha de responder por ello, de supervisión alguna por parte de otras personas. Quien ha de responder por su motivación defectuosa puede rechazar la intromisión de otras personas en su motivación aduciendo su responsabilidad. El ámbito en el que se puede ser culpable es al mismo tiempo un ámbito libre, de autodeterminación, pero éste no en el sentido de libre albedrío, sino en el de falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización⁴⁶². Por tanto, a fin de determinar la culpabilidad han de establecerse cuantas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la

⁴⁵⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General...*, ob. cit., pág. 566-567; 579-584.

⁴⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 412.

⁴⁶¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General...*, ob. cit., pág. 581.

⁴⁶² JAKOBS, Günther, *Ibidem*, págs. 584-586.

atribución de la culpabilidad y cuantas cualidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la sociedad o han de soportarlas terceros - incluso la propia víctima-. El resultado se rige en principio por el criterio dominante de aquellas condiciones que deben ser imprescindibles para la existencia de todo el sistema y de sus subsistemas esenciales. Entre ellas puede encontrarse, la tolerancia ante las cualidades individuales perturbadoras.

De esta forma, para JAKOBS los requisitos positivos de la culpabilidad son cuatro elementos: a) El autor debe comportarse antijurídicamente; b) debe ser imputable, es decir, un sujeto con capacidad de cuestionar la validez de la norma; c) debe actuar no respetando el fundamento de validez de las normas; d) según la clase de delito, a veces deben concurrir especiales elementos de la culpabilidad⁴⁶³.

Señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON que lo insatisfactorio de la posición descrita radica en que no se entiende bien como sobre la de una genérica motivabilidad normal puede fundamentarse un castigo, pues el castigo supone un reproche personal que se hace al autor de la infracción por haberla cometido y carece, en consecuencia, de fundamento si es que la llevo a cabo necesariamente, sin poder evitarla. Además, señalan tales autores que la apelación a esa motivabilidad normal deja de ser una suposición⁴⁶⁴.

Por nuestra parte, entendemos que la concepción formulada por JAKOBS abandona la función restrictiva de la punibilidad del principio de culpabilidad en atención a la prevención general. La punibilidad del particular no depende ya de circunstancias que radican en su persona, sino de lo que presuntamente sea necesario para el ejercicio de los ciudadanos en la fidelidad al Derecho, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento. Una instrumentalización tal del individuo solo sirve como herramienta de los intereses sociales de estabilización.

⁴⁶³ JAKOBS, Günther, *Ibidem*, pág. 567.

⁴⁶⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 497.

4.- La culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa.

ROXIN propuso desarrollar y sistematizar las distintas categorías de la teoría del delito desde el prisma de la función político-criminal que deben cumplir. La culpabilidad entendida como “actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa”, se afirma “cuando el sujeto estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando aún le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma, cuando la posibilidad (ya sea libre o determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto”. Cuando existe dicha asequibilidad normativa, ROXIN parte de la idea de que el sujeto posee capacidad de comportarse conforme a la norma y de que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él. Esta suposición de libertad, continua el autor, no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo sino solo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le trata como libre. La suposición de libertad es una aserción normativa, una regla social de juego cuyo valor es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. De esta forma, la concepción que defiende ROXIN puede mantenerse al margen en la disputa filosófica y de las ciencias naturales sobre el libre albedrío. La culpabilidad no depende por tanto de necesidades preventivo especiales o generales, sino de la capacidad de autocontrol del sujeto⁴⁶⁵. Señala ROXIN que el concepto de culpabilidad ha de perfeccionarse en la dirección de un concepto de responsabilidad. La responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que todavía le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.

⁴⁶⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., págs. 204, 807, 810.

3.- Conclusiones acerca del concepto de culpabilidad.

En base a lo expuesto en el epígrafe anterior, podemos afirmar la incapacidad de aportar una idea unitaria, mayoritariamente aceptada sobre el concepto de culpabilidad que cuente con fundamentos indiscutibles. La culpabilidad se presenta como un problema jurídico que sufre los embates desde los más diferentes ángulos⁴⁶⁶. Por nuestra parte, entendemos que el concepto de culpabilidad se sustenta en dos enclaves básicos: el poder actuar de otra manera, como presupuesto de la culpabilidad y el juicio de reproche. En esta línea, retomando las críticas formuladas contra la concepción normativa acerca de la indemostrabilidad de la libertad, hemos de indicar que, del mismo modo que puede afirmarse que la posibilidad de actuar de un modo distinto es indemostrable, puede de igual manera mantenerse que su contraria también lo es⁴⁶⁷, es decir, predicamos la misma dificultad que engendra la concreción de la motivación⁴⁶⁸. Ahora bien, tal indemostrabilidad empírica no comporta la negación de la culpabilidad ni tampoco la negación del poder actuar de otro modo sino simplemente que la comprensión tradicional no es válida y requiere un nuevo enfoque definidor⁴⁶⁹.

Por tanto, la admisión de libertad como presupuesto de la culpabilidad no procede de su comprobación empírica, sino que es un presupuesto normativo, una regla del juego social sin la cual se conculcaría la dignidad del hombre por parte del Estado. Puesto que el principio de culpabilidad solo sirve como instrumento para la restricción de la prevención, no perjudica a los particulares, sino que los protege⁴⁷⁰. Ha de partir de la certeza jurídica de libertad como presupuesto de la actuación individual y centrarse en una determinación efectiva de que el hecho ciertamente atribuible a esa persona le puede ser asimismo responsabilizado en la medida en que ha actuado libremente de forma antijurídica cuando podía haberlo hecho de otra manera⁴⁷¹. No obstante, sucede que esta regla general basada en la idea de libertad del individuo como ciudadano de una sociedad libre no puede ser construida de manera absoluta sin excepciones. Existen personas sin capacidad de elección consciente y asimismo se producen situaciones

⁴⁶⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 75.

⁴⁶⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La culpabilidad en la reforma del Código penal", ob. cit., pág. 88.

⁴⁶⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Tomás, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 442.

⁴⁶⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La culpabilidad en la reforma del Código penal", ob. cit., pág. 89.

⁴⁷⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 101.

⁴⁷¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 151 y 152.

extraordinarias en el hecho que impiden al autor actuar de manera distinta a como lo hizo, a pesar de tener capacidad e inicial libertad -tégase en cuenta las causas de inexigibilidad-⁴⁷².

En definitiva, las argumentaciones anteriormente expuestas nos conducen a un concepto de culpabilidad definido como juicio de reproche que se le hace al sujeto que pudiendo obrar conforme a Derecho, se comportó de manera antijurídica⁴⁷³. Con este planteamiento conceptual solo se pretende destacar que la relación entre autor y acción se halla desaprobada jurídicamente, es decir, normativamente, sin que en absoluto suponga una referencia ética, una censura moral al autor por el hecho realizado⁴⁷⁴.

4.- La culpabilidad como fundamento de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Sobre la proyección de la culpabilidad en la fundamentación de la medida de internamiento en régimen cerrado, al igual que sucede respecto a esta cuestión en la pena, la doctrina no se muestra unitaria, por lo que a continuación se examinarán las posturas más significativas, las cuales son extensión de las teorías acerca de la fundamentación de la pena habida cuenta de que, como señalamos inicialmente, las medidas no dejan de ser concreción de la responsabilidad penal exigida al menor.

Así, en primer lugar, tendríamos la posición de quienes propugnan la sustitución de la culpabilidad por la necesidad preventiva de pena o al menos, reinterpretan aquella a luz de estas exigencias preventivas. Conforme a esta tesis, el Derecho penal se justifica únicamente si por medio del anuncio o la causación efectiva del mal de la pena, se persigue la prevención del delito. Este planteamiento es defendido en la actualidad por JAKOBS, quien afirma que la pena pública existe para caracterizar al delito como delito, es decir, como confirmación de la configuración normativa concreta de la

⁴⁷² MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La culpabilidad en la reforma del Código penal”, *ob. cit.*, pág. 89.

⁴⁷³ CANTARERO BANDRÉS, Rocío, “Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad”, *ob. cit.*, pág. 179. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La culpabilidad en la reforma del Código penal”, *ob. cit.*, pág. 90.

⁴⁷⁴ SANZ MORÁN, Ángel, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, *ob. cit.*, pág. 153. De manera similar, QUINTERO OLIVARES define la culpabilidad como la posibilidad de atribuir y responsabilizar de ese hecho a una persona concreta, encontrando contenido en aquellas condiciones necesarias para que pueda declararse un juicio personalizado de reproche individual sobre el hecho. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, *ob. cit.*, pág. 384.

sociedad, la pena es el mantenimiento del esquema de interpretación válida públicamente⁴⁷⁵. Por tanto, el referido autor pretende explicar el contenido tradicionalmente asignado al principio “no hay pena sin culpabilidad” desde perspectivas preventivo-generales, pero no se apoya en una concepción disuasoria de la prevención general, sino en otra positiva o integradora, en cuya virtud correspondería a la pena una función de estabilización normativa. Ahora bien, si derivamos el contenido del principio de culpabilidad de las necesidades preventivas, no se entiende entonces bien como puede cumplir dicho principio su función garantista frente a aquellas⁴⁷⁶. Por ello, quienes parten de la prevención general como fundamento de la pena se ven obligados, por el debido respeto a la dignidad humana, constitucionalmente impuesto, a recurrir a criterios ajenos a la prevención misma para limitar la reacción punitiva, reclamándose casi sin excepción una proporcionalidad con el hecho cometido⁴⁷⁷. La crítica a esta posición se mueve en dos planos básicos: por una parte, se destaca como la verificación de la motivabilidad individual tropieza con las mismas dificultades que la del libre albedrío. Por otro lado, se ponen de manifiesto las carencias de una explicación en clave exclusivamente preventiva de la exclusión de la pena del inimputable o de quien se encuentra en una situación de error de prohibición invencible⁴⁷⁸. Además, este posicionamiento implica una merma de garantías del ciudadano, sumido ante la ratio utilitarista que mueve el *ius puniendi* del Estado⁴⁷⁹. La concepción de JAKOBS, como ya afirmamos en páginas anteriores de este trabajo, presenta un neto cariz autoritario y de otra parte una confianza en la intrínseca corrección del Estado⁴⁸⁰.

Por su parte, en España, GIMBERNAT ORDEIG propone renunciar a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena para encontrar la justificación y medida de ésta en las exigencias de prevención general y especial, todo ello sin abandonar las consecuencias más importantes que propicia la actual descripción del principio de culpabilidad y que basa en el criterio de no necesidad de pena⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General...*, *ob. cit.*, pág. 18.

⁴⁷⁶ SANZ MORÁN, Ángel, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, *ob. cit.*, págs. 148 y 149.

⁴⁷⁷ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-346, tomo 6, 1996, Editorial LA LEY, pág. 4.

⁴⁷⁸ SANZ MORÁN, Ángel, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, *ob. cit.*, pág. 148.

⁴⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, *ob. cit.*, pág. 397.

⁴⁸⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, *ob. cit.*, pág. 412.

⁴⁸¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene futuro la Dogmática jurídico-penal?” en *Estudios de Derecho penal*. Madrid, 1976, pág. 60 y ss., cit. por., MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La culpabilidad en la reforma del Código penal”, *ob. cit.*, pág. 86, 140-161 y 162-181.

Continuando con argumentos de matiz preventivo, si bien haciendo expresa referencia a la materia que nos ocupa, CUELLO CONTRERAS entiende que el Derecho penal de menores evidencia un Derecho penal preventivo, en tanto que, a pesar de que los menores no responden por el Código penal, si lo hacen conforme a un sistema alternativo, más resocializador, pero al fin y al cabo preventivo, basado en la defensa social, lo que significa que se antepone la defensa social a las necesidades educativas⁴⁸². En una línea preventiva similar a la anteriormente comentada se manifiesta CRUZ MARQUEZ, que entiende la culpabilidad como implementación de la prevención⁴⁸³ y no como fundamento de la sanción juvenil, afirmando que este último es la prevención.

De manera aún más tajante se pronuncia SIMONS VALLEJO, quien estima que son exclusivamente consideraciones preventivo generales, tanto negativas como positivas y preventivo especiales referidas a la necesidad de intervención penal frente a las conductas antijurídicas cometidas por el menor, las que justifican la declaración de responsabilidad del menor, y no una culpabilidad que en el sistema diseñado por la Ley no tiene atribuida ninguna función⁴⁸⁴.

Frente a todas las posturas, conviene añadir una más, la cual nos resulta ajustada a la perspectiva que pretendemos mantener en relación al concepto de culpabilidad como garantía y límite del poder punitivo. En esta línea, citamos el enfoque mantenido por MORILLAS CUEVA, el cual expone un fundamento doble: por un lado, la culpabilidad del individuo por el hecho cometido; en segundo lugar, la necesidad de la pena, una pena adecuada a la medida de culpabilidad⁴⁸⁵, justa, solo puede

⁴⁸² CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 31.

⁴⁸³ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general...*, ob. cit., pág. 67- 66. Señala la autora que resulta evidente que no se puede renunciar a la culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad penal, lo que debe distinguirse tajantemente de la concepción de la culpabilidad como fundamento de la pena, pues, tras afirmar que este último reside en la prevención del delito, lo que se exige es la sanción solo se dirija frente a quien actuó culpablemente.

⁴⁸⁴ SIMONS VALLEJO, Rafael, "Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor", *Actualidad Penal*, N° 18, Sección Doctrina, 2002, Ref. XVIII, Editorial LA LEY, pág. 456,

⁴⁸⁵ Lo que significa que la medición de la pena ha de producirse dentro del marco máximo de la culpabilidad. En este sentido, la jurisprudencia resalta los efectos del principio de culpabilidad por el hecho. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife num. 547/2009, de 2 de noviembre le otorga dos funciones, de una parte en el marco de los presupuestos de la pena, y de otra, en su individualización, lo que deriva en que la pena no puede superar con su gravedad la de la culpabilidad, lo que además, pone en relación este principio con el de proporcionalidad y con el ne bis in ídem – fundamento jurídico primero-.

fundamentarse cuando realmente sea necesaria para la protección de la sociedad y del individuo⁴⁸⁶. Si fuera justa pero no necesaria para atender a las exigencias preventivas, no debe ser aplicada⁴⁸⁷. En una línea similar, QUINTERO OLIVARES mantiene que solo la síntesis entre culpabilidad y necesidad político-criminal de la pena, jugando ésta de acuerdo con las posibilidades que ofrezca el Derecho positivo, pueden componer el fundamento personal de la reacción punitiva⁴⁸⁸.

Éste último fundamento ha sido afirmado explícitamente en el ámbito de la normativa penal de menores. De esta forma, BENITEZ ORTUZAR habla de “principio de necesidad de medida”, en tanto que esta necesidad de la sanción para la finalidad educativa del menor es esencial en el sistema del Derecho penal de menores, consagrándose tal principio en la LORRPM expresamente al regir siempre en la imposición de la medida el interés superior del menor⁴⁸⁹.

Al hilo de todo lo anterior, procede para concluir situar mi posición al respecto sobre la incidencia de la culpabilidad en la fundamentación de la medida de internamiento en régimen cerrado. La culpabilidad es, en nuestra opinión, fundamento y base para la aplicación de la medida, puesto que se sanciona al menor porque pudo comportarse de otra manera. Ahora bien, el hecho de situar en la culpabilidad el fundamento de la medida no conlleva profesar una concepción retributiva de ésta, en el sentido de que la finalidad a la que mira será la realización de la justicia. Fundamentar el contenido aflictivo de la medida sobre la reprochabilidad personal no significa contradecir las exigencias funcionales que legitiman la sanción sobre el plano teleológico, esto es, la prevención especial. Junto a la culpabilidad como base fundamentadora de la medida de internamiento en régimen cerrado hay que añadir un segundo fundamento ya indicado anteriormente: el principio de necesidad de medida – estrechamente relacionado con el principio de interés superior del menor-, dado que ésta solo podrá justificarse cuando sea relevante para la protección del menor y de la sociedad.

⁴⁸⁶ Sobre el principio de necesidad de pena, véase MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, ob. cit.*, pág. 41.

⁴⁸⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, ob. cit.*, pág. 46.

⁴⁸⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal, ob. cit.*, pág. 422.

⁴⁸⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, “El derecho penal de menores en el Estado social y democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor” en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010.

IV.- Estudio de las peculiaridades de la culpabilidad del menor.

1.- Cuestiones previas.

Dada la afirmación de la culpabilidad en la fundamentación de la medida, atañe la cuestión de bajo que presupuestos existe la misma⁴⁹⁰. Por ello, resulta imprescindible analizar los rasgos diferenciales del menor respecto del adulto, derivados de la fase de desarrollo en la que se encuentra, al exponer los distintos elementos que conforman la culpabilidad penal⁴⁹¹ con el fin de tenerlos en cuenta en la declaración de la responsabilidad penal. Apunta CUELLO CONTRERAS dos criterios particulares que definen y matizan la culpabilidad del menor: el grado de madurez y la naturaleza del hecho⁴⁹². Abordar la proyección de tales elementos que impregnan de particularidades la culpabilidad del menor infractor puede representar una función práctica, en tanto que se está en la posibilidad de abrir las puertas a considerar, con mayor facilidad en su apreciación, institutos tales como el error de prohibición o el miedo insuperable.

2.- Imputabilidad.

2.1.- Introducción: precisiones terminológicas.

En aras a plantear nuestra perspectiva a propósito de si es posible reconocer en el menor las señas propias de la imputabilidad, haremos una breve alusión al acotamiento conceptual de dicho término.

⁴⁹⁰ En este sentido, téngase en cuenta la distinción que señalara Roxin entre culpabilidad para la fundamentación de la pena y para la medición de la misma. De esta culpabilidad para la fundamentación de la pena, del si de la pena, del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena, se trata en el concepto sistemático jurídico-penal de culpabilidad. En cambio, la culpabilidad para la medición de la pena atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto al conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto. Ambos conceptos han de separarse porque poseen presupuestos distintos. En la culpabilidad para la fundamentación de la pena nos preguntamos por la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y por la posibilidad de conocimiento de la prohibición. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 814.

⁴⁹¹ Al menor no se le formula un juicio de culpabilidad como al adulto. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 133.

⁴⁹² CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 51.

El Código penal español no define el contenido positivo de la imputabilidad⁴⁹³, sino que es común extraer su concepto de una interpretación, a sensu contrario, de los elementos normativos explícitos recogidos en el artículo 20, números 1, 2, 3⁴⁹⁴.

Partiendo de estas premisas, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad se define tradicionalmente como capacidad de comprensión de lo injusto del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión⁴⁹⁵. Esta definición permite concluir que, en definitiva, lo que se trata de averiguar es si el sujeto estaba en situación de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión⁴⁹⁶, para lo cual habrá que atender al caso particular⁴⁹⁷. Desde dicha perspectiva, el concepto de imputabilidad consta de tres momentos, requiriendo la comprobación de una triple capacidad: cognoscitiva, valorativa y volitiva⁴⁹⁸.

En el supuesto de los menores de edad, la propia declaración de responsabilidad penal a partir de los catorce años⁴⁹⁹ conlleva la ineludible existencia de una imputabilidad en esos menores⁵⁰⁰, la cual incluso puede deducirse del art. 5.1 y 2 LORRPM al declarar responsables a los menores que hayan cometido un hecho delictivo, siempre que no concurren en ellos las eximentes previstas en el Código penal⁵⁰¹. Hay que tener en cuenta que en la Exposición de Motivos de la Ley se explica que se trata de una Ley sancionadora, en tanto que desarrolla la exigencia de una

⁴⁹³ A diferencia de lo que sucede en otros Códigos extranjeros que si lo hacen, como ocurre con el § 20 StGB o, en el ámbito concreto de la legislación de menores, el § 3 JGG. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, ob. cit., pág. 194, pág. 194.

⁴⁹⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 523. BUENO ARÚS, Francisco, “Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad sui generis. Influencia en este punto de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor” en PANTOJA GARCIA, Félix, BUENO ARUS, Francisco (Directores), *Actual doctrina de la imputabilidad penal*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pág. 355. JIMÉNEZ DÍAZ, María José, FONSECA MORALES, Gema María, *Trastornos de la personalidad (psicopatías). Tratamiento científico y jurisprudencial*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de Especialidades Jurídicas, 2007, pág. 52.

⁴⁹⁵ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 155. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, Barcelona, Aranzadi, 2010, pág. 429. COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 523. COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 179.

⁴⁹⁶ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, ob. cit., pág. 194.

⁴⁹⁷ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 156.

⁴⁹⁸ COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 179.

⁴⁹⁹ Art. 1.1 LORRPM.

⁵⁰⁰ De esta opinión, resalta que se trata de una imputabilidad peculiar CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 55.

⁵⁰¹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación”, ob. cit., pág. 4. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 115.

verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código penal y las restantes leyes penales especiales. La Ley termina por ello con la que había sido denominada falacia de irresponsabilidad⁵⁰². Por tanto, en la LORRPM se ha elaborado un sistema de responsabilidad penal en el que se parte de la capacidad de responsabilidad de los menores. Asimismo, también hay que destacar el artículo 19 del Código penal en el que no se declara exentos de responsabilidad penal a los menores de dieciocho años, sino que solo se señala que dicha responsabilidad no se exige con arreglo al Código penal.

En la medida en que la adquisición de la plena capacidad de comprensión y control del propio comportamiento es el resultado de un desarrollo progresivo que aumenta conforme crece la edad del sujeto, imputabilidad y edad son categorías absolutamente relacionadas⁵⁰³. No olvidemos, como elemento característico de este periodo la circunstancia de que nos hallamos ante una personalidad en evolución, en donde variables como la madurez o el peso de las influencias ajenas, dentro o fuera del seno de la familia, son suficientemente relevantes⁵⁰⁴ para afectar el resto de categorías que integran el juicio de culpabilidad, pudiendo tener trascendencia a la hora de determinar la concurrencia de un determinado error, así como una menor exigibilidad, lo que en definitiva conducirá a la inculpabilidad⁵⁰⁵.

Genéricamente, para determinar la imputabilidad o inimputabilidad, los diversos Ordenamientos jurídicos han oscilado en la utilización de tres métodos o formulas distintas: el método biológico o cronológico, el puramente psicológico y el criterio mixto o biológico-psicológico⁵⁰⁶.

⁵⁰² ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “El derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 1545.

⁵⁰³ GONZALEZ RUS, Juan José, “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias”, *ob. cit.*, pág. 114. La adquisición de la capacidad de comprender la ilicitud de un hecho y comportarse con arreglo a esa percepción de lo ilícito es gradual y distinta para cada persona, hasta el punto que la jurisprudencia ha llegado a afirmar que la expresión “mayor de edad” es más un concepto jurídico civil que un dato fáctico (STS de 15 de junio de 1998-RA5320).

⁵⁰⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 55.

⁵⁰⁵ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *ibidem*, pág. 55 y 56.

⁵⁰⁶ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 127.

La formula biológica hace depender la exclusión de la culpabilidad del padecimiento de una enfermedad mental o del dato objetivo de la edad del autor. Conforme al criterio psicológico, también denominado intelectual, es necesario probar si en el momento del hecho el autor se encontraba capacitado para comprender la ilicitud de su conducta y proceder conforme a esa comprensión. Por último, las fórmulas mixtas combinan ambos criterios de manera que la presencia de una determinada edad o enfermedad mental es condición necesaria pero no suficiente para declarar la inimputabilidad que dependerá de la constatación de que estos sujetos carezcan de la citada capacidad intelectual y volitiva⁵⁰⁷.

La discusión en torno a que criterio es el más adecuado para la determinación de la mayoría de edad penal no ha sido pacífica. Prueba de ello se encuentra en nuestros Códigos Penales históricos. En la actualidad, el ámbito de aplicación del Derecho penal de menores ha sido determinado como hemos mencionado anteriormente en función de un criterio cronológico, a partir del cual se distinguen dos tramos de edad:

- Menores de catorce años.
- Mayores de catorce y menores de dieciocho.

Hemos de obviar la referencia efectuada en otras investigaciones sobre la franja de aplicación referida al joven adulto dado que la supresión de la misma se ha efectuado por la LO 8/2006⁵⁰⁸. La decisión tomada por el legislador de dividir las edades por tramos parece responder a la necesidad de conjugar dos directrices fundamentales: de un lado, graduar la intensidad de la respuesta penal conforme al proceso evolutivo del menor⁵⁰⁹; de otro lado, atender a las necesidades y circunstancias del joven delincuente⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 127.

⁵⁰⁸ En este sentido, véanse los comentarios efectuados sobre tal supresión en el Capítulo Primero, evolución de la medida de internamiento.

⁵⁰⁹ Se parte de la idea que con el transcurso del tiempo se adquiere mayor aptitud de entender y querer y por ello es imprescindible su regulación jurídica. MORILLAS FERNANDEZ, Marta, “Régimen de los menores de catorce años” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social*. (Estudio jurídico), Madrid, Dykinson, 2010, pág. 75.

⁵¹⁰ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000” *ob. cit.*, pág. 145.

Nos encontramos ante un sistema biológico puro⁵¹¹ de determinación de la irresponsabilidad, que consiste en la fijación de una edad por debajo de la cual se presume, sin posibilidad de prueba en contrario, que el sujeto es inimputable⁵¹², sin entrar a determinar el grado de discernimiento o madurez del sujeto⁵¹³. Se distancia la LORRPM en este punto del resto de las legislaciones europeas donde rige el principio de responsabilidad condicionada a lo que resulte de la obligada prueba de madurez que producirá en caso negativo, no la exención de responsabilidad sino la exclusión del Derecho penal por ausencia de un presupuesto esencial para su aplicación⁵¹⁴.

Este criterio puramente cronológico se lleva hasta su última expresión en la jurisprudencia, que en este y en todos los demás supuestos de determinación del momento de cumplimiento de la edad no aplica el art. 315 del Código Civil sino que apoyándose en las máximas de la verdad material y pro reo acude como parámetro a la hora de nacimiento que resulte de la inscripción en el Registro civil⁵¹⁵. Tal

⁵¹¹ Reconocen esta fórmula en la LORRPM, aunque manejando la denominación de criterio biológico puro, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Marco operativo...”, *ob. cit.*, pág. 3; SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel, “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *ob. cit.*, pág. 703; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “El problema de la imputabilidad de los menores y de los jóvenes en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Ed.), *El nuevo derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*, Zaragoza, 2002, Monografías de la revista aragonesa de Administración Pública, pág. 74. URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 56. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 76.

⁵¹² GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, *ob. cit.*, pág. 89.

⁵¹³ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 138.

⁵¹⁴ MORA ALARCON, José Antonio, *Derecho penal y procesal de menores (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 39.

⁵¹⁵ GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas” *ob. cit.*, pág. 89. VAELLO ESQUERDO, Esperanza, “Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 7. ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 163. Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diferentes ocasiones, entre otras en la Sentencia de 26 de mayo de 1999 (RJ 1999/5258) manifiesta en el fundamento jurídico segundo que “El criterio del art. 315 que es beneficioso en materia civil, pues adelanta la adquisición de la plena capacidad de obrar (art. 322), no lo sería en el aspecto ahora examinado. Por todo ello, el cómputo de esta materia penal ha de realizarse de momento a momento, teniendo en cuenta la hora en que ha de reputarse cometido el delito y aquella otra en que se produjo el nacimiento. Así se ha pronunciado esta Sala, en Sentencia de 14-1-1988 (RJ 1988\247)...». «Si, no consta la hora del nacimiento, tal omisión probatoria ha de beneficiar al acusado (“in dubio pro reo”), de modo que se haya de entender que nació en una hora posterior a aquella en que se produjo el hecho delictivo,...».

entendimiento del cómputo de la edad parece ser también asumido en el propio art. 5.3 LORRPM⁵¹⁶.

Sobre los beneficios que aporta este modelo, hay que destacar que garantiza una mayor seguridad jurídica⁵¹⁷ y un tratamiento igualitario a todas las personas comprendidas en una determinada franja de edad⁵¹⁸, asegurando la no imposición de una pena común al menor de una determinada edad⁵¹⁹. En definitiva, con tal consideración, se antepone el derecho a la educación que asiste a los menores antes que a cualquier otra consideración⁵²⁰.

Al contrario, las críticas que se efectúan al criterio cronológico puro podemos clasificarlas de la siguiente forma:

En primer lugar, afirma POLAINO NAVARRETE que se trata de un criterio generalista, de absoluto desprecio y plena indiferencia por el grado de desarrollo psíquico e índice intelectual propios de la personalidad individual, que no se corresponde con la propia realidad del objeto de la valoración, sino que en ocasiones, no frecuentes, comporta una autentica ficción jurídica⁵²¹.

⁵¹⁶ Así lo entendió la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1993 y lo reitera la Circular de la FGE 1/2000 de 18 de diciembre.

⁵¹⁷ MARTIN CRUZ, Andrés, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, Comares, Granada, 2004, pág. 314. Sin embargo, entiende NAVARRO FRIAS que este criterio debe combinarse con el del discernimiento en el sentido de permitir que el Juez excepcionalmente pueda apreciar la insuficiente madurez del menor en el caso concreto y no someterlo al régimen de la LO 5/2000. NAVARRO FRIAS, Irene, “El necesario regreso del principio de culpabilidad...”, *ob. cit.*, pág. 56. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.* pág. 76. ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “El derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 1546.

⁵¹⁸ Extensamente sobre el modelo biológico puro y el sistema del discernimiento adoptado anteriormente, vid. SANCHEZ GARCIA DE PAZ, *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.* Pág. 30 y ss.

⁵¹⁹ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 139.

⁵²⁰ CRUZ BLANCA, María José, *ibidem*, pág. 139.

⁵²¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Minoría de edad penal” en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Estudios Penales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988, págs. 282-283. En el mismo sentido, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 196. ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, La minoría de edad penal, *La Ley Penal*, núm. 18, 2005, pág. 3. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Reflexiones criminológicas y político-criminales al modelo de responsabilidad penal de la LORRPM 5/2000, de 12 de enero”, *ob. cit.*, pág. 121.

Por su parte, CANTARERO BANDRÉS entiende que es un criterio artificial en tanto que no hay pauta más artificiosa para fijar el grado de madurez que determinar un tope fijo de edad en la ley⁵²².

Para HIGUERA GUIMERÁ el criterio cronológico es una ficción⁵²³. Considera que simplemente obedece a razones de certeza y seguridad jurídica, por lo que plantea un sistema imperfecto y por tanto debería haberse instituido el sistema mixto⁵²⁴.

Se ha puesto también de manifiesto su carácter aleatorio, que aunque se utiliza con la intención de evitar una absoluta discrecionalidad judicial, provoca situaciones absurdas al considerar imputable al que rebasa en segundos la edad límite: “se comprende absurdo creer que la madurez se adquiere al día siguiente de alcanzar la edad señalada y no antes”⁵²⁵.

En este sentido, la LORRPM se aparta de lo establecido en el § 3 JGG, según el cual la responsabilidad penal del menor de edad esta condicionada a lo que resulte de la obligada prueba o juicio de madurez, realizada por el Juez de Menores individualmente caso por caso. Prueba que, en caso de ser negativa, procura no una simple exención de responsabilidad sino la total exclusión del Derecho penal por ausencia de un presupuesto esencial para su aplicación⁵²⁶. Según HIGUERA GUIMERÁ, el sistema que rige en la JGG es, en principio más convincente que el sistema establecido en la LORRPM, al que considera “extremadamente rígido”. No obstante, el mismo autor indica que el sistema seguido en Alemania puede poner en peligro la seguridad jurídica, al dejarlo todo en manos del Juez de Menores a la hora de determinar la responsabilidad penal del menor⁵²⁷.

En una línea análoga, MORA ALARCÓN puntualiza que a edades tan tempranas como las reguladas en la LORRPM, la imputabilidad debería estar siempre subordinada a la prueba de que el menor tenga capacidad de entender o querer al perpetrar los hechos, y no a una presunción de capacidad o incapacidad, por lo que

⁵²² CANTARERO BANDRÉS, Rocío, *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., pág. 101.

⁵²³ HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 317.

⁵²⁴ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “El problema de la imputabilidad...”, ob. cit., pág. 89.

⁵²⁵ RIOS MARTIN, Julián Carlos, *El menor infractor...*, ob. cit., pág. 139.

⁵²⁶ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, ob. cit., pág. 196.

⁵²⁷ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 206 y 317.

considera a la LORRPM durísima en este concreto aspecto. Según este autor, el término clave a utilizar a la hora de delimitar la responsabilidad penal de los menores debería ser el de la madurez. Por ello, en la franja de edad que va de los catorce a los diecisiete años, el Juez de Menores, con la ayuda del Equipo técnico, debería pronunciarse previamente sobre la madurez del menor antes de aplicar la normativa regulada en la LORRPM⁵²⁸.

Asimismo, MORILLAS FERNANDEZ se posiciona a favor de la concreción de las normas según la madurez que presente el menor. Sobre la necesidad de indagar en la madurez del menor, aunque referida al ámbito civil, la autora cita la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de tres de marzo de 1989, la cual profundiza en la capacidad de actuación de los menores en base a la siguiente argumentación: “En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habría de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquel para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 CC, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores de los hijos menores no emancipados”. Continúa la DGRN imponiendo el deber de valorar el artículo 322 en conexión con la técnica del Código Civil de fijar con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas la edad requerida para su válida conclusión, lo que permite afirmar que si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil, por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal y no por el recurso a una regla general de incapacidad que no se aviene ni al respeto hacia la personalidad jurídica del menor de edad. La mencionada autora señala que es destacable en este orden de cosas el Auto número 786/2008 de 30 de diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid sobre un joven de 18 años al cual se le imputa un delito de daños, careciendo de antecedentes penales y con un grado de madurez inferior al de su edad, caso en el que resulta conveniente aplicar la LORRPM debido a que “basta ver los

⁵²⁸ MORA ALARCON, José Antonio, *Derecho penal y procesal de menores*, ob. cit., pág. 68.

informes del equipo técnico para comprobar que G no ha asumido retos adecuados a su edad, que le confieran seguridad y competencia, que resulta inconstante en sus proyectos formativos a los que dedica un mínimo esfuerzo y entre otros aspectos, que el nivel de competencia es inadecuado a su edad por insuficiente, mas propio de edades inferiores y es coincidente con la atención asistencial que recibe en su familia”. La madurez ha de expresarse no solo para la celebración de los actos jurídicos sino también para imputar las responsabilidades que se puedan derivar de los mismos⁵²⁹. Junto con tal autora, como adelantamos anteriormente en relación a la necesidad de un sistema de imputabilidad que valore la madurez del menor, entendemos igualmente que en el régimen de los menores de catorce años que habrá que estar al caso concreto valorando el desarrollo del menor así como su capacidad de entendimiento y juicio respecto de los actos que realice.

Consideramos que quizás la solución más correcta desde la adecuación al desarrollo psicosocial del menor podría ser la de seguir un camino intermedio en el que cada legislación, atendiendo a sus propios criterios, señale los límites mínimos y máximos con carácter general, pero permitiendo a su vez una cierta flexibilidad en razón a la imposibilidad de sistematizar evolución física y psíquica del joven, de tal manera que el Juez, con la ayuda de expertos, debe fijar la edad real, independientemente de las nociones de mayoría de edad penal y tomarla en consideración para decidir si el sujeto responde por las sanciones contempladas en el Código penal o no⁵³⁰. La realidad del menor se hace difícilmente aprehensible con criterios exclusivamente biológicos y rígidos como sucede con la edad, lo que conduce a la dificultad de establecer un límite general válido para todas las personas que realmente no gozan del mismo desarrollo físico, psíquico, educativo y cultural⁵³¹. Sin embargo, no hemos de negar los altos niveles de inseguridad y pronunciamientos contradictorios que ello generaría.

Efectuados tales considerandos, podemos preguntarnos si en el menor si se dan todos los parámetros para entender que posee las peculiaridades propias de la madurez

⁵²⁹ MORILLAS FERNANDEZ, Marta, “Régimen de los menores de catorce años”, *ob. cit.*, págs. 76, 77, 100 y 101.

⁵³⁰ RODRIGUEZ MESA, María José, “El menor como delincuente. Cuestiones criminológicas” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, *ob. cit.*, pág. 249.

⁵³¹ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 234.

de la edad adulta o si existen diferencias con la imputabilidad del mayor de edad. Por consiguiente, en cuanto a la indagación de la imputabilidad, proponemos analizarla bajo las peculiaridades que presenta el distinto régimen jurídico que la ley prevé para los dos grupos de infractores que contempla: menores y mayores de catorce años hasta dieciocho.

2.2.- Menores de 14 años.

La fijación de una edad mínima antes de la cual debe presumirse la inimputabilidad de los menores es una exigencia internacional⁵³². No hemos de obviar que la adolescencia es un concepto relativo desde el punto de vista cultural e histórico y por otra parte, hemos de tener en cuenta que las personas evolucionan y maduran con ritmos desiguales, lo que hace difícil la fijación de unos límites estrictos⁵³³. A pesar de tales dificultades, la LORRPM ha fijado en catorce años el límite mínimo por debajo del cual se presume *iuris et de iure* la irresponsabilidad del menor conforme al régimen por ella previsto⁵³⁴, de modo que ante la comisión de un delito por parte de un menor de dicha edad solo es posible la aplicación de las medidas de carácter civil previstas en la legislación de protección⁵³⁵ allí donde se presenten situaciones de riesgo o desamparo,

⁵³² La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 indica que los Estados Parte deberán establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (art. 40.3).

⁵³³ TAMARIT SUMALLA, Josep-María, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, *ob. cit.*, pág. 28. En el mismo sentido, BUENO ARÚS, Francisco, “Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad *sui generis*. Influencia en este punto de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor”, *ob. cit.*, pág. 357.

⁵³⁴ GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, *ob. cit.*, pág. 88-89. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 190.

⁵³⁵ Artículo 3 de la LORRPM dispone que “Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.” En este sentido, entre la normativa a aplicar a los menores de 14 años, de especial importancia, resulta la Convención de Derechos del Niño (art. 3), la Constitución (art. 39), el articulado del Código Civil dedicado a las formas de protección de menores (arts. 158, 216, 172 y ss.); la LO 1/1996, de protección Jurídica del Menor, en sus arts. 2, 3, 12 y ss. relativos a la protección del menor, las situaciones de riesgo y desamparo y las actuaciones previstas para cada una; y la Ley de Enjuiciamiento civil (Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero), en sus arts. 769 y ss., referidos a los diversos procedimientos establecidos para efectos de protección de menores. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.* pág. 78.

pero nunca como respuesta al hecho cometido⁵³⁶. No es relevante la edad mental, ni se tiene en cuenta el discernimiento, ni el estado de madurez afectiva ni volitiva⁵³⁷.

En cuanto a las posibilidades de adoptar una medida de protección, entiende ORNOSA FERNÁNDEZ que el artículo 3 de la LORRPM extiende con carácter obligatorio, respecto de todos los menores de catorce años que cometan una infracción penal, la remisión por el Ministerio Fiscal de testimonio de los particulares que considere precisos a la correspondiente entidad pública de protección de menores, la cual "... habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias...", es decir, que también parece obligada a adoptar una medida de protección⁵³⁸, planteándose la duda de si, conforme a esta redacción, deberá de hacerlo en cualquier caso. Hay que indicar que no necesariamente el hecho de que un menor de catorce años haya cometido un hecho delictivo, por muy grave que sea, tiene que implicar en la práctica una medida protectora, puesto que habría que examinar en cada caso concreto y puede no estar necesitado de ninguna⁵³⁹, siendo el criterio de intervención no tanto la gravedad de la conducta delictiva realizada como las posibles carencias educativas y familiares del menor⁵⁴⁰. Este artículo parece que intenta tranquilizar la conciencia del legislador, tal como manifestó la Fiscalía General del Estado, en lo relativo a las posibilidades de actuación con los menores de catorce años que cometan un delito.

⁵³⁶ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 301. En Alemania, los menores de 14 años no tienen responsabilidad penal. En el caso de que las citadas personas menores de 14 años cometan un hecho punible, ello constituye un indicio de que la correspondiente educación recibida hasta entonces por el menor requiere ayuda para su reeducación de acuerdo con la Ley de Asistencia al Menor. Esta Ley contiene una serie de medidas educativas de carácter civil o administrativo (por ejemplo, asistencia educativa, ayuda educacional voluntaria, educación asistencial, etc.). HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 204. En el régimen italiano hasta los 14 años existe una presunción absoluta de inimputabilidad y a partir de dicha edad la responsabilidad criminal se halla condicionada a que el menor tenga capacidad de entender y de querer, esto es, sea suficientemente maduro, aplicándose en tal supuesto una pena atenuada.

⁵³⁷ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 309.

⁵³⁸ En el mismo sentido, GARCIMARTIN MONTERO, Regina, "Ámbito de aplicación de la Ley y normas de competencia" en SAMANES ARA, Carmen (Coordinadora), *La responsabilidad penal de los menores*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2003, pág. 30.

⁵³⁹ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 156.

⁵⁴⁰ SANCHEZ GARCIA DE PAZ, María Isabel, *Minoría de edad penal...*, ob. cit., pág. 154. Defiende sin embargo SILVA SANCHEZ la remisión al Derecho penal de menores a los niños entre los doce y diez años. Considera el citado autor que este segmento procedería la imposición de medidas de seguridad de carácter educativo por el juez penal. En su opinión el control judicial penal permite salvaguardar mejor las garantías tanto del afectado como de la colectividad, así como evitar la indeseable mezcla en el ámbito de la protección administrativa de menores desprotegidos y menores con peligrosidad criminal contrastada. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit. pág. 37.

PÉREZ ALVAREZ⁵⁴¹ sitúa las principales características del sistema vigente de protección de menores a la vista de la LOPJM y del Código Civil:

- Se atribuye a las entidades públicas competentes la tutela de los menores en desamparo. Ésta será apreciable por dicha entidad sin necesidad de declaración judicial identificando al menor desamparado con el privado de asistencia moral y material.
- Salvo que el interés del menor lo desaconseje, se ha de procurar en última instancia la reinserción del menor declarado en situación de desamparo en el núcleo familiar del que procede.
- Se formula con alcance global para toda acción administrativa el principio de mantenimiento del menor con la familia de origen antes que el acogimiento por personas extrañas.
- La competencia asignada a las entidades publicas excede a la delimitación por los menores en desamparo –la Administración actuará en situaciones de riesgo para el menor, así como con el acogimiento y adopción. En general, la formalización del acogimiento familiar precisa el consentimiento de la entidad pública. La competencia de las entidades publicas está en principio delimitada subjetivamente por la existencia de menores en desamparo, pero se amplía a los supuestos en que se trata de constituir un acogimiento familiar o la adopción de un menor-.
- El principio informador de todo el sistema de protección es la primacía del interés del menor.

Sentados tales principios, cabe destacar brevemente cuales son las instituciones que se encuentran en tal sistema de protección:

a) Tutela Administrativa: a la entidad pública que en el respectivo territorio tuviera encomendada la protección de menores, la legislación vigente le atribuye la

⁵⁴¹ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. PEREZ ALVAREZ, Miguel Ángel, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Curso de Derecho Civil. Derecho de familia*, Madrid, 2008, págs. 401 y ss.

tutela de los menores de edad que se encuentren en situación de desamparo. El artículo 172.1 CC indica que “se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. Los casos más relevantes de tal situación son los malos tratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación del menor, o la ausencia de escolarización.

b) Guarda Administrativa: tiene lugar cuando por causas justificadas los padres no pueden asistir al menor y lo hacen las entidades públicas en determinados casos. Deben solicitarlo los padres o tutores o bien ocurrir por resolución judicial durante tiempo determinado⁵⁴².

c) Acogimiento: la situación de desamparo tiende a resolverse bien por la reinserción del propio desamparado o por su adopción. Entre esas realidades transcurre un tiempo en el que la entidad tiene la tutela del menor, es lo que representa la figura del acogimiento, que podrá ser familiar o residencial. El primero se constituye por determinación de la entidad en el ámbito familiar y el segundo se llevará a cabo en hogares funcionales debidamente autorizados y acreditados por la Administración correspondiente. Existe una tercera posibilidad que autoriza a que la guarda sea ejercitada en centros dirigidos a menores, autorizados y acreditados por la entidad, dando lugar al acogimiento residencial⁵⁴³.

El principal problema con el que se encuentran las entidades públicas a la hora de ejecutar estas medidas es que, al no ser judiciales sino administrativas, la motivación, la voluntariedad del menor y de la familia son determinantes para poder llevar a cabo la intervención. Si como indicamos no existe una situación de desamparo en el menor infractor, el supuesto se complica aún más para poder intervenir con el mismo en la prevención de una posible reincidencia por su parte⁵⁴⁴.

⁵⁴² Art. 172 CC.

⁵⁴³ Art. 21 LOPJM.

⁵⁴⁴ MORILLAS FERNANDEZ, Marta, “Régimen del menor de catorce años”, *ob. cit.*, pág. 95.

Se ha puesto de manifiesto que se corre el riesgo de crear una justicia paralela administrativa para los menores de catorce años, en tanto que puede suceder que el menor acepte algún tipo de medida de protección que pueda significar una consecuencia más gravosa que si se hubiese sometido al procedimiento de menores, en el que, por ejemplo, podría haberse acabado con el sobreseimiento del procedimiento en interés del menor⁵⁴⁵. De manera similar, BERDUGO y OTROS opinan que la realidad es que esos menores quedan sujetos a leyes de protección de menores promulgadas por el Estado y las distintas Comunidades Autónomas, cuya atenta lectura ofrece un panorama bien distinto al de esa supuesta irresponsabilidad. Más concretamente, las leyes autonómicas reservan a los menores en conflicto social prácticamente las mismas medidas que la LO 5/2000 prevé para los mayores de catorce años, sin que exista como contrapartida el mismo nivel de garantías en su adopción. Lo anterior les lleva a afirmar que de alguna manera el sistema tutelar pervive en nuestro Ordenamiento para los menores de catorce años, para los que se ha configurado una especie de sistema sancionador administrativo tutelar que carece de reconocimiento constitucional y que lesiona derechos fundamentales del menor⁵⁴⁶. Incidiendo en esta crítica, CEZON GONZALEZ destaca que algunas Comunidades Autónomas han incluido en sus formas de actuación protectora medidas de tipo correctivo que encierran un reproche y un carácter de sanción. Como posible vía para evitar que la remisión que efectúa el artículo 3 LORRPM a las instituciones y normas de protección para menores de 14 años autores de delitos constituya una solución falsa o incompleta, propone la elaboración de Derecho correccional de menores (que actualmente echa en falta) que contemple específicamente la problemática delictual o predelictual de los menores por debajo de los 14 años y que de respuesta a problemas de desajuste social o conductual que rebasan lo que es una genuina actuación pública de protección⁵⁴⁷. Confiamos, a pesar de los posibles excesos que pueden plantear las medidas de protección, que éstas solo sean aplicadas en casos de extrema gravedad que así lo justifiquen.

⁵⁴⁵ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 156.

⁵⁴⁶ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004, págs. 335 y 336.

⁵⁴⁷ Para evitar un vacío de idoneidad en esa zona en que el Derecho penal juvenil no es aplicable y las medidas de corrección inadecuadas al caso, dicho Derecho correccional de menores pasaría a formar parte de las instituciones de protección, a virtud de medidas consistentes en imposiciones exigibles a menores infractores, a efectos de preservar una equilibrada maduración y conformación de su personalidad, cuando la intervención pública sea precisa, por la gravedad de los hechos o por rechazo por el menor de las manifestaciones educativas ordinarias –la familia y el sistema educativo-. CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos, *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., págs. 13 y 14.

Por otra parte, las razones de la exención de responsabilidad penal de los menores de catorce años no resultan claras, ni en su fundamento ni en los criterios de cuantificación empleados, teniendo en cuenta que ciencias como la psicología no se encuentran en disposición de afirmar con carácter general cuando las capacidades de comprensión y dirección están totalmente desarrolladas en el ser humano⁵⁴⁸. Siempre se ha considerado que en el desarrollo psico-somático de una persona hay una etapa inicial, la de la infancia, en la que el sujeto no ha adquirido la inteligencia, los conocimientos y la experiencia suficiente para comprender su entorno, valorarlo y acomodar su conducta a las exigencias de un comportamiento social adecuado⁵⁴⁹. De esta forma, sostienen ciertos autores que su fijación parece responder más que a la presunción absoluta de su inimputabilidad⁵⁵⁰ a razones de política criminal relacionadas con la conveniencia de evitar en lo posible la estigmatización penal del menor delincuente, ofreciéndoles una respuesta exclusivamente de tipo educativo⁵⁵¹. En este sentido, CONDE-PUMPIDO entiende que la LORRPM opta por no acoger el sistema del anteproyecto (en virtud del cual se trasladaban al ámbito de la responsabilidad penal de menores criterios

⁵⁴⁸ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 301. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, ob. cit., pág. 190.

⁵⁴⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 92.

⁵⁵⁰ Se trata de una idea plasmada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (art. 40.3. °) y en las Reglas de Beijing, que en su art. 4.1. ° declara que «en los sistemas jurídicos que reconozcan en concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad muy temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual». En ese sentido, CUELLO CONTRERAS, *El nuevo Derecho Penal de menores*, ob. cit., pág. 54. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *La Ley de la responsabilidad penal de los menores*, ob. cit., pág. 54. GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La evolución del sistema de justicia penal juvenil...”, ob. cit., pág. 680. Así, para MARTIN CRUZ el fundamento de excluir la responsabilidad penal de los menores de catorce años es la capacidad de culpabilidad insuficiente de los mismos. MARTIN CRUZ, Andrés, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, ob. cit., pág. 318. Para MORA ALARCON, su exclusión se fundamenta en una presunción de inimputabilidad, es decir de capacidad de responder por su conducta, y por lo tanto, de incapacidad para cualquier medida represiva en respuesta a la acción cometida. MORA ALARCON, José Antonio, *Derecho penal y procesal de menores*, ob. cit., pág. 88. Para PEREZ MACHIO existe la convicción de que el menor de 14 años presenta un desarrollo físico y psíquico sumamente incompleto que fundamenta la inimputabilidad de los mismos en cuanto no tienen capacidad de culpabilidad. PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, ob. cit., pág. 42.

⁵⁵¹ En ese sentido, MACHADO RUIZ, María Dolores, “Minoría de edad e imputabilidad penal”, ob. cit., pág. 111. CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención...*, ob. cit. Pág. 75. En el mismo sentido, aludiendo expresamente al párrafo citado de la Exposición de Motivos de la LORRPM, TERRADILLOS BASOCO, Juan M., “Responsabilidad penal de los menores” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia, Tirant lo Blanch. 2004, pág. 54. NAVARRO FRIAS, Irene, “El necesario regreso del principio de culpabilidad...” ob. cit., pág. 122. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 77. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 302. Como indica Roxin, los hechos de los niños no conmueven a los ojos de los adultos y la imposición de sanciones criminales contra los mismos esta contraindicada desde una perspectiva preventiva especial. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 848.

integrantes de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad que el Código Penal señala para exigir a los adultos) y anuda expresamente y ab initio la responsabilidad penal de los menores a su capacidad de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, sustituyendo los criterios generales de culpabilidad por una aplicación específica de las causas de exención de responsabilidad que vienen establecidas en la legislación de adultos –art. 20 CP-⁵⁵².

Curiosamente, el legislador, revelando una indudable confusión, fundamenta su decisión no en las características de la sanción sino en las de la infracción. En esta línea, la Exposición de Motivos de la Ley señala que el establecimiento de la edad mínima en los catorce años para exigir responsabilidad obedece a la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado⁵⁵³. La utilidad del argumento, por tanto, es discutible en tanto que la alarma social es criterio anclado en la vindicación colectiva, de dudosa utilidad y admisibilidad, por irracional y manipulable.

Puede que la práctica demuestre que las infracciones ejecutadas por los menores de 14 años sean en su inmensa mayoría de poca trascendencia⁵⁵⁴ y que, con carácter

⁵⁵² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 55.

⁵⁵³ CARMONA SALGADO entiende que por desgracia, existen casos penalmente relevantes, y no tan aislados como nos gustaría, de menores infractores de esa edad. CARMONA SALGADO, Concepción, “Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero”, *ob. cit.*, pág. 5. En un sentido similar, MORILLAS FERNANDEZ califica la previsión recogida en la Exposición de Motivos de la LORRPM como “bastante arriesgada en la sociedad actual”. Indica la autora citada que ante la comisión de un delito la supuesta impunidad penal para el menor de 14 años puede favorecer, incluso, una actitud de desconfianza hacia el sistema que lo educa en valores como responsabilidad, respeto mutuo, solidaridad, pero que carece de respuesta cuando se les declara como no responsables, pudiendo preguntarse donde esta esa responsabilidad que se dice ha de tener. MORILLAS FERNANDEZ, Marta, “Régimen de los menores de catorce años”, *ob. cit.*, pág. 89.

⁵⁵⁴ En un interesante estudio sobre menores de 14 años que cometen delitos, observando las conductas delictivas en tres provincias diferentes de distintas Comunidades Autónomas, se afirma que las más usuales son las lesiones, los insultos y las amenazas. BERNUZ BENEITEZ, María José, FERNANDEZ MOLINA, Esther, PEREZ JIMENEZ, Fátima, “Menores de 14 años que cometen delitos” *Boletín Criminológico*, nº 97, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2007. A pesar de ello, se aprecia en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2003 preocupación de las Secciones de Menores en relación con los infractores menores de 14 años, al constatar que en general la Entidad protectora exclusivamente se limita a acusar recibo, llegándose a detectar la absoluta falta de intervención en menores de esa edad que cometen hechos inequívocamente graves. Ante esa realidad, el

general, pueda resultar suficiente la intervención social para hacer frente a dicha problemática, pero no parece un fundamento adecuado para adoptar una decisión de tal envergadura. Dicha opción político-criminal debería haberse basado en las características subjetivas del sujeto afectado por ella, y en tal sentido, hubiera debido adoptarse como punto de referencia, el todavía escaso nivel formativo o educativo de los afectados. Partiendo de esta consideración, los catorce años pueden considerarse una edad apropiada para marcar el límite inferior a partir del que comienza la responsabilidad penal del menor, si se tiene en cuenta que con la misma ya se ha adquirido la formación esencial que aporta la realización de la enseñanza básica⁵⁵⁵.

Aparte de la controversia del fundamento de tal exclusión, como anunciábamos anteriormente, tampoco la determinación de los criterios de cuantificación ha escapado a tal polémica⁵⁵⁶. Este punto marca una de las más notorias incongruencias que los sistemas de justicia juvenil muestran a nivel mundial. Si atendemos por ejemplo a Latinoamérica, cabe reagrupar las distintas normativas en tres grupos: a) 12 años, que se visualiza como el más seguido – Venezuela, Perú, Guatemala, Honduras, El Salvador, Ecuador, Costa Rica, Brasil, Bolivia-; b) 13 años – Nicaragua, Uruguay-; c) 14 años – Panamá y Chile-. En Europa la actuación es dispar y compleja aunque es posible resaltar los 14 años como el criterio más seguido – Alemania, Austria, Bulgaria, Eslovaquia, España, Estonia, Hungría, Italia, Letonia y Lituania-, otros se sitúan en

Consejo Fiscal propone que podría optarse por una de dos posibles vías: a) romper con la presunción iuris et de iure por debajo de 14 años no es exigible al menor responsabilidad y abordar en consecuencia el tratamiento de los menores de 12 y 13 años dentro del Sistema de la Ley Penal Juvenil; b) adoptar medidas para asegurar y hacer realmente efectivo un tratamiento adecuado en el ámbito de protección de menores, que hoy por hoy carece de herramientas procesales, sustantivas o materiales mínimamente operativas. MORILLAS FERNANDEZ, Marta, “Régimen del menor de catorce años”, *ob. cit.*, pág. 90 y 91.

⁵⁵⁵ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 76 y 77. Actualmente, la Educación Primaria finaliza a los 12 años, de manera que a los 14 el menor cursa los estudios de 2º de ESO. Quiere decirse que al menos en teoría, todos los niños deben estar escolarizados de forma obligatoria hasta que terminen la ESO a los 16 años, por lo que ha de presumirse que a los 14 años han adquirido la educación básica necesaria que les hace poseer una determinada madurez mental.

⁵⁵⁶ En este sentido, téngase en cuenta el proceso legislativo anterior a la LORRPM. Así, en el Anteproyecto de la Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 1995 excluía de su ámbito de aplicación a los menores de trece años mientras que la Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 1996 lo elevaba a catorce años. Lo mismo ocurría en el Borrador de Anteproyecto de la Ley Orgánica Reguladora de la Justicia Juvenil y del Menor de 1997 que lo situaba en los catorce años. El proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 1998 vuelve a reducirlo a los trece años. Para finalmente volverse a elevar a los catorce años en la Ley 5/2000. Concretamente, la definitiva fijación de la edad mínima en los catorce años se realizó en 1999, a través del dictamen de la ponencia sobre la LORRPM realizado por la Comisión de Justicia e Interior, y sobre la base de las enmiendas num. 4, 27, 69, 89 y 111, respectivamente presentadas por los Grupos Parlamentarios Vasco, IU y Mixto. Sobre las discusiones en relación con la edad mínima en el Derecho proyectado, véase CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, págs. 226-228.

igual edad pero compartiendo con otra mayor – Rumania, Rusia; 14 y 16, los 14 para los supuestos más graves, o únicamente 16 –Bélgica- o 15 – República Checa, Dinamarca, Finlandia, Suecia-. Por el contrario, legislaciones como la de Países Bajos o Portugal optan por los 12 años; en el nivel de 13 se encuentran Francia, Polonia. En ámbitos todavía más amplios por descenso de la edad, podemos aludir a Irlanda a los 7 años, Escocia y Grecia a los 8, Inglaterra y Gales a los 10, fijándose en la mayoría de estos últimos países para las edades más bajas sanciones únicamente educativas⁵⁵⁷.

Si el fundamento de la respuesta penal específica frente al menor lo constituyera su capacidad para responder y sus carencias o necesidad en materia de formación, no puede olvidarse que ésta depende esencialmente de procesos de aprendizaje, y que la mayoría de los países establecen la enseñanza obligatoria hasta edades superiores. Igualmente se ha elevado la edad de incorporación al trabajo. Si se añade que la capacidad de adecuación del propio comportamiento a lo exigido por la norma no es algo innato, sino algo que se adquiere a través del aprendizaje, no cabe atribuir capacidad de orientación por las normas a quien no se le ha dado aún la oportunidad de prepararse para asumir derechos y deberes, o a quien no se le reconoce capacidad para trabajar y para regir, autónomamente, su persona y sus bienes, lo que debería conducir a la exclusión de la intervención penal por debajo de los dieciséis años⁵⁵⁸.

Relativizando la determinación de la edad legal límite, GARCIA-PABLOS estima que ésta afecta exclusivamente a los presupuestos del sistema, no al contenido ni a la calidad, ni a las consecuencias y efectos del mismo. Por tanto, considera que es un problema de segundo orden que no debe polarizar el debate ni desviar la atención. Lo trascendental no es la edad del destinatario, sino el sistema mismo⁵⁵⁹.

En un momento como el actual, debido fundamentalmente a los últimos sucesos graves, vuelve a retomar fuerza las posiciones que plantean la reducción de la edad penal del menor⁵⁶⁰. La alarma social que provocan delitos tan graves cuando son

⁵⁵⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, *ob. cit.*, págs. 26 y 27.

⁵⁵⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan M., “Responsabilidad penal de los menores”, *ob. cit.*, pág. 55.

⁵⁵⁹ GARCIA PABLOS, Antonio, “Presupuestos criminológicos y político-criminales...”, *ob. cit.*, pág. 271.

⁵⁶⁰ Entiende TAMARIT SUMALLA que deberían considerarse algunos elementos que ponen de manifiesto ciertas ventajas de haber adoptado una edad inferior. En primer lugar, una pronta intervención,

cometidos por menores, se intenta revestir en la percepción popular y en los medios de comunicación como evidencia de una especial malicia de los menores que los cometen, dado que es impropio de esas edades llevar a cabo comportamientos tan graves. Razón por la cual está más justificado que nunca recordar lo que siempre han dicho los criminólogos: que la mayor o menor gravedad del hecho delictivo es independiente del grado de madurez del menor. Una vez más, el enfoque educativo obliga a ser consecuentes⁵⁶¹. En mi opinión, la propuesta legal actual es correcta, coherente con la actual política criminal y conforme al principio de intervención mínima del Derecho penal. Por debajo del mínimo de capacidades psicológicas que permiten, siquiera en lo esencial, la comprensión del injusto y el control coherente del propio comportamiento, no puede haber responsabilidad criminal de ningún género, en tanto que no cabe desaprobación jurídica alguna por el comportamiento realizado sino a sujetos con capacidad de responsabilidad, por mucha alarma social que pueda haber producido el hecho cometido. Debemos subrayar que el legislador no ha de guiarse por acontecimientos concretos, aislados, a la hora de introducir modificaciones legislativas, habida cuenta de que éstas, en todo caso, y aún más en este ámbito, siempre exigen un análisis sosegado.

proporcionada y adecuada a la edad del sujeto, puede evitar tener que intervenir posteriormente en un momento en el que las posibilidades de éxito del tratamiento educativo sean más reducidas y los medios a adoptar deban ser algo más contundentes. En segundo lugar, los medios educativos convencionales se revelan insuficientes para hacer frente a las situaciones más conflictivas. En tercer lugar, resulta preferible para el menor, en estrictos términos garantistas, actuar en los casos más graves desde el sistema penal que a través de otras instancias que responden a una lógica y a unas necesidades sociales distintas. TAMARIT SUMALLA, Josep-María, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, *ob. cit.*, pág. 31. En Alemania también se detecta la presencia de tales posiciones, proponiendo como edad mínima sancionable los 12 años, basándose en la criminalidad emergente, cada vez a más temprana edad, así como el hecho de que los jóvenes cada vez maduran antes. ETTELT, Wolfgang, “El Derecho Penal para menores alemán considerando las actuales propuestas de reforma” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008, pág. 257. Otros autores argumentan que, al igual que el legislador ha flexibilizado el límite superior de la responsabilidad penal de los menores, permitiendo, en algunos casos, extenderla a los mayores de dieciocho años, debió también, y en congruencia con tal criterio, flexibilizar el tramo inferior, permitiendo someter a la jurisdicción de menores a aquellos niños que, entre los doce y los catorce años, cometan hechos tipificados como delitos graves o en los que intervenga violencia o intimidación en las personas, y cuyo grado de madurez les haga acreedores de un mayor reproche de sus actos. En este sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 191.

⁵⁶¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes con trastorno narcisista de la personalidad”, *ob. cit.*, pág. 143.

2.3.- Mayores de catorce y menores de dieciocho.

La imputabilidad constituye el verdadero talón de Aquiles en el ámbito del Derecho penal juvenil puesto que el dogma de su exclusión ha sido la falacia justificativa de los denostados sistemas tutelares⁵⁶². Todavía hoy se discute si el menor sometido al imperio de la LORRPM –es decir, mayor de catorce años y menor de dieciocho- es imputable, inimputable, se sitúa en una zona intermedia entre ambos extremos (imputabilidad disminuida) o incluso se sustrae de facto a los postulados de esta categoría dogmática.

Una primera postura sería aquella que, coherente con la consideración de que la Ley no tiene naturaleza penal, patrocina que la imputabilidad comienza a los dieciocho años y que en las edades inferiores no hay responsabilidad penal, aunque exista algún tipo de responsabilidad. Parte de la base de que para que haya responsabilidad penal tiene que haberse producido una acción típica, antijurídica y culpable, y en la conducta del menor, por hipótesis, falta la culpabilidad al faltarle la imputabilidad, esto es, la capacidad de conocer y querer libremente, determinada por un nivel de edad que el legislador establece más o menos arbitrariamente, pero que garantiza un nivel razonable de seguridad y certeza jurídicas⁵⁶³. Para esta posición, no se trata de que los menores entre catorce y dieciocho años sujetos a la LORRPM tengan una imputabilidad disminuida, porque en tal caso la regulación legal consistiría en mantener la misma pena que para los delitos cometidos con imputabilidad plena pero con una circunstancia atenuante que obligaría a rebajar aquella en uno o dos grados y aquí se trata de una medida restrictiva de derechos pero de naturaleza distinta a la de la pena. La de los menores es una responsabilidad independiente de la imputabilidad, de manera que penalmente, los sometidos a las medidas de la Ley del Menor son inimputables⁵⁶⁴.

Una segunda corriente sostiene el entendimiento de la imputabilidad del menor entre catorce y dieciocho años como una imputabilidad disminuida, lo que justificaría su exclusión del Derecho penal de adultos y su sometimiento a la Ley penal juvenil. Como

⁵⁶² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad, ob. cit.*, pág. 50.

⁵⁶³ BUENO ARÚS, Francisco, “La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal”, *ob. cit.*, pág. 303.

⁵⁶⁴ BUENO ARÚS, Francisco, “La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal”, *ibidem*, pág. 327.

principal argumento para sustentar esta tesis se ha alegado que el artículo 5.2 LORRPM solo otorga relevancia a los supuestos en los que al menor le falta totalmente la imputabilidad por concurrencia de alguna de las causas previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código penal, de manera que si no contempla aquellos otros en los que el mismo es semiimputable (eximente incompleta respecto de tales causas de inimputabilidad) es porque ello resulta innecesario, dado que la LORRPM esta dirigida a personas con capacidad disminuida (los menores)⁵⁶⁵.

Finalmente, un tercer sector reconoce de forma genérica la imputabilidad o capacidad de culpabilidad de los menores de entre catorce y dieciocho años, de forma que en el sistema español únicamente los niños menores de catorce años pueden considerarse realmente inimputables, ya que carecen formalmente de responsabilidad penal⁵⁶⁶.

De todas las opiniones expuestas, la que resulta más sostenible es la última si atendemos a la legislación vigente al respecto (artículos 19 y 20 del Código penal y LORRPM), así como a los principios generales que articulan nuestro sistema punitivo.

Se trata de una imputabilidad plena y no tan solo disminuida -como defienden algunos autores-, pues de tener esta última consideración hubiera bastado la sujeción de

⁵⁶⁵ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción...*, *ob. cit.*, pág. 59. En el mismo sentido, GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, “La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: Un reto para el 2000” en GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Directora), *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de Derecho comparado*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pág. 132. DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva Mª, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 106. GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La competencia de los órganos de la administración de Justicia de menores, las bases de la responsabilidad penal de estos y el Derecho supletorio” en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pág. 51 y 52. Tal y como indica MACHADO RUIZ, “la conveniencia de una intervención penal específica para estos casos frente a la irresponsabilidad de los menores de catorce años, a parte de que la no imposición de pena a esos sujetos no tiene como resultado una pérdida de eficacia preventiva --con lo cual tal pena sería innecesaria--, sólo puede explicarse a partir de la existencia en aquéllos de una capacidad de culpabilidad siquiera disminuida.” MACHADO RUIZ, María Dolores, “Minoría de edad e imputabilidad penal”, *ob. cit.*, pág. 111.

⁵⁶⁶ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 336. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 365. CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos, *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 44.

los menores al Código penal de adultos, y en consecuencia, la aplicación de las mismas penas previstas para dichos adultos, pero de una forma cualificadamente atenuada⁵⁶⁷.

No obstante, su responsabilidad penal no debe ser exigida conforme a los parámetros clásicos, sino que ha de configurarse como una responsabilidad sui generis en atención a las características especiales de los sujetos infractores, lo que finalmente se traduce en el establecimiento de un sistema de consecuencias penales acorde con los fines perseguidos, que no son otros sino educar al menor y recuperarle, en la medida de lo posible, para la sociedad⁵⁶⁸. Aplicar las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal al menor es crear una situación desigual, haciendo al menor de peor condición para responder de sus actos penales que para ejercitar sus derechos políticos, entre ellos el derecho al voto, o para realizar negocios jurídicos de carácter privado⁵⁶⁹.

Esta regulación es reflejo de una serie de consideraciones político-criminales en torno a las peculiaridades que, como hemos mencionado, presenta este grupo, habida cuenta de que se encuentra en una fase caracterizada por la contradicción constante entre la necesidad de cumplir con las expectativas de adaptación que se corresponden con el estatus de adulto, lo que fácilmente se convierte en el origen de conflictos que derivan en la comisión de infracciones penales.

Las circunstancias mencionadas diferencian al menor y le confieren una autonomía propia respecto al adulto que justifica que sean sustraídos del Derecho penal y sometidos a una intervención diferenciada⁵⁷⁰. Se trata de una capacidad elemental de responsabilidad⁵⁷¹, en clave de asunción de las consecuencias de sus actos, no con

⁵⁶⁷ Incluso, como señala acertadamente BUENO ARUS, el Código penal no contiene ninguna referencia a la imputabilidad disminuida por razón de la edad. BUENO ARÚS, Francisco, "Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad sui generis. Influencia en este punto de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor", *ob. cit.*, pág. 356.

⁵⁶⁸ JIMENEZ DÍAZ, María José, "Edad y menor", *ob. cit.*, pág. 65.

⁵⁶⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 72 y 73. Frente a tal posición, los partidarios de reducir la edad de la sumisión de las personas al Código Penal, alegaban la distinta naturaleza del ejercicio de los actos jurídicos en el ámbito privado.

⁵⁷⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 36. Al menor no le es exigible el mismo grado de reproche que al adulto, fundamentalmente por razones preventivo-especiales que se apoyan en el interés superior del menor (entre otras, STS de 9 de enero de 2003).

⁵⁷¹ En este sentido el informe del Consejo General del Poder Judicial emitido al anteproyecto de la LO Reguladora de la Justicia de Menores de 1997 señalaba lo siguiente: "que la Ley reconozca el criterio de la responsabilidad del menor (...) debe pretender ayudarlo a asumir la responsabilidad personal, que consiste en ser dueño de los propios actos y decisiones, y que es por tanto materia propia de una política

objetivos punitivos sino como adecuación para conseguir formulas de actuación sobre ellos⁵⁷². En esta línea, BENITEZ ORTÚZAR entiende que pudiera decirse que la distinta respuesta punitiva otorgada al sujeto responsable de sus actos que aún no ha alcanzado la mayoría de edad deriva de una especie de deber de garante que asume el Estado respecto de aquellas personas a las que no les reconoce plena capacidad en el tráfico jurídico. Aquellos sujetos que están aún en un estadio de desarrollo psicológico y biológico tutelado hasta su completa emancipación social que se alcanzará con la mayoría de edad. Esta especie de tutela del individuo que aún no ha alcanzado la plena capacidad jurídica y social, es la que obliga al Estado a establecer unas medidas específicas frente a aquellas conductas desviadas constitutivas de delitos, en las que rija por encima de todo la prevención especial, tendente únicamente a resocializar o a enderezar el sistema socializador del menor o simplemente iniciar el proceso socializador del mismo⁵⁷³. Tales razones constituyen motivo suficiente para aunar esfuerzos de cara a establecer formulas de reacción frente al delito adecuadas al menor distintas al internamiento en régimen cerrado.

De igual modo, la necesidad de plasmar en la ley las diferencias existentes a lo largo del proceso de formación y madurez de los menores, se traduce también en la configuración de dos escalas en la banda de los menores⁵⁷⁴. De este modo, la LORRPM distingue dos etapas: la comprendida entre los catorce y los dieciséis años así como la establecida entre los dieciséis y los dieciocho años. Esta es una distinción, a juicio de GONZALEZ CUSSAC y CUERDA ARNAU, escasamente comprometida. A su juicio, debería haber ido más lejos y no contentarse con un rebajado criterio cuantitativo, debiéndose haber llegado a fijar límites cualitativos, consistentes por ejemplo, en excluir la aplicación de determinadas medidas a los mayores de catorce y menores de dieciséis, es decir, excluir de la propia ley, la imposición de las medidas más gravosas y de mayor impacto sobre los derechos fundamentales del menor, como son la de internamiento en régimen cerrado y la de inhabilitación absoluta e incluso crear reglas

educadora y desarrolladora de la personalidad conforme al art. 10.1 de la Constitución Española”. CRUZ BLANCA, María José, “Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre”, *ob. cit.*, pág. 156.

⁵⁷² MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción”, *ob. cit.*, pág. 30.

⁵⁷³ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, “El derecho penal de menores en el Estado social y democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor”, *ob. cit.*, pág. 55.

⁵⁷⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 36.

específicas en materia de imprudencia, error, tentativa, desistimiento, arrepentimiento. Al no hacerlo, la intervención punitiva posee un alcance realmente notable al descargar el Derecho penal prácticamente sin ninguna clase de matices y periodo de edad al que antes no llegaba de modo alguno⁵⁷⁵.

En definitiva, compartiendo tales opiniones, hemos de entender que no es suficiente para garantizar la especificidad del enjuiciamiento de menores una mera distinción cuantitativa sin matices verdaderamente comprometidos con tales edades.

En relación con la fijación del límite máximo de edad penal en dieciocho años⁵⁷⁶, algunos autores han justificado la reducción de la mayoría de edad penal argumentando que la precocidad para delinquir es mayor que la supuesta para otras actividades de la vida, y sobre la base del hecho de que frente a las normas civiles, las normas penales, por su mayor acercamiento a las de la moral y la naturaleza, son susceptibles de conocerse antes que las artificiosas de otros ordenamientos jurídicos.

Frente a tales consideraciones, podemos decir que el límite de los dieciocho años puede ser justificado en base al carácter de última ratio del Derecho penal y en aplicación del principio de intervención mínima⁵⁷⁷. Además, es a partir de esa edad cuando se adquiere plenitud de derechos civiles y políticos. Con dicha equiparación que, sin duda, constituye un acierto de nuestro vigente sistema punitivo, se superan críticas relativas a la incoherencia de que un menor de dieciocho y mayor de dieciséis, fuese incapaz para contratar o administrar sus bienes o para ejercer el derecho al voto y que, sin embargo, se reputara en condiciones para ser enviado a un establecimiento penitenciario adecuado a la personalidad de delincuentes adultos. Dado que nuestro marco constitucional, a través del citado artículo 12, se adscribe a un criterio biológico-

⁵⁷⁵ GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores...”, *ob. cit.*, pág. 90.

⁵⁷⁶ Sobre el límite máximo de minoría de edad, ha sido objeto de fluctuaciones en el derecho proyectado reciente. Así, el Proyecto de Código penal de 1980 rebajo el límite a los quince años (art. 26.3), mientras que la propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 lo elevó a dieciocho años (art. 22.3); el Borrador de 1990 retomó los dieciséis años (art. 19.3) y ya no hubo variación, ni en el Anteproyecto de 1992 (art. 19.3) ni en el Proyecto de 1992 (art. 19.3); el Anteproyecto de 1994 (art. 20.1), volvió a subir el listón a los dieciocho, regulación que pasara al artículo 20 del Proyecto de 1994 y finalmente al artículo 19 del vigente Código penal de 1995. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores, ob. cit.*, pág. 233 (nota nº 732).

⁵⁷⁷ Para ALASTUEY DOBÓN son razones de política criminal las que fundamentan la fijación de este límite. ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “El derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 1542.

cronológico para fijar la mayoría de edad de los españoles, tal criterio también debe resultar válido (por razones de seguridad jurídica) para el Ordenamiento penal⁵⁷⁸.

Es de destacar que el establecimiento de los dieciocho años como frontera entre la sumisión a la responsabilidad penal en los términos comunes, esto es, los definidos y sancionados en el Código Penal y con los efectos propios de sus penas, y la responsabilidad penal específica de los menores, esto es, con unas consecuencias no punitivas sino educativas y rehabilitadoras de la personalidad del menor, se acomoda a lo dispuesto por las normas internacionales sobre la definición y el tratamiento de los menores⁵⁷⁹.

Desde planteamientos preventivo-especiales tal límite vendría justificado en la medida en que el Derecho penal de adultos, si bien es sumamente garantista, tiene un marcado carácter estigmatizador, por lo que su aplicación al menor de dieciocho años puede resultar perjudicial, siendo más positiva un tipo de respuesta que atienda a sus peculiaridades⁵⁸⁰. Suele afirmarse que, en virtud del artículo 19 del Código penal se eleva la mayoría de edad penal de los dieciséis años a los dieciocho. A pesar de ello, a poco que se reflexione, la conclusión es justamente la contraria, esto es, que la LORRPM ha rebajado en dos años la edad para ser responsable penal, pues si con el derogado texto punitivo (vigente hasta el 13 de enero de 2001) todo menor de 16 años era considerado inimputable (presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad) y, por tanto, irresponsable absoluto desde el punto de vista criminal, con el citado artículo 19 y su remisión a la LORRPM, también el menor de entre catorce y dieciséis años está sujeto a responsabilidad penal, aunque éste sea diferente de la exigida para los adultos⁵⁸¹. Así que, en definitiva, aunque si bien es cierto que la actual normativa eleva en dos años la edad para ser responsable penal conforme al Código penal de adultos,

⁵⁷⁸ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 76.

⁵⁷⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 74.

⁵⁸⁰ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 236-237.

⁵⁸¹ De esta opinión, SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel, “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *ob. cit.*, pág. 705. En contra, BUENO ARUS, por entender que no se ha rebajado la edad para exigir responsabilidad criminal, habida cuenta de que no es penal la responsabilidad derivada de la LORRPM. BUENO ARÚS, Francisco, “La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal”, *ob. cit.*, pág. 310 y 311.

también lo es que se ha rebajado en otros dos la genérica sujeción a responsabilidad criminal⁵⁸².

Realizado el estudio sobre las cuestiones inherentes a la imputabilidad del menor, procede examinar las causas de exención de la misma.

3.- Casos de exclusión de la imputabilidad.

Establecer límites cronológicos no significa que se afirme la imputabilidad *iuris et de iure* de los casos comprendidos en la franja cronológica prevista legamente. Resulta imprescindible también en el ámbito del sistema penal juvenil comprobar la imputabilidad en su aspecto intelectual como volitivo. En este sentido, el artículo 5 LORRPM viene a regular la necesidad de que los menores se beneficien de todo el sistema de causas de exención y extinción de la responsabilidad criminal previsto en el Código Penal, como no podía ser de otra manera, ya que, en aplicación del principio de igualdad, deben de serles aplicables cualquiera de las causas establecidas por ese texto legal para determinar la imposibilidad de exigir la responsabilidad penal a una persona⁵⁸³.

La presencia en el menor de edad de algún tipo de anomalía psíquica a que se refiere el artículo 20.1; de consumo de drogas a que se refiere el artículo 20.2º; o alteración de la percepción a que se refiere el artículo 20.3º, supone el solapamiento de estas causas con la falta de madurez o de desarrollo personal propia de su minoría de edad. En estos casos, la presencia de dichas circunstancias prevalece sobre la menor edad predeterminando el tipo de medida a imponer, arbitrada en correspondencia con las que para los mayores de edad incursos en un estado de las mismas características describe el Código penal.

Por lo tanto, las medidas terapéuticas de internamiento se aplicarán, siempre mediante resolución judicial, a los menores que se encuentren en las mencionadas situaciones recogidas en los tres primeros números del art. 20 del Código penal, haciendo especial hincapié en que, aunque no se diga expresamente, rigen igualmente

⁵⁸² JIMENEZ DÍAZ, María José, "Edad y menor", *ob. cit.*, pág. 45.

⁵⁸³ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 165.

los límites generales de las medidas que se recogen en los arts. 8 y 9 LORRPM, de modo que debe tratarse de un delito para el que se ha contemplado la pena de prisión y el internamiento en régimen cerrado en los supuestos contemplados en el art. 9.2 LORRPM⁵⁸⁴. En cuanto a los casos de semiimputabilidad, nada recoge la LORRPM. Hay que decir que nada se opone a trasladar el sistema previsto para adultos a los menores infractores y el cualquier caso, parece que el interés del menor lo requiere de manera indubitada⁵⁸⁵.

A continuación, se efectuará una breve referencia (dado que no es objeto de este trabajo) a las distintas causas de exención de responsabilidad penal del menor de edad a efectos de diferenciarlas de las posibles circunstancias de inmadurez, habida cuenta de la posible confusión que podrían generar en este campo.

a) Anomalías o alteraciones psíquicas.

El artículo 20.1 del Código penal dispone que “está exento de responsabilidad criminal el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

Mientras que el Código penal anterior empleaba una fórmula biológica (el artículo 8.1 del anterior texto legislativo se limitaba a referirse a “el enajenado”), el actual cuerpo legal ha preferido una fórmula mixta⁵⁸⁶, exigiendo, por una parte, alguna anomalía o alteración psíquica (presupuesto bio-psiquiátrico) y por otra que al tiempo de cometer la infracción penal la misma impida comprender la ilicitud del hecho o

⁵⁸⁴ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 319.

⁵⁸⁵ GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, *ob. cit.*, pág. 85 y ss. En el mismo sentido, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 91.

⁵⁸⁶ El Código vigente, tomando como base metodológica las aportaciones exegéticas de la Ciencia penal alemana, ha adoptado en la determinación de la imputabilidad o inimputabilidad una fórmula mixta que la doctrina mayoritaria venía defendiendo desde hace tiempo y que asimismo, constituía el criterio aplicable por la Medicina Forense y por el Tribunal Supremo. JIMÉNEZ DÍAZ, María José, FONSECA MORALES, Gema María, *Trastornos de la personalidad (psicopatías)...*, *ob. cit.*, pág. 56. Extensamente, sobre tal causa de exención véase CASTELLÓ NICAS, Nuria, “Comentarios al artículo 20.1 del Código penal” en COBO DEL ROSAL, Manuel (Director), *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Madrid, Edersa, 1999, págs. 122-130.

actuar conforme a esa comprensión (presupuesto psicológico)⁵⁸⁷. La sustitución del antiguo término enajenado por la redacción actual ha permitido superar los problemas que planteaban las alteraciones distintas de las enfermedades mentales en cuanto al reconocimiento de su potencialidad para eliminar la imputabilidad del sujeto⁵⁸⁸.

Las anomalías psíquicas más relevantes están, desde la perspectiva de la psiquiatría y de la psicología, perfectamente establecidas con arreglo a los parámetros propios de dichas disciplinas. Esto quiere decir que un trastorno de estas características, llámese psicosis, llámese paranoia, neurosis, etc., puede diagnosticarse en un menor de dieciocho años⁵⁸⁹. No obstante, es preciso distinguir los casos en que el menor padece realmente una anomalía o alteración psíquica de aquellos supuestos que no constituyen enfermedad mental en un sentido amplio o estricto, es decir, los casos de inmadurez, para no psiquiatrizar al menor. Existen casos de inmadurez que no constituyen oligofrenias (pseudo oligofrenias): las hipoacusias, que ocasionan dificultad de escuchar y de entender y hacen que el menor se aíse del ambiente y viva en su mundo interior no progresando en la escuela. Otro caso de inmadurez es el trastorno de la lectura (que no constituye tampoco una oligofrenia). Pueden generar las pseudo oligofrenias: los ambientes nocivos; estimulación intelectual inconveniente; condiciones vitales negativas prolongadas: alimentación, sueño; condiciones lingüísticas sobrevenidas inoportunamente; tartamudez severa; déficits sensoriales, visuales o acústicos⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 321. ROMAN PUERTA, Luis, “Causas de inimputabilidad: anomalías y alteraciones psíquicas. Trastorno mental transitorio” en PANTOJA GARCIA, Félix, BUENO ARUS, Francisco (Directores), *Actual doctrina de la imputabilidad penal*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pág. 46. El Código penal español de 1848 declaraba exento de responsabilidad penal al “loco o demente a no ser que haya obrado en un intervalo de razón”. El Código de 1870 se refirió a “el imbecil o el loco”, manteniendo la salvedad de los intervalos lucidos. Fue con el Código de 1932 cuando se pasó al término actual de “enajenado” y se prescindió de la alusión a los intervalos lucidos. La formula de 1932 se mantuvo en el Código de 1944 hasta su sustitución en 1995. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 562.

⁵⁸⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 2004, pág. 89.

⁵⁸⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 56.

⁵⁹⁰ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 282. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 41/2004, de 18 de febrero (JUR 2004/239143) señala que “Desde la perspectiva jurídico penal el retraso mental, antiguamente denominado oligofrenia, es considerado como una perturbación de la personalidad de carácter endógeno que supone una desarmonía entre el desarrollo físico y somático del sujeto y su desarrollo intelectual o psíquico, constituyendo un estado deficitario de la capacidad intelectual que afecta al grado de imputabilidad (STS 785/2002, de 25-4 [RJ 2002, 4962] , y las que en ella se citan). Y es encuadrado junto con las psicosis, y psicopatías, excepción hecha de los trastornos derivados de la ingesta de sustancias tóxicas, dentro de la figura del art. 20.1 CP y no del art. 20.3 CP. Las STS 20-5 (RJ 1988, 3701) , 11-7 (RJ 1988, 6539) y 21-10-1988 (RJ 1988, 8076) , 21-10-

Ajenos a tales causas se manifiestan las distintas categorías psiquiátricas que se encuadran en la eximente de alteración psíquica. Éstas son fundamentalmente las siguientes:

1.- Las psicosis son las propias enfermedades mentales, caracterizadas por dos elementos: a) una base somática, en muchos casos hipotética; b) una transformación morbosa no transitoria de las leyes psíquicas, que en sus fases agudas suponen una pérdida de contacto objetivo con la realidad. Respecto a esta categoría, podemos destacar incluidas en la misma la epilepsia, esquizofrenia y paranoia (que ha de distinguirse de la simple personalidad paranoide⁵⁹¹). Las psicosis maniaco-depresivas y las epilepsias plantean el espinoso problema de los intervalos lúcidos, denegando el Tribunal Supremo la exención en estos casos⁵⁹².

2.- Las oligofrenias no suponen en si mismas, a diferencia de las psicosis, una alteración cualitativa de la vida psíquica, sino una insuficiencia cuantitativa del grado de inteligencia⁵⁹³. Como afirma la STS 1172/2003, de 22 de septiembre, la doctrina jurisprudencial califica la oligofrenia como una perturbación de la personalidad del agente de carácter endógeno que supone una desarmonía entre el desarrollo físico y somático del sujeto y su desarrollo intelectual o psíquico, constituyendo un estado deficitario de la capacidad intelectual, que afecta al grado de imputabilidad⁵⁹⁴.

3.- Las psicopatías son anomalías del carácter de naturaleza constitucional y heredada, que no constituyen psicosis ni oligofrenias. La anomalía de los psicópatas se caracteriza por un desequilibrio cuantitativo entre los distintos componentes de la personalidad (instintos, sentimientos...), lo que le lleva a reaccionar de forma

1991, 26-2-1992, 20-7-1993, 14-10 (RJ 1994, 7900) y 13-12-1994, 30-11-1996, 31-7-1998, 31-1 y 21-9-2000 (RJ 2000, 8065) , 6-4-2001 (RJ 2001, 2024) y 5-5-2003 (RJ 2003, 4708) que señalan que en el caso del retraso mental se considera que el coeficiente de inteligencia, cuando es del 25% o inferior implica una disminución tan severa que integra la eximente completa; cuando el coeficiente se sitúa entre el 26% y el 50% la disminución es medía o moderada, siendo aplicable la eximente incompleta; y cuando es entre el 51% y 70%, la disminución es baja, y debe aplicarse la atenuante analógica –fundamento jurídico segundo-.

⁵⁹¹ En este sentido, vid. Sentencia del Tribunal Supremo num. 590/1995, de 24 de abril (RJ 1995/3534) – fundamento jurídico primero.

⁵⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 y 24 de marzo de 1992.

⁵⁹³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 564.

⁵⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo num. 1172/2003, de 22 de septiembre (RJ 2003/7439) –fundamento jurídico duodécimo-.

desproporcionada ante ciertos estímulos⁵⁹⁵. La enrevesada discusión científica sobre las psicopatías se ha traspasado también al ámbito jurídico-penal, con la consecuencia de que la incertidumbre ha dominado a la jurisprudencia. No afectan al entendimiento y voluntad, sino a la afectividad. La Sala Segunda rechazó tradicionalmente la exención, admitiendo en ocasiones la atenuante, cuando se presenta acompañada de otros trastornos⁵⁹⁶, si bien en la Novena Revisión de la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales, realizada por la Organización mundial de la Salud, se incluyen las psicopatías entre los trastornos mentales, por lo que los tribunales no tuvieron más remedio que asumir su catalogación, si bien con sentencias discordantes⁵⁹⁷.

4.- Las neurosis constituyen reacciones psíquicas anormales frente a una determinada situación que se manifiestan principalmente en forma de angustia, depresión o mecanismos de defensa contra ambos, pero que pueden llegar a generar impulsos irresistibles⁵⁹⁸. Suele excluirlas la jurisprudencia del concepto de enajenación, apreciando en ocasiones una situación de trastorno mental transitorio y en otras, una eximente incompleta, si bien resaltando que la neurosis por sí sola no alcanza a modificar la imputabilidad al que la padece⁵⁹⁹ y que únicamente las más acusadas pueden tener trascendencia y repercusión penal⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 565.

⁵⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6348) –fundamento jurídico primero-. Sentencia del Tribunal Supremo num. 696/2004, de 27 de mayo (RJ 2004/3798) –fundamento jurídico segundo-. El tratamiento jurisprudencial de las psicopatías ha sido objeto de un estudio minucioso y extenso en la obra de JIMÉNEZ DÍAZ, María José, FONSECA MORALES, Gema María, *Trastornos de la personalidad (psicopatías)...*, *ob. cit.*, págs. 65 y ss.

⁵⁹⁷ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, FONSECA MORALES, Gema María, *Trastornos de la personalidad (psicopatías)...*, *ob. cit.*, pág. 76 y 77.

⁵⁹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 566.

⁵⁹⁹ En este orden de ideas, téngase en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1988 (RJ 1988/2018), resolución que dispone en su fundamento jurídico segundo que “La personalidad hiperestésica, es decir, con sensibilidad excesiva en alguno de los sentidos corporales, aún ligada a tendencias depresivas no conlleva alteraciones del psiquismo con relevancia penal en tanto no sea manifestación de una psicosis (la maníaco-depresiva o locura circular como prototípica), pues que en tal caso no quedan afectadas las facultades intelectivas y volitivas del sujeto en grado alguno. Y en cuanto a los cuadros de ansiedad y angustia provocados por aquella personalidad como manifestación neurótica del sujeto, también debe decirse, de acuerdo con la doctrina de esta Sala que la neurosis por sí sola no alcanza a modificar la imputabilidad al que la padece, puesto que, en principio, queda al neurótico la capacidad de apreciar el valor moral y antijurídico del acto que realiza, no menos que su capacidad de autodominio, por lo que sólo las formas más acusadas y graves de tal anomalía y no las demás reacciones psicógenas pueden alcanzar un poderío eximente o atenuante de la imputabilidad jurídico-penal -Sentencias de 14 de marzo de 1978 (RJ 1978\936), 2 de febrero de 1979 (RJ 1979\321), 11 de julio de 1983 (RJ 1983\4137), 20 de junio de 1985 (RJ 1985\3035) y 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\2437) entre otras”. En el mismo sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo num. 795/1999, de 24 de mayo (RJ 1999/5246) – fundamento jurídico cuarto-.

⁶⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo num. 2056/1993, de 20 de septiembre (RJ 1993/6801) –fundamento jurídico sexto-.

En cualquier caso, tal y como nos indica CUELLO CONTRERAS, puede constatarse la madurez del menor y pese a ello haber una anomalía determinante de una capacidad de culpabilidad nula o disminuida. Por eso deben comprobarse por separado⁶⁰¹.

b) Trastorno mental transitorio.

Su base legal se encuentra también en el apartado primero del artículo 20, en cuyo párrafo segundo se indica que “el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

Así pues y, a sensu contrario, generalmente el trastorno mental transitorio eximirá de responsabilidad penal, salvo que el sujeto haya buscado dolosa o imprudentemente dicha situación de inimputabilidad (*actio liberae in causa dolosa o imprudente*), en cuyo caso si que responderá por ello puesto que su imputabilidad se valorará no en el momento de la comisión del hecho sino cuando adquirió el trastorno preordenado a la comisión de la infracción. En cuanto al concepto y características de esta eximente, cabe señalar como determinante de la misma su brevedad⁶⁰², si bien en cuanto a su intensidad para poder eximir de responsabilidad tendrá que anular totalmente la capacidad intelectual y volitiva del sujeto. La polémica relativa a la necesidad de base patológica del trastorno para poder apreciar totalmente la exención de responsabilidad se puede considerar hoy en día superada⁶⁰³, siendo numerosas las resoluciones del Tribunal Supremo que admiten la inimputabilidad en supuestos de trastorno mental transitorio sin necesidad de base patológica⁶⁰⁴. Al respecto, MIR PUIG

⁶⁰¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 57.

⁶⁰² CASTELLÓ NICAS, Nuria, “Comentarios al artículo 20.1 del Código penal”, *ob. cit.*, pág. 131.

⁶⁰³ Recoge sobre este aspecto las opiniones de penalistas, CASTELLÓ NICAS, Nuria, “Comentarios al artículo 20.1 del Código penal”, *ob. cit.*, pág. 132.

⁶⁰⁴ Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1987 (RJ 1987/1254) que expone en su fundamento jurídico quinto que “La enajenación mental y el trastorno mental transitorio, se diferencian en el carácter permanente y persistente de la enajenación y en la naturaleza momentánea o de corta duración del trastorno mental transitorio. Hasta la década de los cincuenta, este Tribunal, exigía que, el trastorno tuviera un origen o fondo patológico, lo que coincidía con el dictamen de prestigiosos psiquiatras, los cuales, sostenían y sostienen todavía, que sólo existe trastorno mental transitorio cuando es verificable clínicamente. Pero, una vez, esta Sala, adoptó la postura mencionada, dicho trastorno, puede producirse como consecuencia de una exacerbación o exasperación, como un brote virulento, fulgurante, explosivo y repentino, de una enfermedad mental subyacente, la que, hasta ese momento, permanecía aletargada y quiescente, y también, por la vía o cauce de un arrebato u obcecación, de tal magnitud e intensidad que,

destaca la utilidad de dos argumentos para descartar la exigencia de base patológica: a) Argumento gramatical o literal: la letra de la ley no exige en ningún momento la base patológica, sino que solo alude al trastorno mental transitorio; b) Argumento dogmático y político-criminal que se deriva del principio de culpabilidad⁶⁰⁵.

Los requisitos del trastorno mental transitorio son los siguientes: 1) brusca aparición; 2) irrupción en la mente del sujeto activo con pérdida consecutiva de sus facultades intelectivas o volitivas, o de ambas; 3) breve duración; 4) curación sin secuelas; 5) que dicho trastorno no haya sido provocado por el que la padece con propósito de delinquir o bien lograr la impunidad de sus actos ilícitos⁶⁰⁶.

c) Intoxicación plena y síndrome de abstinencia.

Establece el artículo 20 en su apartado 2 “El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

rebasando, del mero estado pasional, oscurezcan, ofusquen u obnubilen el entendimiento o supriman la voluntad o los frenos inhibitorios del agente, el cual, en el momento de la ejecución del comportamiento delictivo, carece de la capacidad de comprender y de querer o no es un ser consciente y libre, como se requiere inexcusablemente para poder reprochar, culpabilísticamente, una conducta, al que la causa; a lo que puede añadirse las hipótesis de la ebriedad plena y fortuita o los efectos de la ingestión, inhalación o aplicación de sustancias estupefacientes, cuando, el receptor, de tales sustancias, como consecuencia de la recepción antedicha, carece totalmente de raciocinio o quedan abolidas sus facultades de decisión o de libre determinación. Tras un largo proceso de fijación y de depuración, los requisitos del trastorno mental transitorio, son los siguientes, sintéticamente expuestos: aparición brusca y fulgurante, irrupción en la «psique» del agente con consecutiva abolición de sus facultades cognoscitivas o de las volitivas o de ambas; breve duración; curación sin secuelas, lo que, cuando, el trastorno tiene origen patológico, no parece posible; y finalmente, que, el referido trastorno, no haya sido provocado intencionadamente por el sujeto, bien para hallar el denuedo, el valor y la decisión de los que carecía, bien para poderse parapetar, más tarde, en la exención de responsabilidad criminal, que comporta tal circunstancia. En sentido similar, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992/8522); Asimismo, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7597). La Sentencia del Tribunal Supremo num. 312/2002, de 21 de febrero (RJ 2002/3185) establece que “la fórmula legal de la capacidad de culpabilidad o de la imputabilidad requiere la comprobación de dos elementos: uno es la existencia de una anomalía o alteración psíquica y el segundo consiste en la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión” –fundamento jurídico segundo-.

⁶⁰⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 578 y 579.

⁶⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991/1340) –fundamento jurídico primero-.

De esta forma vemos que se definen dos situaciones:

- La intoxicación plena, no preordenada al delito, presente en el momento de comisión del mismo y debida al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. De esta modo, se define el elemento biológico describiendo las fuentes de la intoxicación y se exige que esta sea plena, es decir, que anule las facultades psíquicas del agente.

- El síndrome de abstinencia inhabilitante, es decir, aquel derivado de la ausencia de sustancias de las que se dependen. Respecto de esta causa, el precepto citado adopta una concepción amplia del mismo, ya que permite la exención total de pena siempre y cuando el autor se encuentre afectado hasta el punto de ser incapaz de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión⁶⁰⁷.

Conserva validez la jurisprudencia elaborada en torno a la embriaguez y a la drogadicción. En cuanto a la embriaguez, para estimar la eximente, reiteradamente se ha exigido que fuera plena y fortuita⁶⁰⁸. En cuanto a la drogadicción, cuestión pacífica en la jurisprudencia es apreciar la eximente completa. Por lo que respecta a la eximente incompleta, la Sala Segunda ha declarado que la disminución de la imputabilidad y por ende, de la responsabilidad en los términos de una eximente incompleta, subsumible en el artículo 21, se produce bien en los supuestos de ansiedad extrema provocada por el síndrome de abstinencia, bien en los casos en que la drogodependencia se asocia a otras situaciones o enfermedades deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser ciertas oligofrenias leves, psicopatías y otras anomalías de la personalidad⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 331. Esta capacidad es graduable y la jurisprudencia demuestra que no se considera el síndrome tan relevante como para eximir completamente de pena al autor del hecho. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo num. 475/2004, de 7 de abril (RJ 2004/3443) –fundamento jurídico tercero–.

⁶⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1988 (RJ 1988/3701) –fundamento jurídico primero–.

⁶⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo num. 766/1995, de 9 de junio (RJ 1995/4557). Sentencia del Tribunal Supremo num. 773/2004, de 23 de junio (RJ 2004/5446) –fundamento jurídico primero–.

d) Alteraciones en la percepción.

Finalmente, el apartado tercero del artículo 20 declara exento de responsabilidad criminal “El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

El fundamento de esta eximente radica en la existencia de una situación de incomunicación con el entorno social que impide al sujeto conocer la realidad que le rodea⁶¹⁰. El Código penal sigue el método biológico-psicológico, siendo preciso, por lo tanto, comprobar no solo la existencia de las alteraciones de la percepción desde época tan temprana en la formación del ser humano, sino también que las mismas provocan una grave alteración de la conciencia de la realidad, de manera que el afectado no sea capaz de valorar su conducta o las consecuencias de la misma en el marco en que se ejecuta⁶¹¹. Las alteraciones en la percepción suelen ir asociadas a personalidades con déficit de escolarización y por ello se confunden con la propia oligofrenia⁶¹².

Tradicionalmente se incluían en esta causa de exención de la responsabilidad criminal los supuestos de personas cuyos graves déficits de percepción venían a provocar una defectuosa comunicación con el entorno. Antes de la reforma de 1983, el artículo 8.3, antecedente del actual, se refería únicamente al sordomudo desde el nacimiento o desde la infancia carente en absoluto de instrucción. La reforma citada trató de ensanchar los límites de la eximente con el fin de dar cabida a otros déficits perceptivos que provocaban, al igual que la sordomudez, una grave incomunicación del sujeto con su entorno. La incomunicación cultural determina que el sujeto no pueda llegar a conocer lo prohibido en la esfera penal y por ello, que no sea competente para determinar y orientar su actuación en pie de igualdad con otros ciudadanos que si han podido acceder a la comprensión e introyección de una escala de valores.

⁶¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 366.

⁶¹¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido, *Código penal comentado...*, ob. cit., pág. 96.

⁶¹² BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 334.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1987⁶¹³ estima que la grave alteración de la percepción y de la conciencia ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento y que la alteración de la percepción estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial, aunque no puede descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad⁶¹⁴.

Si por el contrario el sujeto ha adquirido conocimientos y experiencia suficiente para saber que sus acciones contradicen o no las normas y después sufre la alteración en la percepción, no será aplicable la eximente, por lo menos en su forma completa. Y ello porque el presupuesto biológico no es por sí solo suficiente para declarar la inimputabilidad: lo que importa es el efecto psicológico que se produce al alterar gravemente la conciencia de la realidad⁶¹⁵.

Analizadas las distintas causas de inimputabilidad que, en su caso, le serán aplicables al menor, cabe hacer una mínima referencia a los requisitos procedimentales necesarios para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas para estos casos.

⁶¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1987 (RJ 1987/2161).

⁶¹⁴ En similar dirección en la jurisprudencia más reciente vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 296/1999, de 24 de febrero (RJ 1999/1931) –fundamento jurídico sexto- y Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001 (RJ 2001/498). Rechazando la concurrencia de tal circunstancia, vid. la Sentencia del Juzgado de Menores nº 5 de Madrid de 13 de octubre de 2003 (ARP 2004/23) Para centrar el problema a debate, hay que tener en cuenta que, normativamente, el artículo 20, viene a determinar la imputabilidad que cabe atribuir a quien sufre, desde el nacimiento o desde la infancia, alteración de la percepción por tener gravemente alterada la conciencia de la realidad. El Tribunal Supremo ha tratado pocos supuestos de esta naturaleza y finalmente en sentencia de 18 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7791) entendió que «es requisito imprescindible que el defecto en la percepción de la realidad tenga su origen en el nacimiento o desde la infancia, de tal manera que su perpetuación en el tiempo convierta a la persona en un ser insensible al mundo circundante, sin una valoración social y personal de lo justo o lo injusto» Supuesto evidentemente que no es el que nos ocupa y que está, especialmente destinado a personas con algún defecto sensorial (sordomudez, ceguera, etc.) o anomalía sensorial susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos. Aplicando los anteriores razonamientos al caso debatido, la eximente no es apreciable en la conducta de ninguno de los dos menores. Lo esencial de la eximente deriva de que el sujeto carezca de la antijuridicidad de su comportamiento al menos la tenga limitado. Y ello, no puede admitirse por la propia dinámica comisiva, por la trascendencia de los hechos acontecidos y la naturaleza básica y esencial de los bienes jurídicos atentados. Es más, son destacables aspectos objetivos que hacen a los menores perfectos conocedores del mal creado, de su gravedad y de sus consecuencias –fundamento jurídico octavo-.

⁶¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, págs. 366 y 367.

Si bien el art. 96 del Código penal exige tres requisitos⁶¹⁶, la LORRPM solo exige explícitamente los dos primeros respectivamente en los arts. 1.1 y 5.1 y que concurra alguna de las tres primeras eximentes en el art. 20 (art. 5.2 LORRPM). En consecuencia, falta la exigencia expresa de peligrosidad criminal del menor, pues el tenor del citado precepto escuetamente afirma que las medidas terapéuticas serán aplicables a los menores “en caso necesario”⁶¹⁷. Frente a ello, considero, compartiendo la opinión de GONZALEZ CUSSAC y CUERDA ARNAU, que hay que acudir de nuevo a la aplicación supletoria del Código penal y entender que la peligrosidad constituye también un *prius* lógico en el sistema de menores inimputables, de modo que la necesidad a que alude la norma debe ser interpretada como requisito adicional a la peligrosidad, imprescindible pero no suficiente para imponer cualquiera de las medidas previstas en la LORRPM. Los menores inimputables no pueden ser sometidos a medida alguna de las previstas en la LORRPM, se adjetiven como se adjetiven, si no existe pronóstico de peligrosidad criminal⁶¹⁸.

Por tanto, así ha de interpretarse la expresión “en caso necesario”, esto es, de conformidad a lo previsto en el art. 95.1 del Código penal. Todo lo anterior nos conduce a sostener que la imposición de medidas a menores inimputables ha de hacerse con carácter excepcional y solo cuando además de haber cometido un hecho delictivo y

⁶¹⁶ a) Haber sido declarado exento de responsabilidad criminal conforme a los apartados 1, 2 y 3 del art. 20 CP según determinan los arts. 101, 102 y 103; b) que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito (art. 95.1.1 CP); c) que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2 CP).

⁶¹⁷ En este sentido, considera DOMINGUEZ IZQUIERDO que tal previsión constituye un tratamiento sancionador más gravoso que el previsto para un adulto, que en una situación similar, estaría exento de responsabilidad penal y sometido, en su caso y previo pronóstico de peligrosidad, a una medida de seguridad, que solo sería privativa de libertad en caso de que la pena que le hubiera correspondido de ser responsable lo fuera. No obstante, en el caso de menores, las medidas terapéuticas de internamiento y el tratamiento ambulatorio se aplicarán, siempre mediante resolución judicial a los menores que se encuentren en las mencionadas situaciones recogidas en los tres primeros números del art. 20 del Código penal, haciendo especial hincapié en que igualmente deben regir los límites generales de las medidas que se recogen en los arts. 8 y 9 LORRPM. DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 107.

⁶¹⁸ GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores...”, *ob. cit.*, pág. 85. DOMINGUEZ IZQUIERDO opina que las medidas terapéuticas en tales casos se fundamentan en una peculiar culpabilidad que se atribuye al menor, lo cual, continua la autora, puede desdibujar el sentido de las mismas, constituyendo un tratamiento sancionador más gravoso que el previsto para un adulto, que en una situación similar, estaría exento de responsabilidad penal y sometido, en su caso, y previo pronóstico de peligrosidad, a una medida de seguridad, que solo sería privativa de libertad en caso de que la pena que le hubiera correspondido de ser responsable lo fuera. DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 316 y 317.

declarada la inimputabilidad se aprecie peligrosidad criminal. En todo caso habrán formularse las siguientes críticas:

En primer lugar, los procedimientos de determinación de la peligrosidad criminal, en tanto que exigen un juicio hipotético acerca de posibles comportamientos, no responden a parámetros seguros. En segundo lugar, la prudencia que debe guiar esta determinación criminal se ve obviada cuando se proyecta sobre menores, habida cuenta de su inmadurez. Finalmente, no ha de olvidarse que se trata de menores inimputables, lo que refuerza la incertidumbre sobre futuros comportamientos delictivos.

4.- Singularidades en la valoración del error de prohibición en materia de menores.

Constatada la ausencia de cualquiera de las causas de inimputabilidad y afirmada por tanto la capacidad de culpabilidad del menor, procede pasar al segundo momento del juicio de culpabilidad, el relativo a las formas de culpabilidad. El hecho injusto atribuido al menor puede serle reprochado a título de dolo o a título de imprudencia. El dolo supone que el sujeto responsable de la acción ha querido, directa o eventualmente, el resultado antijurídico. En la imprudencia por el contrario el sujeto no quiere la realización del resultado antijurídico, pese a ello, éste le es atribuible al haber infringido el deber de cuidado que le era personalmente exigible. El sujeto autor del hecho imprudente debía y podía haber previsto y evitado el resultado⁶¹⁹.

Generalmente el actuar doloso viene integrado por dos elementos esenciales: el intelectual y el volitivo. Por el primero el individuo conoce el significado de los hechos relativos a su acción⁶²⁰, en cuanto elementos valorativos que configuran el tipo que se quebranta como su actuación antijurídica. Cuando ese conocimiento es de alguna manera defectuoso o inexistente o cuando teniéndose conocimiento la realización de la voluntad alcanza finalidades que no entraban en aquel conocimiento, estamos ante la cuestión penal del error⁶²¹.

⁶¹⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 60.

⁶²⁰ Para llegar a la afirmación de tal conocimiento, el sistema penal toma como pauta el llamado “conocimiento del hombre medio”, a pesar de que el reo no sea ese hombre medio ideal. Solamente contemplando de ese modo el problema del conocimiento es posible llegar a una solución. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 412.

⁶²¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La culpabilidad en la reforma del Código penal”, ob. cit., pág. 107.

El error de prohibición es trasladable al ámbito penal del menor en base a la remisión efectuada por el art. 5.1 LORRPM⁶²². No obstante, es necesario valorar una serie de particularidades. En concreto, a la hora de apreciar su evitabilidad o inevitabilidad resulta imprescindible tener en cuenta las peculiaridades del menor dada la especial situación de desarrollo y evolución en que éste se encuentra, lo cual conllevará distinciones respecto a su configuración y efectos⁶²³. Basta pensar en el impulso juvenil para ver las posibles dificultades a la hora de medir la necesidad de la defensa en la legítima defensa o la ponderación de bienes en el estado de necesidad⁶²⁴. En ocasiones, este error padecido es consecuencia directa e inmediata de la inmadurez misma (principalmente, en las edades en torno a los 14 años unido a determinadas clases de delitos, como por ejemplo, los de tipo económico, el delito de falso testimonio...) ⁶²⁵.

El problema central que plantea es la constatación de su concurrencia, lo que puede ser más frecuente en el caso de menores que en el de adultos, y sobre todo en relación con conductas menos graves. Esto hace que para determinar la inevitabilidad del error los criterios han de ser menos estrictos que en el caso de los adultos⁶²⁶. Tal adaptación puede y debe realizarse con los instrumentos que ofrece la propia LORRPM, sobre todo cuando se declara que “las medidas se adoptarán en función del superior interés del menor y que se deberá tener en cuenta el informe del Equipo Técnico sobre

⁶²² CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 50. DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 107.

⁶²³ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 174. En el mismo sentido, CERVELLO DONDERIS al manifestar las peculiares características de la culpabilidad del menor, condicionada por el grado de madurez conducirá a una mayor facilidad a la hora de apreciar situaciones de error de uno u otro tipo. CERVELLO DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 60 y 61. Por ello, parece necesario que el juzgador atienda en su aplicación a criterios más flexibles y adecuados al grado de madurez de los destinatarios de la ley, al menos en ciertos casos. Así concretamente, establecen GONZALEZ CUSSAC y CUERDA ARNAU a la hora de valorar el carácter vencible o invencible del error, puesto que el grado de diligencia exigible para vencerlo no puede ser el mismo que el aplicable cuando de adultos se trata. GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores...”, *ob. cit.*, pág. 116. Entiende DOLZ LAGO que la adaptación del error de prohibición a la peculiar psicología del menor ya se realiza con los instrumentos que da la legislación actual, sobre todo declarando que las medidas se adoptaran en función al interés del menor y que se deberá tener en cuenta el informe del Equipo Técnico sobre la situación psicológica, personal, familiar, educativa y social del menor. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 86.

⁶²⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 56.

⁶²⁵ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 283.

⁶²⁶ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 93. CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 174. DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 283.

la situación psicológica, personal, familiar, educativa y social del menor”. En el mismo sentido, si se tienen en cuenta sus características personales puede que no quepa afirmar que el menor ha infringido el deber de cuidado o bien que no se pueda apreciar gravedad en tal infracción, aún cuando llegáramos a una conclusión distinta tratándose de un adulto que ha completado su proceso de socialización con normalidad que, por lo mismo, percibe más fácilmente la peligrosidad de la situación⁶²⁷.

En este sentido, como ya mencionamos, se debe tener en cuenta que los menores suelen conocer el significado de la norma por primera vez cuando son confrontados con las sanciones penales que se desprenden de su infracción. Por ello, se propone reducir las exigencias establecidas para considerar la inevitabilidad del error de prohibición cuando se trate de un menor. Algunas constelaciones que pueden ser indicativas para determinar la concurrencia del error de prohibición son: a) la ambigüedad de los intereses dignos de protección; b) falta de comprensión de las circunstancias esenciales del hecho.

Todas estas cuestiones deben ser apreciadas, como hemos indicado anteriormente, bajo la perspectiva de la falta de madurez plena, valorando a su vez las circunstancias del caso concreto. Entre las particularidades de la fase adolescente que ejercen una influencia mayor en el reconocimiento del carácter ilícito de los hechos por parte del menor, cabe mencionar los rasgos característicos del comportamiento del menor adolescente –impulsividad, irreflexión, necesidad de experimentación...- o incluso la educación en una cultura distinta y su particular relación con las normas sociales, que se manifiesta a su vez en una dinámica de actuación distinta allí donde se duda acerca de la permisibilidad del comportamiento que se pretende ejecutar⁶²⁸.

5.- Causas de inexigibilidad: particularidades en el ámbito del menor.

Hemos de comenzar partiendo del entendimiento de la no exigibilidad como presupuesto de la culpabilidad determinado expresamente por el legislador, a través del cual acoge un grupo de situaciones en las cuales al individuo que ha actuado dolosa o

⁶²⁷ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, *ibídem*, págs. 120- 121.

⁶²⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, *ob. cit.* Pág. 56. CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención...*, *ob. cit.*, pág. 111-112.

culpablemente no se le puede reprochar el uso indebido de la libertad de obrar socialmente reconocida, por no haber podido actuar de otro manera a como lo hizo, manera de actuar que previamente el Código penal legitima como causa de no exigibilidad⁶²⁹. La no exigibilidad se reconduce a una serie de causas recogidas en el Código Penal: el estado de necesidad exculpante (art. 20.5) y el miedo insuperable (art. 20.6).

1.- Estado de necesidad exculpante.

El estado de necesidad es, ante todo, una causa de justificación que se encuentra informada primariamente por el principio de ponderación de bienes, es decir, por el principio de que es lícito sacrificar un bien jurídico cuando con dicho sacrificio se quiere salvar otro de mayor valor. Existe, sin embargo, un supuesto de estado de necesidad en el que los bienes en colisión son de igual valor. La doctrina dominante considera que este supuesto debe ser tratado como estado de necesidad disculpante, dejando el estado de necesidad como causa de justificación solo para el caso de conflicto de bienes de desigual valor⁶³⁰. El Código penal acoge esta idea al extender la eximente de estado de necesidad a los supuestos en los que el mal causado sea igual al que se trata de evitar (art. 20.5). Por lo demás, son aplicables a este supuesto los demás requisitos del estado de necesidad entre bienes de desigual valor: es decir, ha de darse una situación de necesidad (peligro real e inminente, no evitable de otro modo, para un bien jurídico), que no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y que éste no tenga por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse⁶³¹.

⁶²⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La culpabilidad en la reforma del Código penal”, *ob. cit.*, pág. 89.

⁶³⁰ Los límites entre estado de necesidad justificante y excusante no pueden trazarse exclusivamente, atendiendo a que el bien que se pretenda salvar sea mayor, o tan solo, igual al sacrificado. Para que pueda hablarse de estado de necesidad justificante es preciso, no solo que la acción de salvamento tienda subjetivamente a la preservación del bien mayor, sino también que sea objetivamente adecuada para producirla. En consecuencia, producirán efectos meramente excusantes las acciones de salvamento que intenten salvaguardar un bien igual y las que, aún dirigidas a lograr la supervivencia del bien mayor, carezcan de la aptitud necesaria para preservarlo. COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 625.

⁶³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 388 y 389.

2.- El miedo insuperable.

A pesar de su larga tradición histórica, esta causa de inexigibilidad ha sido escasamente aplicada por los Tribunales⁶³², recortando el ámbito de aplicación de la misma a supuestos en que la violencia o amenaza provengan de otra persona⁶³³. El Código penal vigente modificó el precepto regulador de tal circunstancia, suprimiendo la referencia a la comparación de males y con ello el límite objetivo de la amenaza de un mal igual o superior al causado⁶³⁴. Para un sector de la doctrina con esta manifestación se pretende evitar la excesiva objetivación de la situación de miedo que es personal e intransferible y subjetiva⁶³⁵.

Sin entrar en la controversia acerca de la naturaleza jurídica del miedo insuperable⁶³⁶, examinaremos brevemente las peculiaridades a tener en cuenta en su estudio respecto del menor. De esta forma, interesa destacar los criterios para determinar la condición insuperable del miedo⁶³⁷. Aunque la doctrina maneja con

⁶³² En este sentido véase el análisis jurisprudencial realizado por VARONA GOMEZ. VARONA GOMEZ, Daniel, “El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento” en *Actualidad Penal*, número 39, 1996, pág. 743-749. QUINTANAR DIEZ, Manuel “Artículo 20.6” en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1999, pág. 392.

⁶³³ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 626. Por miedo debe entenderse la alteración de la capacidad de decisión, provocada por el recelo que un sujeto alberga intelectivamente frente a un factor del que deriva la posibilidad de acaecimiento de un evento negativo. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal, ob. cit.*, pág. 576.

⁶³⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 626.

⁶³⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal, ob. cit.*, pág. 573. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido (Director), *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Tomo I*, Barcelona, Bosch, 2004, pág. 104.

⁶³⁶ Acerca de tal cuestión, vid. COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 627 y ss. Con referencia a la naturaleza jurídica de la eximente, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia lo han reputado causa de inimputabilidad, inexigibilidad de otra conducta distinta o incluso faz negativa de la acción –STS 26-10-1982 y 2-11-1988- incluso no ha faltado la conceptualización mixta de inexigibilidad y un estado de inimputabilidad –STS 3-3-1987- (STS 1524/1994, de 19 de julio), manteniendo la tesis de la inexigibilidad al exigir para su aplicación examinar si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor, mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa, sino un temor a que ocurra algo no deseado (Sentencia del Tribunal Supremo num. 783/2006, de 29 de junio (RJ 2006/4944) – fundamento jurídico octavo-. Sentencia del Tribunal Supremo num. 774/2009, de 10 de julio (RJ 2009/4490) –fundamento jurídico primero-).

⁶³⁷ El mal que produce el miedo ha de ser serio, real e inminente. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 391. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal, ob. cit.*, pág. 576. Insuperable es, pues, el miedo que no es exigible vencer. El legislador ha prescindido de consignar en el precepto la gravedad o entidad del mal temido. Sin embargo, esto no puede ser interpretado como irrelevante a la hora de valorar la insuperabilidad del miedo, esta si, normativamente exigida. Para que esta inexigibilidad concorra, puesto que la

carácter general el baremo del hombre medio en la posición del autor, ello no impide que el juzgador tenga que valorar el conjunto de las circunstancias que singularizan la posición en que se encontraba el sujeto, siendo uno de estos criterios el de la edad⁶³⁸, precisando, a mayor abundamiento, tener en consideración el concreto grado de madurez del menor⁶³⁹. Por estas razones, la referencia al hombre medio debe ser relativizada⁶⁴⁰.

Ello va a obligar que se tenga especialmente en cuenta la condición personal del sujeto y determinará en muchas ocasiones la posibilidad de aplicar con mucha mayor facilidad dicha causa en el caso de sujetos menores de edad⁶⁴¹. Es interesante señalar como la jurisprudencia valora de forma concreta las circunstancias particulares del sujeto y en concreto la menor edad como criterio para fijar la gravedad de la intimidación.

Durante la adolescencia, por la inmadurez del sujeto, por la relativa inestabilidad emocional propia de esta etapa y por las formas de sociabilidad que se desarrollan en la misma, es natural que sus percepciones sean diferentes a las que posee el adulto, lo que tiene una clara influencia en la cognición y la asimilación de conceptos sociales muchos de los cuales forman parte de la estructura de los tipos penales y que debe ser valorado por el sistema jurídico-penal⁶⁴².

V.- Conclusiones en torno al fundamento de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Para finalizar este epígrafe podemos concluir afirmando que la medida de internamiento se fundamenta en la culpabilidad por el hecho cometido, aunque no es

configuración de la eximente se mueve en un ámbito normativo, el miedo ha de vincularse al mal temido, por lo que puede considerarse, aunque la ley nada diga, que el mal debe alcanzar cierta gravedad. COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 629.

⁶³⁸ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de octubre de 2003 (ARP 2003/818) entiende, a pesar de la pretensión del recurrente de aplicación de la eximente del art. 20.6 CP, entiende el tribunal que menor tenía edad suficiente para conocer la ilicitud de su conducta y para haber actuado de forma diferente a como actuó –fundamento jurídico octavo–.

⁶³⁹ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 283.

⁶⁴⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 579.

⁶⁴¹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 62.

⁶⁴² DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, ob. cit., pág. 120.

este su fundamento único sino que también se basa en su carácter necesario, es decir, la medida ha de ser necesaria para la protección del menor y de la sociedad. A pesar de ello, nuestra pretensión de afirmar un fundamento mixto educativo-culpable resulta insostenible debido a la imposibilidad de afianzar la existencia de aquel en la medida tanto en su régimen de aplicación, basado en la estricta proporcionalidad hecho-respuesta, así como en los efectos criminógenos que produce en el menor.

En este sentido, para dar cabida a una mayor inclusión del principio educativo en el sistema, directriz fundamental como hemos mencionado inicialmente en el enjuiciamiento de menores, habría que efectuar una transformación radical de la medida de internamiento, en tanto que la misma constituye el principal obstáculo que impide un desarrollo íntegro de las posibilidades sancionadoras-educativas. En lo que respecta a su régimen de aplicación, procedería reducir al máximo los supuestos de imposición, transformando la aplicación preceptiva en un supuestos de aplicación potestativa y ampliando las posibilidades de sustitución por otras medidas.

Una vez afirmada la fundamentación de la medida de internamiento en régimen cerrado en el principio de culpabilidad, como ya pusimos de manifiesto en anteriores páginas de este trabajo, resulta necesaria la indagación de las particularidades que los rasgos diferenciales del menor proyectan en los distintos elementos que conforman la culpabilidad penal. Tales peculiaridades se traducen en una mayor flexibilidad a la hora de apreciar institutos tales como el error de prohibición o el miedo insuperable. En cuanto a la imputabilidad del menor, tal y como indicamos, nos encontramos ante una imputabilidad plena exigida conforme a un sistema de consecuencias penales específico acorde con las características especiales de los sujetos infractores. Ello no impide valorar, a la hora de apreciar las causas de inimputabilidad, el proceso de desarrollo y madurez del menor a fin de que no se produzca un solapamiento con tales circunstancias. Solo mediante el compromiso con estos matices se podrá garantizar la especificidad del enjuiciamiento del menor.

**CAPITULO IV: NATURALEZA DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN
RÉGIMEN CERRADO.**

I.- Cuestiones previas.

Para el estudio de cualquier aspecto de las medidas previstas en la LORRPM, y particularmente de la medida de internamiento en régimen cerrado, no debemos perder de vista dos postulados esenciales: a) Se trata de un catálogo de respuestas tipificadas en la Ley como consecuencias jurídicas derivadas de la infracción penal cometida por el sujeto menor de edad mayor de catorce años; b) Como expresamente señala la Exposición de Motivos en los puntos 5 y 6 LORRPM, por una parte declara que el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores se encamina a la adopción de medidas fundamentalmente no represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, y por otra parte, con la finalidad de impedir que estas puedan producir un efecto contraproducente para el menor, establece que son de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad. Es decir, para el legislador las únicas consecuencias jurídicas aplicables a los menores infractores son medidas de naturaleza materialmente educativas⁶⁴³.

A pesar de tal manifestación, la naturaleza de las medidas, y en particular de la medida de internamiento en régimen cerrado, ha sido bastante controvertida en tanto que su presupuesto entronca claramente con la naturaleza jurídica de las penas mientras que en su determinación y aplicación -la mayoría de ellas- muestran mayor semejanza a las medidas de seguridad⁶⁴⁴. Por ello, proponemos analizar los argumentos más significativos de cada posición. A efectos de un estudio sistemático, podemos distinguir básicamente las siguientes posiciones doctrinales.

II.- Posiciones que confieren a la medida de internamiento naturaleza de auténtica pena.

En primer lugar, la doctrina mayoritaria estima que las medidas aplicables a los menores son verdaderas penas. Uno de los argumentos más significativos en esta línea es el que considera que, si se trata de sanciones impuestas en el seno del Derecho penal –aunque éste se dirija a menores- a sujetos que poseen capacidad de culpabilidad,

⁶⁴³ MARTIN CRUZ, Andrés, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal...*, ob. cit., pág. 296.

⁶⁴⁴ BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, ob. cit., pág. 181.

aquellas han de tener un carácter punitivo; y si encuentran su fundamento, precisamente en la culpabilidad, aunque posean una clara orientación a la prevención especial, habrá que admitir que se trata de penas⁶⁴⁵.

En esta dirección se posiciona CONDE-PUMPIDO, quien entiende que no olvida el legislador que lo que está regulando es la responsabilidad penal del menor, por lo que esas medidas, por muy carácter educativo que se predique de ellas, constituyen reacciones penales y sanciones del hecho cometido, razón por la que subliminalmente subyace en tales medidas un cierto matiz punitivo, reflejado en la condición de que son de especial intensidad y mantienen un cierto paralelismo con la pena juvenil, en especial, el internamiento en centros de régimen cerrado, así como declarando que “las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza particularmente grave de los hechos cometidos, caracterizados en los casos más destacados por la violencia, la intimidación, o el peligro para las personas⁶⁴⁶”.

En base a este mismo argumento se sitúa LANDROVE DÍAZ, quien concibe que tras del ingenuo «fraude de etiquetas» se esconde el añejo paternalismo del que se pretende haber prescindido y las denominadas medidas son verdaderas penas juveniles derivadas de la responsabilidad de los menores a quienes se aplican por la comisión de hechos constitutivos de una infracción penal y que pueden consistir, incluso, en internamiento en régimen cerrado. Señala el autor que otra cosa es que en tales penas primen finalidades de prevención especial y se diluyan otras presentes en el Derecho penal de adultos, como la prevención general o la exigencia de proporcionalidad de la sanción⁶⁴⁷.

Otros autores entienden que son una multiplicidad de factores derivados de las reglas de aplicación del internamiento y de su régimen de ejecución los que abogan por la naturaleza penal de las mismas. Entre ellos, podemos citar a GARCIA PEREZ quien aporta las siguientes razones:

⁶⁴⁵ ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “El derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 1546.

⁶⁴⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 52 y 53.

⁶⁴⁷ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal...”, *ob. cit.*, pág. 6. Aportando las mismas razones se pronuncia CANO PAÑOS. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 186.

- Pese a la solemne declaración de que la finalidad de las medidas es educativa, indica el autor que, en relación al denominado núcleo duro de la delincuencia juvenil (menores reincidentes o responsables de hechos graves) el legislador pretende que se imponga obligatoriamente el internamiento.
- El tipo de delito y su gravedad juegan un papel importante en la Ley, y ello no sólo para fijar el pronóstico de peligrosidad y trazar los límites en los que se ha de mover la elección de la medida y la determinación de su duración en virtud del principio de proporcionalidad.
- En materia de pluralidad de infracciones, los arts. 11 y 12, salvo que se realice una interpretación correctora, exigen que se imponga obligatoriamente una medida o varias al responsable de los mismos. De nuevo aquí nos encontramos con supuestos que no se pueden justificar desde una perspectiva preventivo-especial, puesto que de la circunstancia de la comisión de más de una infracción no cabe deducir automáticamente que sea necesario el recurso a una sanción para evitar que el menor vuelva a delinquir. En estos casos parecen primar consideraciones de prevención general.
- En el ámbito de la ejecución de las medidas, el art. 51.3 LORRPM dispone que «la conciliación del menor con la víctima... podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, 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». También en esta cuestión juegan reflexiones ajenas a la prevención especial, pues desde la perspectiva de ésta lo único relevante es si con la conciliación y la parte de la medida que ya se ha ejecutado ha cambiado el pronóstico de peligrosidad de ese menor. En cambio, con la

referencia al reproche que merece el delito parece atenderse no ya a criterios de prevención general sino a aspectos de pura retribución⁶⁴⁸.

Mezclando el primer argumento indicado y la configuración de la medida de internamiento, se pronuncia ABEL SOUTO quien considera que la Ley, en un claro fraude de etiquetas, evita el uso de la voz «penas» para designar las consecuencias jurídicas previstas para los menores infractores, medidas que constituyen verdaderas sanciones o castigos. Las consecuencias jurídicas del art. 7 carecen de idéntica naturaleza que las medidas de seguridad, pues éstas se basan en la peligrosidad mientras que las sanciones de las que nos ocupamos se fundamentan en la culpabilidad, aunque peculiar, del menor, al cual se le considera responsable. Por tanto, parece inadecuado utilizar el eufemismo «medidas» para aludir a reacciones punitivas cuya esencia radica en la imputabilidad y que no permite distinguir las consecuencias jurídicas que se aplican a jóvenes responsables de las medidas terapéuticas contempladas para menores inimputables. Así pues, concretamente refiriéndose al internamiento en régimen cerrado, considera que su configuración en términos de defensa social lo convierte en una propia pena⁶⁴⁹.

Por otra parte, GOMEZ RIVERO estima que pese a que la Exposición de Motivos de la LORRPM declara que la Ley contempla consecuencias jurídicas de naturaleza formalmente penal, lo cierto es que la naturaleza educativa a la que dice responder materialmente hace que el legislador rehúya en su articulado calificarlas como penas y emplee exclusivamente el término «medidas», algo que no deja de correr el peligro de enmascarar su verdadera naturaleza y, con ello, abocar al tan denostado y temido fraude de etiquetas. De hecho, la misma Exposición de Motivos reconoce que pese a tratarse de una intervención de naturaleza educativa es «desde luego de especial intensidad». Por ello, tal vez hubiese sido más honesto reconocer nominalmente que se trata de auténticas penas y evitar el riesgo de una interpretación restrictiva de las

⁶⁴⁸ GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La evolución del sistema de justicia penal juvenil...”, *ob. cit.*, pág. 682.

⁶⁴⁹ ABEL SOUTO, Miguel, “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil”, *ob. cit.*, pág. 106. En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 60. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español” en DIEZ RIPOLLES, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos M^a, GRACIA MARTIN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 1554. CANTARERO BANDRÉS, Rocío, “Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad”, *ob. cit.*, pág. 178.

garantías que deben amparar a cualquier delincuente, también cuando es menor de edad⁶⁵⁰. En este sentido, estima la autora que el cumplimiento de la ley penal queda asegurado en España mediante un doble sistema de penas: las reguladas en el Código Penal y las medidas reeducadoras que la LORRPM prevé atendiendo a la edad del infractor. La finalidad represiva del legislador configura un sistema de justicia penal de menores mediante la ficción de que las penas y medidas correctoras son ontológicamente distintas. Según este concepto, las medidas, por su finalidad correctora, tienen un régimen jurídico distinto de las penas, pero por su carácter coactivo y limitador de derechos individuales, su imposición debe rodearse de las garantías procesales de la imposición de penas; mientras que por otra parte, su finalidad recuperadora permite unas variaciones procedimentales cuando redundan en el superior interés del menor⁶⁵¹.

Otras posiciones atienden fundamentalmente a los efectos estigmatizadores sobre los menores. En esta línea, GONZALEZ CUSSAC y CUERDA ARNAU consideran que las medidas contenidas en la LORRPM poseen una naturaleza claramente aflictiva que conceptualmente las equipara a las penas, corroborando tal afirmación el impacto sobre los derechos fundamentales de los menores. Tal parámetro, y no la finalidad, constituye un dato esencial para resolver el dilema⁶⁵².

De otro lado, se suele citar un argumento de tipo fáctico, como es la privación de libertad que conlleva la medida de internamiento para fundamentar la equiparación con la pena. En este sentido, podemos citar a MARTIN CRUZ, quien afirma que en materia de privación de libertad, el mismo régimen físicamente restrictivo de la libertad del infractor puede apreciarse tanto en la medida de internamiento en régimen cerrado (art. 7.1a) LORRPM) como en la pena de prisión (arts. 35 y 36 del Código penal)⁶⁵³.

Tampoco faltan los razonamientos que simplemente se ciñen al articulado de la Exposición de Motivos. En esta línea, sostiene ALASTUEY DOBON, en alusión a la declaración efectuada por la Exposición de Motivos sobre la naturaleza formalmente

⁶⁵⁰ GOMEZ RIVERO, María del Carmen, “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000...”, *ob. cit.*, pág. 166.

⁶⁵¹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 52.

⁶⁵² GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores...”, *ob. cit.*, pág. 103 y 104.

⁶⁵³ MARTIN CRUZ, Andrés, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad...*, *ob. cit.*, pág. 297.

penal pero materialmente sancionadora-educativa, que sería equivocado extraer de esta idea la conclusión de que las medidas aplicables no tienen carácter penal, más bien al contrario, con aquella afirmación se viene a reconocer el carácter penal de la intervención, aunque dentro de los fines de las reacciones que presentan esa naturaleza se otorgue un papel primordial a los fines de la prevención especial⁶⁵⁴.

También se atañe la equiparación a una cuestión de medios para la ejecución de la medida de internamiento. Así, CORCOY BIDASOLO indica que se parte de una terminología engañosa al denominar a las sanciones “medidas”, lo cual solo estaría justificado si efectivamente existieran los medios para que el internamiento sirviera a la educación del menor⁶⁵⁵.

Finalmente, desde una perspectiva meramente procesal, entienden RIOS MARTIN y SEGOVIA BERNABÉ que no podemos olvidar que las formas procesales punitivas arrastran a los contenidos, convirtiendo a las medidas en auténticas penas, pues en último extremo, lo más importante no es la vulnerabilidad del menor sino el reproche social por los hechos respecto de los que queda condicionada la medida educativa, por más que se enfatice el superior interés del menor⁶⁵⁶. En una línea similar, concluyen BERDUGO y OTROS que la LO 5/2000 establece un sistema procesal acusatorio dotado de todas las garantías del justo proceso, lógica contrapartida de la naturaleza penal de las sanciones que se imponen⁶⁵⁷.

III.- Posiciones que distinguen entre medidas de seguridad y penas.

De otra parte ciertos autores entienden que algunas medidas se asimilan a las medidas de seguridad y otras se acercan a las penas. Esta sería la postura de SANCHEZ GARCIA DE PAZ quien diferencia entre penas y medidas aunque orientadas no a la

⁶⁵⁴ ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “Alternativas al procedimiento...”, *ob. cit.*, pág. 199.

⁶⁵⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Responsabilidad penal de los menores. En particular, disfunciones en supuestos de participación delictiva conjuntamente con adultos” en SOLA RECHE, Esteban (Ed.) *Derecho penal y psicología del menor*, Granada, Comares, 2007, pág. 264.

⁶⁵⁶ RIOS MARTIN, Julián Carlos, SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, “La Ley de Responsabilidad de los Menores. Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso”, *ob. cit.*, pág. 548.

⁶⁵⁷ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 335. Sostiene GARCÍA-PABLOS DE MOLINA con un argumento breve pero contundente que las medidas que contempla la LORRPM tienen naturaleza penal porque penal es la LORRPM. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Reflexiones criminológicas y político-criminales al modelo de responsabilidad penal de la LORRPM 5/2000, de 12 de enero”, *ob. cit.*, pág. 127.

represión sino a la educación, ya que según la autora otro proceder nos aproximaría al fenómeno antes descrito de «fraude de etiquetas», al establecerse bajo el nombre de medidas de protección o de tratamiento verdaderas sanciones punitivas. Aporta los siguientes argumentos:

- Responsabilidad penal especial al joven de entre catorce y dieciocho años, y de que ésta sea consecuente con su situación de imputabilidad disminuida.
- Razones de prevención especial para mostrar la conveniencia de reconocer en el joven cuando se dan las bases para ello, lo que significa excluir los casos en que el menor es completamente inimputable, por ejemplo, porque su actuación viene condicionada por una anomalía psíquica o un trastorno mental transitorio, la responsabilidad penal por el hecho cometido⁶⁵⁸.

Sostienen DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA que hay datos que distinguen a estas medidas de lo que tradicionalmente entendemos por penas: su finalidad esencial va a ser la preventivo-especial, renunciándose a la retribución y a la prevención general. Tales autores entienden que entre las medidas previstas en la LORRPM, cabría considerar medidas de seguridad puras, las de internamiento en establecimiento terapéutico y la de tratamiento ambulatorio, que son precisamente las medidas que puede imponerse cuando en el menor concurre una causa de inimputabilidad o semiimputabilidad. No obstante, existen supuestos en los que la medida a imponer se acerca más al concepto tradicional de pena, citando como ejemplo los supuestos de aplicación obligatoria del internamiento en régimen cerrado, entendiéndose que en este caso se desdibuja la naturaleza de la medida⁶⁵⁹.

De idéntica opinión se manifiesta ZUGALDÍA ESPINAR quien interpreta que dada la situación de semiimputabilidad que caracteriza al menor criminal, tanto la pena

⁶⁵⁸ SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel, “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *ob. cit.*, pág. 709.

⁶⁵⁹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 88 y 89. En idéntico sentido con base en los mismos fundamentos, se declara HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 341.

juvenil como la medida de seguridad tienen posible aplicación. En efecto, la presencia de una capacidad de culpabilidad disminuida en el menor infractor determinara la consideración de estas medidas como autenticas penas juveniles, quedando limitada la calificación de medidas de seguridad a los casos de inimputabilidad del menor previstos en el art. 5.1 y 2 de la ley⁶⁶⁰.

Igualmente, PÉREZ MACHIO advierte que lo correcto en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores pasa por el hecho de resaltar la diversidad de medidas en los casos de inimputables (tratamiento ambulatorio e internamiento terapéutico) y diferenciarlas del conjunto de penas igualmente contempladas en el catalogo del artículo 7 que, aunque orientadas a la educación y a la prevención especial no pierden su naturaleza penal al estilo de las previstas en el Código penal de adultos⁶⁶¹.

IV.- Medida sui generis.

Finalmente, otros autores opinan que las consecuencias jurídicas aplicables a los menores son unas particulares medidas con personalidad propia o medidas penales sui generis.

Para CUELLO CONTRERAS las medidas se han quedado a medio camino entre las penas basadas en la culpabilidad y las medidas educativas⁶⁶². Sin embargo, el citado autor se posiciona en torno a la equiparación con la pena respecto a la medida de internamiento en régimen cerrado⁶⁶³.

⁶⁶⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.), *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 154.

⁶⁶¹ PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, ob. cit., págs. 145 y 146.

⁶⁶² CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 30.

⁶⁶³ Tales posicionamientos son paralelos a las medidas recogidas en la Ley penal juvenil alemana, en tanto que la misma distingue entre medidas educativas (constituyen reacciones más leves que se imponen cuando el hecho refleja por parte del autor una necesidad educativa especial; tales medidas son dos: reglas de conducta y ayuda a la educación), medidas correctivas (las cuales se imponen cuando se debe poner en evidencia al menor o joven la conciencia de que se encuentra frente a un delito cometido por el y que por tanto ha de responsabilizarse) y, la sanción más severa, la pena juvenil, la cual se trata de una verdadera pena privativa de libertad cumpliéndose en centros específicos para jóvenes. Ésta se impone solamente cuando concurren alguno de estos dos presupuestos: que las medidas educativas o coercitivas no basten para la educación del menor a causa de las tendencias dañinas del menor, puestas de manifiesto en el hecho o que sea necesaria la pena juvenil debido a la gravedad de la culpabilidad. HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., págs. 209 y 210.

Por su parte, DOLZ LAGO estima que uno de los aspectos más singulares de la legislación penal de menores es la inexistencia de penas que puedan imponerse como consecuencia de la comisión de infracciones penales, constituyendo la consecuencia sancionadora las medidas educativas previstas en el art. 7 de la LORRPM, lo cual, no significa que haya que desconocer la naturaleza sancionadora de las mismas en tanto que comportan un cierto contenido punitivo ya que implican una restricción de derechos, algunos de ellos tan importantes como el derecho a la libertad⁶⁶⁴.

Para MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN el fundamento de la responsabilidad así como la relativa proporcionalidad respecto del hecho aproximan las medidas que ahora tratamos a las penas; si se entiende que basta con compartir fundamento para compartir también naturaleza, debería concluirse que las medidas aplicables al menor son, realmente penas. Empero, el contenido educativo y nuevamente el predominio del interés del menor sobre la finalidad punitiva determinan diferencias que superan lo puramente formal y que impiden compartir dicha conclusión⁶⁶⁵. Esas diferencias se reflejan fundamentalmente en la forma de individualización y aplicación de las medidas que el juez debe elegir, haciéndose dicha elección de modo flexible.

En esta línea, señala CERVELLÓ DONDERIS que la cuestión de la naturaleza jurídica de las medidas juveniles es bastante controvertida ya que si bien es cierto que son consecuencias del delito, no son penas y pese a ser medidas no son exactamente medidas de seguridad, de ello resulta la coincidencia en algunos rasgos con las penas, en otros con las medidas de seguridad y de resultas que terminen siendo una especie de medidas sui generis por tener autonomía propia⁶⁶⁶. Tal autora subraya como diferencias más importantes que se pueden destacar de las medidas de menores las siguientes: éstas se guían por el interés preferente del menor, tienen una clara finalidad educativa y se benefician de una gran flexibilidad al priorizar la evolución en la intervención con el menor⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor*, ob. cit., págs. 92 y 93.

⁶⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 590-591.

⁶⁶⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 110.

⁶⁶⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 17.

En similares términos se pronuncia SIMONS VALLEJO quien afirma que nos encontramos ante un conjunto de medidas, de carácter sancionatorio, pero a las que no se las puede equiparar a las penas, constituyendo, en realidad, un tipo de medidas penales sui generis, asentadas en unos presupuestos y principios particulares, distintos de los que fundamentan la pena, y que, por lo tanto, tienen encomendados unos fines también específicos, vinculados a las especiales características de sus destinatarios⁶⁶⁸.

Esta posición es la que mantiene MORILLAS CUEVA en tanto que presenta una mayor coherencia sobre la base de los postulados que defiende en atención a la justicia de menores, porque si bien hay que situarla dentro de un modelo punitivo, éste presenta especiales parámetros propios derivados del contenido y de la orientación que a tales consecuencias jurídicas les da la actuación sobre menores. Ello no impide que paralelamente toda medida tenga un carácter educativo-sancionador, fundamentando la base de dicha postura en la flexibilidad de la valoración jurídica de los hechos así como de la edad, circunstancias familiares y sociales, personalidad e interés del menor⁶⁶⁹.

En el mismo sentido también se pronuncia JIMENEZ DÍAZ señalando que es su finalidad prioritariamente educativa las que las hace gozar de una naturaleza sui generis distinguiéndolas de las penas previstas para los delincuentes adultos, lo que no hace sino reflejar de forma paralela la especificidad de la responsabilidad de los menores que, aún siendo penal, presenta marcadas diferencias con la exigida a dichos delincuentes mayores⁶⁷⁰.

Esta misma postura es la que sostiene CRUZ BLANCA quien indica que ante la dicotomía existente entre la prevención general y prevención especial reeducativa o resocializadora, debe prevalecer esta última, a través de la utilización de unas consecuencias jurídicas distintas a la pena, tanto en la aplicación, duración y ejecución pero sin olvidar el reconocimiento de todas las garantías que como ninguna otra rama del Ordenamiento jurídico reconoce el derecho penal⁶⁷¹. Las medidas no se limitan a cumplir exclusivamente finalidades reeducativas sino también sancionadoras como

⁶⁶⁸ SIMONS VALLEJO, Rafael, "Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento...", *ob. cit.*, pág. 27.

⁶⁶⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción", *ob. cit.*, pág. 25.

⁶⁷⁰ JIMENEZ DÍAZ, María José, "Edad y menor", *ob. cit.*, pág. 57.

⁶⁷¹ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 193.

reiteradamente señala la LORRPM al hacer hincapié en la naturaleza sancionadora-educativa del proceso y de las medidas⁶⁷².

Por su parte, BUENO ARUS concibe que las medidas de internamiento previstas en la LORRPM no tienen propiamente naturaleza penal, y el legislador no puede alterar la naturaleza de las cosas; las medidas son especialmente intensas y coactivas, pero de naturaleza correccional y pedagógica. Las sanciones de la LORRPM no responden a la idea de una pena impuesta a un niño con carácter retributivo o preventivo-general, sino a la de colmar una deficiencia educativa, en atención al interés del menor y con la más clara intención de promover la prevención especial positiva⁶⁷³.

En sentido análogo, CADENA SERRANO opina que si bien la presente Ley opta por el término medidas y reconoce en ellas efectos sancionadores y correctivos de las aptitudes del menor en orden a su integración social definitiva, habrá de convenirse, siguiendo el dictado del Tribunal Constitucional en su sentencia 36/1991, que no son penas, sino en verdad medidas de sanción y corrección del menor orientadas, fundamentalmente, al logro de fines de prevención especial⁶⁷⁴.

De manera similar, VAELLO ESQUERDO considera que respecto a la naturaleza que cabe atribuir a estas consecuencias jurídicas, cabe tener en cuenta lo siguiente: en tanto que el presupuesto de las mismas no es la peligrosidad del infractor no pueden considerarse medidas de seguridad; tampoco parece que podamos catalogarlas como penas, habida cuenta de que, lejos de regirse siempre por un estricto criterio de proporcionalidad en relación al delito cometido, persiguen una función educadora o correctora de las actitudes del menor en orden a su integración social. Estamos, pues, ante unas particulares medidas, cuya individualización y aplicación están presididas por unas características que les confieren personalidad propia, entre las que cabe destacar la flexibilidad en su adopción para lo que se deberá atender, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, así como la personalidad y el interés del menor; en

⁶⁷² CRUZ BLANCA, María José, “Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre”, *ob. cit.*, pág. 161.

⁶⁷³ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 50 y 102.

⁶⁷⁴ CADENA SERRANO, Fidel Ángel, “Las medidas previstas en la Ley del Menor” en SAMANES ARA, Carmen (Coordinadora), *La responsabilidad penal de los menores*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2003, pág. 67.

cualquier caso, el juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida y el plazo de duración de la misma (art. 7.3); a su vez, no cabe olvidar la vigencia del principio acusatorio, en base al cual 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 Fiscal (art. 8)⁶⁷⁵.

Debemos tener en cuenta que la LORRPM tiende, indubitadamente, a obtener la reinserción y corrección de los menores que incurrir en actividad delictiva, aunque en esta Ley también impere el principio de responsabilidad penal de los menores, de modo que, las medidas previstas en dicha Ley, participan de la doble naturaleza, formalmente penal y materialmente sancionadora educativa, con lo que se trata de buscar un equilibrio entre educación y control del menor⁶⁷⁶.

Las consecuencias jurídicas en el Derecho penal del menor no responden fielmente ni a las características de la pena ni a las de la medida de seguridad, configurándose como una consecuencia jurídica sui generis con naturaleza y características propias. Por ello, se podría admitir el termino “medida” para aludir o asignar al conjunto de consecuencias jurídicas en un derecho penal de menores que englobaría a la pena juvenil y a la medida de seguridad juvenil⁶⁷⁷.

Sin embargo, en relación concreta a la medida de internamiento en régimen cerrado, algunos autores que se ubican en otorgar una naturaleza sui generis a las medidas, modifican su opinión en este punto sobre la medida de internamiento. Al respecto, CRUZ BLANCA sostiene que debido a la restricción de libertad que implica, ha sido considerada como la concesión más importante y grave de la Ley de responsabilidad penal de los menores a la defensa social en detrimento de la resocialización del menor, tratándose de una autentica pena, a pesar de que el eje del internamiento sea la formación del menor⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ VAELLO ESQUERDO, Esperanza, “Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 13

⁶⁷⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 34.

⁶⁷⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, *ob. cit.*, pág. 50.

⁶⁷⁸ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 331. Contrariamente, BENITEZ ORTÚZAR entiende que si miméticamente se continua insistiendo en la identificación entre la medida de la LORRPM respecto de la pena en el Código penal, incluso con adjetivos como la denominación de “pena juvenil”, dejaría de tener sentido la construcción de un “derecho penal de

En similares términos se pronuncia CERVELLÓ DONDERIS quien considera que las referencias a la gravedad de los delitos, a la proporcionalidad y a la necesidad de intervención frente al aumento de la delincuencia juvenil provocan que la medida de internamiento se aproxime al concepto tradicional de pena, en tanto que sus criterios de aplicación y reglas de ejecución han generado una especie de pena de prisión juvenil⁶⁷⁹.

V.- Conclusiones en torno a la naturaleza de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Resulta imposible obviar que la configuración de la medida de internamiento y sus efectos estigmatizadores, y no tanto su mera existencia, es la que conduce a determinar que nos encontramos ante una auténtica pena. Si bien se parte de una premisa básica, al entender que la pena criminal tal como aparece definida con carácter general en la legislación penal es una reacción inadecuada frente al menor como ser humano que no ha culminado su proceso de maduración, con la medida de internamiento en régimen cerrado se rompen todos los esquemas de la LORRPM. Las iniciales dificultades para casar esta medida con la naturaleza de las restantes (respecto de las cuales, aún sin entrar en un análisis profundo, podríamos afirmar, por las razones apuntadas anteriormente, constituyen una categoría *sui generis* –exceptuando, eso sí, las medidas terapéuticas que por su configuración se aproximan a las medidas de seguridad-) se agravan aún más con las últimas reformas de la ley, que afectan sobre todo al ámbito de aplicación y duración de la medida, manifestando la voluntad expansiva del legislador fruto de la presión social y política, omitiendo las fuertes críticas de la doctrina, unánime en este punto.

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 instrumentos jurídicos de respuesta, que en el caso español se han denominado medidas, con principios que en unos casos coinciden con las penas, en otros con las medidas de seguridad, pero que en otros casos se inspiran directamente de otras disciplinas no jurídicas. Si se continuara afirmando la consideración de penas de las medidas previstas en la LORRPM, se debería concluir afirmando el carácter innecesario de un cuerpo legislativo específico para el menor de edad, habiendo bastado incluir en el articulado del Código una atenuación específica en el catálogo de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 185.

⁶⁷⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 17.

De esta forma, incluso la mayoría de los autores que proponen la atribución de una naturaleza sui generis a las medidas, optan, respecto de la medida de internamiento, por equipararla a la pena, debido a su configuración en términos de defensa social⁶⁸⁰. En pocas palabras, la medida de internamiento en régimen cerrado tiene un significado sancionador y retributivo.

Por ello, podemos afirmar la naturaleza de verdadera pena de la medida de internamiento en régimen cerrado en base a los siguientes argumentos:

- El presupuesto es la comisión de un delito o falta tipificado como tal en las leyes penales, es decir, una conducta que pone en peligro o lesiona un bien jurídico tutelado y protegido por la ley penal.
- La consecuencia es una privación libertad y por tanto ha de estar sometida a las garantías propias del derecho sancionador.
- Toma como criterio de aplicación la gravedad del hecho cometido, por lo que antepone la proporcionalidad a criterios educativos y al interés del menor.
- Existencia de supuestos de imposición obligatoria que impiden apreciar las circunstancias personales del menor para la determinación de la medida más adecuada.
- Efectos criminógenos y dudas respecto a su incidencia positiva en los menores.
- Restricción de las posibilidades de sustitución de la medida en los supuestos de imposición obligatoria.

No basta que se proclame la finalidad educativa asignada a la sanción o medida a imponer al menor, ni que ciertamente se prevean para él medidas específicas distintas

⁶⁸⁰ En este sentido, nos remitimos a las opiniones vertidas por CUELLO CONTRERAS, CRUZ BLANCA y CERVELLÓ DONDERIS.

a las del Derecho penal de adultos, con marcos de duración distintos y más cortos, a llenar con contenidos educativos, sino que es necesario que incida en su configuración concreta y no se limite a una mera proclamación formal que no case con la realidad.

**CAPITULO V: RÉGIMEN DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE
INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO.**

I.- Introducción.

Como ya hemos adelantado, la LORRPM ha optado por un modelo que consagra con carácter general la flexibilidad, tanto para elegir la concreta medida a imponer como para establecer su duración, lo cual constituye la clave de bóveda del sistema⁶⁸¹, proclamando como auténtico criterio rector el interés del menor⁶⁸².

Esta técnica, en la línea de lo aconsejado por los principales textos internacionales sobre la materia, favorece sin duda la individualización judicial de la medida de acuerdo a las necesidades del menor, si bien, quiebra nuestro tradicional sistema de determinación de la pena, muy atado y sometido a parámetros de legalidad. Con todo, tal régimen es eminentemente garantista, quedando el arbitrio judicial afortunadamente muy lejos de la “razonada libertad de criterio” que animaba la añeja legislación de 1948, ya que el juzgador se encuentra jurídicamente vinculado al establecer la ley determinados límites y criterios de aplicación⁶⁸³. Particularmente, tal amplitud de elección se reduce considerablemente en el marco de la medida de internamiento en régimen cerrado, cuyo ámbito de aplicación viene taxativamente recogido en la LORRPM, permitiendo en unos casos su aplicación facultativa y obligando en otros supuestos su imposición. El análisis del régimen de aplicación de tal medida no debe ceñirse exclusivamente al estudio de la concurrencia de los presupuestos de aplicación indicados, sino que habrá de complementarse con el desarrollo de los criterios rectores o inspiradores del enjuiciamiento penal del menor, a fin de determinar si éstos se articulan como parámetros de inclusión o exclusión de la sanción dada la evidente importancia que a los mismos le concede la propia Ley. Pasemos, pues, al examen del sistema diseñado en la Ley, distinguiendo, conforme a lo dicho y a efectos sistemáticos, entre principios y presupuestos de aplicación.

⁶⁸¹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 113.

⁶⁸² GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, *ob. cit.*, pág. 105. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 128.

⁶⁸³ GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, *ob. cit.*, pág. 105.

II.- Criterios de determinación de la medida.

1.- Interés superior del menor: concepto y proyección en la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Entre los parámetros que figuran en el art. 7.3 de la LORRPM para la elección de la medida, corresponde el primer lugar al interés del menor⁶⁸⁴, criterio que continuamente pone de relieve la Exposición de Motivos⁶⁸⁵ y justifica el principio de flexibilidad⁶⁸⁶. Soporte en su extensión de otros principios básicos inspiradores del Texto⁶⁸⁷, siendo su referente, cobra especial relevancia sobre cualquier otro ya que se configura como elemento informador de la elaboración, interpretación y aplicación de las normas que afectan al menor y alrededor del cual deben articularse todos los derechos reconocidos a éste como sujeto de Derecho⁶⁸⁸. A fin de concretar su incidencia en la elección o descarte de la medida de internamiento en régimen cerrado, debemos de

⁶⁸⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000, pág. 10. La STC de 17 de marzo de 1995 (RTC 1995/60) señala en su fundamento jurídico 5º que “la naturaleza de las medidas no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y estar orientadas hacia su efectiva reinserción”. NIETO GARCIA habla de interés superior del menor como un principio técnico clave en la jurisdicción de menores que los jueces y demás profesionales que intervienen en el proceso de menores han de aplicar al ponderar los distintos derechos e intereses sobre los que hay que resolver. NIETO GARCIA, Luis Carlos, “La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto”, *ob. cit.*, pág. 31. Esta inclusión del interés del menor ha suscitado críticas en algún sector doctrinal. así, para GARCIA PEREZ en el Derecho penal juvenil como en el de los adultos, las medidas no se imponen en interés de los menores sino de la sociedad. Esta no puede tolerar el daño social que representa la comisión de hechos delictivos. Y por ello reacciona aplicando sanciones con las que se pretende satisfacer una necesidad social: la prevención del delito. Como peculiaridad del Derecho penal juvenil señala la de que aquí priman los aspectos preventivo especiales sobre los generales. GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, *ob. cit.*, pág. 4-10.

⁶⁸⁵ Exposición de Motivos I, §§ 2 y 5; II, §§ 6-12. Citando expresamente la Exposición de Motivos al respecto véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra num. 7/2003, de 15 de enero – fundamento jurídico tercero-. (JUR 2003/44763).

⁶⁸⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 35. Puede ser que el legislador haya considerado que la búsqueda del interés del menor hace conveniente semejante flexibilidad. HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel, *El sistema español de justicia juvenil*. Madrid, Dykinson, 2002, pág. 117.

⁶⁸⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Avances y retrocesos en el tratamiento penal de la delincuencia de menores”, *ob. cit.*, pág. 193. En el mismo sentido, DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 36. DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva Mª, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 85.

⁶⁸⁸ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 312. El calificativo “superior” pone de manifiesto que el principio del interés del menor debe estar en la base de toda argumentación relacionada con los menores. SÁEZ GONZALEZ, Jesús, “Del proceso de menores al proceso de jóvenes” en MARTÍN OSTOS, José (Director), *Anuario de Justicia de Menores*, Sevilla, Astigi, 2008, pág. 170.

partir de la concepción de tal interés.

Como concepto jurídico relativamente indeterminado⁶⁸⁹, la definición del interés del menor no es sencilla⁶⁹⁰, planteando numerosas controversias y conflictos de cara a encontrar un concepto satisfactorio ya que admite múltiples interpretaciones.

Dada la vaguedad jurídica del mismo, tal noción esta necesitada de 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 extraordinariamente difícil resumir en una fórmula genérica que deba entenderse por el mismo, aunque si es imprescindible delimitar sus contornos⁶⁹¹. Cada uno de los que intervienen directa o indirectamente en el proceso de menores puede tener una idea distinta de cual es el autentico interés de ese menor y la consecuencia práctica va a ser para el menor totalmente diferente según cual de esas posiciones prevalezca al final, con lo que este concepto, en principio nacido 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 igualdad⁶⁹². No obstante, desde nuestra perspectiva, afirmamos en cierto modo la conveniencia de la ambigüedad de tal noción en tanto que el acotamiento del principio de interés superior del menor en atención a las circunstancias del menor resulta un plus de garantía para el mismo, ya que priorizar los elementos que le rodean sobre un principio genérico de interés del menor permite adecuar al máximo la respuesta que se de al mismo, sin que en este caso, el carácter subjetivo del interés del menor pueda suponer una desventaja. Siendo conscientes de las dificultades que conlleva adoptar tal postura, pretendemos alcanzar unas notas mínimas a fin de concretar los perímetros del principio de interés superior del menor.

⁶⁸⁹ Los conceptos jurídicos indeterminados son consustanciales a toda la técnica jurídica, así, v. gr. “la conducta del buen padre de familia”, “la buena fe”, “el orden publico” o “las buenas costumbres”.

⁶⁹⁰ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 312. VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 327.

⁶⁹¹ GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, ob. cit., pág. 106.

⁶⁹² ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 87.

En este difícil proceso de conceptualización del interés del menor en torno al que reflexionamos podemos extraer ideas para acometer tal tarea definitoria de las aportaciones normativas surgidas de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. En efecto, hay en ella contenidos normativamente prefijados y de ahí que habláramos de relativa indeterminación en el concepto legal. Los artículos 3 al 11 del citado cuerpo legal ofrecen sin duda componentes delimitadores del favor minoris con validez para todos los casos en que se cuestione y que han de enmarcarse en el libre desarrollo de la personalidad a que alude el artículo 10 de la Constitución Española.

Atendiendo a las referencias normativas efectuadas y a la lectura de la LORRPM, estimamos que el interés del menor concuerda con los fines de educación que la Ley 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 o limitadora, siempre que ello sea compatible con los fines de reinserción social de las medidas⁶⁹³. De esta forma, a prima facie, podemos colegir que el término interés podría concretarse como todo aquello que beneficia al menor infractor⁶⁹⁴ en el marco de su enjuiciamiento penal, constituyendo un principio rector que coincide con el objetivo que la Ley debe perseguir, esto es, la finalidad preventivo-especial de la resocialización en orden a conseguir que el menor no vuelva a delinquir en el futuro⁶⁹⁵. Por tanto, el interés del menor es un criterio subjetivo que moldea la decisión del juez de menores encaminándola a conseguir una plena integración social del menor delincuente a través de la medida que se le establezca. En consecuencia, por la propia eficacia del principio de defensa del interés del menor habrá que desterrar la posibilidad de imponer alguna medida que pretenda exclusivamente sancionar o castigar al imputado⁶⁹⁶.

Con estas premisas, por interés del menor se puede entender el interés en y para la educación del menor, en aquello que favorezca el libre y pleno desarrollo de su

⁶⁹³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 181-184.

⁶⁹⁴ HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel, *El sistema español de justicia juvenil*, ob. cit., pág. 62. SÁEZ GONZALEZ, Jesús, “Del proceso de menores al proceso de jóvenes”, ob. cit., pág. 170.

⁶⁹⁵ SUÁREZ LÓPEZ, José María, “La proyección del principio del interés superior del menor en la regulación del concurso de infracciones” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (Directores), *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Madrid, Dykinson, 2009, pág. 254. En idéntico sentido, CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 313.

⁶⁹⁶ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, “La sentencia en el proceso penal de menores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LVI, Enero 2003, pág. 188.

personalidad⁶⁹⁷ y le lleve a respetar los derechos y libertades en consonancia los bienes jurídicos ajenos; y en definitiva, a reintegrarle en la sociedad⁶⁹⁸, sin que sea posible que con la excusa de lograr ese interés del menor se acabe criminalizando la desigualdad social⁶⁹⁹.

Asumiendo tal definición hemos de indicar que obviamente lo más conveniente para el menor no puede identificarse con lo más cómodo o con las preferencias del menor, sino con la respuesta más adecuada al caso, lo que evidentemente no excluye sacrificios⁷⁰⁰, teniendo en cuenta su proyección de futuro en la formación de la personalidad del menor a la vista de sus circunstancias⁷⁰¹. Por ello, el interés del menor exige que la medida sancionadora que se imponga dependa de las posibilidades del menor de cara a que pueda responsabilizarle de una forma efectiva⁷⁰².

Teniendo en cuenta lo anteriormente afirmado, la aplicación de tal principio supone valorar diversos criterios relacionados con las necesidades y circunstancias del menor, no exclusiva ni preferentemente jurídicos⁷⁰³, en la elección de la medida, con

⁶⁹⁷ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 36.

⁶⁹⁸ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 314. En sentido similar, DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 85. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 188. (nota num. 309). En el mismo sentido, HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 253. BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 104.

⁶⁹⁹ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 219. Ha de convertirse en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses. NIETO GARCIA, Luis Carlos, “La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto”, *ob. cit.*, pág. 35.

⁷⁰⁰ BUENO ARÚS, Francisco, “La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal”, *ob. cit.*, pág. 291.

⁷⁰¹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 85.

⁷⁰² HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 253.

⁷⁰³ Nos encontramos ante criterios técnicos facilitados por equipos de profesionales especializados en ciencias no jurídicas relacionadas con el mundo juvenil. BENITO LÓPEZ, Alejandro M^a, “La Ley Penal del Menor y su aplicación”, *ob. cit.*, pág. 76. Sobre la importancia del informe del equipo técnico al respecto téngase en cuenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla num. 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 artículo 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 tan indiscutibles como el principio acusatorio, de defensa o el de presunción de inocencia. En este mismo sentido, el primero de los preceptos citados (7.3) establece que «para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el M. Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de

preferencia sobre otros en caso de conflicto y adaptándolos a la evolución del menor, lo que implica una constante búsqueda de nuevos recursos⁷⁰⁴. Por tanto, la correspondiente reacción jurídica contenida en la LORRPM se determina, no tanto por el hecho material en si, sino más bien por la personalidad del sujeto menor de edad, así como por su entorno familiar y social⁷⁰⁵. En palabras de CRUZ BLANCA, solo se puede ofrecer un

modo flexible, no sólo 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 artículo 27 de la presente Ley». Para dar cumplimiento a estos principios, el artículo 27 de la LORRPM obliga al M. Fiscal, que es a quien corresponde la defensa de los derechos de los menores, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés, y la observancia de las garantías del procedimiento (art. 6), a requerir del Equipo Técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como de su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a la adopción de alguna de las medidas previstas en dicha Ley. Del contenido de estos preceptos y de la necesidad de asistencia e intervención del equipo técnico en el desarrollo de la audiencia prevista en el artículo 37 de la misma Ley, que deberá ser oído en su desarrollo sobre las circunstancias del menor, respondiendo a las preguntas que le dirigieren las partes y, posteriormente, en su conclusión, informando sobre las medidas propuestas por el M. Fiscal y Letrado del menor, nos revela la importancia otorgada por el Legislador a su intervención en este procedimiento, a los efectos de conseguir el fin sancionador-educativo y resocializador pretendido. Como consecuencia lógica de ello, es la necesidad de eficacia material del informe elaborado por el equipo técnico para orientar la labor del M. Fiscal y letrado del menor o menores, así como la del Juzgador, esto es, que el dictamen sirva a los efectos pretendidos en la Ley, lo que obliga, bien a su realización en fecha próxima a la incoación del procedimiento, bien a su actualización conforme el artículo 27.1 ya citado. En este sentido, como indica el Letrado apelante, la Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000 de 18 de diciembre, sobre los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, en su apartado VI.3.E (la intervención del equipo técnico) señala que «el informe del Equipo Técnico constituye para el Fiscal una fuente de información de uso imprescindible –aunque no vinculante – para adoptar las oportunas decisiones sobre prosecución del proceso y selección de medidas. Dicho informe participa de la naturaleza del dictamen de peritos, en cuanto emanado de un órgano imparcial al servicio de la Administración de Justicia y presenta una eficacia legal reforzada por su carácter preceptivo. Es recomendable que, con el fin de no demorar de modo innecesario su intervención y dotar de una aconsejable inmediatez a su participación en el proceso, sea en el mismo Decreto de incoación del Expediente de reforma donde se ordene al Equipo Técnico la elaboración del informe en el plazo legal o la actualización de los anteriores si el menor ya fue objeto de previo estudio y exploración». Recomendación que no fue cumplida en este caso. No obstante ser la intervención del Equipo Técnico de fecha muy anterior a la entrada en vigor de la LO 5/2000, que tuvo lugar el 13 de enero de 2001, al incoar el M. Fiscal el expediente de reforma nada resolvió sobre la opción prevista en el artículo 27.1, hasta tal punto que el único informe que consta en las actuaciones es, el antes indicado, realizado con una finalidad distinta, y sin referencia alguna a las medidas sancionadoras introducidas por la nueva Ley. Siendo evidente la necesidad del nuevo informe o su actualización ante las nuevas atribuciones y posibilidades legales que son otorgadas al Equipo Técnico en el artículo 27 y para la adopción de la medida a aplicar conforme a la LORRPM. La nueva orientación, principios y medidas introducidas en la Ley exigían, al menos, una actualización del dictamen incorporado a las actuaciones, necesidad que se hace más evidente ante las manifestaciones en la audiencia de los componentes del Equipo Técnico sobre los cambios que pueden haberse producido por el paso del tiempo en los parámetros tenidos en cuenta, siéndoles imposible pronunciarse sobre las medidas propuestas por el M. Fiscal y Letrados de los menores, como era preceptivo (art. 37.2) –fundamento jurídico segundo-.

⁷⁰⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 23.

⁷⁰⁵ BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores”, ob. cit., pág. 19.

concepto de interés del menor en relación con exactos y claros ámbitos de su persona⁷⁰⁶. Tal interés debe implicar en definitiva que la actuación de la justicia penal de menores solo actúe si realmente es necesario para ellos; si se debe aplicar una medida al menor, ésta habrá de tener un carácter educativo o rehabilitador en función de sus circunstancias personales, familiares y sociales⁷⁰⁷.

La prueba más evidente de que el interés del menor es el criterio fundamental para la determinación de la medida es la posibilidad de que dos o más menores autores de los mismos hechos o de hechos sustancialmente iguales, puedan recibir medidas distintas o de distinta duración en función de sus circunstancias personales.

Pese a todo, la Ley cuida de no convertir el referido interés en un imperativo superior e ilimitado, pues manifiesta también una voluntad de no olvidar los derechos de la víctima⁷⁰⁸. En este sentido, reiterada jurisprudencia ha expresado que dicho principio no es absoluto y debe conciliarse con los demás derechos constitucionales afectados⁷⁰⁹. Así, señala expresamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 20 de diciembre de 2002⁷¹⁰ en su fundamento jurídico segundo que “también tiene que tenerse en cuenta que, en todo caso, a la hora de aplicar cualquier medida educativa se tiene que intentar proteger el superior interés del menor, del que reiteradamente se habla tanto en la Exposición de Motivos de la Ley como a lo largo de su articulado, aunque también, indudablemente, al adoptar una resolución que afecte a un menor, cuyo interés debe prevalecer, también tienen que tenerse en cuenta otros intereses legítimos de particulares o de defensa social, cuando se vean vulnerados por la actuación del menor, de ahí que al adoptar una medida jueguen un papel importante los informes de los equipos técnicos o de los distintos peritos que puedan ilustrar al Juzgador, aunque recordando y destacando que en el proceso penal de menores debe

⁷⁰⁶ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 313. En idéntico sentido VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 441.

⁷⁰⁷ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 191.

⁷⁰⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep-María, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, ob. cit., pág. 24.

⁷⁰⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 35. Sentencia del Tribunal Supremo num. 311/2001, de 2 de marzo (RJ 2001/1298) –fundamento jurídico sexto-. Auto del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2001 (RJ 2001/4384) –fundamento jurídico segundo-. En el mismo sentido, HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 255.

⁷¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja num. 197/2002, de 20 de diciembre –fundamento jurídico segundo- (JUR 2003/43939).

primar el interés del menor, que ha de ser el criterio rector a la hora de resolver todas las cuestiones que se susciten”. No obstante, ello no debe conducir a una interpretación errónea de tal interés e imponer la medida desde la exclusiva consecución del interés del menor.

En otros casos, como ya comentamos en otro epígrafe de este trabajo, el interés del menor ha pasado a un segundo lugar en la LORRPM para dar preferencia a la retribución y prevención general propia de los adultos, lo que sucede en los casos de internamiento cerrado obligatorio en los que prima la clase y gravedad del delito.

Por nuestra parte, consideramos que, el interés superior del menor, aceptando la concepción 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, al mismo tiempo que consiga evitar su criminalidad futura, abogando por una aplicación restrictiva de la medida de internamiento. Tal principio informador insta al juzgador a optar por una medida más acorde con el desarrollo del menor, si bien en todo caso limitado por los hechos cometidos. Por tanto, podemos afirmar que tal principio, en tanto criterio interventor en la selección de la medida, podría excluir la medida de internamiento en régimen cerrado, ya que, si nos atenemos al concepto anteriormente aceptado, tal sanción no es acorde con las posibilidades de desarrollo de la personalidad del menor. Este tipo de sanción no influye adecuadamente en el proceso de aprendizaje del menor habida cuenta de los importantes efectos estigmatizadores que conlleva la privación de libertad. Así, el interés del menor se concreta en un criterio de exclusión de la medida de internamiento.

2.- Principio de flexibilidad y límites derivados del principio de proporcionalidad.

El principio de flexibilidad, por expresa exigencia legal⁷¹¹, debe presidir la selección y adopción de la medida sancionadora como adecuada respuesta individualizada al joven infractor en consideración a su específica personalidad, grado de madurez y superior interés de cara a su posterior reinserción efectiva⁷¹², constituyéndose, junto al principio de interés superior del menor, en criterio clave para la elección de la medida más conveniente. De esta forma, la LORRPM instaura el sistema de individualización científica personal, como mecanismo necesario para determinar en cada momento cual sea la medida más beneficiosa para el menor, 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. La individualización del tratamiento exige un conocimiento exhaustivo de la personalidad del menor⁷¹³. Observamos, por consiguiente, que debe existir un margen amplio de discrecionalidad, que no arbitrariedad, en la elección por el Juez atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso⁷¹⁴.

La flexibilidad y valoración especial de las circunstancias psicosociales y familiares del menor a efectos de la elección cualitativa y valorativa de la medida adquieren un papel prioritario frente a la entidad del hecho⁷¹⁵. Se sitúa al menor en

⁷¹¹ Al respecto, el artículo 7.3 LORRPM dispone 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, 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 de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 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”.

⁷¹² HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 300.

⁷¹³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 102. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 129. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra num. 7/2003, de 15 de enero –fundamento jurídico tercero- (JUR 2003/44763). Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra num. 158/2002, de 23 de octubre (JUR 2002/285021) – fundamento jurídico tercero-. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra num. 155/2002, de 21 de octubre (JUR 2002/284756) – fundamento jurídico segundo-.

⁷¹⁴ Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja num. 22/2003, de 7 de febrero (JUR 2003/93576) – fundamento jurídico tercero-.

⁷¹⁵ Al respecto, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real num. 11/2002, de 30 de septiembre (JUR 2003/8752) que no existe una aplicación automática entre la gravedad del hecho y la

primer plano y no el hecho cometido, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho penal de adulto⁷¹⁶. Estas amplias potestades que se le conceden al Juez tienen unas limitaciones legales, derivadas de la vigencia del principio acusatorio, del principio de proporcionalidad y de las reglas para la aplicación de las medidas que establecen los artículos 9 y 10⁷¹⁷, a fin de proporcionar, en unión a tal criterio rector, la necesaria seguridad jurídica, aún cuando tales preceptos puedan significar ir en contra del interés superior del menor, en el sentido de que se obligue al juzgador a adoptar una medida que no sea la más acorde con su situación y circunstancias⁷¹⁸.

El sistema previsto en el artículo 7.3 LORRPM, configurado como regla general, carece de la rigidez en la determinación de la pena establecido en el Código penal para los infractores adultos⁷¹⁹. Al respecto, los instrumentos que otorga la LORRPM al Juez para individualizar la medida aplicable 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 Código penal 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 personalidad⁷²⁰. Por tanto, la pauta esencial individualizadora es la edad, las

medida impuesta, que tiene en cuenta la edad del menor al tiempo de cometerse los hechos por más que solo se excedieran en unos días los dieciséis años, sino que la misma es adecuada a la situación del menor y a las circunstancias del mismo y del delito cometido –fundamento jurídico sexto-. Contrariamente a tal aseveración se muestra HERNÁNDEZ GALILEA, quien entiende que la imposición de la medida es una consecuencia inexorable de la valoración de la presencia de los presupuestos legales; los demás datos sobre la personalidad y situación del menor no influyen en la determinación de la medida sino únicamente en la de su duración. HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel, *El sistema español de justicia juvenil*, *ob. cit.*, pág. 99.

⁷¹⁶ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 94 y 95. La ratio essendi de la autonomía del Derecho penal juvenil reside, pues, en la especial caracterización del sujeto activo del delito, precisamente por ello se ha sostenido expresamente que el Derecho penal de menores constituye un ejemplo moderno de Derecho penal de autor, idea que no hay que entender como manifestación de normas autoritarias, por oposición al Derecho penal de hecho, sino como una combinación de criterios subjetivos y objetivos, en el que no se prescinde de la exigencia básica del principio de hecho. POLAINO-ORTS, Miguel, “Derecho penal de menores en Alemania: una aproximación a su evolución histórica y a su configuración actual”, *ob. cit.*, pág. 13 y 14.

⁷¹⁷ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 220.

⁷¹⁸ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 272. Para LANDROVE DÍAZ no son solo reglas que limitan el principio de flexibilidad sino que obedecen claramente a la introducción de consideraciones preventivo-generales y retributivas. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción...*, *ob. cit.*, pág. 92.

⁷¹⁹ LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel, *La Ley penal del menor y el Reglamento para su aplicación*, *ob. cit.*, pág. 88. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 40.

⁷²⁰ BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 235. así,

circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. A continuación, analizaremos la proyección jurisprudencial de tales elementos.

En primer lugar, la edad es muy importante, en tanto que a menor edad, menor será la madurez del menor. En ocasiones y debido únicamente a una menor madurez, se observa que en la comisión de ciertos delitos no existe una comprensión del significado de los actos.

En este sentido, resulta significativa la Sentencia del Juzgado de Menores número 1 de San Sebastián núm. 86/2005, de 12 de mayo⁷²¹, donde se justifica, entre otros argumentos, para la imposición de la medida el hecho de que “nos encontramos en presencia de unos menores con edades de 15 años, cuando ocurrieron los hechos. Edad en que la personalidad no es estable, es una etapa cambiante, de evolución, donde los adolescentes no tienen suficientemente integradas las funciones cognoscitivas, emocionales o de comportamiento” –fundamento jurídico octavo-.

Por otra parte, las circunstancias familiares obligan a ponderar los vínculos y realidades en el seno de la familia y su solidez o conflictividad.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra num. 158/2002, de 23 de octubre⁷²² valora dificultades en el área familiar, dada, especialmente la peculiar forma de ser de la madre, con facilidad para descontrolarse emocionalmente, que lógicamente desaconsejaban imponer la medida de "seis fines de semana de permanencia en su domicilio" solicitada inicialmente por el Ministerio Fiscal, y, por contra, justificaban la medida de permanencia en un centro –fundamento jurídico tercero-. Asimismo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num.

concretamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja num. 197/2002, de 20 de diciembre (JUR 2003/43939), justifica la adecuación de la medida de internamiento en régimen cerrado no solo por la prescripción obligatoria prevista en la Disposición Adicional Cuarta por la comisión de un delito de agresión sexual, sino también considerando las circunstancias de los menores, gravedad de los hechos, reveladores de un escaso respeto a las normas sociales y convivenciales, así como el entorno de los menores.

⁷²¹ Sentencia del Juzgado de Menores número 1 de San Sebastián num. 86/2005, de 12 de mayo (ARP 2005/214)

⁷²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra num. 158/2002, de 23 de octubre (JUR 2002/285021).

234/2007, de 17 de diciembre⁷²³ se confirma la medida de internamiento en régimen cerrado en base a la dificultad al cambio de actitud del menor y sistema de valores no normalizados del mismo es lo que hace conveniente que el tratamiento se dispense en un ámbito de mayor control y contención, dada la necesidad de un seguimiento y una supervisión continuada y exhaustiva. A lo que se une la ausencia de un control familiar efectivo sobre el menor, que éste ya ha cumplido otras medidas en régimen de internamiento cerrado y semiabierto, que no han dado resultado positivo, y lo que resulta relevante, la escalada delictiva en la que se encuentra el menor, de la que es reflejo los hechos enjuiciados; todo lo cual fundamenta debidamente la adecuación del régimen adoptado conforme el interés superior del menor -fundamento jurídico tercero-. También se pone de manifiesto la valoración de la inexistencia de pautas claras de contención, formación y orientación de los menores a nivel familiar (si bien con menor entidad dada la gravedad de los hechos enjuiciados –asesinato-) en la Sentencia del Juzgado de Menores nº 2 de Barcelona de 27 de abril de 2004⁷²⁴ –fundamento jurídico octavo-.

Asimismo, habrán de apreciarse las circunstancias sociales, el entorno del menor, contactos, relaciones y hábitos sociales. En este punto, se ha calificado por parte del equipo técnico la situación del menor para justificar la imposición de una medida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra num. 7/2003, de 15 de enero⁷²⁵ –fundamento jurídico tercero-, caracterizada por marcadas desestructuras en todos sus ámbitos existenciales, encontrándose en situación de riesgo social. Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla num. 35/2003, de 12 de febrero⁷²⁶ rechaza el recurso impuesto que solicita la sustitución de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta por una medida de internamiento en régimen semiabierto en tanto que considera que las circunstancias de riesgo que rodean al menor fuera del Centro y el interés del propio menor (reforzar conductas normalizadas), la medida aplicable debe ser la que impuso el Juzgador por venir avalada por informe técnico, pues, de éste modo el menor comprenderá que actuó de modo incorrecto, que merece el reproche formal de la sociedad y que la modificación de su conducta le permitirá evitar

⁷²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 234/2007, de 17 de diciembre (JUR 2008/117512).

⁷²⁴ Sentencia del Juzgado de Menores nº 2 de Barcelona de 27 de abril de 2004 (ARP 2004/140).

⁷²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra num. 7/2003, de 15 de enero (JUR 2003/44763).

⁷²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla num. 35/2003, de 12 de febrero (JUR 2003/228034).

en el futuro situaciones conflictivas como la enjuiciada –fundamento jurídico cuarto-. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 17 de mayo de 2002⁷²⁷ valora para la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado – además de los hechos cometidos- el hecho de que se trate de dos menores de edad sin arraigo en nuestro país, sin familia, dependiendo de los servicios sociales de protección, y tutela administrativa y vagando de un lugar a otro, por lo cual estima preciso la imposición de dicha medida para su control –fundamento jurídico primero-.

Un ejemplo más de esta apreciación viene dado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla num. 271/2004, de 23 de abril⁷²⁸, la cual confirma la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado por la comisión de un delito homicidio en grado de tentativa en base a las siguientes circunstancias: carece de respeto hacia los demás, no asume normas, enfrentamientos..., tendencia a hacer su voluntad, irascible, ansiedad, baja autoestima y falta de confianza en sí mismo; es claro que la medida ahora impuesta en sentencia la consideramos ajustada en atención a las circunstancias y el interés del menor, porque a través de ella se puede llevar a cabo un control más efectivo del joven que permita trabajar con él la modificación de las conductas inadecuadas así como la implantación de otras ajustadas que permitan mejor adaptación al entorno – fundamento jurídico quinto-.

Otro factor a tener en cuenta es la personalidad del menor, la cual fuerza a apreciar el carácter, tendencias, equilibrio psicológico, salud y factores externos explicativos de su configuración⁷²⁹. En torno a esta cuestión, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 87/2003, de 23 de septiembre⁷³⁰ aprecia para justificar la imposición de la medida de internamiento en régimen semiabierto –además de los hechos- el inadecuado ajuste interpersonal con dificultades para que el menor encuentre su propio equilibrio emocional, por el momento vital en que está inmerso - fundamento jurídico cuarto-.

⁷²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 17 de mayo de 2002 (JUR 2002/189461).

⁷²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla num. 271/2004, de 23 de abril (JUR 2004/162271).

⁷²⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 180. En el mismo sentido, CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 85 y 86.

⁷³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 87/2003, de 23 de septiembre (JUR 2003/258113).

Igualmente será un elemento a tener en cuenta la deficiente educación o el haber sido víctima de delitos durante la infancia, los cuales pueden ser la causa de que la madurez sea menor. En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona num. 206/2002, de 15 de mayo⁷³¹ justifica la imposición de una medida de internamiento en régimen semiabierto teniendo en cuenta los siguientes aspectos del menor: en dicho informe se indica que el menor de edad, además de haberse visto presuntamente implicado en diversos hechos delictivos lleva una vida totalmente social y relacionada con el mundo delictivo, sin acudir a la escuela desde los 12 años, no habiendo recibido desde entonces formación educativa o asistencia de los servicios sociales alguna. Se describe su situación como la de un menor sin ningún límite ni hábito adquirido, siendo violento y careciendo de control sobre sus propios actos. A ello se une una situación de sobreprotección familiar motivada por la negativa de la madre a adoptar cualquier medida en relación con su hijo que le suponga a éste restricción, aunque a largo plazo pueda suponerle beneficio, no existiendo un principio de autoridad en el ámbito familiar multi-problemático en que se halla inserto el menor de edad. Cabe considerar, de lo expuesto, que está plenamente justificada la consideración de que cualquier intervención de naturaleza educativa o formativa del menor de edad haya de realizarse fuera del entorno familiar pues la carencia de recursos en dicho ámbito para transmitir al menor los valores y actitudes de necesario desarrollo para su re-socialización es evidente -fundamento jurídico primero-. Del mismo modo, también se pone de manifiesto la deficiente educación en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria num. 56/2004, de 11 de junio⁷³² -fundamento jurídico primero-.

La necesidad de valorar tales factores a la hora de elegir la medida correspondiente es evidente, pero aún lo es más en el momento de motivar la sentencia. Y es que no es infrecuente que Jueces y Tribunales justifiquen la sanción en que no se trata de penas sino de medidas educativas que van a beneficiar al menor, lo que adolece de la falta de referencia a la imposibilidad de recibir esa intervención fuera de un centro de internamiento en aras al principio de intervención mínima⁷³³.

⁷³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona num. 206/2002, de 15 de mayo (JUR 2002/188946).

⁷³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria num. 56/2004, de 11 de junio (JUR 2004/188486).

⁷³³ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 73 y 74. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia num. 33/2006 –antes mencionada– en la que se contiene una sucinta referencia a factores de carácter educativo y al desconocimiento de las actividades del menor por parte de la familia sin mayor abundamiento.

Hay que recordar que el principio de individualización de las medidas judiciales hace que se tenga que optar por la más idónea para cada menor, y la decisión de imponer una sanción de internamiento ha de venir determinada tanto por la gravedad del hecho como por las características del menor infractor. Se podría llegar a la conclusión por el juzgador en la que si el menor tiene una situación personal y social difícil en la que no cuenta con apoyo familiar ni del entorno, parece revelarse que la opción es acudir a una medida de internamiento con la finalidad de que el menor pueda comenzar a subsanar sus carencias en un entorno en el que estará absolutamente controlado. Los jueces por tanto optan por la solución que va a tener una mayor influencia educativa en el menor, aunque esto suponga aumentar el carácter aflictivo de la situación. Sin embargo, esto supone un trato desigual de los menores que han de recibir la sentencia del juez. Se podría pensar, en principio, que esta intervención de especial intensidad responde de forma óptima a la situación del joven infractor que además tiene problemas personales y educativos, puesto que le aleja de su entorno y le ofrece oportunidades para iniciar un proceso de adecuada socialización, aunque sea en un contexto coactivo. Pero habría que comprobar si las consecuencias que se derivan de la imposición de esta medida concluyen en una incorporación del menor a una situación personal y social más normalizada, aspecto que ponemos en duda⁷³⁴.

La flexibilidad que establece el artículo 7.3 LORRPM como regla general para la determinación de la medida a imponer, debe matizarse. La referencia a la valoración jurídica de los 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 LORRPM⁷³⁵. Hay que indicar en este punto que la redacción del artículo 7.3 LORRPM, 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 solo a la prueba y la

⁷³⁴ PÉREZ JIMENEZ, Fátima, *Menores infractores...*, *ob. cit.*, pág. 468 y 469.

⁷³⁵ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 129. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza num. 457/1997, de 11 de diciembre (ARP 1997/1999) revoca un mes de internamiento cerrado impuesto a un menor por la comisión de una tentativa de robo con intimidación con utilización de objeto peligroso por entender que la falta de gravedad de los hechos, falta de personalidad agresiva del menor y carácter reductivo del internamiento no justifican tal medida que es sustituida por otra de un mes de libertad vigilada.

valoración jurídica. Con esa redacción el legislador está utilizando una formulación 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 al menor en el proceso penal de menores puede quedar relajada, pasando a un segundo plano, y eso no solo es inexacto, sino que una interpretación de ese carácter sería contraria al propio texto constitucional y al principio inexcusable de presunción de inocencia, en tanto que –como ocurre en el proceso penal de adultos- los hechos o son probados por la parte acusadora o simplemente jurídicamente no existen, de forma que, de los hechos no probados no pueden derivarse consecuencia jurídico-penal alguna⁷³⁶. Distinta apreciación debe hacerse a la 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, esa valoración jurídica de los hechos declarados probados la que habrá que conjugarse con el interés superior del menor en la determinación de la medida aplicable por el Juez de menores en el caso concreto⁷³⁷.

En base a tales considerandos, la valoración jurídica de los hechos no es criterio principal sino límite a la individualización de la medida⁷³⁸. Y ello en función del

⁷³⁶ El Juez de Menores ha de realizar una ponderación de las pruebas de cargo y descargo practicadas que expliciten las razones del resultado probatorio alcanzado, porque, además de que así lo exigen los artículos 7.3, 38 y 39 de la Ley, según la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 111/1999, de 14 de junio y 120/1999, de 28 de junio y 5/2000, de 17 de enero), la total ausencia de fundamentación del relato fáctico afecta al derecho a la presunción de inocencia, por cuanto la explicitación de la prueba que pueda sustentar los hechos declarados probados y en consecuencia, en nuestra jurisdicción una medida, constituye un factor relevante no solo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba, sino también de que se pueda llevar a cabo un control de la existencia o inexistencia de prueba de cargo por la Sala de Menores, tribunal superior e incluso por el Tribunal Constitucional. Es decir, solo de esta manera tales Tribunales pueden efectuar un control de la virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones alcanzadas por el Juez de Menores para considerar justificados los hechos incriminadores del menor al que finalmente se le ha impuesto una medida. MARTÍN SÁNCHEZ, Ascensión, “Instrucción del procedimiento: reglas generales” en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pág. 178. Se habla de desafortunada y equivoca alusión gramatical, que solo es concebible si entendemos que se quiso decir “a los hechos probados”. GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 108.

⁷³⁷ BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 238.

⁷³⁸ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 102. BUENO ARUS critica la referencia a la valoración de los hechos porque entiende que el Derecho penal de menores se basa en un elemento tan subjetivo como las necesidades de desarrollo de la personalidad del sujeto, y no en datos objetivos, como la naturaleza del delito o la gravedad de los hechos, si bien acepta que la violencia que se

principio de proporcionalidad⁷³⁹, propio del sistema de penas y que es de aplicación también aquí, si bien no con todo el rigor con que en aquel tiene vigencia. Se plasma en las reglas del artículo 9 y es criterio de individualización de las medidas en este artículo 7.3 comentado. La valoración jurídica de los hechos pesa lo suficiente como para evitar que se pueda imponer a una infracción leve una medida grave, o como para que las medidas graves solo se apliquen a las infracciones graves⁷⁴⁰.

Las circunstancias del menor permiten modular la medida a aplicar pero no vulnerar el derecho constitucional de la persona a la proporcionalidad. La proporcionalidad actúa como un límite a la flexibilidad proclamada por la Ley. No obstante, se supone que la relajación que se permite del principio de proporcionalidad - más propio del Derecho penal de adultos- a favor de una mayor flexibilidad en la adopción de la medida más adecuada a los fines resocializadores tiene su fundamento en la satisfacción de ese interés superior del menor que preside toda la regulación⁷⁴¹.

Si bien es cierto que, como se ha destacado, en su redacción original la Ley establecía claramente una ruptura con el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción a favor de una mayor atención a las circunstancias del autor⁷⁴², la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2006 aboga claramente por una conciliación entre el principio del interés superior del menor y el objetivo de lograr una mayor proporcionalidad y ello para no caer en un modelo claramente sancionador o retributivo⁷⁴³. Lógicamente, la proporcionalidad entre la gravedad de la medida y el hecho cometido constituye una exigencia de justicia que no se puede ignorar⁷⁴⁴. El

manifiesta en el comportamiento del sujeto puede tomarse como un dato revelador de su personalidad. BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 99.

⁷³⁹ La valoración jurídica de los hechos ha sido interpretado por la doctrina como un resquicio del principio de proporcionalidad. PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, *ob. cit.*, pág. 85.

⁷⁴⁰ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, *ob. cit.*, pág. 1559.

⁷⁴¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, “El derecho penal de menores en el Estado social y democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor”, *ob. cit.*, pág. 72.

⁷⁴² En este sentido, la Exposición de Motivos consigna que (...) al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción(...).

⁷⁴³ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva Mª, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 102.

⁷⁴⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 29. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga num. 218/2001, de 12 de julio (JUR 2001/288343)

sistema de Derecho penal de menores reinterpreta, en virtud del principio rector representado por el interés del menor, el dogma de la proporcionalidad entre el hecho delictivo y la sanción aplicable al mismo⁷⁴⁵. En este sentido, manteniendo las exigencias garantistas forjadas por la configuración del Estado de Derecho, quiebra las pretensiones de responsabilidad que demandase la estricta correspondencia con la gravedad del hecho.

Las distintas reformas de la LORRPM han ido fortaleciendo el principio de proporcionalidad en línea con el Derecho Penal de adultos. Al respecto es significativa la expresa disposición del artículo 10 LORRPM, relativa a la imposición obligatoria de la medida de internamiento en régimen cerrado. O bien, ante la posibilidad del cumplimiento del resto de la medida de internamiento del menor una vez cumplida la mayoría de edad o, cuando las mismas se determinen cuando el menor ya haya cumplido los 21 años de edad, en un establecimiento penitenciario⁷⁴⁶.

Por todo lo expuesto se concluye que en la determinación de la medida de internamiento debe existir un cierto margen de elección, que no arbitrariedad, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso y a la valoración del mencionado interés del menor. Téngase en cuenta que la decisión concerniente a la medida a aplicar ha de buscar esencialmente el interés del menor, pero sin prescindir absolutamente de los hechos. Y es que, en definitiva, ambos elementos, aparentemente autónomos, presentan notables espacios de intersección. De esta forma, desde el uso razonable de tal principio, los tipos delictivos encorsetados como presupuestos de aplicación de la medida permiten la posibilidad de excluir la medida de internamiento en régimen cerrado cuando la flexible valoración de las circunstancias planteen al juzgador la adopción de otra medida.

afirma expresamente tal principio de proporcionalidad en el ámbito de menores –fundamento jurídico primero–.

⁷⁴⁵ PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, *ob. cit.*, pág. 84.

⁷⁴⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, “El derecho penal de menores en el Estado social y democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor”, *ob. cit.*, pág. 74.

3.- Carácter de última ratio de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Aún cuando la LORRPM no declara de forma explícita el carácter de última ratio de esta medida⁷⁴⁷, éste es afirmado expresamente por la doctrina⁷⁴⁸ y normativa internacional⁷⁴⁹, ya que, en cualquier caso, nuestra Constitución obliga a interpretar la LORRPM de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España y, más en concreto, el art. 39.4 otorga a los niños la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En concordancia con lo apuntado, la jurisprudencia manifiesta que el internamiento debe adoptarse 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 perseguidos⁷⁵⁰. Repárese en que el derecho fundamental afectado es la libertad protegida en el artículo 17 de la Constitución Española y de la que sin duda son titulares los menores. Su privación solo puede tener lugar en los casos y con la forma determinados en la Ley, como reza el precepto constitucional. De ahí que haya que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la necesidad de una cuidadosa interpretación de las normas limitadoras y propugnar siempre la exégesis más favorable a la protección y límites del Derecho.

⁷⁴⁷ Si la había en el artículo 17 del Decreto de 11-6-1948 antes de su modificación por la LO 4/1992 para los internamientos en centros de tipo correctivo. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 145.

⁷⁴⁸ CARMONA SALGADO, Concepción, “Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, ob. cit., pág. 924.

⁷⁴⁹ Efectivamente, la Convención sobre Derechos del niño dispone que la prisión en la infancia se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. En similares términos se expresan las Reglas de Beijing, que aluden al confinamiento de menores como último recurso y por el más breve plazo posible y a que la privación de libertad se infligirá siempre que no haya otra respuesta adecuada. Casi idéntica resulta la dicción de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, a cuyo tenor el encarcelamiento también es el último recurso y debe decidirse por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. Finalmente, la Recomendación núm. R 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa habla tanto de internamiento indispensable así como de casos en que no puede evitarse una pena privativa de libertad. Alude a tales cuerpos legales para justificar el carácter de última ratio del internamiento y desestimar la apelación que reclamaba tal medida ante un robo con violencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén num. 3/2003, de 30 de enero (JUR 2003/84107) –fundamento jurídico tercero–, Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas num. 216/2002, de 26 de septiembre (JUR 2003/23028) –fundamento jurídico primero–. En sentido similar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza num. 457/1997, de 11 de diciembre (ARP 1997/1999) –fundamento jurídico segundo–.

⁷⁵⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 79.

La privación de libertad es la última ratio, lo que en relación con las reacciones en el ámbito de la justicia de menores debe suponer que solo se establezcan medidas de internamiento en casos de graves delitos de violencia contra personas o de frecuente repetición de otros delitos graves y solo cuando no se disponga de otras medidas más adecuadas⁷⁵¹. Sólo debería acudir a tal consecuencia jurídica cuando se muestre como absolutamente inevitable⁷⁵².

4.- Principio acusatorio.

La LORRPM establece una jurisdicción penal que, como tal, y sin perjuicio de sus connotaciones especiales, debe respetar los principios básicos del enjuiciamiento penal, pues estos constituyen garantías constitucionales irrenunciables que no pueden excluir a los menores⁷⁵³. El principio acusatorio constituye un presupuesto básico del enjuiciamiento penal, aún cuando no esté proclamado con tal denominación en el artículo 24 de la Constitución, pues éste recoge la manifestación de su contenido esencial, que es el derecho a ser informado de la acusación formulada, lo que implica necesariamente la debida congruencia entre la acusación de la que se informa y el fallo que pueda dictarse en definitiva⁷⁵⁴. Además, su exigencia deviene del artículo 6.3 a) y

⁷⁵¹ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las Garantías del Menor Infractor*, ob. cit., pág. 82.

⁷⁵² ABEL SOUTO, Miguel, "Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004", ob. cit., pág. 82.

⁷⁵³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 185. Cabe preguntarse, por que la Ley dedica un precepto legal expreso a reiterar la vigencia del principio acusatorio, cuando esta vigencia se encuentra implícita en cualquier regulación de naturaleza sancionadora y cuando, por otra parte, el Legislador no ha estimado necesario reiterar en la Ley la vigencia de todos y cada uno de los demás principios fundamentales del enjuiciamiento penal. La respuesta es sencilla si nos apercebimos de que, bajo el epígrafe de principio acusatorio, en el artículo 8 que comentamos, no se enuncia en realidad dicho principio que se da por supuesto, ni se establece la necesidad de respetar todo lo que el principio implica. Lo único que en realidad establece son dos restricciones que era efectivamente necesario explicitar porque la primera no ha sido reconocida como una consecuencia derivada con carácter general del principio acusatorio por la doctrina jurisprudencial mayoritaria, y porque la segunda es específica de la Jurisdicción de Menores. La primera de dichas restricciones, establecida en el párrafo primero del precepto analizado, dispone que el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Con ello se aclara que el órgano jurisdiccional no solamente no puede imponer una sanción de naturaleza más grave que la interesada por la acusación sino tampoco de la misma naturaleza en una extensión temporal superior, criterio legal que era necesario explicitar, pues no coincide con la interpretación de la normativa reguladora del procedimiento penal de adultos realizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

⁷⁵⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 187.

b) de la Convención Europea de Derechos Humanos y del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁷⁵⁵.

En virtud del principio acusatorio, la medida no puede ser más grave, entendida como mayor restricción de derechos ni de mayor duración que la solicitada por el Ministerio Fiscal o el acusador particular⁷⁵⁶. En primer lugar, de esta norma se infiere una regla de mínimos, en tanto que el menor no puede ser de peor condición que un adulto en su misma situación⁷⁵⁷. En opinión de CERVELLÓ DONDERIS esta prohibición actúa como garantía pero también es una gran limitadora a la inicial discrecionalidad judicial que inspira toda la LORRPM en virtud del principio de flexibilidad⁷⁵⁸. Respecto a tal opinión, por nuestra parte entendemos necesariamente justificada la limitación que impone el principio acusatorio a las amplias facultades de elección del juzgador en este campo, en tanto que su omisión impondría una inexcusable arbitrariedad judicial contraria a cualquier proceso dotado de garantías y más propio de un régimen tutelar.

Un segundo aspecto de este principio es que la duración de la medida privativa de libertad tampoco puede exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad si se hubiera tratado de un adulto (art. 8.2 LORRPM). Esta segunda cuestión ha sido criticada por BUENO ARUS quien entiende que tal precepto no es acertado porque atribuye a una medida basada en las necesidades educativas de un menor los criterios retributivos propios de la legislación penal de adultos⁷⁵⁹. Trayendo a colación parcialmente nuestro anterior comentario, consideramos que esta segunda proyección del principio acusatorio deviene esencial si queremos evitar un trato pernicioso en el enjuiciamiento penal del menor respecto del adulto. Tal límite no obsta a la implicación

⁷⁵⁵ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 196.

⁷⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real num. 11/2002, de 30 de septiembre (JUR 2003/8752), cuyo fundamento jurídico sexto señala que en modo alguno hay vulneración del principio acusatorio cuando la medida impuesta resulta más favorable para el menor que la solicitada por la acusación, por más que se alargue el tiempo de la libertad vigilada, pues se acorta el internamiento en régimen cerrado que es la medida más gravosa para el menor, cauro tampoco se observan el resto de infracciones o vulneraciones que se denuncian para estimar en definitiva que la medida no sería adecuada al interés del menor o que no estaría justificada. También expresamente lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga num. 218/2001, de 12 de julio (JUR 2001/288343) – fundamento jurídico primero-.

⁷⁵⁷ BENITO LÓPEZ, Alejandro M^a, “La Ley Penal del Menor y su aplicación”, *ob. cit.*, pág. 77.

⁷⁵⁸ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 54.

⁷⁵⁹ BUENO ARÚS, Francisco, “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 320.

educativa de la medida pueda efectuar, teniendo en cuenta, como ya subrayamos, que la misma no es un instrumento de socialización primaria.

Con todo queda patente que no se puede olvidar completamente la valoración del hecho cometido, máxime si se tiene en cuenta que a los mayores de dieciséis años se le puede aplicar una medida de internamiento de hasta ocho años de duración –art. 10.2 b) LORRPM-, seguida en supuestos graves, de otros cinco de libertad vigilada⁷⁶⁰.

De este artículo se desprende claramente que no se pueden imponer medidas privativas de libertad por unos hechos que en el Código penal no lleven aparejadas penas de la misma naturaleza. Por tanto, las medidas privativas de libertad, teniendo en cuenta la forma en que esta redactado el art. 8, párrafo segundo, solamente se pueden imponer si el menor ha cometido hechos penalmente típicos castigados en el Código penal con penas privativas de libertad⁷⁶¹.

Por otra parte, la expresión «pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho» no debe entenderse como remisión a los marcos penales abstractos que contempla el Código penal, sino que la comparación ha de realizarse con la pena concreta -tras atender al grado de ejecución, forma de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal- con la que se castigaría a un adulto, en consonancia con la literalidad del precepto. De suerte que será preciso determinar la hipotética privación de libertad que procedería conforme a la Ley penal, cálculo que representa una garantía para el menor⁷⁶². De esta forma, 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 del título III del Código penal, ya que la Ley no

⁷⁶⁰ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 84.

⁷⁶¹ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 351.

⁷⁶² ABEL SOUTO, Miguel, “Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 14. CADENA SERRANO, Fidel Ángel, “Las medidas previstas en la Ley del Menor”, *ob. cit.*, pág. 79. HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 350. ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 200. Vid. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza num. 371/2001, de 27 de septiembre (JUR 2001/292294), en la que se realiza un análisis pormenorizado de la pena que le podría haber correspondido al menor, si hubiera sido adulto, con la rebaja en uno o dos grados –fundamento jurídico noveno-. En el mismo sentido, vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga num. 218/2001, de 12 de julio (JUR 2001/288343) –fundamento jurídico segundo-. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia num. 64/2002, de 29 de junio (JUR 2002/232920), señala que no se podía imponer a un menor una medida superior a un año de internamiento, ya que en caso de haber sido un adulto la pena máxima a imponerle por el delito cometido era la de un año de prisión –fundamento jurídico primero-.

ha desarrollado criterios específicos de imputación en el ámbito de los menores⁷⁶³. A pesar de ello, alguna sentencia entiende que se refiere a la pena abstracta precisamente para rechazar que la comparación sea con la pena impuesta a un adulto previsiblemente sustituida o suspendida⁷⁶⁴. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1998 de 17 de marzo⁷⁶⁵ concedió amparo a un menor al que por la comisión de una falta de hurto frustrada se le había impuesto una medida de internamiento de cuatro meses. El motivo era que al ser mayor esta sanción que la pena que recogía el Código penal (Arresto Menor) se había vulnerado el principio de legalidad y proporcionalidad, ya que se dio preferencia a la necesidad de intervención educativa del menor sobre la gravedad del hecho, algo que no puede justificarse en sede punitiva. De esta manera no se puede imponer internamiento, ni siquiera abierto, si el delito cometido por el menor no tiene prevista pena privativa de libertad, y si la tuviera nunca de duración superior⁷⁶⁶.

En definitiva, la limitación establecida en el apartado segundo del art. 8 de la LORRPM está relacionada con los peligros que se derivarían de atender únicamente a los fines preventivo especiales que presuntamente caracterizan esta ley, pudiendo resultar desproporcionadas las restricciones de derechos en atención a la gravedad del hecho o incluso a la indeterminación de la medida si el sometido a la misma no evolucionara convenientemente. Los límites razonables de la prevención especial positiva se encuentran así dibujados por la proporcionalidad que toma como modulo de referencia la responsabilidad penal del adulto⁷⁶⁷.

Por nuestra parte, entendemos capital la reafirmación del principio acusatorio en el enjuiciamiento penal del menor en tanto que se erige como garantía fundamental en el

⁷⁶³ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 110.

⁷⁶⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 17 de mayo de 2002 (JUR 2002/189461) – fundamento jurídico cuarto-.

⁷⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional num. 61/1998, de 17 de marzo (RTC 1998/61) la cual sostiene expresamente “Así, junto con la necesaria flexibilidad de que ha de disponer el Juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad, también es preciso que se sujete a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, reconocidos en algunos casos en la propia LTTM -las medidas impuestas no pueden exceder de la mayoría de edad civil-, y en otros implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o 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».

⁷⁶⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 71.

⁷⁶⁷ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 109.

momento de la elección y determinación de duración de la medida, sin que la vigencia de este principio haya de suponer una merma de las particularidades que deben presidir este ámbito habida cuenta que actúa, junto con el principio de proporcionalidad, como un límite positivo a las facultades discrecionales del juzgador, impidiendo que el joven infractor no sea objeto de medidas más gravosas o duraderas que las susceptibles de ser impuestas a un adulto ante la comisión de idéntico supuesto delictivo.

III.- Ámbito de aplicación de la medida.

1.- Presupuestos de aplicación de la medida.

El apartado segundo del artículo 9 establece los presupuestos de aplicación de la medida más grave de cuantas contempla la LORRPM, los cuales se han ampliado tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 8/2006⁷⁶⁸. Tal precepto en opinión de CONDE-PUMPIDO aplica un criterio de congruencia proporcional entre la gravedad del hecho y la medida sancionatoria⁷⁶⁹, reservando la aplicación de la medida de internamiento a tales supuestos, los cuales implican la mayor restricción de flexibilidad y libertad en la imposición de las medidas, cayendo en finalidades retributivas o de prevención general⁷⁷⁰.

A continuación, se analizará la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los mismos, haciendo especial referencia a los problemas que plantea la novedosa previsión relativa a los casos en que el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dado que tal caso está llamado a tener un alto índice de aplicación en cuanto que a menudo representa el *modus operandi* de actuación de los menores.

⁷⁶⁸ Para la FGE (Circular 1/2007 sobre criterios interpretativos sobre la reforma de la legislación penal de menores de 2006) no parecía lógico limitar, como hacia la LORRPM en su redacción original, la posibilidad de imponer la medida a los supuestos en los que se hubiera empleado violencia o intimidación en las personas o se hubiera generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. con esta fórmula restrictiva, se impedía a radice la imposición de la medida a supuestos de gravedad en los que los medios comisivos eran otros.

⁷⁶⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 50 y 51.

⁷⁷⁰ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 203.

A) Hechos tipificados como delito grave en el Código penal o en leyes penales especiales.

En primer término, la medida de internamiento en régimen cerrado se puede aplicar a cualquier delito castigado con pena grave⁷⁷¹, no especificando el art. 9.2 a) de la LORRPM que haya de ser una pena privativa de libertad, a diferencia de lo establecido en el art. 10.2 del citado texto. Con ello se parece establecer 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 Fiscalía General del Estado para considerar, acertadamente, que ha de hacerse una interpretación restrictiva de este apartado, considerando que la cláusula solo habilita para imponer tal clase de internamiento cuando los hechos tipificados como delito grave por el Código penal tengan asignada pena privativa de libertad que, para ser considerada grave, tendría que superar los cinco años. En todo caso, la aplicación de esta regla omite cualquier otra circunstancia que concurra en los hechos, por lo que se amplía extraordinariamente las posibilidades de imposición de la medida de internamiento en régimen 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 sentencia cuando lo entienda necesario para atender a las necesidades preventivas que presente el caso concreto⁷⁷².

Esta previsión para la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado era ya reclamada desde el origen de la legislación de menores⁷⁷³, por entenderse

⁷⁷¹ A tenor del artículo 13 en relación con el 33 del Código penal, 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 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 aquellos familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo superior a cinco años.

⁷⁷² DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 283.

⁷⁷³ En este sentido, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Valencia, 2000, págs. 29 y 30. En el marco de las conclusiones aprobadas 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

más coherente con la ordenación valorativa de los delitos, mientras que la mera referencia a la violencia o la intimidación y al riesgo para la vida o la integridad no es siempre extrapolable a los delitos graves.

Al contrario, hemos de manifestar nuestro rechazo a la inclusión de este supuesto en tanto que cualquier ampliación del régimen de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado es contraria a los postulados educativos de la Ley y al carácter de *última ratio* que debe guiar su determinación. Con esta modificación, parece que la medida aspira a extenderse prácticamente a todo el núcleo importante de la delincuencia juvenil.

B) Delitos menos graves si son cometidos con violencia e intimidación en las personas o han generado grave riesgo para la vida o integridad de las mismas.

En segundo lugar, el internamiento en régimen cerrado cabe imponerlo para cualquier delito menos grave en el que haya intervenido violencia, intimidación o se ejecute originando un grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas. Con esta expresión se limita a los delitos considerados menos graves con arreglo al art. 33 del Código penal, entre ellos los castigados con la pena de prisión de menos de cinco años. Estamos ante dos circunstancias que, sin ser autónomas del Derecho penal de menores, confieren a éste una cierta peculiaridad sustantiva al disponerse como factores o elementos integrantes de los delitos realizados por menores.

En relación al primer supuesto, con la referencia a los delitos menos graves ejecutados con violencia o intimidación, el legislador ha querido atender a los modos comisivos, al desvalor de la acción y no al desvalor de resultado ni al bien jurídico

entidad que el internamiento en régimen semiabierto y que cometidos por jóvenes que habitualmente inciden en la comisión de delitos no suponen para estos el límite cuyo conocimiento es imprescindible para el correcto proceso educativo”. Igualmente, lamentando que no se pudiera aplicar como medida cautelar el internamiento en régimen cerrado cuando el menor se encontraba inmerso en una escalada de delitos no enjuiciados pero graves, perpetrados sin violencia o intimidación y abogando 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, Miguel Ángel, “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, *ob. cit.*, pág. 1563.

protegido⁷⁷⁴. Para precisar este primer supuesto, resulta obvio delimitar los conceptos de intimidación y violencia.

De esta forma, en primer lugar, para aproximarnos al concepto de intimidación podemos aludir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986⁷⁷⁵, en cuyo fundamento jurídico segundo se expone que “la intimidación representa un sucedáneo, de hechura y cariz psicológico, de la violencia física, tratando de conseguir el sujeto, merced al despliegue de amenazas explícitas o deducibles de su actitud, gestos, instrumentos que esgrime o de que se acompaña, etc., el sometimiento de voluntad de la víctima, viciada su libre decisión, apoderándose de tal modo de los objetos o efectos que aquella poseyese; concurriendo tal intimidación -como resalta la jurisprudencia cuando se ejecutan actos o hechos que por su propio valor o circunstancias en que tienen lugar determinan coacción o pánico en el ánimo de la persona amedrentada -sentencias de 25 de febrero de 1975 (RJ 1975\626), 17 de junio de 1981 (RJ 1981\2750), 29 de noviembre de 1982 (RJ 1982\7222) y 11 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5398)-. La intimidación ofrece una fuerte carga de subjetividad, y sin perjuicio, naturalmente, de que los hechos, en sí mismos, ofrezcan un mínimo coeficiente de idoneidad o significación para suscitar el temor en el ánimo del conminado, habiendo de atenderse al caso concreto, a las condiciones y situación de la persona intimidada, lugar, tiempo y cualesquiera perspectivas fácticas de razonable valoración, bastando con que los actos intimidatorios coaccionen a la persona intimidada y que tal efecto impulsara la intención del autor”.

Asimismo, téngase en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1992⁷⁷⁶ donde manifiesta que la «intimidación» puede producirse por medio de palabras amenazantes o por medio de hechos concluyentes, o por ambos medios conjuntamente [v. SS. 22 marzo y 12 mayo 1986 (RJ 1986\1682 y RJ 1986\2456)];

⁷⁷⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores, ob. cit.*, pág. 199.

⁷⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986 (RJ 1986/3150). Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo num. 1198/2000, de 28 de junio (RJ 2000/5805) define la intimidación como una coacción moral que se proyecta sobre la capacidad de decisión de la víctima, cuya voluntad se doblega acomodándola a los deseos de quien la ejerce mediante la amenaza injusta e ilícita de un mal grave e inminente, de suerte que la conducta de la víctima se realiza no por el ejercicio libre de su voluntad, sino por la coacción psicológica que soporta, que genera una inquietud anímica apremiante y una aprensión racional o recelo más o menos justificado.

⁷⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1992 (RJ 1992/8219).

bastando, en general las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando por las circunstancias coexistentes haya de reconocérseles idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido [v. SS. 12 febrero y 25 septiembre 1991 (RJ 1991\1015 y RJ 1991\6568)]. Ello no obstante, para que exista intimidación valorable penalmente es necesario un comportamiento por parte del sujeto activo que se estime adecuado para infundir miedo. Es decir, que sea objetivamente adecuado, dadas las circunstancias concurrentes, para causar temor [v. S. 8-7-1991 (RJ 1991\5644)]. La peligrosidad objetiva del medio empleado carece de relevancia⁷⁷⁷.

Acotado el concepto de intimidación, procede realizar una aproximación a la definición de violencia. En este sentido, por violencia se puede entender aquella conducta agresiva en la que el autor o perpetrador usa su propio cuerpo o un objeto (incluyendo un arma) para infligir daño o malestar a otro sujeto⁷⁷⁸. Es una conducta positiva, con lo que no será aplicable a las conductas omisivas, de resistencia pasiva u obstrucción. Podría pensarse que el concepto incluye la violencia psíquica tras la reforma de la LO 14/1999, pues en el tipo del artículo 153 CP⁷⁷⁹ se utiliza por primera vez en el texto codificado la expresión violencia para definir la física y la psíquica. Se descarta por el contrario, que en una interpretación extensiva en exceso el entendimiento del elemento normativo violencia pueda ser equiparado a la vis in rebus, o fuerza en las cosas, pues ampliaría las posibilidades más allá de los límites razonables que impone la ratio de la norma⁷⁸⁰.

Realmente, desde el punto de vista científico, no se puede hablar de violencia juvenil como un fenómeno con dimensiones específicas, como una violencia mucho

⁷⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte Especial*. 18ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 406.

⁷⁷⁸ RECHEA ALBEROLA, Cristina, FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, “Panorama actual de la delincuencia juvenil” en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pág. 347.

⁷⁷⁹ Artículo 153 del Código penal establece que “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años (...)”.

⁷⁸⁰ LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel, *La Ley penal del menor y el Reglamento para su aplicación*, ob. cit., pág. 103.

más grave, cruel y peligrosa que el resto de manifestaciones violentas. La mayoría de los autores coinciden en la idea de que realmente la violencia juvenil no es muy diferente de la violencia adulta y que carece de elementos que le atribuyan una identidad propia⁷⁸¹.

Como sabemos, la violencia o intimidación, son conceptos normativos de utilización frecuente en el Código penal, pues junto a los delitos cuya mecánica comisiva necesariamente implica el empleo de la fuerza física (homicidio; lesiones...) o de cierto grado de coerción moral (amenazas condicionales, por ejemplo), encontramos otros a los que también pueden acompañar, como ocurre en la agresión sexual (art. 178 y 180 CP), la inducción a la prostitución (art. 188.1 CP), el allanamiento de morada (art. 202.2 CP), el robo (arts. 237 y 242 CP), la extorsión (art. 243 CP) o la usurpación (art. 245 CP), por lo que todos ellos permitirían la imposición del internamiento en régimen cerrado⁷⁸².

Por otra parte, en opinión de DOMINGUEZ IZQUIERDO, la referencia a que en la ejecución del delito menos grave se haya empleado violencia o intimidación debe ser entendida como excluyente de aquellos delitos que se agotan con el uso de esa violencia física o psicológica dado que parece aludir a un medio ejecutivo concreto, a una particular forma de ataque al bien jurídico que comporta un mayor contenido de injusto⁷⁸³. Entendemos favorable tal propuesta interpretativa en tanto que aboga por una aplicación reducida de la medida y resulta coherente con la propia naturaleza de los hechos que han de integrar el régimen de aplicación del internamiento. En efecto, el legislador parece aludir a un medio de ejecución, al desvalor de acción, atendiendo, en

⁷⁸¹ RECHEA ALBEROLA, Cristina, FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, “Panorama actual de la delincuencia juvenil”, *ob. cit.*, pág. 349.

⁷⁸² LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, *La Ley penal del menor y el Reglamento para su aplicación*, *ob. cit.*, pág. 103.

⁷⁸³ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 285. A salvo queda la modalidad de amenazas más graves, cuando son condicionales y de un mal que constituya delito, pues, tratándose de un delito catalogado como grave podría dar lugar a la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado en virtud del apartado anterior. En un sentido similar, CONDE PUMPIDO cree que no están incluidos en las categorías manejadas los supuestos de engaño, abuso de superioridad, circunstancias personales, abuso de enajenación, situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima y en general las hipótesis en que el autor se aprovecha de la posición de disminución de defensas de aquella, pero sin usar las tan citadas violencia o intimidación. Así no darían lugar a la medida de este precepto los tipos de los artículos 181.2 y 3, 183, 188 (salvo con violencia o intimidación) y 235.4. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 199.

contraposición a tal supuesto, al desvalor de resultado en la referencia “grave riesgo para la vida o integridad física”.

Cabe destacar, tal y como señala la Fiscalía General del Estado, que la ley no exige que la violencia o intimidación empleadas sean graves⁷⁸⁴ o especialmente relevantes, por lo que habrá que estimar comprendidos en los supuestos de habilitación delitos poco graves cuya descripción típica abarque el uso de la violencia física o compulsiva contra las personas⁷⁸⁵. En todo caso, independientemente de la efectividad de las propuestas interpretativas aludidas, hemos de indicar que el principio de equiparación a las penas de los adultos por los mismos hechos (art. 8.2) evitaría que el internamiento cerrado se aplique a los hechos subsumibles en tipos que no contemplen penas privativas de libertad, como el del artículo 455⁷⁸⁶.

Particular análisis merece la dicción legal “se ha empleado”. Sin especificar referencia al menor, consideramos que permite comprender los supuestos en que no haya sido el autor directo de la violencia o intimidación, pero haya actuado en concierto con el, participando como inductor, cooperador o cómplice (arts. 28 a) y b) y 29 CP)⁷⁸⁷, aunque en estos casos hay que realizar una cuidadosa ponderación de las circunstancias.

Por otra parte, la Reforma ha suprimido la referencia a que tales circunstancias vengan descritas como parte de los hechos y que pertenezcan a la calificación jurídica de los mismos, pues lo primero es obligado pero lo segundo puede no estar presente

⁷⁸⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004 de 22 de diciembre. En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 199. La enmienda num. 91 al Proyecto de LORRPM proponía que la violencia o intimidación fuesen graves. URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 152.

⁷⁸⁵ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, ob. cit., pág. 1561. Vid. Aplicando la medida de internamiento en régimen cerrado por un robo con violencia de vehículos, ocasionando lesiones, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 234/2007, de 17 de diciembre (JUR 2008/117512). Por el contrario, siendo escasa la violencia ejercida –un puñetazo– considera adecuada la medida de internamiento en régimen semiabierto, en un supuesto de robo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya num. 4/2005 de 21 de enero (JUR 2005/79255). También se detecta la existencia de resoluciones que revocan la imposición de una medida de internamiento en régimen semiabierto por la comisión de un delito de lesiones, sustituyendo tal medida por internamiento en régimen cerrado en base al empleo de violencia para causar la agresión – Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante num. 32/2003, de 6 de febrero (JUR 2003/76232)-.

⁷⁸⁶ Artículo 455 del Código penal dispone que “El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses”.

⁷⁸⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 200.

dado que existen ocasiones en que tales circunstancias son ajenas a la calificación jurídica de los hechos como una determinada figura. Se trata de un elemento que ha de estar presente en el correspondiente análisis valorativo del delito, a la hora de cuantificar el contenido del injusto, debiendo ser comprendido por el dolo del sujeto. Empero, si la medida se impone ante la comisión de una infracción que contienen como elemento típico el uso de la violencia o intimidación, la mera subsunción en el tipo hará innecesarias mayores motivaciones en la resolución, mientras que en los supuestos en que no sea así y se entienda concurrente este elemento, se hará precisa una motivación adicional acerca de la presencia de tales factores⁷⁸⁸.

El segundo presupuesto de aplicación integrado en este apartado viene determinado con la expresión “actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas”, en la que no se alude únicamente a la peligrosidad de la acción, sino ante todo a la necesidad de que en el hecho en cuestión llegue a apreciarse un resultado de peligro en concreto de dichos bienes jurídicos, lo que, en cualquier caso, parece excluir el delito de peligro abstracto, pues el adjetivo califica al resultado de peligro para la vida o la integridad física de una o varias personas, quedando claramente determinados los bienes jurídicos que se ven afectados por la acción del autor⁷⁸⁹. Al tratarse de un riesgo grave ello exigirá que aparezca ex ante como probable la producción de un resultado de lesión de la vida o de la integridad física de una o varias personas⁷⁹⁰. El pensamiento legislativo en este caso es el del bien jurídico protegido y desvalor de resultado, habiéndose seleccionado estos dos bienes jurídicos, sin duda de extraordinaria relevancia para fundamentar el supuesto. Por ello, constituye una base interpretativa de tal supuesto acudir asimismo a los tipos que describen un riesgo o peligro de estas características, ubicándose gran parte de ellos en el Título 17. Podemos citar entre otros los de los artículos 325, 341, 342, 343, 346, 348, 349, 350, 351, 352.2, 359, 361, 362, 363, 365, 381 y 382⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 202.

⁷⁸⁹ LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel, *La Ley penal del menor y el Reglamento para su aplicación*, ob. cit., pág. 103.

⁷⁹⁰ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, ob. cit., pág. 1561.

⁷⁹¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 201. Sobre el delito de conducción temeraria vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real num. 7/2004, de 27 de abril (JUR 2004/147724) “El menor que circula, obviamente sin carnet, a gran velocidad, de forma temeraria, llega a efectuarlo marcha atrás por una calle de esta ciudad hasta la confluencia con otra, circulando posteriormente en dirección prohibida. Negar que ello constituya

A pesar de la aparente facilidad interpretativa, la expresión grave riesgo para la vida o integridad de las personas ha originado pronunciamientos judiciales contradictorios en los delitos relativos a las drogas tóxicas ya que mientras en unos casos se consideran que afectan a la salud pública y por tanto no permiten el internamiento cerrado⁷⁹² –salvo que se trate de un supuesto en el que la pena prevista sea grave–, en otros se considera que suponen un peligro potencial claro para la salud e integridad de las personas acordando el mantenimiento del internamiento cerrado⁷⁹³ e

conducción temeraria o no ponga en peligro la vida e integridad de los peatones y quienes circulan, llegando a negar la inexistencia de riesgo porque afortunadamente los peatones que se disponían a cruzar por el paso de cebra no lo llegan a cruzar, no merece mayor comentario. Son inconsistentes tales alegaciones. La ausencia de identificación de los peatones concretos afectados no es relevante, pues de la testifical de los agentes intervinientes ha quedado suficientemente probado la producción del delito, y es obvio que dada la peligrosidad y gravedad de la conducta del menor, los agentes dedicaran su esfuerzo a detener su conducta y no a identificar a los peatones que se disponían en su momento a cruzar el paso de cebra, confirmándose la sentencia de instancia y manteniendo la medida de internamiento en régimen cerrado –fundamento jurídico segundo–. Por el contrario la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa num. 94/2002, de 15 de abril (JUR 2002/132324), respecto de un delito contra la seguridad del tráfico similar al anterior, aún admitiendo la creación de ese peligro concreto y por tener el menor un entorno familiar normalizado, opta por las medidas de trabajos en beneficio de la comunidad y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores –fundamento jurídico cuarto–.

⁷⁹² En este sentido, vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas num. 178/2001 de 12 de septiembre (JUR 2001/314296) en un caso de tráfico de drogas argumentando que si el delito contra la salud pública es un delito de peligro abstracto -STS de 24 de Mayo de 2000 (RJ 2000, 5771)-, su consumación tiene lugar sin que sea necesaria la ulterior producción de un resultado concreto o lesivo que conllevaría actuar con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas. “De modo que siendo el bien jurídico protegido por el tipo al que nos referimos la salud pública, el ataque a la vida o a la integridad física de las personas no se produce por el hecho de la comisión de este delito, sin perjuicio de reconocer el grave daño que sustancias como las que transportaba el menor pueden causar a la salud de las personas”. Finalmente, considera que el principio de legalidad impide la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado solicitada por el Ministerio Fiscal. Todo ello sin perjuicio de reconocer que, desde el punto de vista de política criminal, sería deseable una reforma legal que permitiera en determinados casos de delitos contra la salud pública acordar el internamiento solicitado a los menores de 18 años –fundamento jurídico primero–. En esta línea, también se pronuncia ulteriormente el mismo Tribunal en Auto num. 107/2002, de 28 de mayo (JUR 2003/223280), en cuyo fundamento jurídico tercero podemos leer que “los delitos de tráfico de drogas, tipificados en el art. 368 del Código Penal, son de riesgo abstracto. El bien jurídico protegido es la salud pública, interés difuso del que es titular la sociedad, y no la salud concreta de un consumidor de drogas concreto y determinado. obviamente, y como también señala el Juez de Menores, en determinados delitos de esta clase podrá apreciarse, además del riesgo abstracto para la sociedad podrá darse un riesgo concreto (por ejemplo, si el autor del delito suministra a un consumidor una sustancia gravemente adulterada, o si se suministra a una persona de salud especialmente vulnerable). No siendo así, en los casos en que no consta identificado el consumidor final, sólo puede apreciarse en estos delitos un daño contra el bien jurídico difuso que es la salud pública, y no contra personas concretas o determinadas, como parece exigir la citada regla segunda del art. 9 de la Ley del Menor. Debe tenerse en cuenta que este precepto se refiere a delitos contra la vida o la integridad física, no contra la salud; la integridad física y la salud pública son bienes jurídicos diferentes, protegidos por distintos preceptos del Código Penal.

⁷⁹³ Se ha considerado por el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja de 7 de febrero de 2003 que el introducir la droga que causa grave daño a la salud en un Centro de formación religioso supone un peligro potencial claro para la salud y la integridad física de las mismas, ya que nada impediría que no habiendo sido interceptada la droga se hubiera consumido con las graves consecuencias que de ello pudieran derivarse. Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja num. 22/2003, de 7 de febrero (JUR 2003/93576) –fundamento jurídico cuarto–. A favor de la aplicación de la medida de internamiento en estos casos, vid. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 59. LOPEZ LOPEZ entiende que el concepto jurídico de grave daño a la salud, a estos solos efectos,

incluso en otros lo excluye si se trata de drogas que no causan grave daño a la salud como los derivados del cannabis.

En cuanto al calificativo grave impone específicas exigencias de intensidad, inmediatez o inminencia en el peligro. Aunque la dicción gramatical requiere que los afectados sean una pluralidad de personas, al compararla con la de la violencia o intimidación se llega a la conclusión de que basta con el peligro individual. No será suficiente, sin embargo, como ocurría con la violencia o intimidación, con la subsunción en los tipos que incluyan el resultado de peligro, siendo preciso constatar que se trata de un peligro de las características reseñadas⁷⁹⁴. En todo caso, el Juez en los hechos probados (art. 39.1) ha de consignarlos con claridad⁷⁹⁵.

Precisados tales elementos, resta hacer referencia a las críticas doctrinales sobre la existencia de este presupuesto de aplicación. En este sentido, sostiene CRUZ BLANCA que si se opta por el criterio de tomar en consideración la gravedad del delito para la imposición de la medida de internamiento, sería deseable una mayor dosis de determinación y seguridad jurídica, suprimiendo la vaguedad de expresiones, tales como “empleando violencia o intimidación” o “actuando con grave riesgo”, bien por un elenco de delitos determinados, bien señalando su gravedad a través de la alusión a la pena que le corresponde en el Código penal⁷⁹⁶.

También censura tal régimen de aplicación, aunque desde otra perspectiva, CUELLO CONTRERAS, quien estima que el criterio para agravar la medida a imponer al menor basado en la naturaleza violenta del delito o su efecto de riesgo para la vida es

puede ser equiparado al grave riesgo para la vida o integridad física de las personas del art. 9.2 LORRPM, por lo que el delito del art. 368 podría castigarse con la medida de internamiento en régimen cerrado. LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel, *La Ley penal del menor y el Reglamento para su aplicación*, ob. cit., pág. 103. Según CONDE-PUMPIDO los bienes puestos en peligro son la vida e integridad física, debiéndose añadir las referencias a la salud (arts. 325, 363), al tratarse de concepto atinente a ambos. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 201.

⁷⁹⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 201.

⁷⁹⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *ibidem*, pág. 200.

⁷⁹⁶ CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 322. En esta misma línea se pronuncia CERVELLÓ DONDERIS quien considera que podría haberse constituido un listado de conductas delictivas consideradas especialmente graves ya que de lo contrario se dejan a un absoluto arbitrio judicial. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 67.

un límite excesivo al fin resocializador perseguido por la LORRPM, hasta tal punto que puede dar al traste con el⁷⁹⁷.

Concluyendo, el internamiento en régimen cerrado solo podrá aplicarse en las hipótesis en que se haya constatado, bien delitos realizados con empleo de violencia o intimidación en las personas cualquiera que sea su clase, bien delitos de peligro concreto para la vida o la integridad física de las mismas siempre que ese peligro sea grave, bien supuestos de tentativa y de consumación en el resto de delitos de resultado, en los que se haya actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas⁷⁹⁸. Como los distintos estudios dogmáticos ponen de manifiesto, los robos con violencia o intimidación en las personas y las lesiones adquieren una especial incidencia en esta clase de infractores, lo que paradójicamente sitúa a la adopción del internamiento en régimen cerrado entre el grupo de medidas por el que podría optar el órgano jurisdiccional⁷⁹⁹. En esta línea hay que indicar que las teorías criminológicas más actuales distinguen entre delincuencia juvenil y carreras delictivas de los menores. Se sabe que muchos menores se involucran en conductas delictivas durante la adolescencia, pero solo algunos de ellos van a persistir en las mismas más allá de este periodo evolutivo. A pesar de ello, la comisión temprana y reiterada de delitos violentos contra objetos es el índice que mejor predice la futura comisión de delitos violentos contra las personas. La posibilidad de detectar a estos sujetos podría ser muy relevante para intervenir con ellos desde políticas de prevención⁸⁰⁰ y para evitar la imposición de la medida de internamiento.

C) Los hechos tipificados como delito cometidos en grupo o si el menor perteneciere o actuara al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

El art. 9.2 c) añade, como nuevo supuesto incorporado tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2006 que puede determinar la aplicación de una medida de

⁷⁹⁷ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 61.

⁷⁹⁸ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, *ob. cit.*, págs. 1561 y 1562.

⁷⁹⁹ PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, *ob. cit.*, pág. 132.

⁸⁰⁰ RECHEA ALBEROLA, Cristina, FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, “Panorama actual de la delincuencia juvenil”, *ob. cit.*, pág. 357.

internamiento en régimen cerrado, los delitos si estos se ejecutan en grupo o por menores que pertenecen a una organización o asociación criminal o actúan a su servicio, abordando, de este modo, conjuntamente, dos fenómenos muy distintos cualitativamente y que no deberían entenderse en todo caso equiparables⁸⁰¹.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007 señala que “la desmedida amplitud de la letra 9.2 c) en una interpretación literal permitiría incluir fenómenos delictivos no susceptibles de reconducirse a formulas especialmente criminógenas, por lo que ha de ser objeto de una exégesis restrictiva que deje fuera supuestos en los que la actuación colectiva no revista un especial carácter lesivo y no sea más que una manifestación de las tendencias grupales tan frecuentes durante la adolescencia. De hecho, desde una perspectiva criminológica debe tenerse en cuenta que los menores infractores con frecuencia cometen delitos en grupo, en el que cada menor adopta un papel distinto, unos como líderes, otros simplemente siguiéndoles e incluso a veces los menores son llevados a situaciones sin que previamente hubiera habido planificación ni conocimiento, siendo en ocasiones difícil deslindar quienes son autores o cómplices y quienes están fuera del perímetro delictivo. En una línea crítica parecida, el voto particular al informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma de la LORRPM manifestaba que con ello “no solo se desconoce el comportamiento grupal de los menores sino que supone una discriminación con los adultos ya que por si mismo no produce efectos jurídicos específicos, salvo en algunos tipos penales también aplicables a menores”.

Expuesta desde el primer momento nuestro rechazo a tal supuesto, hay que señalar que el mismo genera el análisis de varios aspectos que podemos sistematizar en los siguientes apartados: a) Caracterización de la actuación delictiva del menor en grupo; b) Concreción del concepto de banda juvenil; c) Actuación al servicio de una organización.

a) Caracterización de la actuación delictiva del menor en grupo.

Si intentamos encontrar apoyo interpretativo que nos ayude a clarificar los términos de la actuación en grupo, pueden tomarse como referencia algunos preceptos

⁸⁰¹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 287.

del Código penal que parecen asimilar el grupo a la concurrencia de al menos dos personas. Así, la agravación que se contempla en el art. 180.2 del Código penal⁸⁰² no habla ya de grupo como ocurría antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril exigiendo para su apreciación la presencia de tres sujetos, sino de que los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. Por su parte, el artículo 335⁸⁰³, en su apartado 4º, agrava la pena para determinadas conductas de caza o pesca ilegal, cuando se realicen en grupo de tres o más personas. De ello se extrae que para que se aprecie la actuación en grupo se exige, al menos, la intervención de dos personas sin necesidad de que exista ninguna organización⁸⁰⁴, si bien no será necesario, para apreciar la circunstancia de actuación en grupo que permite la adopción de la medida de internamiento en centro cerrado, que todos los integrantes del mismo estén sometidos a la jurisdicción de menores, pudiendo apreciarse para un menor que actúe en el seno del grupo, aún cuando el mismo estuviere integrado por personas de otras edades.

En esta labor de aproximación a la interpretación que pretendemos efectuar de este supuesto, hay que aludir al art. 22.2 del Código penal que configura como circunstancia agravante genérica el ejecutar el hecho con auxilio de otras personas exigiendo que tal factor en todo caso debilite la defensa del ofendido o facilite la impunidad del delincuente⁸⁰⁵, lo cual ha provocado que desde algunas instancias se haya

⁸⁰² Artículo 180.2 dispone que “Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 2. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”.

⁸⁰³ El artículo 335.4 Código penal establece que “Se impondrá la pena en su mitad superior cuando las conductas tipificadas en este artículo se realicen en grupo de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente”.

⁸⁰⁴ En opinión de HERRERO HERRERO, lo más corriente es que se trate de uniones eventuales, de tenue organización, dirigido a cometer delitos dentro de límites de tiempo y lugar puramente circunstanciales. HERRERO HERRERO, Cesar, “Tipologías de delitos y de delincuentes en la delincuencia juvenil actual. Perspectiva criminológica”, *ob. cit.*, pág. 1097.

⁸⁰⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo num. 447/2000, de 21 de marzo (RJ 2000/3333) consigna que esta circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos, según la doctrina de esta Sala (SS. 5-6-1995 [RJ 1995, 4510] , 27-4-1996 [RJ 1996, 3000] y 7-2-1997 [RJ 1997, 660] , 30-10-2001 [RJ 2001, 9477] entre otras muchas): 1º Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal). 2º Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una «alevosía menor» o de

propuesto una interpretación del supuesto recogido en el art. 9.2 c) LORRPM conforme a tal precepto del Código penal cuando alude a la actuación en grupo a favor de la exigencia de los mismos presupuestos que justificarían la exasperación de la consecuencia jurídica también en el proceso de menores al suponer un plus de antijuridicidad y culpabilidad⁸⁰⁶. Oportunamente, entiende PEREZ MACHIO que si se interpreta la actuación en grupo en conexión con las exigencias derivadas del citado artículo 22 CP, entonces, desde la perspectiva de un Derecho penal puramente sancionador, quedaría justificado el recurso a la medida más grave, frente a la concurrencia de una circunstancia que aumenta el injusto del hecho. Ahora bien, si la esencia de la actuación grupal no reside en un aumento de la culpabilidad del autor o del injusto del hecho, ésta no debe ser sometida al régimen de las circunstancias agravantes al estilo de las previstas en el Código penal, sino contemplada como una mera modalidad conductual de socialización propia de los adolescentes⁸⁰⁷.

Se observan en casi todas las sociedades agrupaciones que engloban a este colectivo de menores y jóvenes durante la adolescencia como etapa evolutiva entre la infancia y la edad adulta. Suele considerarse como un periodo vital de salida del ambiente familiar, que conlleva una ruptura con el círculo primario de socialización, compuesto por la familia, y en menor medida, por la escuela. Es en esta etapa de desarrollo adolescente donde el grupo de iguales se convierte para estos menores y jóvenes en el punto de referencia⁸⁰⁸, existiendo toda una serie de habilidades sociales de carácter complejo que deben ser asimiladas y todo este aprendizaje se tiende a probar e interiorizar mediante el grupo de iguales⁸⁰⁹.

«segundo grado». 3º A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito. 4º Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así. –fundamento jurídico noveno-.

⁸⁰⁶ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva Mª, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 291. En el mismo sentido, PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, *ob. cit.*, pág. 134. GUTIERREZ I ALBENTOSA, Joan Manuel, Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores, *Diario La Ley*, N° 6687, *Sección Doctrina*, Ref. D-82, Editorial LA LEY, 2007, pág. 8. Éste último añade coherentemente que si el nivel de participación del menor, en la comisión del delito, ha sido leve, no es motivo suficiente para internar al menor en centro cerrado.

⁸⁰⁷ PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, *ob. cit.*, pág. 134.

⁸⁰⁸ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Bandas juveniles y delincuencia” *Diario La Ley*, *Sección Doctrina*, N° 6627, Editorial LA LEY, 2007, pág. 1.

⁸⁰⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Eugenio, *Bandas juveniles*, Barcelona, Herder, 1982, pág. 45.

Puede decirse, por tanto, que en el grupo de iguales se lleva a cabo una parte considerable de socialización del menor, siendo un espacio de entrenamiento social en el tránsito del joven hacia la sociedad adulta⁸¹⁰. Esta afirmación es válida tanto desde un punto de vista positivo, en el sentido de la formación y asentamiento en la persona del menor de un entramado de contactos y relaciones de apoyo que le permiten una plena integración en la sociedad adulta, como también desde una perspectiva negativa, cuando dicho entramado de relaciones se produce y desarrolla en un contexto proclive a conductas delictivas o socialmente inadaptadas⁸¹¹. Ello no obstante, la delincuencia juvenil no es un destino inexorable, sea cual fuere el origen del menor, sino socialmente influenciable⁸¹².

Llegados a este punto son varios los aspectos que merecen ser comentados. En primer término, la posibilidad de decretar esta clase de internamiento en caso de actuaciones en grupo desatendiendo la entidad del hecho podría suponer una clara vulneración del principio de proporcionalidad; por otra parte, hemos de afirmar que resulta un presupuesto de aplicación especialmente criticable por cuanto supone desconocer la dinámica de los adolescentes que tienden a realizar la mayoría de sus actividades sociales con el grupo de iguales. Esta circunstancia no constituye ningún índice de mayor peligrosidad que justifique esta reacción sino que es la plasmación de una forma de actuar propia de estas edades que en muchos casos tiene además un efecto positivo, por cuanto constituye un elemento clave para el desarrollo del joven y la formación de su identidad⁸¹³.

El acto de vandalismo de menores en grupo es casi la figura paradigmática de la infracción juvenil. El carácter grupal de la delincuencia juvenil siempre ha existido⁸¹⁴. Luego utilizar para agravar lo que constituye forma de comportamiento normal no es

⁸¹⁰ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 50.

⁸¹¹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 288.

⁸¹² LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Bandas juveniles y delincuencia”, *ob. cit.*, pág. 2.

⁸¹³ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, págs. 287 y 288.

⁸¹⁴ MEDINA ARIZA, Juan José, “Psicología de las conductas disociales y violentas: la evolución de los menores infractores en los últimos años” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008, pág. 36. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Bandas juveniles y delincuencia”, *ob. cit.*, pág. 2.

solo injusto sino probablemente también una necesidad solo explicable por temores sociales que deberían ser estudiados para corregirlos en sede de psicología educativa⁸¹⁵.

Paradigmática de tal supuesto podría ser la actuación de los menores en casos de acoso escolar por parte de un grupo de menores a otro compañero. Dilucidando tal cuestión a efectos de la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado es ilustrativa la Sentencia del Juzgado de Menores num. 1 de San Sebastian de 12 de mayo de 2005⁸¹⁶ la cual, en su fundamento jurídico octavo, aprecia la actuación en grupo si bien indica que “tenemos que partir del hecho de que nos encontramos en presencia de unos menores con edades de 15 años, edad en que la personalidad no es estable, es una etapa cambiante, de evolución, donde los adolescentes no tienen suficientemente integradas las funciones cognoscitivas, emocionales o de comportamiento. Buscan en esta etapa su identificación por ello la importancia del grupo es fundamental. Estos nunca actuaban individualmente sino que cuando estaban juntos. El grupo es una forma de identificarse y encontrar un hueco dentro del mismo, bien imitando, imponiéndose u oponiéndose. Estamos ante unas personas a las que ha de exigírseles una respuesta en el medio en el que viven, pues es aquí donde han de tener que esforzarse para reparar el mal causado. No se puede pretender aplicar una medida de internamiento en centro educativo, como pide la acusación particular, pues la misma no sólo es fruto de un sentimiento vindicativo sino que impediría el trabajo que ha de efectuarse con estos menores para asumir no sólo su responsabilidad por el daño causado sino su normalización en el medio en el que tienen que desarrollarse, lo que unido a un entorno familiar favorable augura un éxito en la respuesta que ha de exigírseles”.

Consideramos que la resolución es acertada, en tanto que se encuentra en consonancia con el espíritu de la Ley y aboga por una aplicación restrictiva de la medida de internamiento. Entendemos que una correcta interpretación de este precepto está en consonancia con las exigencias derivadas del ya mencionado art. 22 CP, pues lo

⁸¹⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes con trastorno narcisista de la personalidad”, *ob. cit.*, pág. 144.

⁸¹⁶ Sentencia del Juzgado de Menores num. 1 de San Sebastian, num. 86/2005, de 12 de mayo (ARP 2005/214). Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa num. 178/2005, de 15 de julio (JUR 2005/174855) –resuelve la apelación contra la sentencia anterior– aprecia la actuación en grupo entendiendo que todos ellos, cada uno con un papel funcional diverso pero complementario–fundamento jurídico quinto–.

contrario conduciría a una expansión desmesurada e incontrolable de la aplicación de tal medida.

b) Concreción del concepto de banda juvenil.

En relación con el concepto de banda, hemos de indicar que el Código penal utiliza este término referido normalmente al concepto de banda armada y equiparándolo a organizaciones o grupos terroristas. Las especificidades de tales preceptos que se relacionan con la actividad terrorista impiden el traslado de los criterios elaborados doctrinal y jurisprudencialmente para la interpretación y aplicación de los mismos a la materia que nos ocupa. Debe recurrirse, por tanto, en primer lugar, al significado lingüístico del mismo.

De este modo, ateniéndonos a su sentido gramatical, el vocablo se refiere a grupo de gente armada, si bien existe una segunda acepción que tal vez tenga mejor encaje a estos efectos, aludiéndose a pandilla juvenil con tendencia al comportamiento agresivo, lo que eliminaría la exigencia de que la banda fuese armada, aunque demandaría, al menos, y para restringir el ámbito aplicativo de las posibilidades de imposición del internamiento de máxima gravedad, unas señas de identidad propias y una mínima organización, carácter diferencial respecto de la actuación en grupo.

Para evitar un uso abusivo de este término, se propone definir el concepto de banda como una asociación de tres o más jóvenes cuyos miembros participan habitualmente en actividades ilegales con la cooperación o apoyo moral de sus compañeros. Esta tipología de bandas juveniles se caracteriza por disponer de una estructura más o menos organizada y con una jerarquía establecida, apareciendo sobre todo en grandes áreas urbanas de gran concentración demográfica. Los menores que integran este tipo de bandas suelen ser varones entre diez y dieciocho años, perteneciendo en la mayoría de los casos a los estratos sociales más bajos de la población. Cabe subrayar la distinción respecto de la pandilla⁸¹⁷, cuya actuación cae dentro de los parámetros admitidos socialmente como grupo. Éste es un conglomerado o

⁸¹⁷ GARRIDO GENOVÉS, Vicente, STANGELAND, Per, REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 516. también advierte la necesidad de diferenciar bandas juveniles delictivas de pandillas, estas ultimas meras uniones de jóvenes con fines diversos no delictivos, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, ob. cit., pág. 52.

reunión temporal, aunque sus componentes pueden cometer la misma clase de delitos que los de la banda, se diferencia de ésta en que no tiene coherencia ni organización, o si las tiene es muy simple⁸¹⁸.

Como es fácilmente perceptible, el concepto de banda juvenil, obliga a detallar los caracteres que la definen. Se estructuran mediante un liderazgo bien definido y visible, fuertemente jerarquizado, dotándose hasta de mandos intermedios. Está integrada por un número variable de miembros, que se distribuyen las tareas de forma bien marcada y conforme a las correspondientes habilidades. Utilizan la fuerza, la violencia o intimidación para el logro de sus objetivos, centrados, prevalentemente, en delitos contra el patrimonio (sobre todo, robos,) y a algunos de los tráfico ilícitos: estupefacientes, entre ellos⁸¹⁹.

En cuanto a su formación, hemos de indicar que los futuros miembros de una banda se agrupan generalmente por razones fortuitas. Los encuentros decisivos han tenido lugar en los centros de diversión, en instituciones, en el seno de algún movimiento juvenil. El agrupamiento de este núcleo aún no está consolidado, no forma una banda. Para que ésta aparezca es necesario que se encuentre un catalizador que los aglutine y les de cohesión, necesitan un contexto social. Este suele ser la hostilidad del ambiente ante la sospechosa unidad de la banda⁸²⁰. La peligrosidad de estas bandas juveniles suele estar determinada a través de tres características específicas: 1. Realización de actividades violentas; 2. Comisión de actividades delictivas en el contexto grupal; 3. Gran visibilidad de sus actividades⁸²¹.

Sintetizando todos estos elementos, LANDROVE DÍAZ recoge las siguientes notas características de una banda:

1. Sus integrantes están unidos de forma permanente bajo un nombre y una simbología que hacen reconocible a la banda.

⁸¹⁸ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Eugenio, *Bandas juveniles*, *ob. cit.*, págs. 172 y 173.

⁸¹⁹ HERRERO HERRERO, Cesar, "Tipologías de delitos y de delincuentes en la delincuencia juvenil actual. Perspectiva criminológica", *ob. cit.*, pág. 1099.

⁸²⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Eugenio, *Bandas juveniles*, *ob. cit.*, págs. 162, 170.

⁸²¹ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 52.

2. Tienen un líder identificable.

3. Controlan un determinado territorio y tienen un específico lugar de reunión.

4. Un fin delictivo concreto permite la identificación de la banda: delincuencia común —fundamentalmente patrimonial—, de motivación xenófoba, racista o antisistema.

5. Aparecen ya en comunidades sin tradición de bandas juveniles, constituyendo un fenómeno decididamente expansivo.

6. Están compuestas por jóvenes de diferentes razas o etnias.

7. Se produce un progresivo incremento de la presencia femenina en las bandas, con el mismo rol que sus colegas masculinos.

8. Se constata una incorporación de muchachos cada vez más jóvenes, situándose la franja de edad entre los 12 y los 24 años y la media en torno a los 17-18⁸²².

Concluyendo, por banda se entiende a aquel grupo que llega a ciertas formas de organización, ejerce un fuerte control entre sus miembros, existiendo ordinariamente un jefe a quien los demás reconocen autoridad y prestigio⁸²³ y persigue un fin delictivo.

A la vista de lo expuesto, resulta necesario diferenciar tal concepto de otras estructuras similares. En primer lugar, cabe aludir a las bandas marginales que han venido caracterizándose por estar integradas por grupos de jóvenes atraídos, más que por líderes determinados, por ideas o sentimientos, derivados de contenidos subculturales. De acuerdo con las anteriores premisas, su estructura se presenta como fluida y cambiante, más horizontal que jerárquica. En sí mismas, sus filosofías de base no son propiamente delictógenas, pero sus esquemas excesivamente permisivos y suelen

⁸²² LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Bandas juveniles y delincuencia”, *ob. cit.*, pág. 3 y 4. En el mismo sentido, COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Derecho penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 31 y 32.

⁸²³ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Eugenio, *Bandas juveniles*, *ob. cit.*, pág. 153.

reconducir a la ausencia o escasez de medios sólidos de subsistencia y esta situación, no raras veces, impulsan, a actividades ilícitas⁸²⁴.

Por otra parte, es necesario deslindar el concepto aceptado de banda juvenil respecto del término de las bandas conflictivas, las cuales practican comportamientos incívicos, son fácilmente identificables por una indumentaria típica y determinadas aficiones. Por ejemplo, los hooligans, hinchas o forofos de un equipo deportivo y de comportamiento violento que cristaliza en actos vandálicos dentro y en el entorno de los estadios⁸²⁵.

Efectuadas tales aclaraciones y volviendo al concepto expuesto de banda juvenil, hay que indicar que a efectos prácticos tiene fácil encaje en el mismo alguna de las bandas que han proliferado en España en los últimos años. En este sentido, sobre la calificación de la banda urbana juvenil conocida como “Latin King”⁸²⁶ téngase en cuenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 72/2007, de 30 de marzo de 2007⁸²⁷, la cual subraya los actos de violencia que propugnan sus normas contra sus enemigos mediante todo tipo de acciones en defensa de la “nación” y el hecho de que reúne los presupuestos para considerarla una organización: a) unión de varias personas organizadas para llevar a cabo una determinada actividad o determinados fines; b) existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero; d) que siendo lícito el fin de la asociación, emplee medios violentos para su consecución, aunque absolviendo a quienes no se consideran miembros activos de la misma.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de marzo de 2007⁸²⁸ destaca la falta de control familiar por razones laborales, los rasgos de narcisismo social o la minimización de las consecuencias de su adscripción a la banda

⁸²⁴ HERRERO HERRERO, Cesar, “Tipologías de delitos y de delincuentes en la delincuencia juvenil actual. Perspectiva criminológica”, *ob. cit.*, pág. 1099.

⁸²⁵ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Bandas juveniles y delincuencia”, *ob. cit.*, pág. 4.

⁸²⁶ Extensamente, sobre esta banda vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Bandas juveniles y delincuencia”, *ob. cit.*, págs. 9 y ss.

⁸²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 72/2007, de 30 de marzo de 2007 (JUR 2007/213058) –fundamento jurídico tercero-. En el mismo sentido, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 61/2007, de 19 de marzo (JUR 2007/231590) –fundamento jurídico cuarto-.

⁸²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 61/2007, de 19 de marzo (JUR 2007/231590).

citada hasta el punto de “considerarse necesario el internamiento para debilitar su esquema motivacional hacia el grupo mediante otras fuentes de compensación y esfuerzo”.

Profundizando en las razones que han llevado al legislador a incluir este párrafo, cabe hacer referencia al incremento de bandas juveniles⁸²⁹, justificándose su regulación por una mayor peligrosidad para el bien jurídico de los delitos cometidos dado que la actuación en grupo puede debilitar la defensa de la víctima. De este modo, CANO PAÑOS indica que se observa como una parte importante de la delincuencia juvenil en España recae de un modo estructural en bandas juveniles. Se resalta por algunas Fiscalías el hecho de que en los últimos años se ha producido un aumento de hechos delictivos con un componente violento importante cometidos sobre todo por pequeños grupos de adolescentes. Destacable también es la proliferación de bandas juveniles de origen latinoamericano en ciudades como Madrid y Barcelona, las cuales en algunos casos denotan un componente delictivo realmente preocupante⁸³⁰.

Con reiteración los medios de comunicación social informan sobre la proliferación de bandas juveniles y la creciente violencia de las mismas, al modo de las bandas norteamericanas e integradas⁸³¹.

Con todo, en el caso de España no puede hablarse de la existencia generalizada de bandas urbanas, es decir, grupos de carácter estable⁸³². Por ello, este apartado del precepto habrá de excluir supuestos en los que la actuación colectiva no revista especial carácter lesivo ni suponga un factor de riesgo que le lleve a cometer nuevos hechos delictivos⁸³³.

⁸²⁹ CERVELLO DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del Menor*, ob. cit., pág. 60.

⁸³⁰ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, ob. cit., pág. 72.

⁸³¹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Bandas juveniles y delincuencia”, ob. cit., pág. 5.

⁸³² CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *ibidem*, pág. 90.

⁸³³ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, ob. cit., pág. 290.

c) Actuación al servicio de una organización o asociación, incluso de carácter transitorio.

En la interpretación del hecho de que el menor pertenezca o actúe al servicio de alguna organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicara a la realización de tales actividades, si resultan validas las aportaciones de la jurisprudencia⁸³⁴ en la análisis de los distintos preceptos del Código penal que, en sede de delitos como el trafico de drogas (art. 369.2), trafico ilícito de seres humanos (318 bis), prostitución de menores o incapaces (art. 187) o pornografía infantil, entre otros, aluden a tales conceptos⁸³⁵.

A este respecto resulta especialmente clarificadora la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005 de 31 de marzo, en relación con los delitos de trafico ilegal de drogas, donde se recogen los criterios jurisprudenciales acerca de los requisitos necesarios para apreciar el subtipo agravado “si el culpable perteneciera a una organización o asociación que tuviera como finalidad difundir tales sustancias”. En concreto, se viene exigiendo que se trate de una pluralidad de personas, la utilización de medios idóneos, un plan criminal previamente concertado, distribución de funciones o

⁸³⁴ La Sala 2ª del Tribunal Supremo destaca como doctrina sustantiva al respecto la siguiente (SSTS 1/1997, de 28-X [RJ 1997, 7843] ; 234/2001, de 23-V [RJ 2001, 2943] ; 421/2003, de 10-IV [RJ 2003, 3990] y 415/2005, de 23-III [RJ 2005, 6506]):

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

- a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad;
- b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista;
- c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio;
- d) el fin de la asociación –en el caso del art. 515.1 inciso primero – ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

⁸³⁵ también la tipificación expresa en el Código penal de las asociaciones ilícitas, teniendo la consideración de tal, no solo las relacionadas con el terrorismo y las de carácter paramilitar (art. 515.2 y 3), sino también las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas promuevan su comisión, las que aún teniendo un fin ilícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad, así como las que promuevan la discriminación del odio o la violencia contra las personas, grupos o asociaciones, por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía o inciten a ello. No obstante, en estos casos, la existencia del delito de asociación ilícita es independiente de los delitos que se cometan, de ahí que se castigue en algunos casos solo a algunos de sus miembros (vid. Art. 517) y que se exijan determinadas características para que la asociación sea punible: concurrencia de un determinado numero de personas; existencia de un acuerdo entre sus miembros que implique cierta perdurabilidad en el tiempo; determinación hacia la actividad delictiva pero sin llegar a precisar cada acción en tiempo y lugar y una estructura organizada en las que se pueda precisar las funciones de sus miembros.

cometidos, una cierta jerarquización y una actividad permanente o duradera⁸³⁶, último requisito este que debe ser matizado a la luz de la salvedad que hace el propio art. 9.2 c) LORRPM, incluyendo también las de carácter transitorio, que aún así deberá tener una mínima permanencia para distinguir estos supuestos de una mera codelinquencia, si bien al incluirse también la actuación en grupo la cuestión presenta poca trascendencia práctica a estos efectos. En cualquier caso, resulta llamativo que el precepto incluya las organizaciones de carácter transitorio y que al tiempo se les requiera como a todas la dedicación a las tareas delictivas, término que indica una cierta permanencia o estabilidad. Serán los fines delictivos o la realización de actividades ilícitas para la consecución de sus objetivos lo que confiere relevancia jurídico-penal a la asociación, sin perjuicio de las dificultades probatorias en orden a la constatación de la pertenencia del menor a tal colectivo.

En definitiva, tal supuesto genérico presenta una excesiva amplitud por lo que parece conveniente proponer su supresión en tanto que las acciones penales realmente relevantes congruentes con la medida de internamiento ya resultan tipificadas en otros supuestos.

2.- Casos de aplicación preceptiva de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Como hemos adelantado en reiteradas ocasiones durante la investigación, existen casos que determinan la imposición obligatoria de la medida de internamiento en régimen cerrado, los cuales se encuentran recogidos en el artículo 10 de la LORRPM⁸³⁷. Tal previsión implica que en la práctica la mayoría de los principios

⁸³⁶ De acuerdo con una interpretación teleológica, hay que exigir además que los fines o los medios empleados para su consecución sean delictivos. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte Especial, ob. cit.*, pág. 848.

⁸³⁷ El artículo 10 b) dispone que “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 artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138 , 139 , 179 , 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de

propios del tratamiento penal diferenciado de los menores de dieciocho años, van a ser relegados a un segundo plano frente a la evidente intención del legislador de endurecer la actuación de la jurisdicción de menores en estos casos, con lo que la finalidad aflictiva de la intervención prima sobre cualquier otra, en especial la educativa que se suponía era la primordial⁸³⁸.

Se ha llegado a afirmar que en tales supuestos se asiste a la necesidad de equilibrar el Derecho penal de autor, del que se parte en el art. 7.3 LORRPM, con el Derecho penal por el hecho, en aras a la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad del delito cometido, por un lado, y la naturaleza y extensión de la medida aplicable, por otro⁸³⁹. Por nuestra parte, entendemos que dicho equilibrio se alcanza sobradamente con la previsión consignada en el citado art. 7.3 con la referencia “valoración de los hechos”.

Con la existencia de tales casos, la LORRPM opta definitivamente por un sistema doble en el que se diferencia un régimen general basado en el principio de flexibilidad y en la libertad de elección con ciertas restricciones de la medida más acorde con las necesidades educativas del menor, de un régimen especial, circunscrito a determinados tipos delictivos, que se caracteriza por la imposición obligatoria de la medida a imponer⁸⁴⁰.

Parece que en esta ocasión al sistema no le preocupa el interés del menor, sino tan sólo quiere que se garantice su estancia en un centro cerrado. En efecto, en estos casos se prescinde del principio de flexibilidad para establecer la imposición forzosa de una medida concreta, lo cual supone una quiebra importante en la elección de la medida, lo que puede producir serios efectos distorsionadores en la finalidad última de la

libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

⁸³⁸ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 469. En sentido similar, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción...*, *ob. cit.*, pág. 84. El principio de interés superior del menor y el de intervención mínima ceden ante la finalidad puramente aflictiva dado que la flexibilidad que propugna el art. 7.3 LORRPM se ve relegada ante la obligatoriedad de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado.

⁸³⁹ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 199.

⁸⁴⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 76 y 77.

actuación judicial. Y es que como hemos manifestado en otras ocasiones, el Juez de menores tiene un marco de actuación más estrecho ya que ciertas decisiones impedirán la adopción de medidas, que, tal vez, desde la perspectiva del interés del menor, podrían ser positivas⁸⁴¹.

Empero, la Jurisprudencia ha reconocido que en los supuestos de delitos de máxima gravedad, la medida prevista tiene su apoyo en la necesidad de que el menor sienta el reproche social hacia un comportamiento que atenta de forma extremadamente grave contra derechos esenciales, sirviendo también como mecanismo de protección social por la prevención general que supone y todo ello, sin desconocer el interés del menor, porque conlleva un programa de ejecución individualizado en cada caso para atender los déficits que el menor presenta, con la finalidad de reeducarle y reinsertarle en la sociedad⁸⁴². Asimismo, encontramos pronunciamientos jurisprudenciales favorables a tal previsión legislativa basados en necesarios criterios proporcionales. En esta línea, se muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de octubre de 2004⁸⁴³, donde taxativamente se afirma que la gravedad de los hechos cometidos justifican la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado. Así, dispone en su fundamento jurídico sexto que “La medida impuesta por el delito de asesinato no es desproporcionada por cuanto, si bien el art. 7.3 de la LORRPM señala como para la elección de la medida se deberá atender de modo flexible no sólo a la prueba y valoración jurídica del hecho, sino especialmente a la edad, circunstancias familiares y sociales la personalidad y el interés del menor puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos, También resultan de aplicación, los principio de legalidad y proporcionalidad a que hace referencia la sentencia. Pues bien, en el presente caso, estamos en presencia de un menor que ejecuta un acto de extrema gravedad (muerte violenta de otra persona), sobre persona de avanzada edad, en la propia casa de la víctima a la que accede con su permiso. Si a estas circunstancias añadimos que la medida impuesta se sitúa dentro de lo solicitado por el Ministerio Fiscal y tiene su apoyo en la Disposición Adicional Cuarta de la LORRPM, tenemos que concluir que la medida impuesta de 8 años de internamiento en régimen cerrado

⁸⁴¹ FERNANDEZ MOLINA, Esther, RECHEA ALBEROLA, Cristina, “¿Un sistema con vocación de reforma?: La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 24.

⁸⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 41/2004, de 18 de febrero (JUR 2004/239143) – fundamento jurídico tercero-.

⁸⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla num. 538/2004, de 1 de octubre (ARP 2004/763).

completada con 5 años de libertad vigilada, no sólo es ajustada a derecho, sino también proporcionada por la extrema gravedad del delito cometido (asesinato) en persona de edad avanzada (72 años)". Olvida la resolución indicada cualquier referencia a la resocialización del menor y al espíritu educativo de la Ley, primando claros aspectos de retribución, en los que se centra para justificar la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Realizadas tales críticas, examinaremos los distintos supuestos que conducen a la aplicación obligatoria de la medida de internamiento en régimen cerrado.

A) Extrema gravedad.

La expresión extrema gravedad solamente se concreta en los casos de reincidencia, siendo susceptible por tanto de las más variadas interpretaciones⁸⁴⁴, provocando cierta inseguridad jurídica teniendo en cuenta los importantes efectos sancionadores que puede provocar. En cualquier caso, el Juez de menores deberá apreciar esta circunstancia exponiendo de forma razonada cuales son los motivos que le llevan a estimar que los hechos son calificables de extrema gravedad⁸⁴⁵.

Tal imprecisión concede al juzgador unos márgenes de apreciación amplios que pueden llevar a una apreciación restrictiva o laxa, siendo necesario determinar si la extrema gravedad está referida al hecho delictivo y a su grado de lesión o si por el contrario, se refiere a la situación del menor y a su evolución conductual.

La extrema gravedad puede concebirse como un plus añadido a los modos comisivos o al riesgo. Entendemos que obliga a una ponderación de todas las circunstancias concurrentes y próximas a la estricta hipótesis legal. En la violencia o intimidación habrá de pensarse en casos caracterizados por lo extraordinario, inusitado o especialmente intenso del modo violento o intimidatorio con que procede el autor. Serían desde luego los casos de ensañamiento, como el del artículo 148.2 CP, pero no

⁸⁴⁴ Puede violentar el principio de legalidad en la determinación de las conductas sancionadoras. CADENA SERRANO, Fidel Ángel, "Las medidas previstas en la Ley del Menor", *ob. cit.*, pág. 78. DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, "Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas: artículo 10 LORRPM", *ob. cit.*, pág. 334.

⁸⁴⁵ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, "Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas: artículo 10 LORRPM", *ob. cit.*, pág. 333.

únicamente ellos, pues el precepto no impone específicos componentes subjetivos a la violencia e intimidación, bastando con el dolo. Si que es necesario valorar, como decíamos, las circunstancias concurrentes: duración, número de personas afectadas, lesiones a los bienes jurídicos protegidos, intención del autor, etc., sin perjuicio de que el análisis central deba recaer sobre el modo específico violento o intimidatorio utilizado, que es el que conforma, en definitiva, el supuesto. En el riesgo se trataría de los casos superiores en intensidad a la requerida por el calificativo grave ya utilizado y habrá de realizarse la misma valoración de circunstancias⁸⁴⁶. Por tanto, en el caso de los delitos contra la integridad física, dada la indefinición de los términos empleados, el Juez podrá poner el acento en una u otra violencia utilizada o por la gravedad del resultado⁸⁴⁷.

Por su parte, DOMINGUEZ IZQUIERDO entiende que la extrema gravedad puede atender a la presencia de un mayor contenido de injusto por la extrema violencia utilizada o por la gravedad del resultado en un delito contra la integridad física, siempre que en tal valoración de los hechos no se tomen en consideración figuras que ya son contempladas con efectos propios en el art. 10.2 LORRPM. En otro sentido, el Juez puede atender prioritariamente a la evolución que presenta el menor, para estimar el supuesto de extrema gravedad o incluso conjugar los dos criterios. No obstante, continua la autora considerando que el hecho de que en el apartado segundo se traten con especial dureza supuestos que se consideran objetivamente de máxima gravedad, invita a pensar que en este primer apartado para apreciar extrema gravedad ha de estudiarse prioritariamente, aunque no de forma exclusiva para respetar la prohibición de no superar el tiempo de privación de libertad que le correspondería a un adulto por los mismos hechos, el expediente del menor, de tal modo que, quepa predecir un pronóstico desfavorable sobre su comportamiento futuro⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, págs. 205-208.

⁸⁴⁷ En este sentido, CADENA SERRANO entiende que la ausencia de taxatividad en este punto deberá subsanarse con el recurso tópico de buscar su soporte descriptivo en el párrafo precedente y entender, por tanto, que son casos de extrema gravedad aquellos en los que la violencia o intimidación en las personas empleada o la actuación desarrollada con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas alcancen cotas de extraordinaria lesión para dichos bienes jurídicos. CADENA SERRANO, Fidel Ángel, “Las medidas previstas en la Ley del Menor”, *ob. cit.*, pág. 78.

⁸⁴⁸ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas: artículo 10 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 334.

La aplicación de la extrema gravedad y sus importantes consecuencias sancionatorias deben quedar restringidas a las hipótesis en las que el menor ha actuado como autor en sentido material y el delito se haya consumado. De otro lado, conviene aclarar que la agravación solo opera para los mayores de dieciséis años, pues cuando el párrafo referido a la extrema gravedad alude a “en este supuesto” no se está refiriendo, como pudiera llevar a interpretación, a todo el número primero del art. 10, lo que incluiría también a los menores de catorce y quince años que se encontrasen en los supuestos del art. 9.2, sino únicamente al apartado precedente, esto es, a la letra b) del art. 10.1 LORRPM, debiendo por tanto, el menor haber cumplido dieciséis años y estar inmerso en uno de los supuestos que permiten la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado⁸⁴⁹. Contraria a tal posibilidad se muestra GOMEZ RIVERO en tanto que entiende que dicha interpretación resulta imposible de fundamentar tras la LO 8/2006 en la medida en que uno de los supuestos del art. 9.2 sobre el que se aplica la circunstancia es la actuación en banda, organización o asociación. De esta forma, habría de apreciarse en los casos en que se tratase, por ejemplo, de la segunda sustracción de un vehículo a motor cometida por un grupo de tres sujetos de 16 o 17 años sin violencia (ya sea por tratarse de un hurto de sustracción o de un robo con fuerza en las cosas), siempre que la primera estuviera ya condenada por sentencia firme⁸⁵⁰.

Como hemos indicado, señala el apartado que estudiamos que la reincidencia se configura como un supuesto de extrema gravedad. Su interpretación se ha de hacer conforme al art. 22.8 del Código penal por ser norma supletoria, lo que significa que no basta con la comisión de un delito anterior que haya sido ejecutoriamente condenado conforme a la LORRPM sino que ha de ser del mismo título del Código penal y de la misma naturaleza⁸⁵¹. Del concepto legal de reincidencia podemos deducir los siguientes requisitos:

⁸⁴⁹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas: artículo 10 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 334 y 335. En el mismo sentido, CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos, *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 66.

⁸⁵⁰ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 151.

⁸⁵¹ Es preciso que exista en el momento de cometer el delito una sentencia firme anterior dictada de acuerdo con el procedimiento que regula la LORRPM. HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, *ob. cit.*, pág. 360. FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, “La valoración del interés del menor en la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores” en MARTÍN OSTOS, José (Director), *Anuario de Justicia de Menores*, Sevilla, Astigi, 2002, pág. 70.

- a) Que haya sido ejecutoriamente condenado con anterioridad por otro delito.
- b) El sujeto ha de volver a delinquir. La reincidencia ya no se puede estimar cuando el nuevo hecho se produce habiéndose cancelado los antecedentes penales o habiendo debido serlo. Al respecto se ha suscitado la polémica relativa al plazo que hay que tomar en consideración para la cancelación de los antecedentes que tienen su origen en una sentencia condenatoria de la jurisdicción de menores. Dado que esta jurisdicción no impone penas sino medidas, se ha sugerido que el plazo debe ser fijado en el artículo 137 del Código Penal, posición que se mantiene por la FGE en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre⁸⁵². Así pues, y como indica el mentado artículo 137, tales anotaciones serán canceladas una vez cumplida o prescrita la medida. Ello en la práctica va a limitar enormemente la apreciación de la agravante, que se ceñirá a los supuestos en los que el menor vuelva a delinquir durante la ejecución de la medida anterior. Por tanto, a efectos de aplicación preceptiva del internamiento cerrado, no procederá considerar reincidente a un menor aún cuando hubiera sido condenado con anterioridad por un delito comprendido en el mismo Título y de la misma naturaleza, cuando al tiempo de cometer el nuevo hecho hubiera cumplido la medida anterior, sin necesidad de tener en cuenta ningún otro plazo adicional, limitando su apreciación a los casos en que cumpliendo una medida o pendiente de cumplir cometiera un nuevo delito⁸⁵³.
- c) Los delitos anteriormente condenados y el cometido con posterioridad han de estar comprendidos en el mismo título del Código y ser de la misma naturaleza,

⁸⁵² En el mismo sentido, DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas: artículo 10 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 337. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 65 y 66. El RD 232/2002 de 1 de marzo, por el que se regula el Registro de sentencias sobre responsabilidad penal de los menores, establece en su artículo 7 que la cancelación de datos tendrá lugar “transcurridos diez años, a contar desde que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad”. No obstante, esta no puede ser la norma de referencia a los efectos de reincidencia, pues la Disposición Adicional tercera de la LORRPM hace referencia a un Registro de sentencias firmes cuyos datos solo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de los arts. 6, 30 y 47 de la Ley. Por lo demás, tomar en consideración tal plazo previsto para destruir los datos con posterioridad a su mayoría de edad, conllevaría en la práctica propiciar un trato perjudicial al menor respecto al adulto, ya que imposibilitaría la cancelación de antecedentes en el periodo en que puede ser sometido a la jurisdicción de menores y en consecuencia, la aplicación automática de la reincidencia y de las medidas previstas para los casos de extrema gravedad.

⁸⁵³ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 65 y 66.

encontrándonos ante supuestos de identidad o similitud de tipo o identidad de bien jurídico violado⁸⁵⁴.

Esta previsión va mucho más allá que la regulación de adultos ya que el Código penal se limita a agravar la duración de la pena legalmente prevista, mientras que la LORRPM se refiere a la elección de la clase de medida, lo que debe ser aplicado por los jueces de una manera muy restrictiva y no como una presunción *iuris et de iure*.

GOMEZ RIVERO plantea una serie de objeciones en relación a la reincidencia que tienen que ver con la incoherencia e incluso distorsión que puede introducir en relación con las necesidades de tratamiento de los menores. En este sentido, pueden manejarse varios argumentos: En primer lugar, la reincidencia puede ser únicamente un indicador de que persiste el contexto social o las deficiencias educativas que en su día impulsaron al menor a delinquir, algo que puede agravarse al someterlo a un internamiento en régimen cerrado. En segundo lugar, porque esa mención desconoce que justamente se parte de la situación deficitaria del menor y que el sentido mismo de diseñar un régimen especial es la confianza en su capacidad para recuperarse, no para recaer. A ello apuntan las críticas que denuncian que de esta forma la Ley olvida por completo la personalidad del menor y adopta un criterio de proporcionalidad inverso al que sería defendible en una Ley de este tipo. En tercer lugar, porque la mención de la reincidencia como circunstancia que puede justificar la imposición de una medida de internamiento con una extensión tan importante no parece conciliarse bien con la exigencia plasmada a nivel internacional en la Convención de los Derechos del Niño que establece la necesidad de recurrir de forma restrictiva a la imposición de las medidas privativas de libertad. En cuarto lugar, porque como con acierto se ha señalado en la doctrina, el precepto está redactado de tal forma que si no se procede a introducir algunas restricciones puede dar lugar a un ámbito de aplicación realmente desproporcionado⁸⁵⁵.

En la redacción originaria de la LORRPM se permitía la apreciación facultativa de la extrema gravedad en los casos de reincidencia, un criterio que es mucho más

⁸⁵⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad, ob. cit.*, pág. 93 y 94.

⁸⁵⁵ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor, ob. cit.*, pág. 151.

adecuado, porque permite ajustarse a las circunstancias del caso concreto. Piénsese por ejemplo, que hay que apreciar extrema gravedad por la comisión de un robo con intimidación cuando el autor ha sido ejecutoriamente condenado por otro, es decir, bastan dos delitos para llegar a la precipitada conclusión de que concurre extrema gravedad, y lo mismo podría afirmarse de unas amenazas o de unas lesiones, pudiendo ser el calificativo de los hechos como de extrema gravedad todavía impropio para estas ocasiones⁸⁵⁶. Entender que la reincidencia supone siempre un supuesto de extrema gravedad supone generalizar una agravación y abandonar la flexibilidad propia del sistema de menores, que además da lugar a un encarnizamiento nada compatible con los principios del Derecho penal de menores al ignorar la persistencia de deficiencias educativas en el menor, su falta de madurez y el carácter de ultima ratio del internamiento⁸⁵⁷.

En cualquier caso, y a pesar de la mencionada limitación de su operatividad, si censurable es el mantenimiento de esta agravación en el Derecho penal de adultos por su dudosa compatibilidad con principios fundamentales como el de ne bis in ídem y el de culpabilidad⁸⁵⁸, aún más en el ámbito de la delincuencia de menores, ya que el Juez en tales casos tiene determinadas de forma rígida las condiciones mínimas de la medida a imponer, incluso aunque ello sea contraproducente para la futura evolución del menor⁸⁵⁹. La reiteración en el delito no indica ni una mayor culpabilidad ni un mayor contenido de injusto, debiendo en todo caso analizarse el caso concreto, sin operar con automatismos como ocurre tanto en el Código Penal como también en la LORRPM⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, *ob. cit.*, pág. 1568 y 1569. En el mismo sentido, AGUIRRE ZAMORANO, Pío, “Las medidas” en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pág. 97. FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, “La valoración del interés del menor en la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 70.

⁸⁵⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 132.

⁸⁵⁸ En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes con trastorno narcisista de la personalidad”, *ob. cit.*, pág. 143. En el mismo sentido, DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas: artículo 10 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 338.

⁸⁵⁹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 116.

⁸⁶⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 92.

Esta regulación tan rígida sobre el papel que desempeña la reincidencia en el Derecho penal de menores pone el acento en exceso en las exigencias de la prevención general. Es chocante que el resto de circunstancias agravantes pasen prácticamente desapercibidas por la ley y que la reincidencia preocupe tanto⁸⁶¹. Se hace urgente llamar la atención de cara a revisar el planteamiento tan absurdo y contradictorio como el de la reincidencia como indicio de necesidad de medida. Una vez más el enfoque educativo obliga a decisiones no defensistas⁸⁶². A mayor abundamiento, investigaciones criminológicas reflejan unos índices de reincidencia más bajos entre los delincuentes menores de edad penal sujetos a medidas que entre los condenados mayores sometidos al sistema penal de adultos. Por otra parte, el efecto resocializador del sistema no puede valorarse sin tener en cuenta la clase de medida impuesta: existen datos que reflejan una reincidencia más baja en los sistemas que cuentan con un mayor grado de desarrollo de medidas alternativas⁸⁶³.

Nos encontramos ante el que por su trascendencia, probablemente sea el defecto de mayores dimensiones de todo el texto legal⁸⁶⁴.

B) Delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años.

En este apartado se contiene una relación de tipos penales que se puede agrupar en los siguientes epígrafes: delitos que afectan al bien jurídico vida y libertad sexual, delitos de terrorismo y delitos muy graves, constituyendo la plasmación de una línea político-criminal que está claramente en la línea de sancionar muy gravemente hechos especialmente dañosos, basada en argumentos contradictorios en tanto que al tiempo

⁸⁶¹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, *ob. cit.*, pág. 1568.

⁸⁶² CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes con trastorno narcisista de la personalidad”, *ob. cit.*, pág. 144.

⁸⁶³ TAMARIT SUMALLA, Josep-María, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, *ob. cit.*, pág. 21.

⁸⁶⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep-María, *ibidem*, págs. 41 y 42.

que se afirma que no han aumentado significativamente los delitos violentos, se incrementa el tiempo de internamiento en régimen cerrado⁸⁶⁵.

El asesinato y homicidio doloso son mencionados individualmente como los delitos de los artículos 138 y 139. Sin más especificaciones, permite comprender los casos en que sea cual fuere el grado ejecutivo o el título de participación, el juicio de imputación se hace conforme a los tipos referidos. Justifica la previsión de la medida de internamiento en régimen cerrado para tales supuestos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de junio de 2001⁸⁶⁶ donde manifiesta que “es ocioso decir que no puede negarse en abstracto la posibilidad de que el Estado establezca sanciones penales a los menores incluidos en el ámbito de aplicación de la LO 5/2000 para garantizar bienes tan relevantes como la vida y la seguridad de las personas y tampoco cabe dudar de la idoneidad de la sanción prevista. Se trata de una medida que, con toda seguridad, puede contribuir a evitar la realización de actos similares y cooperar así a la consecución de los fines inmediatos de la norma, por lo que no se puede alegar que lo lógico es acudir a otras reacciones punitivas o sanciones alternativas”.

En cuanto a los delitos contra la libertad sexual, el precepto que analizamos incluye el delito de agresión sexual y violación cualificada del art. 180 del Código penal, referencias que no parecen plantear problemas exegéticos al aludir la LORRPM expresamente no solo al *nomen iuris* sino a los artículos 179 y 180⁸⁶⁷.

Por su parte, el artículo 10.2 hace referencia a los delitos de terrorismo y a los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas u organizaciones o grupos. Las menciones al *nomen iuris* obligan a remitirse a las tipicidades de la sección 2ª del Capítulo 5 del Título 22 que lleva por rubrica “de los delitos de terrorismo”. Hay que indicar que todos los delitos relacionados con el terrorismo no tienen la misma gravedad, como es el caso, por ejemplo, del delito

⁸⁶⁵ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva Mª, “Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas: artículo 10 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 327.

⁸⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de junio de 2001 (ARP 2001/653) –fundamento jurídico decimoquinto–.

⁸⁶⁷ Contrariamente a lo afirmado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén num. 15/2003, de 6 de junio (JUR 2003/162841) aprecia la vulneración del principio de legalidad al haberse impuesto en instancia una medida (convivencia con grupo educativo) distinta de la que correspondía obligatoriamente por la comisión de un delito de agresión sexual según lo previsto en la Ley (medida de internamiento en régimen cerrado) –fundamento jurídico primero–.

tipificado en el art. 578 consistente en el enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577 del Código penal o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos de terroristas o de sus familiares, delito que se castiga con la pena de prisión de un año o dos⁸⁶⁸. No obstante, el artículo 8 corrige en gran medida situaciones como la descrita, impidiendo la aplicación de esta regla hipergravada respecto de algunas de las conductas recogidas en este bloque delictivo⁸⁶⁹.

La idea fundamental es que, sin perder la finalidad sancionadora educativa de las medidas, se acentúa indudablemente el fin de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general, que ya no quedan en un tan segundo plano o con una intensidad menor, y además se distorsiona el sistema de la LORRPM, produciéndose un desequilibrio⁸⁷⁰. La medida adquiere contornos rígidos incompatibles con la flexibilidad inherente a la LORRPM. Cuando procede imponer el internamiento en centro cerrado como medida obligatoria, no existe una diferenciación ontológica entre pena y medida, conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que el menor destinatario de la medida podrá acabar cumpliéndola en un centro penitenciario. Aquí las diferencias entre la medida de internamiento cerrado y la pena de prisión prácticamente se desvanecen, hasta quedar suprimidas en los tramos de cumplimiento en los que no es posible la modificación, sustitución o cancelación anticipada⁸⁷¹.

Con tales previsiones, se asegura un uso del internamiento en régimen cerrado mucho más generalizado que hasta ahora, optándose finalmente por el empleo de los mismos criterios que en los casos de los adultos, eligiéndose la medida a imponer mirando más hacia atrás que hacia delante. Un sistema de consecuencias jurídicas para los menores que pretenda ser coherente con los postulados educativos, como ocurre con el nuestro, exige que los problemas más graves merezcan más atención educativa y

⁸⁶⁸ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil, ob. cit.*, pág. 324.

⁸⁶⁹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas: artículo 10 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 345. En el mismo sentido, vid. Memoria de la FGE correspondiente al año 2003.

⁸⁷⁰ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil, ob. cit.*, pág. 324.

⁸⁷¹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación”, *ob. cit.*, pág. 5 y 6.

menos represiva⁸⁷². En definitiva, con tal régimen de aplicación nuestro legislador ha optado ante el problema de la delincuencia juvenil por la solución fácil y barata, con rentabilidad política a corto plazo: el Derecho penal, frente a opciones más costosas y con poco provecho político, pero mucho más efectivas frente al problema, como podrían ser programas sociales o educativos⁸⁷³.

IV.- Duración.

1.- Cuestiones previas.

Acordada la procedencia de la medida de internamiento, debe fijarse su duración dentro de los límites establecidos por la Ley. El Derecho penal de menores, heredero del positivismo jurídico, ha atendido fundamentalmente a la reeducación del delincuente más que a la retribución de conductas ilícitas. De ahí que, tradicionalmente, la extensión y calidad de las medidas educativas aplicadas al menor infractor de la Ley penal no tenía que ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y su grado de culpabilidad, lo que evidentemente suponía un peligro para los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, por mucho que con posterioridad a la sentencia el Juez estuviera facultado para rebajar o dejar sin efecto la medida impuesta.

En esta materia, la LORRPM, aunque sigue manteniendo las facultades revisoras del Juez de Menores tras la sentencia firme (arts. 13 y 51.1 LORRPM), ha recortado la discrecionalidad judicial estableciendo unas reglas que, dentro de su flexibilidad, marcan unos límites máximos de duración atendiendo fundamentalmente a la gravedad de la infracción cometida⁸⁷⁴, cumpliendo con la fijación de tal tiempo una función de garantía⁸⁷⁵.

⁸⁷² MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Las recientes reformas de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, *ob. cit.*, pág. 339.

⁸⁷³ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las Garantías del Menor Infractor*, *ob. cit.*, pág. 209.

⁸⁷⁴ LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel, *La Ley penal del menor y el Reglamento para su aplicación*, *ob. cit.*, pág. 100.

⁸⁷⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 202.

2.- Límites de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado: supuestos de aplicación facultativa y preceptiva.

El plazo máximo de duración de las medidas ha sido objeto de constantes polémicas fruto de la tensión entre el interés del menor como criterio epicentro del sistema y el principio de proporcionalidad⁸⁷⁶ que no puede obviar la gravedad en la valoración del hecho, destacándose en este punto la existencia de voces críticas que consideran que la duración debe depender de los resultados alcanzados con el proceso educativo⁸⁷⁷.

El art. 9 en su apartado 3 de la LORRPM establece la regla general de duración de las medidas ante la comisión de hechos constitutivos de delito. Según se declara, las medidas no podrán exceder de dos años, computándose, a estos efectos, el tiempo ya cumplido por el menor en la medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente ley. Esta regla básica presenta numerosas excepciones, tantas que la convierten prácticamente en anecdótica ya que, a continuación, el art. 10 LORRPM establece que en los casos previstos en el art. 9.2, esto es, los supuestos en los que se puede aplicar el internamiento en régimen cerrado, se pueden adoptar medidas de mayor duración, diferenciando según el menor se encuentre al tiempo de cometer los hechos en el tramo de catorce o quince años, o bien tuviere dieciséis o diecisiete.

La duración de la medida de internamiento en régimen cerrado en tales supuestos se ha visto ampliada en un año⁸⁷⁸ como consecuencia de la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2006. Tal previsión no vulnera, de una manera flagrante, ningún pacto internacional pero sí va en contra de algunos principios, pudiendo citar al respecto la Convención de los Derechos del Niño en cuyo art. 37 c) nos dice que «la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad

⁸⁷⁶ Crítica al respecto, por considerar que la previsión de una duración máxima igual para el internamiento y para otras medidas menos graves es contraria al principio de proporcionalidad, ABEL SOUTO, Miguel, “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, *ob. cit.*, pág. 116.

⁸⁷⁷ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 41.

⁸⁷⁸ Art 10: Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas.

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere entre 14 y 16 años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración (en la redacción anterior eran dos años) (...)

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor hubiere cumplido la edad de 16 años, la duración máxima de la medida será de seis años (en la redacción anterior eran cinco años); (...)

con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda»⁸⁷⁹. Por otra parte, el punto 17 de Reglas de Beijing que prescribe que la decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: “Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada”.

Hay que añadir lo declarado el último Informe del Comité de Derechos del Niño, de las Naciones Unidas sobre España (CRC/C/15/Add. 185 de 13 de junio del 2002, puntos 53 y 54). Dicho Informe ya mostraba su preocupación por el incremento de la duración del tiempo de detención y las medidas de internamiento y que la privación de libertad no sea utilizada como único recurso, recomendando a las autoridades españolas que revisase los periodos de detención e internamiento para adecuarlos a las previsiones generales y alentando el uso de alternativas a la privación de libertad⁸⁸⁰.

Por lo que respecta a los supuestos de aplicación obligatoria, hemos de señalar que en los casos de extrema gravedad (art. 10.1 in fine) el internamiento tendrá una duración de uno a seis años, seguido de hasta cinco más de libertad vigilada con asistencia educativa. La desproporcionalidad radica en la falta de idoneidad de tales medidas en la extensión que se disponen, ya que si inicialmente se justifica en atención a la protección de bienes jurídicos especialmente relevantes como la vida o integridad física, pierde la justificación, cuando por la circunstancia de la reincidencia se impone necesariamente una medida de internamiento en régimen cerrado en la duración señalada⁸⁸¹.

En los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales, terrorismo y demás delitos con pena prevista de quince o más años de prisión, la duración del internamiento será la siguiente: si el menor tiene entre catorce y quince años en el momento de los hechos, internamiento cerrado de uno a cinco años, seguido de hasta tres años más de

⁸⁷⁹ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, “La transformación de la originaria Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y sus consecuencias jurídicas”, *ob. cit.*, pág. 13.

⁸⁸⁰ GUTIERREZ I ALBENTOSA, Joan Manuel, Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores, *Diario La Ley*, N° 6687, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 2007, pág. 8.

⁸⁸¹ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las Garantías del Menor Infractor*, *ob. cit.*, pág. 195.

libertad vigilada; si el menor tiene entre dieciséis y diecisiete años en el momento de los hechos, internamiento cerrado de uno a ocho años, seguido de hasta cinco de libertad vigilada con asistencia educativa. En este caso la Ley 8/2006 ha mantenido los periodos de libertad vigilada pero eleva el periodo de internamiento de los menores de dieciséis años.

La doctrina no sólo denuncia el aumento progresivo de la duración de las medidas sino también relaciona la teoría de las tres velocidades desde la perspectiva del Derecho penal del enemigo con la justicia de menores española⁸⁸²: «Y se puede hablar de una tercera velocidad, para el núcleo duro de la delincuencia juvenil: reincidencia y delincuencia de extrema gravedad, desde el momento en que se aumenta, por diversas razones, la duración de la medida de internamiento en centro cerrado, al tiempo que se pasa por encima de algunos principios considerados como esenciales en la jurisdicción de menores».

Por muy grave que haya sido el delito cometido y por muy deficientes que sean sus circunstancias personales, familiares, educativas o sociales, suponen una intervención prolongadísima en el tiempo, dada la diferente percepción del tiempo en los menores por su edad y su personalidad en evolución. Además, si en un máximo de dos años no se ha logrado una intervención educativa, en más tiempo difícilmente se va a conseguir⁸⁸³. Se confirma que difícilmente han sido los intereses preventivo especiales y educativos los que han protagonizado estas previsiones, sino que responden a demandas de seguridad y preservación social ante un tipo de delincuencia que genera sensación de inseguridad⁸⁸⁴.

⁸⁸² SILVA SANCHEZ *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, pág. 163.

⁸⁸³ En este sentido la Criminología ha aportado información de sumo interés respecto a las cualidades de una 'intervención de éxito' con menores infractores. Así sabemos que educar a un delincuente juvenil que lleva años haciéndolo, requiere un esfuerzo planificado, intenso y sistemático. La intervención en centro cerrado puede ser, en ocasiones, ciertamente importante, pero sin una labor provechosa de prevención secundaria en su entorno, muchos jóvenes antisociales seguirán en camino del crimen en su edad adulta. No basta con que los jóvenes mejoren en sus actitudes o comportamientos en el lugar de la intervención; se hace preciso que utilicen los nuevos aprendizajes en la vida diaria. La investigación presenta tres estrategias principales de intervención: 1) programas intensivos; 2) con una amplia capacidad de generalización y 3) coordinados con programas de apoyo y seguimiento en la comunidad. FERNANDEZ MOLINA, Esther, RECHEA ALBEROLA, Cristina, "¿Un sistema con vocación de reforma?: La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores", *ob. cit.*, pág. 24.

⁸⁸⁴ Critican este límite, por entender que contradice el principio educativo, entre otros, CARMONA SALGADO, Concepción, "Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000,

De este modo, puede afirmarse que la LORRPM presenta en cuanto a las posibilidades máximas de intervención un rigor excesivo, aún cuando los órganos de justicia no lleguen a agotar con facilidad la extensión máxima de las sanciones contempladas por la Ley⁸⁸⁵. La duración de la medida de internamiento en régimen cerrado hace pensar que es realmente difícil conseguir este objetivo de reintegración social del individuo, sobre todo si tenemos en cuenta que la posibilidad de dejar sin efecto, sustituir o reducir la medida depende en tales casos de que el condenado haya cumplido la mitad del tiempo de la medida.

De manera similar a la justificación jurisprudencial sobre la medida de internamiento en casos de aplicación obligatoria, detectamos la existencia de resoluciones en las que razona la intensidad de la medida prevista en la necesidad de que el menor sienta el reproche social hacia un comportamiento que atenta de forma extremadamente grave contra derechos esenciales, sirviendo también como mecanismo de protección social por la prevención general que supone, todo ello sin desconocer el interés del menor porque conlleva un programa de ejecución individualizado en cada caso para atender a los déficits que el menor presenta con la finalidad de reeducarle y reinsertarle en la sociedad⁸⁸⁶. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de junio de 2001⁸⁸⁷ –antes de la reforma- justifica tales límites en relación a un delito de asesinato de la siguiente forma: “En definitiva, la norma que se ha aplicado a las menores recurrentes incorpora una severidad razonable en relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas, sin que añore ni resulte manifiesto ningún desequilibrio, que obligue a entender desproporcionada la duración máxima de ocho años de internamiento en régimen cerrado. Y ello por las razones siguientes: a) En cuanto a las conductas sancionadas no cabe duda de que son muy peligrosas y directamente lesivas de bienes esenciales y primarios para la sociedad, cual es la propia vida de todo ciudadano b) Por otro lado, el de los costes fácticos que la medida comporta para los valores constitucionales, máxime cuando el mismo delito cometido por mayor de edad penal incorpora la previsión de quince años o más de prisión”.

reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *ob. cit.*, pág. 950. PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, *ob. cit.*, pág. 138.

⁸⁸⁵ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva Mª, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 310.

⁸⁸⁶ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva Mª, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 98.

⁸⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de junio de 2001 (ARP 2001/653) –fundamento jurídico decimoquinto-.

Entendemos injustificable tales límites de duración máxima, aún cuando el fundamento radique en la protección de bienes jurídicos tan importantes como la vida o la integridad física. Si bien la duración máxima a la que puede llegar el internamiento cerrado parece a todas luces excesiva, el cumplimiento de esta medida privativa de libertad puede verse acortado a lo largo de su ejecución por el uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida, las cuales ofrecen nuevas dosis de flexibilidad a los órganos judiciales a la hora de ordenar la ejecución de dichas medidas⁸⁸⁸. Por otra parte, hay que recordar que en ningún caso las medidas privativas de libertad pueden durar más tiempo que la pena privativa de libertad impuesta al sujeto de haber sido mayor de edad, art. 8.2⁸⁸⁹. De este precepto se deduce a su vez que no puede acordarse una medida privativa de libertad para unos hechos que en el Código penal no lleven aparejados una pena de la misma clase y naturaleza⁸⁹⁰.

En cuanto a la duración mínima, hay que indicar que no se establece ninguna referencia en la Ley –excepto los supuestos recogidos en el art. 10.2 LORRPM–, a diferencia del Anteproyecto de LORRPM de 1995, donde se establecía una duración mínima de seis meses⁸⁹¹. La ausencia de tal limitación mínima ha sido cuestionada por la doctrina⁸⁹², pensando, por analogía, con las penas de prisión (art. 36) de seis meses para los internamientos de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.4 CP.

Por lo que respecta a los límites de duración en los supuestos de pluralidad de infracciones, también tales casos ven incrementado el período de duración de los internamientos en régimen cerrado, incluso en aquellos en los que alguna infracción sea especialmente graves pueden extenderse hasta un máximo de diez años (art. 11.2).

⁸⁸⁸ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 176.

⁸⁸⁹ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, *Ibidem.*, pág. 150.

⁸⁹⁰ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, *ob. cit.*, pág. 1566.

⁸⁹¹ CARMONA SALGADO, Concepción, “Comentarios al artículo 19 del Código Penal” en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Madrid, Edersa, 1999, pág. 50. En Alemania, el § 18.I dispone que el límite mínimo de la pena juvenil es de seis meses y el máximo es de cinco años pudiendo extenderse a diez años cuando el hecho esté castigado con pena privativa de libertad de duración superior a diez años. AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las Garantías del Menor Infractor*, *ob. cit.*, pág. 92.

⁸⁹² CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 43.

Se recoge el caso de la pluralidad de infracciones cuando estas sean conexas, el concurso ideal de delitos y el delito continuado, permitiendo que el juez imponga la medida o medidas en consideración al interés del menor, la naturaleza y el número de infracciones, tomando como referencia la más grave de ellas. Se aparta pues de las normas generales del Código penal en la materia. En la regulación anterior el internamiento solo podía alcanzar los diez años si el menor era responsable de más de un delito, cuando alguno de ellos fuese un delito de terrorismo sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años. Tras la Reforma de 2006, conforme al nuevo apartado segundo del art. 11 LORRPM la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad cuando alguno o algunos de los hechos a los que se refiere el apartado anterior fueren delitos tipificados en los arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años. De nuevo aquí nos encontramos con supuestos que no se pueden justificar desde una perspectiva preventivo-especial, puesto que de la circunstancia de la comisión de más de una infracción no cabe deducir automáticamente que sea necesario el recurso a una sanción para evitar que el menor vuelva a delinquir. En estos casos parecen primar consideraciones de prevención general⁸⁹³.

De nuevo este incremento pone de manifiesto la necesidad de estudiar y plantear medidas alternativas al internamiento en régimen cerrado.

3.- Criterios de determinación de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Se deja un amplio margen de decisión al juzgador a la hora de cuantificar la duración concreta de la medida en función de las circunstancias que rodeen el caso concreto, con la limitación, dentro del máximo legal indicado, del interés preponderante del menor⁸⁹⁴, sin que sea aplicable una proporcionalidad estricta. También hay que

⁸⁹³ GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, *ob. cit.*, pág. 687.

⁸⁹⁴ A estos efectos, el art. 7.3 LORRPM obliga al juez a motivar en la sentencia no solo las razones por las que aplica una determinada medida, sino la duración de la misma a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

atender a la Convención de Derechos del Niño y las Reglas de Beijing que consignan el principio de tiempo más breve, que deberá interpretarse como el periodo durante el cual cabe esperar que la privación de libertad sirva para rehabilitar al menor infractor⁸⁹⁵.

En todo caso, el Juez, por exigencias de motivación, ha de expresar las razones tenidas en cuenta en la elección de la medida más adecuada y su plazo de duración. Por ello, las circunstancias individuales del menor no pueden confundirse con un Derecho penal de autor como advirtió la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1998 de 17 de marzo al anular una sentencia donde al haber valorado exclusivamente la conducta antisocial del menor, se alejó de los principios de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho, priorizando los condicionantes que rodeaban al menor, ajenos a la gravedad del hecho ilícito. Se trataba de una falta frustrada de hurto cometida por un menor que ante la reiteración de conductas antisociales, su personalidad, situación y necesidades conocidas por los informes técnicos dio lugar a un internamiento semiabierto de cuatro meses para garantizarle apoyo personal y su reinserción escolar, lo que fue considerado desproporcionado por el Tribunal Constitucional.

No obstante, ello no quiere decir que la aplicación de medidas de distinta duración ante los mismos hechos cometidos por diferentes autores sea contraria a la LORRPM. En este sentido se pronuncia expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo num. 115/2003, de 3 de febrero⁸⁹⁶ señalando que a tenor de lo dispuesto en el art. 7.3 LRPM, 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 especialmente 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 la circunstancia de abuso de superioridad, sea mayor de que la duración del internamiento impuesto en la otra por un delito de asesinato. Aunque el asesinato es evidentemente un delito más grave que el de homicidio –aún concurriendo en éste una circunstancia agravante-, no es la valoración jurídica del hecho el único ni el más

⁸⁹⁵ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 79.

⁸⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo num. 115/2003, de 3 de febrero (RJ 2003/839).

importante de los factores a que hay que atender en la elección de la medida adecuada para la reforma del menor. La diferencia entre la medida impuesta en la Sentencia recurrida y la impuesta en la Sentencia de contraste no es, pues, reveladora de una distinta doctrina «respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias» de los menores a los que se impusieron las medidas sino, sencillamente, de que en uno y otro caso se tuvo en cuenta no tanto la calificación jurídica del hecho cometido como las circunstancias diversas que en los menores concurrían –fundamento jurídico cuarto-.

Puede ocurrir que la escasa gravedad de los hechos justifique la menor duración de una medida como se manifiesta en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 11 abril de 2006⁸⁹⁷, la cual establece que en base a la escasa gravedad de los hechos -sustracción de un radio-cassete de un vehiculo empleando fuerza en las cosas-, a la favorable evolución del menor y a la falta de motivación de la sentencia combatida, revoca una medida de dieciocho meses de duración, e impone en su lugar una duración de seis meses considerada suficiente para lograr su objetivo.

Además de los hechos y circunstancias inherentes al menor, como criterios que influyen en la concreción de la duración, hemos de tener en cuenta la presencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal del menor, es decir, la concurrencia de atenuantes y agravantes⁸⁹⁸.

Si bien en el apartado primero del artículo 5 de la LORRPM hay una explícita referencia a la posible aplicación al menor de las causas de exención de responsabilidad penal, no cabe decir lo mismo respecto a las circunstancias modificativas de la

⁸⁹⁷ Aún cuando esta referida a un internamiento semiabierto. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas num. 61/2006, de 11 de abril (JUR 2006/193352) –fundamento jurídico segundo-.

⁸⁹⁸ Si tiene en cuenta la atenuante de drogadicción prevista en el artículo 21.2 CP la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz num. 273/2002, de 30 de octubre (JUR 2003/77967) la cual confirma obran en las actuaciones datos, que vienen a corroborar que el joven acusado, estaba al tiempo de cometer los hechos delictivos por los que se le enjuicia inmerso en una problemática constatada de drogadicción, de la que obran datos en los informes aportados al expediente, por lo que en base a la disposición final primera de la Ley Orgánica 5/ 2.000 de Responsabilidad Penal de los menores, que establece el carácter supletorio del Código Penal, para lo no previsto expresamente, cabe aplicar con dicho carácter la atenuante del artículo 21.2 del Código Penal al caso enjuiciado. que debe rebajarse a tenor de la concurrencia de la circunstancia modificativa reseñada la medida de internamiento en centro cerrado, con una duración de un año con un primer periodo estricto de diez meses y un segundo periodo de libertad vigilada de dos meses, con seguimiento en el centro de formación profesional o lugar de trabajo con la obligación de someterse a programas de tipo formativo, profesional o laboral, a tenor del artículo 7 de la ya referida Ley Orgánica –fundamento jurídico segundo-.

responsabilidad criminal de las que no encontramos ninguna remisión expresa⁸⁹⁹. Es posible que el legislador haya estimado que la toma en consideración de tales circunstancias y su aplicación para modificar la responsabilidad de los menores pudiera ir en contra del sentido educativo de la intervención y de la finalidad preventivo especial, debiendo primar la flexibilidad en la decisión judicial⁹⁰⁰.

Por su parte, CERVELLÓ DONDERIS y COLÁS TURÉGANO entienden que la razón de tal omisión probablemente sea debida a que en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores se parte de la consideración de que son las propias circunstancias del menor las relevantes a la hora de modular la medida más adecuada⁹⁰¹.

Ahora bien, no habría estado de más que la LORRPM recogiera de forma más particularizada de lo que lo hace las incidencias a valorar en todo caso cuando el menor ha infringido una norma penal, y en concreto, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

A favor únicamente de la aplicación de las circunstancias atenuantes, pero en contra de las agravantes por considerarlo un caso de analogía in malam partem, se pronuncia ORNOSA FERNANDEZ. Esta aplicación analógica en beneficio del menor vendría determinada:

- Por el principio de proporcionalidad consagrado por la Ley en su artículo 8, en cuanto que las medidas no podrán exceder de la duración máxima de la pena que se hubiera impuesto por la comisión de los mismos hechos a una persona mayor de edad.

- Porque el propio artículo 21.6ª del Código Penal admite la analogía en materia de atenuantes.

⁸⁹⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 85. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 114.

⁹⁰⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 47. En el mismo sentido, ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 165.

⁹⁰¹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 85.

- Porque por muy beneficiosa que pueda resultar, en principio, para el menor la medida propuesta para el, siempre deben primar las garantías jurídicas, aunque ello suponga la reducción del tiempo de duración de la medida solicitada de que al no existir unas reglas para la aplicación de las medidas cuando concurren estas circunstancias, será el Juez, dentro de los márgenes de la proporcionalidad y el interés del menor, el que, con la adecuada flexibilidad valore cada caso concreto⁹⁰².

Ya que el art. 8.2 de la LORRPM establece como límite de duración de las medidas privativas de libertad el de la pena que le hubiese correspondido si hubiese sido mayor de edad, en la práctica se impone un cálculo de esta pena, incluidas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, para una vez obtenido el quantum de la pena disponer el límite de duración de la medida. Tampoco se dice nada acerca de los grados de ejecución, ni de las formas de participación, pero por las mismas razones expuestas, son extremos que han de ser tenidos en cuenta⁹⁰³.

Tratándose de las circunstancias de agravación, se supone que el juez valorará las concurrentes cuando éstas sean de especial gravedad y coincidentes con las que recoge el catálogo general del artículo 22⁹⁰⁴.

4.- Libertad vigilada sucesiva al internamiento.

El artículo 7.2 LORRPM establece el régimen de determinación de las medidas de internamiento, disponiendo que éstas “constaran de dos periodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se realizará en régimen de libertad

⁹⁰² ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores, ob. cit.*, pág. 166. Asimismo, proponen la operatividad de las circunstancias agravantes y atenuantes a los efectos de determinar el máximo de medida que se puede imponer, DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 115.

⁹⁰³ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de octubre de 2002 (JUR 2003/90052) Lo que hay que tener en cuenta es el grado de ejecución del delito, que fue cometido en grado de tentativa inacabada, ya que no lograron apoderarse del bolso. Si se aplicara el C.P. la pena a imponer iría de 6 meses a un año de prisión, que en caso de no existir antecedentes penales permitiría la suspensión de la ejecución de la pena impuesta. El artículo 8 L.O. 5/2000 establece claramente que las medidas privativas de libertad no puede exceder de la pena privativa de libertad que se hubiera impuesto conforme al C.P., por ello y teniendo en cuenta la entidad de los otros ilícitos que se imputan y las medidas previstas para los mismos, no cabe imponer una pena superior al año de internamiento –fundamento jurídico cuarto-.

⁹⁰⁴ CASTELLÓ NICAS, Nuria, “La responsabilidad penal del menor de edad y la aplicación de las causas de exención de la responsabilidad criminal”, *ob. cit.*, págs. 168 y 169.

vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los artículos 9 y 10. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos periodos, y el Juez expresara la duración de cada uno en la sentencia”⁹⁰⁵. No es que concurren dos medidas, sino que se establecen dos periodos dentro de la de internamiento⁹⁰⁶.

En cuanto a los beneficios de tal previsión, hemos de indicar que ciertamente deviene inoportuno que la privación de libertad finalice de forma brusca, pues debe propiciarse que el joven infractor se integre de modo progresivo en su entorno social y familiar, en tanto que la salida del menor del centro a su medio natural puede provocarle una situación de tensión o estrés que se podría aliviar con una posterior libertad vigilada y de este modo, ayudar al menor a enfrentarse con su entorno⁹⁰⁷. Incluso, algunos autores durante la vigencia de la LO 4/1992 ya ponían de manifiesto la necesidad de esta medida puente⁹⁰⁸, afirmándose en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 29 de abril de 1998⁹⁰⁹, que “(...) se interesa por el Ministerio Fiscal en el recurso la necesidad de imponer al menor la medida de libertad vigilada una vez finalizado el cumplimiento de la medida de internamiento toda vez que, en interés del menor y con la finalidad de facilitar y afianzar conductas aprendidas en el periodo de internamiento y ayudarle a su desenvolvimiento social, previsiblemente dificultado por la falta de compromiso de los padres, se hace necesario la presencia de una figura educativa de referencia como paso intermedio a su total libertad (...). No puede pasar desapercibido la reiteración y gravedad de las conductas enjuiciadas y que el medio social y familiar en el que habitualmente convive es fácil que el menor si no cuenta al

⁹⁰⁵ La Recomendación R (87) 20 sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ya disponía en su punto 16 in fine la necesidad de asegurar un apoyo educativo después del final de la reclusión y eventualmente un apoyo a la reinserción social de los menores.

⁹⁰⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 175.

⁹⁰⁷ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 182. BENITO LÓPEZ, Alejandro M^a, “La Ley Penal del Menor y su aplicación”, ob. cit., pág. 77. Sobre todo en los casos condicionados por familias altamente desestructuradas, barrios marginales, y amistades no adecuadas. PÉREZ FERRER, Fátima, “La nueva regulación de las medidas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario La Ley*, N^o 7216, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 2009, pág. 7. AGUIRRE ZAMORANO, Pío, “Las medidas”, ob. cit., pág. 85.

⁹⁰⁸ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 105. Esta posibilidad se aplicaba por los jueces de menores utilizando el mecanismo de sustituir la medida de internamiento, cuando ya se había cumplido al menos una parte, por la de libertad vigilada, por el tiempo que restaba. AGUIRRE ZAMORANO, Pío, “Las medidas”, ob. cit., pág. 85.

⁹⁰⁹ Sentencia de la Provincial de Albacete núm. 12/1998 de 29 abril (ARP 1998\1499).

principio con un modelo de referencia y control personal olvide con suma rapidez conductas y modelos necesarios para su evolución favorable aprendidas en el periodo de internamiento lo que supondría el fracaso de las medidas de reforma y adaptación social que durante el internamiento se hayan podido inculcar al menor, por lo que la Sala estima adecuado, en su interés, dotarle de una referencia educativa como paso intermedio a una situación de libertad total, por lo que se estima necesario imponerle la medida de libertad vigilada durante 6 meses (...)"⁹¹⁰. En definitiva, el sentido de su diseño es potenciar la reintegración social progresiva del joven delincuente⁹¹¹.

Incluso es deseable, teniendo en cuenta la restricción de libertad que conlleva este internamiento, que se establezca con obligatoriedad que por lo menos el último mes, el menor comience a efectuar salidas fuera del centro, ya sean para realizar actividades de cara a su salida definitiva, ya sea para acudir a su domicilio familiar durante los fines de semana⁹¹². No obstante, hay que indicar que sin negar los beneficios de esta medida para facilitar el paso del internamiento cerrado a la vida en libertad, es preferible modificar este régimen por el abierto o semiabierto una vez transcurrido parte del tiempo de duración fijado, a mantener el cerrado y justificar la libertad vigilada como instrumento de readaptación a la vida en libertad⁹¹³.

Tal previsión presenta a priori problemas de concreción ya que es difícil que el Juez pueda realizar un pronóstico exacto de las necesidades del menor⁹¹⁴. Para facilitar esta determinación, como novedad de la LO 8/2006, la libertad vigilada subsiguiente al

⁹¹⁰ De una manera similar, se observa en un supuesto concreto de agresión sexual como el recogido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja num. 197/2002, de 20 de diciembre (JUR 2003/43939) la justificación de la imposición de la medida de libertad vigilada consecuente con la medida de internamiento en régimen cerrado para llevar a cabo un programa de educación sexual –fundamento jurídico segundo-.

⁹¹¹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 157.

⁹¹² ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 182 y 183.

⁹¹³ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, ob. cit., pág. 124 (nota 431). DOLZ LAGO ya criticó tal previsión en el anteproyecto penal juvenil de julio de 1997, subrayando la el carácter superfluo de tales periodos habida cuenta de la existencia de la posibilidad de flexibilizar los rigores del internamiento en su última fase de cumplimiento. DOLZ LAGO, Manuel Jesús, "Algunos aspectos de la legislación penal de menores", *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-131, tomo 3, 1998, Editorial LA LEY, pág. 11.

⁹¹⁴ Según CARMONA SALGADO resulta censurable que el precepto obligue al juez a adoptar necesariamente en la sentencia la concreta extensión de los periodos que deberá durar tanto la estancia en el centro como la libertad vigilada, ya que dicha extensión tendría que depender de los resultados obtenidos como consecuencia de la puesta en marcha y ejecución del proceso educativo, aunque siempre es factible acogerse a lo dispuesto en el art. 14 LORRPM, en CARMONA SALGADO, Concepción, "Las medidas y sus criterios de determinación", ob. cit. Pág. 928.

internamiento ha de ser ratificada al finalizar el internamiento por auto motivado, con audiencia del Ministerio Fiscal, el letrado del menor y la Entidad Publica, lo que viene a ser 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 prolongar⁹¹⁵.

Resulta llamativo que para los supuestos de máxima intervención contemplados en el art. 10.2 LORRPM en relación con delitos muy graves, la imposición sucesiva al internamiento de una medida de libertad vigilada por tiempo de tres o cinco años según los distintos tramos de edad sea un complemento facultativo -ya que el precepto señala que se impondrá “en su caso”-, mientras que resulta obligatoria en los supuestos de extrema gravedad en los que el internamiento también es preceptivo recogidos en el art. 10.1 b) segundo párrafo, para los menores de dieciséis y diecisiete años. Tal vez este dato confirme que el concepto de extrema gravedad está referido más a una prognosis del sujeto que a la entidad objetiva del hecho⁹¹⁶.

V.- Conclusiones y toma de postura.

Efectuado un estudio pormenorizado del régimen de aplicación, podemos concluir que son múltiples los elementos que intervienen en la determinación de la medida de internamiento. De esta forma, analizados los criterios inspiradores del régimen de aplicación, sostenemos, en orden a mantener una postura restrictiva en torno a la aplicación de la medida de internamiento, que tanto el principio de interés superior del menor como el principio de flexibilidad se articulan como parámetros de exclusión de la medida dado que ambos conducen a la adopción restrictiva de la medida. En cuanto al principio de proporcionalidad, más potenciado en esta medida que en cualquier otra, planteamos una mayor relajación del mismo a fin de conseguir mayores cuotas de flexibilidad.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado, resulta de tal amplitud que pudiera decirse que prácticamente

⁹¹⁵ CERVELLO DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el derecho penal del menor*, ob. cit., pág. 100.

⁹¹⁶ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas: artículo 10 LORRPM”, ob. cit., pág. 354.

comprende todo tipo de delincuencia, exceptuando los delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas y las faltas. Por más que tal medida privativa de libertad no resulte de obligatoria imposición en los supuestos que el art. 9.2 menciona, la impresión que deja tal regulación es que la respuesta básica está centrada fundamentalmente en el internamiento en régimen cerrado, dejándole a esas otras respuestas menos aflictivas un papel residual, lo que demuestra una confianza excesiva en los mecanismos intimidatorios.

A nuestro juicio, demasiadas son las conductas delictivas que permiten la aplicación de la medida más restrictiva, resultando censurable algunos aspectos de los presupuestos de aplicación, defectuosos desde una perspectiva técnico-jurídica y que, están dando lugar a importantes problemas prácticos e interpretativos. La tendencia expansionista de la medida privativa de libertad en el ámbito de la LORRPM ha de ser necesariamente corregida, planteándose el debate sobre esta cuestión desde la óptica de restricción del campo de aplicación de la medida de internamiento, con la finalidad de hacer real su carácter de última ratio. Para la consecución de tales objetivos, exponemos en primer lugar razonamientos de carácter interpretativo en el supuesto más controvertido del régimen de aplicación facultativa, es decir, en lo concerniente a la actuación en grupo. Entendemos que una interpretación limitada de tal supuesto podría lograrse mediante la exigencia de dos elementos: en primer lugar, cumplir con el requerimiento de disminución de defensa en la víctima debido a la actuación en grupo recogida en el artículo 22.2 CP; en segundo lugar, coherentes a tal interpretación, excluir del marco de aplicación en tal caso los supuestos que no revistan especial carácter lesivo.

Por otra parte, particularmente negativa es la existencia de un régimen preceptivo de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado, no solamente por las dificultades prácticas -en este sentido, aludimos a los obstáculos que surgen en la concreción del concepto de extrema gravedad-, sino también por la propia existencia de un régimen de aplicación obligatoria de la medida que contradice claramente la finalidad esencialmente reeducativa que inspira la LORRPM. Siguiendo la línea rectora de nuestra investigación, en lo relativo al primero de los problemas, y habida cuenta de que la inconcreción del concepto de extrema gravedad, entendemos que el mismo puede ir referido bien a la gravedad de los modos comisivos o del

resultado producido, siempre que se trate de supuestos extraordinarios y referidos a los casos que permitan la aplicación de la medida de internamiento.

De igual modo, respecto a la circunscripción de la reincidencia como supuesto de extrema gravedad, proponemos referir la misma, con los requisitos dispuestos en el CP sobre tal instituto aunque con un ámbito ligeramente más reducido. Solo procederá respecto de los delitos que permiten la aplicación de la medida de internamiento, en tanto que una interpretación contraria, que abarcara supuestos más amplios, conduciría a una aplicación extensiva e innecesaria de la medida.

En cuanto a la configuración de imposición obligatoria de la medida de internamiento, concluimos que no son suficientes tales referencias interpretativas para alcanzar la finalidad que pretendemos y que guía nuestra investigación, planteándose la necesidad de equiparar el régimen de aplicación preceptivo a los restantes supuestos de aplicación de la medida, incluyéndose así en los casos de procedencia facultativa, intentando de este modo ser acorde con los criterios inspiradores de la propia ley e incrementando de esta forma las facultades de elección del juzgador a efectos de una mejor individualización de la medida aplicable.

Partiendo de tales premisas, entendemos que el sistema más adecuado a seguir que pretenda de forma realista y efectiva la reeducación del mayor número de menores infractores debe aunar los planteamientos exegéticos anteriormente expuestos y la potenciación en la utilización de medidas alternativas –en los términos recogidos en el Capítulo VII, a cuyos efectos nos remitimos–.

CAPITULO VI: RÉGIMEN DE EJECUCIÓN.

I.- Cuestiones generales.

El Título VII de la LORRPM se dedica al régimen de ejecución de las medidas conteniendo unas disposiciones generales (arts. 43 a 45), una serie de reglas generales (arts. 46 a 53) y finalmente, un catálogo de reglas especiales vinculadas únicamente con la ejecución de la medida de privación de libertad (arts. 54 a 60), donde el legislador realiza en ocasiones un plagio de leyes no disimulado, copiando muchas veces literalmente pasajes de la legislación penitenciaria⁹¹⁷, integrando lo que podríamos denominar el Derecho Penitenciario de Menores⁹¹⁸. Estamos ante una regulación necesaria pero insuficiente, con fuertes remisiones reglamentarias⁹¹⁹, presentando importantes carencias en cuanto a la adecuada plasmación de las orientaciones inspiradoras de la ejecución de las medidas, los derechos sometidos a las mismas y las circunstancias más relevantes de la ejecución⁹²⁰.

Como en otros tantos aspectos y vertientes de la LORRPM, es preciso partir de los principios rectores en la materia objeto de análisis, exponiendo en primer lugar por su importancia garantista el principio de legalidad y su proyección en este ámbito concreto, así como centrando posteriormente nuestra atención en el principio de resocialización, por sus trabas interpretativas e inconvenientes prácticos. Finalmente, se efectuará una breve referencia a la incidencia del principio de especialización de centros.

⁹¹⁷ MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 201.

⁹¹⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 256.

⁹¹⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La ejecución de las medidas” en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pág. 284.

⁹²⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La ejecución de las medidas en la L.O 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 181.

II.-Principios rectores en materia de ejecución.

1.- Principio de legalidad: garantía jurisdiccional y de ejecución.

La ejecución de la medida de internamiento en régimen cerrado, dada su evidente naturaleza punitiva a pesar de la terminología empleada por la LORRPM, está sometida a las garantías derivadas del principio de legalidad que, de modo análogo, rige para el Derecho penal de adultos (art. 3.2 CP). De este modo, en torno a la garantía de ejecución, dispone el art. 43.2 LORRPM que “tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen”⁹²¹. Por tanto, en materia de ejecución no se consagra una reserva absoluta de ley sino que también se reconoce un espacio fundamental a los reglamentos. A tal efecto, las Comunidades Autónomas han de disponer (art. 45.1) de unas normas de organización reguladoras de la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas, respetuosas con el contenido de la Ley, que prevalece en caso de conflicto⁹²².

La redacción del precepto hay que concordarla con la supletoriedad de la LECrim y el Código penal, establecida en la disposición final primera de la LORRPM, de forma que habrá que acudir a las disposiciones procesales y sustantivas penales citadas en caso necesario. Ahora bien, si en los adultos la ejecución de las penas privativas de libertad se rige especialmente por la LOGP, tal normativa específica en materia de menores se encuentra en la propia LORRPM, no siendo supletoria la legislación penitenciaria de los adultos en este procedimiento, aunque es innegable que los principios informadores de la reeducación y reinserción son prácticamente comunes a toda ejecución penal privativa de libertad⁹²³.

⁹²¹ OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Reglas generales y especiales para la ejecución de medidas en la LORRPM. Especial referencia al quebrantamiento de la medida de privación de libertad” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 499 y 500.

⁹²² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La ejecución de las medidas en la L.O 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 182. En la mayor parte de las Comunidades Autónomas, estas normas coinciden o se integran en el marco de la normativa aprobada sobre centros y medidas de protección de menores.

⁹²³ DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor, ob. cit.*, pág. 187 y 188.

En relación a la garantía jurisdiccional, no se hace una declaración expresa de esta garantía, pudiendo extraerse de la atribución de competencias en todo lo relativo a la aplicación de la LORRPM a los Juzgados de Menores y mediante la constatación de que solo pueden ejecutarse las medidas establecidas en la Ley en virtud de sentencia firme dictada en el procedimiento regulado en la misma. Por último, el contenido del principio de legalidad se completa con el necesario control judicial de la ejecución de las medidas ejercitado por el mismo Juez de Menores (art. 44 LORRPM) en cumplimiento del art. 117 de la Constitución que garantiza la exclusividad de los jueces de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Las funciones de control de legalidad de los Jueces de Menores se dirigen al seguimiento del menor con el fin de adecuar sus resoluciones a la evolución del menor, garantizar el estricto cumplimiento de la legalidad en la actuación de las autoridades administrativas y controlar el respeto a los derechos fundamentales del menor⁹²⁴.

Surge la duda ante la administrativización del régimen de ejecución, que puede verse agravado ante la delegación por parte de la Administración en entidades privadas para la dirección y gobierno de los centros donde se debe cumplir el régimen cerrado. Aunque formalmente se mantenga el control jurisdiccional y se cumpla la garantía de la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley, se pueden estar restando garantías al menor, al quedar al cuidado de instituciones privadas su proceso resocializador.

2.- Principio de resocialización como principio rector de la ejecución de medidas privativas de libertad.

2.1.- Cuestiones introductorias: el principio de resocialización en las penas privativas de libertad: delimitación conceptual y escepticismo sobre su eficacia.

La resocialización constituye un principio básico en la ejecución de las penas de cara a su humanización por cuanto pretende que la privación de libertad se adapte, en la medida de lo posible, a las condiciones de la vida en sociedad para, de alguna forma, paliar los efectos nocivos de la privación de libertad⁹²⁵.

⁹²⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 31.

⁹²⁵ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 508.

Consagrado en el artículo 25.2 de la CE⁹²⁶, no existe acuerdo acerca de lo que debe entenderse por resocialización, ni lo que significan otros múltiples términos empleados: reeducación, readaptación social, reinserción social⁹²⁷. Por tanto, para comenzar, en buena lógica, parece necesario clarificar el contenido y significado del concepto resocialización. Como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁹²⁸, el concepto de “resocialización”, “reinserción” o “rehabilitación” admite diversos enfoques. Cabe un planteamiento “clínico”, que orienta la “rehabilitación” a la neutralización de factores patológicos del infractor, lo que no procede, por falta de realismo, a toda clase de penados. Buscar esta suerte de factores, por ejemplo, en el delincuente profesional, en el juvenil o en el ocasional carece de rigor científico. Cabe, también, una perspectiva “psicopedagógica” que relaciona el impacto positivo, que persigue el proceso rehabilitador con la corrección de ciertas características y variables de la personalidad del recluso medio (en términos estadísticos) como serían: la impulsividad; la rigidez cognitiva; el elevado “locus de control externo” que le caracterizaría; el bajo umbral de tolerancia a la frustración; la ausencia de pensamiento abstracto y crítico; la baja autoestima; su significativo “egocentrismo” y escasa capacidad de empatía; la carencia de específicas “habilidades sociales” y “cognitivas” para abordar constructivamente situaciones interpersonales conflictivas y problemáticas; graves distorsiones perceptivas y valorativas tanto en la esfera cognitiva como en la emocional y la afectiva para entender correctamente las reglas y convenciones sociales, etc. Los expertos proponen, para corregir tales déficits y carencias: técnicas de solución de problemas; el entrenamiento en habilidades sociales; las técnicas de control emocional y de razonamiento crítico; el desarrollo de valores; el fomento o impulso de habilidades de negociación; técnicas que desarrollen el razonamiento creativo y palien la rigidez cognitiva y el razonamiento lineal y reduccionista que exhiben muchos reclusos. El punto débil de este análisis reside en el hecho de que su diagnóstico

⁹²⁶ Fórmula que recuerda en gran medida a la utilizada en este punto por la Constitución italiana en su artículo 27.3. COBO DEL ROSAL, Manuel, BOIX REIG, Javier, “Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción” en COBO DEL ROSAL, Manuel (Director), *Comentarios a la Legislación Penal, Tomo I*, Madrid, Edersa, 1982, pág. 218.

⁹²⁷ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 445. MANZANARES SAMANIEGO sostiene que en la ambiciosa declaración del art. 25.2 CE se echa en falta una limitación a «cuando fuera posible», porque su carácter imperativo no se aviene siempre con la naturaleza de aquellas penas o con la realidad de su cumplimiento. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La orientación de las penas privativas de libertad hacia la resocialización del reo”, ob. cit., pág. 2.

⁹²⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Sobre la función resocializadora o rehabilitadora de la pena”, *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 100, Abril 2010, paginas 81 y 82.

responde a una mera inferencia “estadística” sobre el “recluso medio”; y, sobre todo, en la no constatación empírica de la relevancia causal-criminógena de estos factores.

Por último, cabe también un enfoque jurídico, puramente formal y minimalista, que renuncia a la necesidad de cualquier cambio motivacional y actitudinal en el recluso, en su marco axiológico de valores, identificando la resocialización o reinserción del penado con el pronóstico razonable de que no volverá a delinquir una vez que, cumplida la pena, retorne a la vida en libertad⁹²⁹.

Por su parte, MIR PUIG concibe la resocialización como una forma de configurar la ejecución de la pena privativa de libertad de tal forma que fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad⁹³⁰. En un sentido similar, QUINTERO OLIVARES indica que se comprende la necesidad de buscar nuevas maneras de ejecución de la pena privativa de

⁹²⁹ En el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La orientación de las penas privativas de libertad hacia la resocialización del reo”, *ob. cit.*, pág. 3.

⁹³⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 138. También se habla de resocialización equivalente a promoción de condiciones favorables para el individuo en orden a su mejor integración en la sociedad. COBO DEL ROSAL, Manuel, BOIX REIG, Javier, “Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción”, *ob. cit.*, pág. 221. El concepto de resocialización y su configuración ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal Supremo, destacándose en este sentido la Sentencia num. 1667/1998, de 28 de diciembre (RJ 1998/10406) –fundamento jurídico segundo- que dispone “El Tribunal Constitucional, cfr. SSTC 21 enero 1987 (RTC 1987\2) –fundamento jurídico segundo-, 16 febrero 1988 (RTC 1988\19) y 4 febrero 1991 (RTC 1991\36), ha declarado que del artículo invocado, el 25.2 CE, no nace ningún derecho fundamental. Se trata de «un principio constitucional orientador que debe guiar la política penitenciaria del Estado no descartándose en absoluto otros fines válidos de la pena privativa de libertad». El mandato contenido en el art. 25.2 CE, que se reproduce en el art. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, alude indudablemente a la resocialización que es una de las manifestaciones de la prevención especial, pero este criterio recogido expresamente no excluye otras fundamentaciones de la pena, como la retribución o la prevención general. Junto a la concepción expuesta, se abre camino otra formulación del mandato recogido en el art. 25.2 de la Constitución bajo la cual la orientación de las penas privativas de libertad no se refiere a la expresión de las finalidades de la pena, sino que constituye un principio de actuación del derecho penal, en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad, que se erige como límite de su actuación en la ejecución de la pena para evitar sea utilizado para causar más daño a la persona que el derivado de su privación de libertad y que desatienda a las necesidades del interno. Desde esta perspectiva, la reinserción y la reeducación proclamada en el art. 25.2 CE obliga al legislador y aplicador del derecho a diseñar una política penitenciaria y a la interpretación de la misma, respectivamente, que tenga en cuenta que el interno deberá retornar a la libertad y no deberá ser aislado del contexto social, lo que satisfaría la reinserción, y que durante la ejecución de la pena se atiende a las carencias educacionales del interno, precisamente sobre aquéllas que más inciden en la comisión de delitos, lo que atenderá a la reeducación. Desde la asunción del contenido del art. 25.2 de la Constitución como principio del derecho penal, en la fase de ejecución de pena, surge un derecho del interno a la aplicación de las instituciones que el legislador, desarrollando la Constitución, ha establecido con la regulación y limitaciones que se recogen en el ordenamiento penitenciario y sin que el régimen de permisos, clasificación, etc. participe de una naturaleza de concesión graciosa, sino como actividad administrativa penitenciaria y judicial controlable y sujeta al ordenamiento jurídico”. En este último sentido, conciben la reinserción como un derecho del interno, COBO DEL ROSAL, Manuel, BOIX REIG, Javier, “Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción”, *ob. cit.*, pág. 218.

libertad que dejen el mayor margen posible de libertad, pues solo la actividad relativamente libre del condenado ofrece esperanza de servir para su recuperación⁹³¹.

En un Estado democrático este principio no deben entenderse como una sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar sus posibilidades de participación en la vida social, como una oferta de alternativas al comportamiento criminal⁹³².

En este escenario de múltiples propuestas conceptuales, la consecución de la resocialización se muestra difusa, y por ende, mediante la privación de libertad casi se presenta imposible. Se ha considerado con acierto que pretender reeducar a través de la ejecución penal es un lamentable despropósito, que pugna con los conocimientos actuales de la criminología, de las ciencias de la conducta y de la propia política criminal⁹³³. El escepticismo ante la política de resocialización de los delincuentes a través de las penas proviene de perspectivas diferentes: de un lado, los partidarios del Derecho penal clásico reprochan a los adeptos de la resocialización su sensiblería y su debilidad con los delincuentes. De otro, los criminólogos críticos le acusan de querer regenerar almas, para mejor asegurar la dominación de los hombres por el poder⁹³⁴. La concepción teórica de la pena carcelaria como instrumento para un proceso rehabilitador y la realidad misma de la puesta en práctica de ese proceso se estima que, funcional y estadísticamente, han constituido a través de la historia un verdadero fracaso⁹³⁵.

⁹³¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 669.

⁹³² Señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON que los objetivos resocializadores solamente podrán perseguirse en el marco del más exquisito respeto a la libre voluntad del sujeto y al libre desarrollo de su personalidad y habrán de consistir, en la adopción de medidas pertinentes para remover los obstáculos externos que hayan impedido o dificultado al delincuentes las posibilidades de adaptar su vida al conjunto de los valores constitucionales o de ejercer y disfrutar plenamente el elenco de derechos que la Constitución le confiere. COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 730.

⁹³³ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 445. Tampoco pueden desconocerse las dificultades existentes, en tanto que el Derecho penal no puede equipararse sin más al Derecho de la asistencia social. JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Tomás, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 30.

⁹³⁴ Haciendo referencia a estas y otras críticas, véase MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., pág. 38 y ss. Señalan JESCHECK y WEIGEND que tal escepticismo se debe a la incapacidad de reducir el porcentaje de reincidencia de modo esencial. JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Tomás, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 74.

⁹³⁵ GÓMEZ GRILLO, Elio, "Acerca de la teoría y la realidad en el tratamiento de los delincuentes" en AA VV, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, pág. 661. Sobre el escepticismo ante la política de

Siguiendo esta línea, MUÑOZ CONDE señala que por un lado, aparecen todas las críticas al propio concepto de resocialización en la medida en que puede contener la pretensión moralizante de cambiar las actitudes internas del condenado o la hipocresía de intentar reincorporar al individuo a la misma sociedad que genera las causas de la delincuencia. Asimismo, la rehabilitación parece poder predicarse exclusivamente de los delincuentes marginales e inadaptados, pero no de aquellos perfectamente identificados con las pautas de la sociedad en la que viven. Pero sobre todo, y con independencia de si se comparte o no la ideología resocializadora, esta hace aguas cuando se comprueban las reales posibilidades de llevarla a cabo mediante la pena de prisión. La propia sustitución de privación de libertad es inseparable de la creación de un mundo separado respecto a la sociedad, que se rige por sus propias pautas de comportamiento y que genera un sistema de valores diferente y relativamente autónomo, calificado de subcultura carcelaria. Por ello se han puesto de manifiesto las dificultades de educar para la libertad desde la privación de libertad. Todas estas consideraciones deben llevar a concebir la resocialización penitenciaria en términos especialmente restringidos y respetuosos con la dignidad humana⁹³⁶.

Por su parte, QUINTERO OLIVARES entiende que el desánimo de la política resocializadora deriva de la concepción mítica de resocialización, ligada con la dramática visión que ofrecen los centros penitenciarios y la originaria contradicción que suscita el binomio pena de prisión-resocialización. Justo es reconocer la difícil compatibilidad entre las funciones de protección de bienes jurídicos y de resocialización. De esta forma, sostiene el autor que ha quedado claro que el fin resocializador está absolutamente subordinado al de represión⁹³⁷. En un sentido análogo, concluye MANZANARES SAMANIEGO que la privación de libertad tiene en sí misma un efecto contrario al resocializador, en parte por lo que necesariamente implica de alejamiento de la vida social ordinaria y en parte por ese riesgo de contagio criminal que algunos expresan calificando a la cárcel de universidad del delito⁹³⁸.

resocialización de los delincuentes a través de las penas, vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., págs. 38 y ss.

⁹³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 509 y 510.

⁹³⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 79 y 80.

⁹³⁸ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "La orientación de las penas privativas de libertad hacia la resocialización del reo", ob. cit., pág. 3.

Ante todos estos ataques a la resocialización, difícilmente replicables, opina MORILLAS CUEVA que no puede caerse en la trampa del esquematismo que exige una decisión rotunda entre resocialización si o no, entre pena o tratamiento. La idea de resocialización ni ha de extinguirse ni mitificarse, sino que únicamente debe relativizarse y consecuentemente adecuarse a las necesidades sociales, así como de compatibilizarse con otras instancias de control social menos gravosas y con medidas globales de carácter político-social que propicien una sociedad más justa e igualitaria⁹³⁹. La rehabilitación y resocialización del delincuente que puede y quiere ser resocializado debe ser prioritaria⁹⁴⁰.

Consideramos lógica y necesaria la opción presentada por MORILLAS CUEVA, en tanto que asumimos que, si bien la resocialización es posible desde los planteamientos conceptuales en los que nos hemos implicado, tales proyecciones instan a la búsqueda de penas menos gravosas que la privativa de libertad con el objeto de materializar las posibilidades de reinserción del menor.

Realizados tales argumentos, a continuación analizaremos la posición del principio de resocialización en la medida de internamiento en régimen cerrado y los obstáculos que puede encontrar en este ámbito.

2.2.- Concreción del principio de resocialización en la medida de internamiento en régimen cerrado.

El verdadero fin del proceso penal de menores -y así insisten en ello las SSTC 36/1991, fundamentos jurídicos 6 y 7, y 60/1995, fundamentos jurídicos 5 y 6-, es el resocializador que se pretende conseguir con las medidas que se adopten⁹⁴¹. La reinserción cobra un mayor sentido y tiene más probabilidad de éxito que en el caso de los adultos pues tratándose de personas que aún no tienen formada su personalidad es más fácil realizar una intervención educativa con garantías de obtener un resultado

⁹³⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., pág. 42.

⁹⁴⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Ibidem*, pág. 47.

⁹⁴¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 87.

positivo⁹⁴². De este modo, en el Derecho penal de menores se hace más apremiante esta exigencia de orientación de las penas hacia la reinserción por lo que se establece un catálogo de medidas amplio con el fin de adaptar éstas a las circunstancias personales de cada menor y se le dan facultades al Juez para ordenar la ejecución de las mismas del modo que resulte más beneficioso a su reeducación.

Concretamente, respecto de la medida de internamiento, el artículo 55 LORRPM⁹⁴³ proclama de forma expresa el principio de resocialización que intenta guiar a la misma. De tal precepto se deducen dos axiomas que deberán ser tenidos en cuenta en la configuración de los programas de internamiento en centro:

- El de favorecimiento de los vínculos sociales del menor con su familia, principio que podrá aplicarse mediante los permisos ordinarios, comunicaciones, salidas programadas y otros programas de contacto con el exterior.
- La colaboración de entidades públicas y privadas en el proceso de integración social del menor.

Esta regulación implica que no solo la normativa que desarrolle la Ley se debe acoger a tal principio, sino también la relativa al régimen interno que elaboren las Comunidades Autónomas, por lo que esos principios inspiraran los programas que se elaboren y el comportamiento del personal de dichos centros, pudiendo revocarse en caso contrario la vulneración de este precepto⁹⁴⁴. En consecuencia, las medidas de internamiento, privando a los menores de su libertad ambulatoria, tienen como meta realizar sobre ellos una intervención educativa intensa que les ayude a superar aquellos factores que en su día les llevaron a delinquir, llevándose ello a cabo en un

⁹⁴² GARCÍA PÉREZ, María Fernanda, “Experiencias prácticas en la ejecución judicial de las medidas” en PANTOJA GARCIA, Félix (Director), *La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pág. 132.

⁹⁴³ El art. 55 LORRPM dispone que “1.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. 2. En consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o para su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el 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 geográfica y culturalmente. 3. A tal fin se fijarán reglamentariamente los permisos ordinarios y extraordinarios de los que podrá disfrutar el menor internado, a fin de mantener contactos positivos con el exterior y preparar su futura vida en libertad.

⁹⁴⁴ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 419.

establecimiento o centro, en un ambiente altamente estructurado y en el que, es imprescindible contar con un clima de seguridad y convivencia ordenada que permita aplicar los citados programas de intervención educativa⁹⁴⁵.

Este principio se erige en piedra angular de la ejecución y debe conectarse tanto con el derecho recogido en el artículo 56.2 c) (derecho a recibir educación y formación integral) como con el deber previsto en la letra b) del artículo 57 (recibir enseñanza básica obligatoria que legalmente les corresponda) y el deber recogido en el artículo 57 h) (participar en actividades formativas, educativas y laborales establecidas en función de su situación personal a fin de preparar su vida en libertad). Teniendo en cuenta los altos índices de déficits educativos en los menores infractores, la formación y educación deberán ser los instrumentos esenciales del proceso de resocialización durante el internamiento⁹⁴⁶. De esta forma, la resocialización que se pretende lograr con las medidas que se adopten quizá sea un concepto matizable, debiendo aludirse con mayor precisión a una naturaleza socializadora, pues mal se puede resocializar a quien nunca ha estado integrado de forma equilibrada en la familia o en la sociedad⁹⁴⁷. En consecuencia, entendemos que la finalidad resocializadora del menor infractor tiene contenidos más amplios que el asignado a la resocialización del delincuente adulto. No es el tratamiento en la concepción tradicional que deriva de la criminología vigente en el ámbito penitenciario, sino el completar la formación del sujeto caracterizada por básicas carencias formativas y sociales que han conducido a un deficitario proceso de socialización. Además, la forma de entender el cumplimiento penal juvenil recogida en la Ley parece garantizar más eficazmente los principios de legalidad y seguridad jurídica en la medida que parte de una individualización judicial de la misma en sentencia, evitando el riesgo de arbitrariedad que toda clasificación penitenciaria conlleva cuando se hace depender la situación del penado de estudios y valoraciones de la personalidad frecuentemente cargados de voluntarismo y ausentes de rigor científico⁹⁴⁸.

⁹⁴⁵ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 355.

⁹⁴⁶ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 455.

⁹⁴⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 461.

⁹⁴⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *ibidem*, pág. 461.

Efectuado este breve paréntesis terminológico, continuaremos con las especificidades derivadas del precepto rector que examinamos. En este sentido, si bien el artículo comentado se refiere a la actividad de los centros, en realidad, no contiene los criterios pedagógicos que deben seguirse en esa actividad sino principios rectores generales de resocialización⁹⁴⁹. Ello concuerda con el objetivo prioritario que la Exposición de Motivos de la Ley asigna a las medidas de internamiento y que se cifra en disponer de un ambiente que provea las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad.

DOLZ LAGO entiende que la inclusión de este principio atiende a la finalidad pedagógica-sancionadora de la Ley y al art. 25.2 CE⁹⁵⁰. La reinserción social exige que la persona del menor sea considerada como un sujeto de derecho que continua formando parte de la sociedad. Esta idea básica se traduce en un compromiso de las instituciones de no restringir los derechos del menor internado nada más que en aquellos que sea estrictamente necesario para el cumplimiento de la medida sin olvidar los fines de la misma⁹⁵¹. Los derechos fundamentales del menor no pueden quedarse en los umbrales del centro de internamiento⁹⁵².

Efectuadas tales reflexiones, procede centrarnos en las posibilidades efectivas de resocialización de la medida de internamiento. Al respecto, son variadas las posiciones doctrinales que se han pronunciado. Desde una perspectiva optimista, CRUZ MARQUEZ afirma las posibilidades resocializadoras de la medida en dos ámbitos. Entiende la citada autora que durante la ejecución de la medida es posible evitar o reducir sus efectos negativos e incluso cumplir una cierta función resocializadora,

⁹⁴⁹ DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “El principio de oportunidad del fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas” en *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, 2000, pág. 526.

⁹⁵⁰ DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 206.

⁹⁵¹ MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad”, *ob. cit.*, pág. 205-207.

⁹⁵² MARTINEZ RUIZ, Jesús, “Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 531.

siempre y cuando se configure de acuerdo con las necesidades y particularidades del menor, según los criterios e instrumentos en que se fundamenta la intervención educativa dirigida al desarrollo libre y autónomo de la personalidad. Por otra parte, aduce que también la medida se orienta al principio de reinserción en su propia elección, en tanto que se tienen en cuenta las circunstancias personales y rasgos del menor al seleccionarla.⁹⁵³

En esta línea favorable al planteamiento resocializador, encontramos razonamientos distintos a los anteriormente esgrimidos. De este modo, CARMONA SALGADO opina que la adopción de esta medida, que encuentra fácil justificación en las exigencias de prevención general positiva y negativa, resulta, en cambio, más difícil de sustentar atendiendo a las exigencias resocializadoras de prevención especial, aunque, de imponerse dicha medida de internamiento como último recurso y única alternativa viable, quizá cabría esperar, siquiera sea inicialmente, que de su adecuado cumplimiento se pueda devengar, alguna remota expectativa de resocialización⁹⁵⁴. Tales argumentaciones devienen validas en cierto sentido, en tanto que en todo caso habrá que garantizar el carácter de última ratio de la medida, sin embargo, ello es insuficiente para pretender dotar de contenido resocializador a la medida de internamiento.

Contraria a tales argumentaciones se muestra COLÁS TURÉGANO quien considera que si bien efectivamente tal principio debería influir especialmente en la ejecución de las medidas privativas de libertad, en tanto que tienen un componente intrínseco más desocializador por la separación que imponen al menor de su entorno familiar, social y educativo, en poco contribuye a la resocialización de los menores internados la escasa atención que en el Reglamento de Menores se presta a los programas de tratamiento e intervención frente a la detallada regulación del sistema sancionador. Da el legislador una imagen de preocupación exclusiva por la sanción al menor desobediente⁹⁵⁵.

A pesar de las dificultades mencionadas, no hay que obviar otras propuestas relativas a las prácticas a desarrollar en el interior de los centros de internamiento a fin

⁹⁵³ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 30.

⁹⁵⁴ CARMONA SALGADO, Concepción, "Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero", *ob. cit.*, pág. 11.

⁹⁵⁵ COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 89.

de conseguir la reinserción del menor. Desde esta perspectiva, GARRIDO GENOVÉS plantea el proceso de reintegración social del menor mediante una serie de técnicas, entre las cuales destacamos las intervenciones educativas. La educación es uno de los vehículos principales de transmisión de herramientas, contenidos y valores sociales. Se constata que muchos delincuentes no siguieron en su momento procesos formativos regulares. Una de las tareas fundamentales es elevar su nivel educativo mediante programas intensivos consistentes en cursos, actividades escolares, etc. En ellos predomina la instrucción o enseñanza teórica de contenidos o de habilidades por encima de la puesta en práctica de los mismos⁹⁵⁶.

En todo caso, atendiendo a la propuesta efectuada, hemos de reseñar que en el caso del menor resulta aún más importante un proceso educativo que se ejecute en los centros. Distinto es que, al margen de estas previsiones, la medida impuesta coadyuve a este fin resocializador⁹⁵⁷.

A pesar de los intentos configuradores expuestos, planteados no solamente en el plano práctico sino también en la esfera relativa a la determinación de la medida, los obstáculos que encuentra la resocialización en cumplimiento de una medida privativa de libertad son insalvables. Se ha resaltado hasta la saciedad por todas las disciplinas del saber que los procesos de adaptación de la conducta humana a las normas sociales son demasiado complejos y en ellos juegan demasiadas variantes como para pretender que la intervención educativa en el medio de los establecimientos dedicados a la privación de libertad pueda darles un sentido positivo⁹⁵⁸. El internamiento es por encima de todo un imponente mecanismo de segregación, presentando, desde la perspectiva resocializadora, los peores resultados respecto a otras medidas⁹⁵⁹. Por tales razonamientos, una buena parte de la doctrina científica, tras criticar sus innegables

⁹⁵⁶ GARRIDO GENOVÉS, Vicente, STANGELAND, Per, REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 963-965.

⁹⁵⁷ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva Mª, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 96 y 97.

⁹⁵⁸ La prisión, en lugar de resocializar, indefectiblemente agrava la desocialización del delincuente. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992” en AA VV, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, pág. 320.

⁹⁵⁹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva Mª, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 82. También muestra rechazo a la pretendida resocialización que ha de lograrse con la medida de internamiento, MARTINEZ RUIZ, Jesús, “Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad”, *ob. cit.*, pág. 532.

efectos criminógenos sobre el menor, le niega toda eficacia práctica como mecanismo de reeducación⁹⁶⁰. La reinserción social no vendrá nunca separando al delincuente de la sociedad⁹⁶¹.

Todas estas críticas deben conducirnos a asumir unos planteamientos menos ambiciosos pero más realistas, que mantengan como objetivo central la potenciación en la utilización de medidas alternativas y la restricción en la utilización de la medida de internamiento. Debe procederse a una redefinición del concepto de resocialización que ha de lograrse no a través de la medida de internamiento, sino mediante otras posibilidades, partiéndose de que la medida privativa de libertad debe ser aplicada en los supuestos y por el tiempo estrictamente necesario.

3.- Principio de especialización de centros para menores infractores.

La necesidad de especialización de centros de internamiento queda recogida en el artículo 54 LORRPM⁹⁶², pudiendo extraer, a prima facie, dos subprincipios: a) principio de diferenciación, en el sentido de que las medidas privativas de libertad previstas en la LO 5/2000, se deberán ejecutar en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad penal (art. 54); b) los centros deben, a su vez, acomodarse a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados, para lo cual estarán divididos en los módulos adecuados (art. 54.3)⁹⁶³.

⁹⁶⁰ No obstante, sostiene RODRIGUEZ LOPEZ que la respuesta estatal ante el delito no puede prescindir de la idea del castigo, y no solo por dar satisfacción a los intereses de las víctimas, sino porque una decisión de este calibre resultaría contraproducente con las mismas finalidades educativas perseguidas por el proceso penal de menores. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 80.

⁹⁶¹ IZQUIERDO MORENO, Ciriaco, *Jóvenes en la cárcel: realidad y reinserción social*, Bilbao, Ediciones Mensajero, 1991, pág. 51.

⁹⁶² El artículo 54 LORRPM dispone que “Las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento que se impongan de conformidad con esta Ley se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad penal”. De una forma análoga, el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ya recogía en su apartado c tal requerimiento de la siguiente manera: todo niño privado de libertad estará separado de adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño.

⁹⁶³ CARRERA DOMENECH, Jorge, “La ejecución de medidas en la Ley Orgánica 5/2000 sobre responsabilidad penal de los menores”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 21/2002, Pamplona, 2003, pág. 6.

Destacaremos en primer lugar la ausencia de definición en la LORRPM de los centros donde se van a cumplir las medidas de internamiento. La ley se limita a señalar que habrán de ejecutarse en centros específicos para menores infractores (art. 54), regulación que podría tildarse de sospechosamente parca⁹⁶⁴, toda vez que el Legislador sucumbe a la tentación de delegar el tratamiento minucioso de la materia, tanto en el ulterior desarrollo reglamentario, como en la normativa de funcionamiento interno que puedan implementar los respectivos centros de internamiento⁹⁶⁵. Así, tras la lectura de la LORRPM y de su Reglamento de desarrollo, puede afirmarse que se echa de menos la previsión de un precepto semejante al previsto en el artículo 10 de la Ley General Penitenciaria, en el que, se da una definición auténtica de que es un establecimiento penitenciario⁹⁶⁶.

Este aspecto de la LORRPM puede responder a varias razones, ninguna de las cuales estaría exenta de polémica. Por un lado, la idea de plasmar en un único cuerpo normativo todo el sistema de Derecho penal juvenil, abarcando tanto la vertiente sustantiva como la procesal y la propiamente ejecutiva de esta justicia penal especial, puede haber condicionado en cierta medida el insuficiente o escaso tratamiento que la Ley confiere a aspectos fundamentales, optando indebidamente por confiar numerosas cuestiones al desarrollo reglamentario, a fin de evitar la promulgación de una Ley excesivamente larga o copiosa. Por otro lado, la somera descripción de los centros podría estar encubriendo en el fondo un inconfesable recelo respecto de las posibilidades de aplicación práctica de otra regulación más exhaustiva y detallada. Una ordenación de esas características habría probablemente de requerir la creación de centros totalmente nuevos o la remodelación de los ya existentes para adaptarlos a eventuales obligaciones de estructuración y dotación de servicios y personal, compromiso que la LORRPM no habría querido asumir en nombre de las Comunidades Autónomas a las que atribuye la competencia para la ejecución de las medidas en ella contempladas⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 415.

⁹⁶⁵ MARTINEZ RUIZ, Jesús, "Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad", ob. cit., pág. 522.

⁹⁶⁶ MARTINEZ RUIZ, Jesús, *ibídem*, págs. 523 y 524.

⁹⁶⁷ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 393 y 394.

Tal ambigüedad ha generado las más diversas posiciones doctrinales, centradas básicamente en torno a la conveniencia de creación de centros específicos o polivalentes, donde se ejecuten las distintas modalidades de internamiento.

Encontramos quien mantiene la opción de centros específicos para cada modalidad de internamiento, en tanto que se objeta que el diferente programa aplicable al menor sometido a distinta modalidad puede producir un efecto negativo en los mismos⁹⁶⁸. Contrariamente a tal opción, GOMEZ RIVERO señala la ruptura de continuidad en el tratamiento del menor en los supuestos de traslado de centro por el paso de un régimen cerrado al abierto⁹⁶⁹. Esta última opción es mantenida por CRUZ MARQUEZ, en tanto que aumenta las posibilidades de que exista un centro cercano al lugar de residencia al menor, facilitando el contacto permanente con el entorno familiar y social⁹⁷⁰. No obstante, conviene recordar que en el marco del Derecho penitenciario de adultos, en la actualidad y desde la incorporación en el artículo 12 del Reglamento Penitenciario de los establecimientos polivalentes, la idea es que todos los distintos tipos de establecimientos contenidos tanto en la Ley como en el Reglamento puedan coexistir, a través de diferentes departamentos. Tal sistema es el que parece haberse exportado a la LORRPM, es decir, centros marcos polivalentes que permiten diversificar el tratamiento de los distintos grupos de internados según sus necesidades específicas, si bien, en el marco de esta normativa, la ubicación en uno u otro módulo no va a venir dada en atención a la distinta clasificación penitenciaria del interno sino, más propiamente, en función del tipo de medida privativa de libertad o cautelar adoptada por el Juez de menores⁹⁷¹. Pero aún el caso de que se siga el modelo del gran centro, como señala CUELLO CONTRERAS éste ha de reunir una serie de premisas: 1. No debe estar aislado de la ciudad y de la sociedad, especialmente de cara al relajamiento de la segunda fase; 2. No debe ocupar a más de 45 a 60 menores en régimen cerrado y 120 a 150 en régimen abierto o semiabierto; 3. No debe parecerse ni a una cárcel de adultos ni a un hospital; 4. Su organización debe ser la propia de una administración pública, no encomendada totalmente a la iniciativa privada, aunque si

⁹⁶⁸ GARCIA PEREZ, María Fernanda, “Experiencias prácticas en la ejecución judicial de las medidas” en *La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, CGPJ, Madrid, 2006. pág. 157.

⁹⁶⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 398.

⁹⁷⁰ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, ob. cit. Pág. 67.

⁹⁷¹ MARTINEZ RUIZ, Jesús, “Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad”, ob. cit., pág. 524. En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad”, ob. cit., pág. 203.

quepan colaboraciones puntuales, por ejemplo, de tipo educativo, pues de otro modo existiría el peligro de una excesiva dependencia financiera, ideológica o de cualquier otro tenor. Lo mismo cabe decir del personal. Caben colaboraciones voluntarias, que son fructíferas para el contacto social, pero han de limitarse a fines muy concretos que no abarquen la totalidad del cumplimiento, ni sustituyan a las administraciones públicas⁹⁷². Efectuadas tales aclaraciones, y tras realizar un análisis comparativo entre la legislación penitenciaria y la LORRPM, podemos extraer las siguientes características de los centros de internamiento:

- División en módulos condicionados no solo a la edad de los menores sino a las diferentes características de los menores internados (artículo 9 LOGP y 10 RP). El diseño de los centros de internamiento de menores debe hacerse de acuerdo con el destino al que va a ser dedicado, sus dimensiones tienen que ser reducidas y lo lógico será que se integre en una zona urbana normalizada, evitando los distintivos externos y la clásica arquitectura penitenciaria. Al respecto, resulta interesante la propuesta efectuada por CRUZ MARQUEZ relativa a la organización en unidades de convivencia. Entiende la mencionada autora que una opción adecuada para evitar la configuración masiva del centro consiste en estructurarlo en unidades de convivencia para grupos reducidos, prestando una especial atención a la custodia y vigilancia de los menores⁹⁷³. La separación de los menores en unidades o módulos debe hacerse por criterios de individualización no por rígidos criterios apriorísticos⁹⁷⁴. Al reducir considerablemente el número de menores que convive directamente, se promueve el surgimiento de relaciones humanas más intensas y una mayor fluidez en la interacción de los miembros de cada unidad, tanto entre los internos como con el educador que conviven con ellos.
- Existencia de una normativa de funcionamiento interno. Es muy importante puesto que constituye la base de la actuación respecto de los menores internados. Se tiene que adecuar a lo regulado en la LORRPM y en especial a todos los derechos y obligaciones de los menores que establece (artículos 56 y 57), a las

⁹⁷² CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 124.

⁹⁷³ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, ob. cit., pág. 71.

⁹⁷⁴ MOLINA BLAZQUEZ, Concepción, CARRETERO GONZALEZ, Cristina, “análisis de las medidas y su ejecución”, ob. cit., pág. 113.

medidas de vigilancia y seguridad (artículo 59) y al régimen disciplinario (artículo 60). De ahí que esta normativa tenga que tener una doble finalidad: el desarrollo de los programas de intervención educativa respecto del menor de cara a su reinserción social y la relativa a la propia dinámica del centro ordenada a la convivencia en dicho centro⁹⁷⁵.

- Ubicación: el artículo 46.3 LORRPM determina que los menores cumplirán las medidas de internamiento en los centros más cercanos a su domicilio.
- Separación de menores varones y mujeres.
- Dependencias mínimas con las que deben contar, a la manera de lo previsto en el artículo 13 LOGP.
- Necesidad de una dotación personal y material adecuada. Se deja sentir la falta de referencias a que los educadores que trabajen en los centros deben tener la necesaria formación específica para los mismos, de acuerdo con las diferentes características de cada uno de los tipos de centros previstos en el artículo 7 LORRPM, lo cual tiene que ser cuidado de forma extrema por las Comunidades Autónomas, ya que de esa importante cuestión dependerá en gran medida el éxito de la actuación educativa. En la práctica se detecta que el trabajo de educadores lo realizaban licenciados en antropología social, licenciados en biología, licenciados en bellas artes, licenciados en químicas, etc. Parece evidente que en esta materia, es inevitable que los profesionales que en ellos trabajan cuenten con una preparación y titulación similar en todos los centros⁹⁷⁶.

Un último aspecto al que nos hemos de referir es la cuestión relativa a la conveniencia o no de que el cumplimiento de las medidas privativas de libertad que la norma legal contempla pueda llevarse a cabo en un centro concertado con una entidad privada sin ánimo de lucro e incluso, como sucede en la actualidad, que aunque el

⁹⁷⁵ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 417.

⁹⁷⁶ ORTIZ GONZALEZ, Ángel Luis, "Aspectos jurídicos y prácticos más controvertidos, apreciados en el Informe del Defensor del Pueblo, en relación con la Ley Orgánica 5/2000" en LAZARO GONZALEZ, Isabel, MAYORAL NARROS, Ignacio, *Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003, págs. 147 y 148.

centro sea de titularidad pública su gestión esté encomendada a una de dichas organizaciones, posibilidad que con carácter general, es decir, respecto a todas las medidas judiciales previstas en la Ley, autoriza su artículo 45.3, conforme al cual "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".

A pesar de tal previsión, conforme sostiene la mayoría de la doctrina, no parece adecuado que la ejecución de las medidas de internamiento se realicen en centros privados o gestionados por entidades de tal naturaleza, no solo por la colisión que puede darse en el régimen que corresponde aplicar a una medida privativa de libertad, sino también, porque es discutible la constitucionalidad de la ejecución de la pena juvenil por entidades privadas, recordándonos las críticas que la doctrina viene haciendo a los intentos de delegación de la ejecución de las penas en prisiones privadas⁹⁷⁷.

4.- Derechos y deberes del menor interno.

Un aspecto fundamental en el estudio del régimen de ejecución es el relativo a los derechos y deberes del infractor sometido a la medida de internamiento. Al abordar la temática de los derechos del menor, deviene inexorable apelar al contenido del artículo 25.2 CE, precepto en el que se reconoce que el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozara de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Del mismo modo, el art. 7 RLORRPM establece que los menores podrán gozar de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, los Tratados internacionales ratificados por España y el

⁹⁷⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 457. En el mismo sentido, TORRES ANDRÉS, Juan Miguel, "La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador", ob. cit., pág. 138 y 139. Rechaza asimismo tal privatización, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 400.

resto del ordenamiento jurídico vigente, con la excepción comentada, de los limitados por ley, el contenido de la condena o el sentido de la medida impuesta.

Sentada tal premisa, dentro del conjunto de derechos de los menores, podemos distinguir:

a) Derechos como persona.

En este ámbito se sitúan cuantos derechos fundamentales ostenta el menor interno en su condición de persona, modulados por las especiales circunstancias de privación de libertad en las que se encuentra. Así, el artículo 56.1 LORRPM, parafraseando lo dispuesto igualmente en el artículo 3 de la LOGP, declara 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.

Más concretamente, el apartado 2 de este precepto alude al deber de la entidad pública de la que depende el centro y, en consecuencia, al derecho de los internos, a la vida, su integridad física y salud, recordándose que en ningún caso podrán ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de obra, ni ser objeto de un rigor arbitrario o innecesario. Como puede observarse, el contenido de este derecho tiene relación directa con los principios de proporcionalidad, humanidad y dignidad de las penas⁹⁷⁸.

A fin de comprender el alcance material del respeto a la integridad, dentro de la normativa de menores, resulta preciso contrastarlo con algunas disposiciones contenidas en el Reglamento de la LORRPM, referidas al uso de medios de contención y al régimen disciplinario del centro. Según el art. 30 del Reglamento, la finalidad del funcionamiento interno de los centros es la consecución de una convivencia ordenada, que facilite la función educativa y de custodia, asegurando la igualdad de trato. En función de dicha finalidad, en el art. 55 se prevé la posibilidad de utilizar medios de

⁹⁷⁸ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 421.

contención, de acuerdo, entre otros, con los siguientes parámetros: 1. Solamente podrán utilizarse los medios de contención descritos en el apartado 2 de este artículo por los motivos siguientes: a) Para evitar actos de violencia o lesiones de los menores a sí mismos o a otras personas. b) Para impedir actos de fuga. c) Para impedir daños en las instalaciones del centro. d) Ante la resistencia activa o pasiva a las instrucciones del personal del centro en el ejercicio legítimo de su cargo. 2. Los medios de contención que se podrán emplear serán: a) La contención física personal. b) Las defensas de goma. c) La sujeción mecánica. d) Aislamiento provisional. 3. El uso de los medios de contención será proporcional al fin pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta y sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario (...).

Aunque el derecho que comentamos se reconoce tanto en los instrumentos internacionales mencionados como en la CE, la LORRPM y su Reglamento, lo cierto es que resulta criticable que el art. 30 prevea las defensas de goma dentro de los medios de contención utilizables. Sabemos que, de acuerdo al art. 5 del Reglamento de armas, este tipo de defensa está considerada como un arma prohibida que solo puede utilizarse por funcionarios especialmente habilitados. Por eso, no deja de llamar la atención que se admita el recurso a las armas en los centros de menores tomando en cuenta la existencia de otros medios menos severos para controlar actos de fuga, daños en instalaciones o la resistencia activa o pasiva del menor hacia instrucciones del personal del centro⁹⁷⁹.

En cuanto al derecho a preservar su dignidad e intimidad, el Reglamento enuncia varios preceptos relacionados directamente con el respeto a la intimidad del menor. Entre ellos, el art. 6 se refiere a la confidencialidad, reserva oportuna y ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o sus familias. De especial relevancia resulta el contenido del art. 54 del mismo texto, donde se regulan acciones de registro personal, de ropa y objetos del menor. Dichas actuaciones se encuentran en el límite del respeto a la dignidad e intimidad del menor y solo proceden frente a casos concretos y con la concurrencia de los requisitos legales establecidos a tal efecto.

⁹⁷⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 423.

b) Derechos civiles, políticos y sociales.

Para recopilar los derechos del interno en cuanto ciudadano, podemos partir del contenido del artículo 56. 2 d) de la LORRPM, precepto en el que se reconoce a los menores internados “el derecho al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales (...), económicos y culturales que les correspondan, salvo cuando sean incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de su condena.

En relación con ello, la Constitución establece una serie de principios rectores de la política social y económica. Dentro de los mismos, destacan: la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39); disposiciones de política económica orientadas a la consecución de pleno empleo (art. 40); la Seguridad Social (art. 41); la salud, educación sanitaria, física y deportes (art. 43); el acceso a la cultura (art. 44); el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45); el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46); el derecho a una vivienda digna (art. 47); la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48) y la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49).

c) Derechos en cuanto internos en sentido estricto.

A efectos sistemáticos, podemos agrupar tales derechos en dos subgrupos: el primero, relativo a aquellos derechos concernientes al régimen interno del centro; los segundos, relativos en sentido estricto con la actividad tratamental.

Dentro del primer grupo pueden ser encuadrados los siguientes derechos: derecho a recibir información personal y actualizada de sus derechos y obligaciones, de su situación personal y judicial, de las normas de funcionamiento de los centros que los acojan y de los procedimientos concretos para hacer efectivos tales derechos, en especial para formular peticiones, quejas o recursos.

En este sentido, al momento de su ingreso en el centro, de acuerdo con el art. 32.6 RLORRPM, el menor recibirá información escrita sobre sus derechos. Pero no basta con informarle de sus derechos al momento de ingreso al centro, sino que el

Reglamento establece que dicha información debe realizarse con la periodicidad adecuada, y debe explicarse de forma que se garantice su comprensión, en atención a su edad y circunstancias. El derecho a recibir información se ve complementado con la disposición que autoriza a comunicar inmediatamente al menor los casos de defunción, accidente o enfermedad grave de un pariente cercano o de otra persona íntimamente vinculada con el menor internado o de cualquier otra noticia importante comunicada por la familia.

En su condición de reclusos, poseen igualmente el derecho a ocupar, como norma general, una habitación individual (art. 30.2 a RLORRPM); el derecho a vestir su propia ropa, el derecho al descanso tal y como indica el apartado e del artículo 30 RLORRPM.

Por último, para cerrar el núcleo de derechos del interno relacionados con las actividades netamente regimentales, debemos citar el derecho de todos los internados a participar en las actividades del centro, de conformidad con lo previsto en el art. 56. 2 g LORRPM.

En lo que afecta al bloque de derechos de los internos relativos al tratamiento, alarma que, salvo proposiciones de índole general atinentes a los programas individualizados de tratamiento, en cuanto actividades encaminadas directamente al logro de la resocialización o socialización de los menores, en realidad, ni en la Ley ni en su Reglamento, se aborde de forma pormenorizada esta materia⁹⁸⁰.

Finalmente, el art. 40 RLORRPM consigna que el menor tiene derecho a la libre comunicación con sus padres, representantes legales, familiares u otras personas, y a disfrutar de salidas y permisos. Al respecto, se reconoce el derecho del menor de comunicarse libremente de forma oral y escrita con sus padres, representantes legales, familiares u otras personas, y a recibir sus visitas, dentro del horario establecido por el centro. Incluso, se admite la concesión de visitas extraordinarias en caso de motivo justificado o como estímulo a la buena conducta del menor.

⁹⁸⁰ MARTINEZ RUIZ, Jesús, “Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad”, *ob. cit.*, pág. 537.

d) Deberes del menor interno.

La relación jurídica que nos ocupa se encuentra nutrida de un conglomerado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración competente y el menor interno.

En primer lugar, aunque resulte obvio afirmarlo, poseen el deber de permanecer en el centro a disposición de la autoridad judicial competente hasta el momento de su puesta en libertad, sin perjuicio de las salidas y actividades autorizadas que puedan realizar en el exterior.

En segundo lugar, el art. 57 b) LORRPM cita el deber de recibir la enseñanza básica obligatoria que legalmente corresponda, deber íntimamente vinculado al previsto en el apartado h), referido al deber de participar en las actividades formativas, educativas y laborales establecidas en función de su situación personal a fin de preparar su vida en libertad. Distinto es el deber de respetar y cumplir las normas de funcionamiento interno del centro y las directrices o instrucciones que reciban del personal de aquel en el ejercicio legítimo de sus atribuciones, previsto en el apartado c) del citado artículo 57 de la Ley, estrechamente vinculado con el referenciado en la letra d), relativo al deber de colaborar en la consecución de una actividad ordenada en el interior del centro y de mantener una actitud de respeto y consideración hacia todos, dentro y fuera del centro, en especial, las autoridades, los trabajadores, el centro y los demás menores internados. En esta misma órbita, se sitúa el deber de utilizar adecuadamente las instalaciones del centro y los medios materiales que se pongan a su disposición.

En el ámbito laboral no productivo, tienen los internos, en virtud del artículo 57 g) la obligación de realizar las prestaciones personales obligatorias previstas en las normas de funcionamiento interno del centro para mantener el buen orden y limpieza del mismo, trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales.

Finalmente, concluimos este repaso del cúmulo de deberes de los menores internados, aludiendo a la referencia efectuada en el apartado f) al deber de observar las normas higiénicas y sanitarias, y sobre vestuario y aseo personal establecidas en el centro, deber este último que, por obvio ha de considerarse como un medio

imprescindible para la consecución de fines más loables, tales como el mantenimiento una actividad ordenada en el interior del centro.

III.- Quebrantamiento de la medida de internamiento.

1.- Introducción.

El quebrantamiento de la medida de internamiento constituye uno de los aspectos más controvertidos en el estudio de la tal sanción, sobre todo el relativo a las consecuencias derivadas de tal incumplimiento. Debido a la delicada naturaleza del análisis de tal temática, comenzaremos por aclarar que supuestos generarían el quebrantamiento de la medida y posteriormente haremos referencia al avivado debate jurisprudencial y doctrinal sobre el tratamiento jurídico que merece tal actuación.

2.- Conceptualización.

El concepto de quebrantamiento en abstracto es aplicable a los casos de creación por el menor de una situación incompatible con el cumplimiento de la medida. Quebrantar se suele identificar con violar, vulnerar, incumplir las situaciones aludidas, cambiar la dirección o interrumpir el curso de una cosa, infringir, no respetar la obligación de sujeción, privación o restricción de derechos que pesa sobre el sujeto y evadirse de la prisión, conducción o custodia. Tales expresiones, como indica SUAREZ LOPEZ, nos permiten extraer una idea común y válida⁹⁸¹.

Para el quebrantamiento no basta con el retraso aislado o parcial en incorporarse al centro, siendo precisa la voluntad de no residir o no volver a el. En todo caso, de la rúbrica del precepto “quebrantamiento de la ejecución” y de las palabras “reingreso” y “evadido” se desprende que el concepto que se maneja de quebrantamiento es más estricto que el del citado artículo 468 CP, pues no se reconduce al quebrantamiento de la sentencia, sino al de la ejecución ya iniciada efectivamente con el ingreso en el

⁹⁸¹ SUÁREZ LÓPEZ, José María, *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*, Granada, Comares, 2000, pág. 374. En el mismo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La ejecución de las medidas”, *ob. cit.*, pág. 269.

centro⁹⁸². Se criticó la parquedad de tal precepto con carácter previo a la aprobación del Reglamento de desarrollo de la ley en tanto no contiene una relación específica de los supuestos que pueden generar tal incumplimiento⁹⁸³. No obstante, frente a tales opiniones vertidas, hemos de indicar que la prescripción reglamentaria contenida en el artículo 14 del Real Decreto 1174/2004⁹⁸⁴ es clara y taxativa, no presentando mayor problemática el supuesto de fuga del centro. Sin embargo, sobre la cuestión relativa al no retorno a la fecha y hora establecidas, después de una salida temporal autorizada, hay que señalar que es esta una figura cuestionada en la doctrina. De esta forma, respecto al no retorno deben analizarse las siguientes particularidades:

a) Concepto: el no retorno implica una salida temporal al exterior del centro de la cual el menor no retorna o regresa.

b) Ha de ser injustificado: no será sancionable la conducta cuando el no retorno este justificado y así lo acredite el menor. Por ejemplo, retrasos atribuibles al medio de transporte público empleado, enfermedad, detención policial del menor, etc. Deberá también considerarse no justificado el retorno cuando este se produzca involuntariamente y custodiado por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

c) El retorno no se produjo en el día y hora establecidos: deberán valorarse las circunstancias concurrentes en el supuesto de que el retraso se limite a un breve lapso temporal, pudiendo, en su caso, acudir a la falta leve prevista en el artículo 64 f.

d) Ha de tratarse de una salida temporal autorizada: dentro de estos amplios términos, cabe cualquier tipo de salida al exterior que haya sido autorizada por quien sea competente en cada caso, bien se realice autónomamente bien acompañado por

⁹⁸² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 440.

⁹⁸³ En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI criticaba que hubiera sido, en cualquier caso, muy bien recibida la interpretación auténtica del término quebrantar por parte del legislador. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La ejecución de las medidas”, *ob. cit.*, pág. 269.

⁹⁸⁴ El citado precepto establece que “La entidad pública comunicará al juez de menores y al Ministerio Fiscal a los efectos, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, los incumplimientos siguientes de los que tenga constancia:

a) En las medidas de internamiento y de permanencia de fin de semana en un centro: la fuga del centro, el no retorno en la fecha o la hora indicadas después de una salida autorizada y la no presentación en el centro el día o la hora señalados para el cumplimiento de las permanencias establecidas.”

personal del propio centro o por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por tanto, cabría incluir todos los tipos de salidas y permisos, los traslados para la práctica de diligencias judiciales, las salidas por razones médicas, o las actividades formativas, educativas, laborales o de ocio propias de los regímenes semiabierto y abierto⁹⁸⁵.

3.- Régimen legal del quebrantamiento de medidas en la LORRPM: Discrepancia jurisprudencial sobre las consecuencias derivadas del quebrantamiento de la medida de internamiento en régimen cerrado.

El precepto regulador del quebrantamiento de medidas se encuentra en el art. 50 de la LORRPM⁹⁸⁶, debiendo efectuarse diversas observaciones preliminares en relación con tal artículo. La primera es la distinción del régimen jurídico aplicable en función de la naturaleza de la medida quebrantada, esto es, dependiendo de si es o no una medida privativa de libertad. Si lo es, estamos ante un supuesto de mayor gravedad, por lo que la consecuencia inmediata es su reingreso al centro de cumplimiento del que se hubiera fugado o bien otro más adecuado a sus circunstancias, así como en su caso el cumplimiento ininterrumpido de la medida impuesta para el supuesto de que ésta hubiera consistido en la permanencia de fines de semana en el domicilio del menor⁹⁸⁷. El reingreso puede hacerse en otro de las mismas condiciones, lo cual puede poner de

⁹⁸⁵ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 657. A título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife num. num. 676/2008, de 31 de octubre (JUR 2009/120949) aprecia el quebrantamiento de la medida de internamiento en régimen semiabierto durante la salida del centro para la realización de una actividad de formación.

⁹⁸⁶ Artículo 50 de la LORRPM dispone que “ 1. Cuando el menor quebrantara una medida privativa de libertad, se procederá a su reingreso en el mismo centro del que se hubiera evadido o en otro adecuado a sus condiciones, o, en caso de permanencia de fin de semana, en su domicilio, a fin de cumplir de manera ininterrumpida el tiempo pendiente. 2. Si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento. 3. Asimismo, el Juez de Menores acordará que el secretario judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador.

⁹⁸⁷ Tratándose de medidas no privativas de libertad, se han suscitado bastantes dudas en la previsión consistente en sustituir la medida no privativa de libertad quebrantada por una de internamiento en régimen semiabierto, en tanto que dicha regla sería contraria a los derechos y garantías reconocidos al menor por la LORRPM, especialmente por vulnerar el principio de proporcionalidad y legalidad a través de la garantía procesal. OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Reglas generales y especiales para la ejecución de medidas en la LORRPM. Especial referencia al quebrantamiento de la medida de privación de libertad”, *ob. cit.*, pág. 502.

manifiesto la inadecuación del centro en el que se encontraba el internado⁹⁸⁸, no cabiendo la modificación administrativa de la medida⁹⁸⁹.

Además de tal consecuencia, habrá que tener en cuenta la posible responsabilidad penal derivada de la comisión de tal infracción, tal y como prevé el apartado tercero del citado artículo.

Uno de los problemas más importantes que tenía la LORCPJM es que no se había previsto que hacer en caso de quebrantamiento de medida, dándose diversas interpretaciones sobre este hecho, que iban desde la impunidad, al no estar previsto legalmente, hasta considerar que se estaba en un supuesto de quebrantamiento de condena del art. 468 del Código penal. El art. 50 de la LORRPM no pondrá fin a esta polémica⁹⁹⁰, pudiendo calificarse insatisfactoria la regulación contenida en el mismo. Sintetizando, el quebrantamiento del deber de permanecer en el centro puede tener las siguientes consecuencias: en primer lugar, se podría derivar responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento de condena 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”.

Siguiendo a OLMEDO CARDENETE, las preguntas básicas que surgen ante tales planteamientos son: ¿existe delito de quebrantamiento cuando un menor vulnera la medida de internamiento impuesta? ¿Depende ello de la naturaleza de la medida quebrantada? ¿Es procedente la responsabilidad disciplinaria por estos hechos? En este último caso, ¿puede acumularse la sanción disciplinaria a la penal? ¿Resultan aplicables aquí también las consecuencias derivadas del principio *ne bis in idem* y su desarrollo por la doctrina del TC en las relaciones que deben reglar la responsabilidad penal y administrativa?⁹⁹¹

⁹⁸⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La ejecución de las medidas”, *ob. cit.*, pág. 267.

⁹⁸⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, págs. 440 y 441. BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 297.

⁹⁹⁰ BUENO ARÚS, Francisco, *ibidem.*, pág. 298.

⁹⁹¹ OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Reglas generales y especiales para la ejecución de medidas en la LORRPM. Especial referencia al quebrantamiento de la medida de privación de libertad”, *ob. cit.*, pág. 510 y 511.

Tales cuestiones, examinando la jurisprudencia contradictoria que sobre esta materia se ha emitido por distintas Audiencias Provinciales en el marco de la resolución de recursos de apelación interpuestos frente a sentencias dictadas por los Juzgados de Menores, no se disipan con un criterio uniforme. Se aprecia la dispersión de criterios que podemos agrupar en torno a dos perspectivas que evidencian las discordancias mantenidas en torno a la naturaleza de la medida: por un lado, quienes afirman la naturaleza punitiva entienden que el incumplimiento es subsumible en el tipo previsto en el art. 468 CP; de otra parte, quienes predicán una naturaleza educativa de las medidas impuestas a los menores rechazan tal inclusión. De esta forma, podemos sistematizar las posiciones jurisprudenciales en torno a dos opciones antagónicas:

a) Una línea jurisprudencial considera que las medidas contenidas en la LORRPM tienen un contenido y finalidad distintos a las penas contenidas en el Código Penal, y por tanto su quebrantamiento no podría ser constitutivo del art. 468 CP absolviendo al menor por el delito cometido.

Inciendo de forma concreta en la naturaleza de la medida –no penal-, motivo por el cual se excluye la aplicación del delito de quebrantamiento de condena, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 27 de Septiembre de 2006⁹⁹², la cual recoge en su fundamento jurídico tercero que “el artículo 468 del Código Penal trata sobre el quebrantamiento de la condena o de la medida de seguridad, en principio está hablando de las penas y de las medidas de seguridad contenidas en el propio Código Penal (artículos 33 y siguientes para las penas, artículos 95 y siguientes para las medidas de seguridad); sólo cabe entender que se refiere a otras penas y medidas de seguridad que hayan sido impuestas conforme a Leyes Penales Especiales, cuyo contenido real sea efectivamente de naturaleza penal, lo que no sucede con las medidas de protección que se contemplan en el artículo 7 de la Ley Penal del Menor , cuya naturaleza, si bien es de carácter sancionador, no tienen el carácter de represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción del menor y

⁹⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 332/2006, de 27 de septiembre (JUR 2006/278969). Copiando literalmente el fundamento jurídico tercero de la misma, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 27/2007, de 26 de enero (ARP 2007/166) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 27 de octubre de 2005 (JUR 2005/272384) – fundamento jurídico único-.

rechazando con su cumplimiento y ejecución otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos”.

Representativa de este sector podemos también citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 363/2006, de 20 de octubre⁹⁹³ en cuyo fundamento jurídico tercero expone que “El artículo 468 del Código Penal no tiene incluido entre los supuestos que contempla el quebrantamiento de una medida impuesta al amparo de la Ley Penal del Menor, y aplicar tal precepto al supuesto del quebrantamiento de la medida adoptada en el ámbito de los menores podría significar una interpretación extensiva de la norma en contra del reo, interpretándola "in malam partem", en perjuicio del reo, algo que está proscrito en el ordenamiento jurídico penal en el que siempre debe prevalecer el principio de "in dubio pro reo"”.

Centrándose también en la naturaleza educativa de la medida como argumento de exclusión se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 7 de abril de 2004⁹⁹⁴ la cual añade además razonamientos utilizados en el debate parlamentario de la LORRPM, señalando en su fundamento jurídico único lo siguiente: “El supuesto concreto planteado en el presente caso, tampoco es resuelto por el art. 50 de la Ley, a pesar del contenido del nº 3 del citado precepto que establece que "asimismo el Juez de Menores remitirá testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a las que se refiere el art. 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador". Precisamente tal párrafo no se incluía en el Proyecto de LORRPM como consta en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 3-11-98, sino que fue introducido a raíz de una Enmienda del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (Boletín de 15-10-99) que es asumida por el Dictamen de la Comisión Parlamentaria y publicada en el Boletín del Congreso de los Diputados de 27-11-99, e incorporada definitivamente al texto definitivo, Enmienda que se apoyaba en el siguiente argumento:" se trata de posibilitar iniciar un nuevo expediente - por desobediencia, por ejemplo -, y que proceda nueva valoración del equipo técnico a fin de postular , en su caso, nueva medida". Tal argumento, no hace sino apoyar el criterio

⁹⁹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, num. 363/2006, de 20 de octubre (JUR 2006/285681).

⁹⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 138/2004, de 7 de abril (JUR 2004/137827).

de esta sala, en el sentido de que a falta de una referencia expresa, cualquier conducta de un menor, o como decimos nosotros de ese "menor rehabilitado", nunca debe extrapolarse del ámbito propio de la jurisdicción de menores, por lo que debemos compartir el criterio de la Juez de instancia, en el sentido de que la aplicación del art. 468 del CP, al presente caso, supondría una interpretación extensiva en contra del acusado, que está proscrita por nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que también podría vulnerarse el principio "non bis in ídem". Ello demuestra, por si mismo cuál era y es, a nuestro juicio la intención del legislador”.

Siguiendo tales pronunciamientos se expresa CONDE-PUMPIDO quien entiende que el principio de legalidad proclamado en los artículos 1 y 5 hace difícil la subsunción en el quebrantamiento de condena del artículo 468 CP. En efecto, la sentencia del Juzgado de Menores no es una condena, pese a alguna alusión en la LORRPM a la palabra “condena” (art. 56.1), y la expresión “medidas de seguridad” tampoco puede analógicamente aplicarse a las medidas de reforma. El precepto que comentamos tampoco supone, por su redacción “por si el hecho...”, un complemento de tipicidad⁹⁹⁵. Por su parte, OLMEDO CARDENETE estima que parece lógico atender al hecho de que en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores la finalidad preventivo-especial y el carácter educativo de las medidas a imponer desempeñan un protagonismo especial que no puede ser desatendido. Esta peculiaridad hace que, atendiendo precisamente a la funcionalidad que cumplen, el concepto penal de “condena” no pueda, o mejor, no deba ser extendido a las sentencias que imponen tales medidas⁹⁹⁶.

Los razonamientos aportados por este sector doctrinal y jurisprudencial, se pueden resumir de la siguiente forma:

1.- A pesar de que formalmente la LORRPM es una ley penal especial, materialmente es una ley cuya naturaleza es sancionadora-educativa, prevaleciendo por

⁹⁹⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 445.

⁹⁹⁶ OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Reglas generales y especiales para la ejecución de medidas en la LORRPM. Especial referencia al quebrantamiento de la medida de privación de libertad”, *ob. cit.*, pág. 519.

encima de todo el interés tuitivo y de protección del menor a lo largo de la ejecución de las medidas.

2.- La fuga o evasión de un menor de un centro de internamiento es una conducta sancionable disciplinariamente, con lo que, de considerarse que asimismo integra un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP, se estaría produciendo una duplicidad sancionadora, lo que en opinión de este sector iría contra el principio *ne bis in ídem* reconocido en nuestro Derecho penal sustantivo.

3.- El artículo 468 CP no incluye entre los supuestos que contempla el quebrantamiento de una medida impuesta al amparo de la LORRPM por lo que aplicar tal precepto al supuesto del incumplimiento de una de las medidas del artículo 7 LORRPM podría significar una interpretación extensiva de la norma en contra del reo (interpretación *in malam partem*)⁹⁹⁷.

b) Otro bloque doctrinal y jurisprudencial por el contrario, estima que en caso del incumplimiento examinado si se produciría la comisión de un delito de quebrantamiento de condena previsto en el artículo 468 CP.

Entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI se ha pronunciado a favor de esta posibilidad, entendiendo que tanto el quebrantamiento de una medida privativa de libertad como el de otras medidas podría ser susceptible, en principio, de persecución si reúnen los requisitos típicos del delito de quebrantamiento de condena, tipificado por el artículo 468 del Código Penal⁹⁹⁸. También se posiciona a favor de esta alternativa ORNOSA FERNANDEZ, indicando que el supuesto que nos ocupa tiene una regulación penal específica en el artículo 468 antes aludido y su encaje en el artículo 556 es mucho más forzada⁹⁹⁹.

Igualmente, rechaza los argumentos alegados por el primer sector doctrinal MARTINEZ RUIZ entendiendo que el art. 468 contiene el quebrantamiento de condena

⁹⁹⁷ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 299 y 300.

⁹⁹⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La ejecución de las medidas”, *ob. cit.*, pág. 271. De manera similar, MOLINA BLAZQUEZ, Concepción, CARRETERO GONZALEZ, Cristina, “análisis de las medidas y su ejecución”, *ob. cit.*, pág. 124.

⁹⁹⁹ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 490.

firme, sin que se distinga la respuesta punitiva del órgano judicial que la dicto. Por otra parte, sostiene el citado autor que para reconocer que el término “medida” ha de equipararse al de condena en el sentido de responsabilidad penal impuesta judicialmente por la comisión de un hecho delictivo, ha de partirse de la verdadera naturaleza sancionadora de las medidas que se recogen en el artículo 7 de la Ley, tal y como se deduce de la Exposición de Motivos¹⁰⁰⁰.

Profundizando en la línea jurisprudencial, hay que aludir a sentencias en las que se argumenta que el contenido de las medidas tiene naturaleza sancionadora y lo que varía es solo su finalidad educativa, lo cual constituye el argumento que determina la procedencia de la aplicación del delito de quebrantamiento de condena, señalando que alude también a la posibilidad de tal reproche penal la previsión contenida en el artículo 50 apartado 3 de la LORRPM. En este sentido podemos reseñar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 30 de septiembre de 2002¹⁰⁰¹, que dispone en su fundamento jurídico primero que “partiendo, precisamente, de la mencionada exposición de motivos de la referida Ley, en la que textualmente se recoge que «la presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora-educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma,...», se observa que, al igual que el Código Penal, la Ley de Responsabilidad de los Menores se define de naturaleza sancionadora, variando únicamente la finalidad de «resocialización», a la que se refiere el Código Penal, por la de «educativa», por lo que ha de entenderse que si bien en el Derecho penal de menores se emplea distinta terminología que en el Derecho penal de adultos, ello no es óbice, dada la naturaleza sancionadora de ambos Derechos, para que el término de «medida», en este caso medida de internamiento, deba equipararse a estos efectos al de «condena». Además, en el art. 50 de la Ley de Responsabilidad de los Menores que regula el quebrantamiento de la ejecución por los menores, en su núm. 1 el quebrantamiento de una medida privativa de libertad, y en su núm. 2 si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, dispone en su núm. 3

¹⁰⁰⁰ MARTINEZ RUIZ, Jesús, “Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad”, *ob. cit.*, pág. 541.

¹⁰⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 704/2002, de 30 de septiembre (ARP 2002/672). En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 180/2004, de 31 de mayo de 2004 (JUR 2004/180260). Copiando literalmente tales argumentos, vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 181/2004, de 3 de junio (JUR 2004/180135).

que «el Juez de Menores remitirá testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de algunas de las infracciones a que se refiere el art. 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche penal». Obviamente, si en la citada Ley se regula el quebrantamiento de medidas efectuado por los menores, previendo también en su núm. 3 la posibilidad de que las conductas contempladas en los dos números anteriores pudieran ser merecedoras de reproche penal, carecería de sentido que si tal incumplimiento se llevara a cabo por personas mayores de edad, como sucede en el presente caso, el quebrantamiento de la medida no pudiera ser merecedor de tal reproche, posibilidad que se contempla para los propios menores»¹⁰⁰².

Compartiendo los razonamientos citados anteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 14 de septiembre de 2006¹⁰⁰³ añade la necesidad de evitar al respecto la impunidad del menor que ejecuta tal incumplimiento. Así, señala en su fundamento jurídico segundo que “este mensaje carecería de cualquier contenido educativo; el menor debe saber que la sanción impuesta debe ser cumplida; que las medidas que se adoptan para su educación o tutela no tienen un carácter voluntario sino obligado; y que su infracción tiene una respuesta tasada por el ordenamiento jurídico; precisamente es en beneficio del menor el que entienda que su rebeldía frente al cumplimiento de la sanción impuesta por el órgano tutelar de menores no quedará impune; no comprende la Sala que deba asumirse inexorablemente como beneficioso para la educación del menor el que su rebeldía frente a las decisiones emanadas del organismo encargado de su tutela y educación queden sin consecuencia”.

Por último, sin incidir en la cuestión acerca de la naturaleza punitiva de la medida, podemos señalar la existencia de resoluciones que entienden subsumible el cumplimiento de la medida de internamiento en el término condena. De este modo, la

¹⁰⁰² De manera similar, basándose en la naturaleza sancionadora de la Ley para efectuar una equiparación entre el termino condena y medida, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 338/2006, de noviembre (JUR 2007/45807) –fundamento jurídico primero-. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 133/2008, de 3 de julio (JUR 2008/345492) –fundamento jurídico primero-. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife num. 59/2008, de 6 de febrero (JUR 2008/167436) –fundamento jurídico primero-. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid num. 321/2008, de 14 de mayo (JUR 2008/213979) –fundamento jurídico primero-.

¹⁰⁰³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz num. 109/2006, de 14 de septiembre (ARP 2007/13).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 7 de febrero de 2003¹⁰⁰⁴, en cuyo fundamento jurídico tercero expone que “el acusado cuando esté bajo una medida de internamiento adoptada por el Juzgado de menores, es equiparable a «condena», concurriendo todos los requisitos del delito de quebrantamiento de condena tipificado en el art. 468 del Código Penal”.

Significativa de esta línea jurisprudencial, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 28 de octubre de 2009¹⁰⁰⁵, en su fundamento jurídico tercero sienta que “Con respecto a la alegada indebida aplicación del artículo 468 del Código Penal, no podemos estar de acuerdo, y ello porque el precepto indicado contiene el quebrantamiento de condena firme, sin que se distinga la respuesta punitiva del órgano judicial que la dictó. Igualmente, para recocer que el término "medida" ha de equipararse al de "condena" en el sentido de responsabilidad penal impuesta judicialmente por la comisión de un hecho delictivo, ha de partirse de la verdadera naturaleza sancionadora de las medidas que se recogen en el artículo 7 de la LO 5/2000, tal y como se lee en la Exposición de Motivos de la citada Ley donde en su apartado I.2 : "un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa", en su apartado II.6: "naturaleza formalmente penal y materialmente sancionadora-educativa", y en su apartado II.7: "La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora". Igualmente en la LO 8/2006 por la que se modifica la LO 5/2000 se hace mención en su Exposición de Motivos a "las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos..." o "el interés superior del menor es perfectamente compatible con el objetivo de pretender mayor proporcionalidad entre la

¹⁰⁰⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 52/2003, de 7 de febrero (ARP 2003/453). Afirmando la existencia de un delito de quebrantamiento de condena, aunque referido al incumplimiento de una medida en medio abierto, vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia num. 9/2002, de 6 de junio (JUR 2002/201316) –fundamento jurídico primero-.

¹⁰⁰⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca num. 131/2009, de 28 de octubre (JUR 2009/475766) –fundamento jurídico tercero-. Afirmando la comisión de tal delito, vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife num. 203/2008, de 28 de marzo (JUR 2008/163081) –si bien se refiere al quebrantamiento de medida de internamiento en centro terapéutico impuesta a menor de edad que alcanza su mayoría de edad mientras estaba cumpliendo la misma-. En el mismo sentido –quebrantamiento de medida de un menor que alcanza la mayoría de edad- se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares num. 92/2006, de 18 de abril (JUR 2006/152536) –fundamento jurídico segundo-. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife num. 676/2008, de 31 de octubre (JUR 2009/120949) referida al quebrantamiento de una medida de internamiento en régimen semiabierto con ocasión de ocasión de la salida del centro para asistir a un centro de formación. también se sitúa en esta línea jurisprudencial la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba num. 95/2003 (JUR 2003/143526), de 28 de abril, si bien utilizando argumentos de dudosa admisibilidad en tanto que se basa para afirmar la procedencia de un delito de quebrantamiento de condena en la atribución de naturaleza de medida de seguridad a la medida de internamiento –fundamento jurídico segundo-.

respuesta sancionadora y el hecho cometido"; por último, no puede pasar inadvertido que la mencionada Ley habla en su artículo 14 de "mayoría de edad del condenado", el Reglamento de desarrollo de la citada Ley dice en su artículo 7 "fallo condenatorio" y en su artículo 31.2 nos dice "liquidación de condena". Por lo que no cabe excluir de ámbito típico del delito de quebrantamiento de condena el quebrantamiento de las "medidas" impuestas por un juzgado de menores, puesto que no cabe duda que la finalidad de las medida previstas en la LO 5/2000 es también sancionadora, porque la responsabilidad del menor es también una responsabilidad penal (Exposición de motivos I.1 y I.4)".

Examinada tal corriente jurisprudencial, podemos extraer que este sector atiende a los siguientes argumentos:

1.- El artículo 468 CP castiga a los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Por condena hay que entender la consecuencia jurídica establecida o impuesta a una persona por el juzgado o tribunal competente, como consecuencia de una declaración de responsabilidad penal por la comisión de un hecho delictivo. En consecuencia, cuando un menor o joven resulta condenado por una sentencia de un juzgado de menores a una determinada medida, se inicia la ejecución de la misma, y si el menor deliberadamente se sustrae al cumplimiento de dicha medida, entienden que se quebranta una condena judicialmente impuesta, completándose el tipo penal del artículo 468 CP, y ello aunque la terminología varíe en el ámbito de la responsabilidad penal del menor y se utilice la expresión medida, ya que ella debe equipararse a estos efectos a la expresión condena.

2.- Consideran que de ser impune el quebrantamiento en la jurisdicción de menores por ser la conducta atípica esto supondría que las sentencias condenatorias para los menores quedarían en papel mojado y serian inútiles, al dejar su cumplimiento a la voluntad de los condenados.

3.- Estiman también que, pese a las especialidades de la jurisdicción de menores, ésta no deja de estar en el ámbito de la jurisdicción penal¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁶ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 300 y 301.

Desarrolladas tales opciones hemos de concluir que el artículo 468 Código Penal establece el tipo del quebrantamiento de condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. La expresión condena puede referirse, textualmente, a cualquier resolución judicial por la que se impone una sanción o consecuencia jurídica, y en tal sentido sería de perfecto encuadre este tipo penal para el incumplimiento de la medida de internamiento¹⁰⁰⁷. Por todo ello, adhiriéndonos a los argumentos esgrimidos por este último sector, consideramos por nuestra parte que el legislador se está refiriendo de modo inequívoco a la posible responsabilidad penal por delito de quebrantamiento de condena previsto en el art. 468 CP. A pesar de que se trate de una interpretación no favorable al menor, esta última parece más coherente con el sentido jurídico del término condena y con la posición mantenida en torno a la naturaleza de auténtica pena de la medida de internamiento en régimen cerrado que ya advertimos inicialmente.

Empero, manteniendo tal opción, hay que aludir a la problemática que podría crear la vulneración del principio *ne bis in ídem* por la posibilidad de sancionar dos veces un mismo hecho, habida cuenta de la posible responsabilidad disciplinaria del artículo 60¹⁰⁰⁸, fundada en el artículo 57 a)¹⁰⁰⁹.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/81 de 30 de enero¹⁰¹⁰ declaró que el principio *non bis in ídem* supone en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración".

¹⁰⁰⁷ GUTIERREZ SANZ, María Rosa, "La ejecución de las medidas" en SAMANES ARA, Carmen (Coordinadora), *La responsabilidad penal de los menores*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2003, pág. 257.

¹⁰⁰⁸ El artículo 60 consigna lo siguiente: "Los menores internados podrán ser corregidos disciplinariamente en los casos y de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente, de acuerdo con los principios de la Constitución, de esta Ley y del Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respetando en todo momento la dignidad de aquéllos y sin que en ningún caso se les pueda privar de sus derechos de alimentación, enseñanza obligatoria y comunicaciones y visitas, previstos en esta Ley y disposiciones que la desarrollen"

¹⁰⁰⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 144.

¹⁰¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional num. 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981/2) –fundamento jurídico cuarto-.

Para la jurisprudencia constitucional española ha sido mayoritaria la opinión de que existe una subordinación de los actos sancionadores de la Administración a los de la autoridad judicial, esto es del Derecho administrativo al Derecho penal, con la exigencia de que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa ha de resolverse a favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control «a posteriori» por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada¹⁰¹¹.

Sin embargo, esta cuestión fue resuelta en sentido contrario por la STC 177/1999, de 11 de octubre, que modificó el criterio hasta la fecha imperante de la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora de la administración, y determino que si existía ya una sanción administrativa respecto al mismo sujeto, hechos y fundamento, no puede vulnerarse el derecho fundamental a no ser doblemente castigado, regulado en el artículo 25.1 de la Constitución y no cabe otra sanción en el orden judicial para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo¹⁰¹². Esta conclusión, que obtuvo el voto particular discrepante de dos magistrados, lleva inevitablemente a la ruptura de la línea anterior, a favor de la subordinación a la cronológicamente en el tiempo primera sanción, sea penal o administrativa que deviene en firme, con lo que no deja de ser una conclusión sorprendente y rechazable desde el momento en que de mantenerse esta hipótesis, los infractores suplicaran a la Administración que los sancione de inmediato para evitar la responsabilidad penal. Buena parte de la doctrina se ha mostrado sumamente crítica.

Posteriormente sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional, como la Sentencia de 16 de enero de 2003¹⁰¹³ cambian de planteamiento y retoman el sentir mayoritario, afirmando con mejor criterio que “en caso de dualidad, de ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones

¹⁰¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional num. 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983/77) –fundamento jurídico tercero–.

¹⁰¹² ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, ob. cit., pág. 438.

¹⁰¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional num. 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003/2).

dictadas en ésta no pueden ceder ante las dictadas en aquella. De ello se deriva que ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador puede considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediatez, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba”.

Es cierto que la regla «non bis in ídem» no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes, por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral¹⁰¹⁴. En esta línea, el artículo 232.4 RP admite la compatibilidad de sanciones disciplinarias o administrativas con la de posibles sanciones penales si se entiende, además, que los mismos hechos pueden ser constitutivos de delito, cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad y el buen orden regimental (STC 2/1981, de 30 de enero y STC 77/1983, de 3 de octubre)¹⁰¹⁵, considerándose, en el ámbito penitenciario, la relación que surge entre el interno y la Administración penitenciaria ha sido habitualmente como “de sujeción especial”, como ya estableció el Tribunal Constitucional en sus SSTC 74/1985, de 18 de junio, y 2/1987, de 21 de enero.

En materia penitenciaria se admite, por tanto, –aunque no sin cuestionamiento– el ejercicio conjunto de la potestad sancionadora de la Administración y el ius puniendi de la Jurisdicción en base a que el fundamento de ambas es distinto. En efecto, el fundamento de la aplicación del ius puniendi derivaría del interés jurídico protegido por el delito en cuestión, en tanto que el fundamento de la aplicación de la potestad sancionadora derivaría del interés en proteger el orden y la seguridad en prisión¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional num. 159/1985, de 27 de noviembre (RTC 1985/159) – fundamento jurídico tercero–.

¹⁰¹⁵ Crítico a tal opción se muestra QUERALT quien entiende que la fundamentación es la misma y no puede ser otra que el mantenimiento de la capacidad prestacional de servicios públicos. El admitir la duplicidad de sanción penal y la basada en etéreas relaciones especiales de poder conlleva, como expresamente ha señalado la jurisprudencia constitucional un debilitamiento del principio de legalidad. QUERALT, Joan J., “Ne bis in ídem: significados constitucionales” en AA VV, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, pág. 903.

¹⁰¹⁶ MOLINA BLAZQUEZ, Concepción, CARRETERO GONZALEZ, Cristina, “análisis de las medidas y su ejecución”, *ob. cit.*, pág. 125 y 126.

Sobre este punto, BUENO ARÚS señala que la normativa que regula el régimen disciplinario en el Reglamento de la LORRPM ha sido elaborada sobre el modelo construido entre la LOGP y el RP con las acomodaciones oportunas¹⁰¹⁷. En este sentido, para evitar la vulneración del principio ne bis in ídem 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 el buen orden del centro, al igual que exige en adultos el art. 232.4 RP¹⁰¹⁸.

A pesar de tal clara referencia legal, respecto a la relación que se genera entre los menores internados y las respectivas entidades públicas autonómicas, existen posiciones igualmente discrepantes, desde los que entienden que es aplicable la relación de sujeción especial, hasta los que consideran que en el ámbito de menores es insostenible pues el menor no está sujeto, sino tratado. Encontramos asimismo posiciones discordantes en diversas resoluciones jurisprudenciales, las cuales identifican fundamentos, hechos y sujetos de la sanción disciplinaria y penal. La jurisprudencia trata de evitar esta problemática aduciendo en la mayoría de las ocasiones la previa sanción disciplinaria, optando por una aplicación restrictiva de la posibilidad de dualidad sancionadora. En esta línea, resulta significativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 14 de septiembre de 2006¹⁰¹⁹, en la que se concibe que “cuando un menor se fuga del Centro de internamiento en el que está cumpliendo una medida privativa de libertad –impuesta en aplicación de la Ley de responsabilidad penal del menor –, dicha "fuga" es sancionada, con medidas de carácter disciplinario, lo que provoca una duplicidad sancionadora, con lo que de considerarse que igualmente comete delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal, provocaría una duplicidad sancionadora. La STC 2/81 de 30 de enero (RTC 1981, 2) declaró que el principio "non bis in ídem" supone en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal – en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la

¹⁰¹⁷ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 153.

¹⁰¹⁸ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 139.

¹⁰¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz num. 109/2006, de 14 de septiembre (ARP 2007/13). Copiando tales argumentos, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz num. 39/2006, de 13 de marzo (JUR 2006/137531).

Administración». Concurriría a juicio de la Sala, en el presente caso, la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento de la infracción penal y la administrativa, por lo que no sería posible, sin violentar el principio, la imposición de dos sanciones, penal y administrativa. La identidad de fundamento habrá de entenderse como identidad de interés jurídico protegido, pues como dice la STC 234/1991, de 10 de diciembre (RTC 1991, 234), no basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio non bis in ídem no tendría más alcance que el que el legislador quisiera darle.

Tal controversia parece resuelta por el Tribunal Supremo, en la sentencia dictada en el Recurso ordinario 116/2004, de fecha 10 de noviembre de 2006, resolviendo el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el RLORRPM, dando plena acogida a la teoría de la relación de sujeción especial respecto de los menores sujetos a medidas de internamiento¹⁰²⁰.

4.- Toma de postura.

En el enjuiciamiento acerca de la adecuación interpretativa de una norma con el sustrato fáctico-normativo de la misma, no solo juegan los problemas del lenguaje, sino que también coadyuva a sembrar la duda sobre la corrección de la solución que debe darse al caso concreto el recurso a técnicas legislativas poco precisas introductorias de conceptos indeterminados.

Como se demuestra en la fenomenología de los supuestos estudiados en el presente trabajo, parece más acorde con la naturaleza proclamada de la medida de internamiento encuadrar los supuestos de incumplimiento de la misma como delitos de quebrantamiento de condena previstos en el artículo 468 CP. No obstante, aún quedaría sin resolver la posible responsabilidad disciplinaria y por tanto, la concurrencia con la responsabilidad penal. Sobre este segundo aspecto controvertido, entendemos fuera de lugar las opiniones discordantes que se plantean dado que tal problemática aparece resuelta en la ya citada sentencia del Tribunal Supremo.

¹⁰²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 10 de noviembre de 2006 (RJ 2007/520), fundamentos jurídicos Noveno y Decimoquinto.

IV.- Sustitución de la medida durante la ejecución.

1.- Cuestiones generales.

La LORRPM permite la posibilidad de modificar o sustituir las medidas contenidas en la misma, resultando tal mecanismo muy necesario si se tiene en cuenta que el marco jurídico debe de contar con la flexibilidad necesaria que permita ofrecer a los menores las suficientes respuestas que precisan en cada edad y momento¹⁰²¹, adaptándose a la evolución educativa del menor¹⁰²².

Estas figuras son de suma importancia habida cuenta que desde el ámbito de la Criminología se alerta del incremento de la reincidencia tras el paso por la Justicia juvenil a diferencia de los casos que se beneficiaron de las medidas alternativas y que los hechos delictivos juveniles desaparecen en muchos casos por si mismos al traspasar la fase inconformista de la adolescencia. En los supuestos en los que ocasionalmente, la ejecución de la medida pueda ser la mejor vía de inserción para un menor delincuente, no se debe cerrar la puerta a las alternativas sino en su caso aplazarlas al momento más oportuno para los mejores resultados en la intervención educativa¹⁰²³.

Tal facultad es indispensable a efectos de garantizar, aún cuando se realice en este plano ejecutivo, el carácter de última ratio del internamiento. Manteniendo una línea similar a la anteriormente expuesta, comenzaremos por efectuar un análisis exegético del artículo 51.

2.- Significado de las expresiones “dejar sin efecto” y “sustituir” previstas en el art. 51 LORRPM.

Dos artículos dedica la LORRPM de forma expresa a la posibilidad de modificar la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra: los preceptos 13 y 51 de

¹⁰²¹ ORTIZ GONZALEZ, Ángel Luis, “Aspectos jurídicos y prácticos más controvertidos, apreciados en el Informe del Defensor del Pueblo, en relación con la Ley Orgánica 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 144.

¹⁰²² NIETO GARCIA, Luis Carlos, “La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto”, *ob. cit.*, pág. 18. En sentido similar, CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos, *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 74.

¹⁰²³ CERVELLO DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 208.

la LORRPM. Tal previsión encuentra su base en la ya mencionada STC 36/1991, de 14 de febrero, que establecía que hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en relación a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de estas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia.

Para la mayoría de la doctrina se trata de dos artículos redundantes¹⁰²⁴, si bien el matiz diferenciador entre ambos puede hacer referencia al momento de aplicación: el art. 13 de mayor alcance temporal ya que permite la modificación de la medida impuesta en cualquier momento, incluso, por tanto, antes del inicio de su ejecución y el 51 referido a la fase de ejecución de la medida¹⁰²⁵. Esta última disposición que comentamos sitúa su ejercicio “durante la ejecución”, lo que implica que ésta se haya iniciado. La expresión “por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento...” corrobora lo dicho¹⁰²⁶, arbitrándose con tal mecanismo una solución para evitar el prolongamiento innecesario de la medida¹⁰²⁷. Efectuando un análisis comparativo entre los artículos reguladores de la sustitución, podemos colegir que a diferencia de lo que sucede en el art. 13 LORRPM, el precepto que se comenta solo hace mención a dos modos de sustituir las medidas: la cancelación y la sustitución. No se contempla la reducción del tiempo en su ejecución, pues la referencia a que la nueva medida sea impuesta por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento no permitiría incluir en una interpretación gramatical, la reducción de la ya impuesta, sino exclusivamente la reducción de la nueva, la que sustituye la que se estaba

¹⁰²⁴ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 125.

¹⁰²⁵ MONTERO HERRANZ, Tomás, “La ejecución de medidas impuestas por los juzgados de menores”, *Diario La Ley, N° 7026, Sección Doctrina*, 3 Oct. 2008, Año XXIX, Ref. D-279, Editorial LA LEY, pág. 20. VENTURA FACI, Ramiro, PELAEZ PEREZ, Vicente, *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Comentarios y jurisprudencia*. Madrid, Colex, 2000, pág. 185.

¹⁰²⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores, ob. cit.*, pág. 447.

¹⁰²⁷ Así lo recoge expresamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra num. 1/2002, de 22 de enero (JUR 2002/97637) –fundamento jurídico segundo–.

cumpliendo¹⁰²⁸. Frente a esta argumentación, ORNOSA FERNANDEZ afirma que si sería posible tal reducción por diferentes razones: en primer lugar, si el Juez esta facultado para cancelar definitivamente la medida podrá imponer una reducción, puesto quien puede lo más puede lo menos y esto no obstaculiza el interés del menor. En segundo lugar, el art. 51 LORRPM debe interpretarse sistemáticamente con las disposiciones contenidas en el art. 13 LORRPM, por lo que si en este último se contempla la reducción del tiempo de cumplimiento, y ello en nada perjudica a los derechos y garantías del menor, ciertamente podrá hacerse lo mismo en la fase de ejecución, si además observamos la remisión expresa que se contiene en el párrafo primero in fine del precepto comentado, a que todo lo en el prevenido lo será sin perjuicio de lo que disponga el art. 13 LORRPM¹⁰²⁹.

Por otra parte, la participación de la entidad pública es diferente en uno y otro artículo, pues mientras que en el artículo 13 la decisión del Juez será adoptada de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, no estableciendo como preceptivo la audiencia de la entidad pública de reforma, en el artículo 51 la decisión del Juez será adoptada de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente y en un procedimiento en el que deberá ser oída «la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores». El diferente papel de la entidad pública en uno y otro artículo parece lógico en tanto que si la modificación se plantea antes del inicio de la ejecución, la participación de la entidad pública sólo tendrá sentido cuando haya tenido conocimiento del caso. Lógicamente, cuando la modificación se plantea durante la ejecución de la medida, resulta del todo necesario que quien esté ejecutando la misma informe al respecto de la opción que se plantea¹⁰³⁰.

Las posibilidades de modificación deben ejercerse con sometimiento a los principios básicos que rigen la aplicación de las medidas. La LORRPM se refiere a la discrecionalidad judicial, aunque exige la audiencia al Ministerio Fiscal y letrado del

¹⁰²⁸ GOMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, Pág. 383. En el mismo sentido, TORRES ANDRÉS, Juan Miguel, “La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador”, *ob. cit.*, pág. 138.

¹⁰²⁹ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.* Pág. 407. En el mismo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La ejecución de las medidas en la L.O 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 193.

¹⁰³⁰ MONTERO HERNANZ, Tomás, “La ejecución de medidas impuestas por los juzgados de menores”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, N° 7026, Editorial LA LEY, 3 Oct. 2008, págs. 19 y 20.

menor -estos incluso pueden instar la modificación de la medida-, así como el informe del equipo técnico y en su caso de la entidad pública de protección o reforma de menores. El criterio determinante para la modificación –ya consista en dejar sin efecto la medida, reducir su duración o sustituirla por otra- es sin duda el interés del menor. Si se aprecia ineficacia en la medida impuesta, lo lógico es sustituirla por otra de naturaleza distinta. La medida que sustituye a la anterior obviamente no puede ser más gravosa, pese a que la Ley no se pronuncia expresamente sobre el tema¹⁰³¹. En este sentido, debemos partir de que la LORRPM atiende a la evolución del menor y de sus circunstancias, considerando que, en aras del interés del menor, si la evolución favorable del mismo lo hace aconsejable, cabe modificar las medidas sin que ello vaya en contra del principio de legalidad previsto en el artículo 43¹⁰³².

El principio general de sustitución favorable, que permite cambiar la medida impuesta solo por otra menos restrictiva para adaptarla a la evolución del menor, ha sufrido un grave quiebro con la reforma de la Ley 8/2006 (art. 51.2) que permite la posibilidad de dejar sin efecto la sustitución ya adoptada de un internamiento cerrado por uno semiabierto o abierto si el menor evoluciona desfavorablemente, volviendo de nuevo al cerrado, y en segundo lugar con la posibilidad de que un internamiento semiabierto impuesto se pueda cambiar por otro cerrado en los delitos regulados en el art. 9.2 siempre que el menor evolucione desfavorablemente. En el primer caso se atenta contra la seguridad jurídica convirtiendo la medida en una sanción indeterminada que puede ir cambiando constantemente sin respetar los principios penales básicos y en el segundo si bien como indica la Circular FGE 1/2007 es la consecuencia de la poca separación que hay entre internamiento cerrado y semiabierto desde el momento en que en este último se permite realizar las actividades dentro del centro, no deja de ser una vulneración inaceptable del sistema de garantías que podría ser resuelto con un replanteamiento del programa de intervención educativa pero no de la medida impuesta. Al decidir la medida que va a sustituir a la inicialmente impuesta, el Juez tiene que tener en cuenta que la nueva medida hubiera podido ser impuesta desde el principio en atención a la infracción cometida. Así, el internamiento cerrado solo se podrá imponer

¹⁰³¹ SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Efectos de la mayoría de edad en el cumplimiento de las medidas impuestas al menor” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 391.

¹⁰³² GUTIERREZ SANZ, María Rosa, “La ejecución de las medidas”, *ob. cit.*, pág. 237.

si los hechos delictivos han sido graves, menos graves con violencia o intimidación o si se han cometido en el marco de una banda, organización o asociación delictiva¹⁰³³.

Llegados a este punto procede analizar cuál es el ámbito de esta sustitución. La norma alude a “otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en la Ley”. Para establecer las medidas que se pueden imponer en sustitución de otras, se puede seguir el orden en que el art. 7 enumera las medidas (ordenadas según la restricción de derechos que suponen). Así, por ejemplo, el internamiento en centro cerrado puede sustituirse por el internamiento en centro semiabierto o abierto, aunque en general, cualquier medida privativa de libertad puede sustituirse por otra medida no privativa de libertad, como la libertad vigilada, la convivencia con otra familia, las prestaciones en beneficio de la comunidad o la realización de tareas socio-educativas¹⁰³⁴.

3.- Requisitos.

El art. 51 LORRPM remite expresamente al artículo 13 LORRPM, con pequeñas diferencias como observaremos.

En primer lugar, en cuanto a la legitimación, la modificación de la medida se puede instar no solo por el Ministerio Fiscal, el letrado del menor o iniciarse de oficio por el Juez, sino que la Administración competente está legitimada para iniciar el incidente de cancelación o sustitución de la medida, lo que viene en apoyo de la diferencia temporal para la aplicación del cambio entre el art. 13 y el 51.

La posibilidad de modificación en sentido amplio tiene siempre como límite el interés del menor. Entendemos que en estos casos el interés del menor no debe interpretarse desde la perspectiva exclusiva de la esfera personal del menor, sino en un sentido fundamentalmente educativo, con lo que la posible inejecución o modificación estará siempre condicionada a las necesidades educativas¹⁰³⁵. Asimismo, cualquier modificación que pueda operarse tendrá como límite objetivo la imposibilidad de

¹⁰³³ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 218 y ss.

¹⁰³⁴ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 390

¹⁰³⁵ CARRERA DOMENECH, Jorge, “La ejecución de medidas en la Ley Orgánica 5/2000 sobre responsabilidad penal de los menores”, ob. cit., pág. 4.

agravación de la situación jurídica del menor. No obstante, la modificación de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta se restringe y limita en los siguientes dos casos:

1.- En el caso del artículo 10.1 in fine LORRPM, es decir, casos de extrema gravedad, sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

2.- En la previsión efectuada en el artículo 10.2 -delitos tipificados en los artículos 138 , 139 , 179 , 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años cometidos por mayores de 16 años- para que se pueda modificar la medida de internamiento en régimen cerrado ya impuesta es preciso que haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Estos requisitos dificultan o entorpecen de forma importante la modificación o sustitución de una medida. Esta forma de legislar supone claramente no tener en cuenta el interés del menor, dándose a estos un trato objetivamente peor que el que reciben los adultos en la legislación penitenciaria. Tales restricciones temporales se configuran como una especie de periodo de seguridad similar al que exige el art. 36.3 CP para los adultos sin permitir acceder al tercer grado hasta que no se cumpla la mitad de la condena en penas de más de cinco años, lo que curiosamente se regulo antes en menores que en adultos (LO 7/2003)¹⁰³⁶.

V.- Suspensión de la ejecución del fallo.

La suspensión de la ejecución del fallo es una figura penal que, guiada por la prevención especial, y por tanto hacia la prevención de futuros delitos en quien ya ha cometido un delito, persigue evitar el perjuicio que puede suponer el cumplimiento de

¹⁰³⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 221.

ciertas medidas de corta duración, especialmente cuando son privativas de libertad por los graves efectos criminógenos que generan¹⁰³⁷.

Esta medida constituye un reflejo más del principio de oportunidad y de mínima intervención en este ámbito y como veremos, en su adopción el juzgador esta dotado de un amplio margen discrecionalidad en el que en todo caso debe estar presente el interés superior del menor¹⁰³⁸.

A diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena regulada en los artículos 80 a 87 del Código Penal, en ésta alcanza a todo tipo de medidas, no solo a las privativas de libertad, lo que ha sido criticado por entender que si la medida ya se impuso por prevención especial es contradictorio suspenderla por lo mismo con lo cual se llega a proponer que hubiera sido más acertado limitarla a los internamientos¹⁰³⁹. Ha sido esta regulación objeto de numerosas críticas, fundamentalmente por dos motivos:

- Su carácter innecesario, toda vez que con las posibilidades de dejar sin efecto, reducir o sustituir la medida, los efectos que pretenda el instituto de la suspensión condicional ya se han logrado.
- Sus problemas prácticos en el caso de los menores. Como indica la Circular 1/2000 de la FGE, la idea de obligar a cumplir a un menor de edad una medida impuesta dos años atrás por un hecho cometido hace todavía más tiempo, no parece que se acomode fácilmente a los principios que inspira y definen el enjuiciamiento del menor de edad¹⁰⁴⁰.

Por su parte, GOMEZ RIVERO señala que puede dar lugar a importantes problemas de aplicación, puesto que, en relación con los límites temporales, no se recoge previsión expresa, de modo que parece que podría acordarse por una duración máxima de los dos años que se permite para la suspensión, lo cual podría dar lugar, en

¹⁰³⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 683.

¹⁰³⁸ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 328.

¹⁰³⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., págs. 369-370.

¹⁰⁴⁰ ESCRIBANO SÁNCHEZ, Julio, "Ejecución de medidas" en AA VV, *Responsabilidad de menores, ejecución de los distintos ordenes jurisdiccionales, ejecución penal. Estudios jurídicos de Secretarios Judiciales*. Madrid, Centro de Estudios jurídicos de la Administración de Justicia, 2002, pág. 59 y 60.

algunos casos, a rebasar los límites a los que si estuvo sujeto el Juez de Menores al dictar sentencia, especialmente, los previstos en el art. 8 de la Ley. De ahí que en estos casos, al acordar el Juez la suspensión y determinar el plazo de duración de esta medida, tome en cuenta la duración de la medida a que fue condenado el menor y los límites establecidos en el art. 8 de la Ley¹⁰⁴¹.

A pesar de todo, ha de entenderse como una manifestación más del carácter educativo de todo el procedimiento que tiende una última posibilidad de evitar el cumplimiento de una medida bajo el principio de última ratio e intervención mínima.

No obstante, esta aparente incompatibilidad entre intervención educativa y suspensión de la ejecución, además de dificultar en gran medida su aplicación, suele provocar un especial celo para evitar que a través de la suspensión se pueda modificar el fallo impuesto por otro órgano jurisdiccional, en este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa de 11 de octubre de 2005¹⁰⁴² revoca un auto de suspensión de internamiento abierto por entender que, dos meses después de la sentencia en apelación que precisamente basaba su imposición en la incapacidad del núcleo familiar para hacer frente al comportamiento de los menores, no se podía modificar, ante las dificultades para alcanzar los objetivos reeducadores propuestos por la distancia del centro y la implicación y dedicación que requería el programa terapéutico diseñado, teniendo en cuenta que un problema de medios no puede suponer la revisión de la idoneidad de la medida impuesta en sede de ejecución.

Sentados tales considerandos, procede hacer referencia a sus condiciones, las cuales son las siguientes:

- a) No ser condenado el menor 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 durante el tiempo que dure la suspensión: hay que tener en cuenta que el tiempo de la suspensión no puede exceder de dos años y debe ser determinado por el Juez en la misma sentencia o en auto

¹⁰⁴¹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 331.

¹⁰⁴² Auto de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa num. 109/2005, de 11 de octubre (JUR 2005/260162) –fundamento jurídico tercero–.

posterior. Si el menor ha alcanzado la mayoría de edad en este plazo solo se podrá revocar la suspensión por la imposición de una pena impuesta por delito, ya que las penas impuestas por la comisión de faltas no suponen la revocación de la suspensión, a diferencia de ello si sigue siendo menor de edad tanto las medidas impuestas por delito como por falta revocan la suspensión. Para respetar el principio de presunción de inocencia, tanto la infracción cometida como la nueva sentencia se han de dar dentro del plazo de suspensión, por ello si el hecho se cometió antes del plazo de suspensión o se juzga terminado el plazo no puede ser tenido en cuenta, al igual que sucede en adultos.

- b) Que el menor asuma un compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegración social, sin incurrir en nuevas infracciones. Se trata de un compromiso de no cometer en adelante hechos delictivos y respetar la ley y los bienes jurídicos que en ella se protegen, ya que la reintegración social es un termino muy amplio y complejo que escapa a la voluntad del menor. En todo caso, los términos “actitud y disposición” no parecen muy afortunados por recordar a los términos “intención y capacidad de vivir respetando la ley penal” del art. 59.2 LOGP que definen el tratamiento penitenciario de adultos y que han recibido numerosas criticas por hacer referencia a aspectos del fuero interno de las personas, por ello quizás seria más adecuado atender de manera más objetiva al compromiso de no cometer infracciones reflejado en unas perspectivas educativas favorables en el menor.
- c) El Juez puede aplicar libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la realización de una actividad socio-educativa recomendada por el equipo técnico o la entidad publica, lo que puede suponer la imposición de una nueva medida sin la intervención del letrado del menor ni del Ministerio Fiscal, como recuerda la Circular 1/2000 FGE. Es importante destacar que esta nueva medida impuesta puede ir acompañada del compromiso de participación de padres, tutores o guardadores del menor, lo que evidentemente no es obligatorio pero puede ser muy efectivo por su componente educativo familiar. Al darse acogida legal a la participación de los padres se esta reconociendo la realidad de un factor esencial en el proyecto de reinserción ínsito siempre en la actuación de la jurisdicción de menores, cual es el valor y potencialidad de la intervención educativa en el

orden familiar, aunque inmiscuir directamente en el proyecto de reinmersión a padres, tutores o guardadores es más propio de un Derecho de reforma o correccional de menores que de un verdadero Derecho penal juvenil¹⁰⁴³.

En la suspensión de la ejecución del fallo se puede actuar de oficio, a petición del Ministerio Fiscal o del letrado tanto en la sentencia como después cuando sea firme, art. 40, con audiencia de todos ellos, del equipo técnico y de la Entidad Pública de protección o reforma de menores; en este caso al no estar expresamente mencionada no es preceptiva la audiencia a la acusación particular¹⁰⁴⁴.

De no cumplirse cualquiera de estas condiciones el Juez levanta la suspensión y se ejecuta la sentencia en todos sus extremos. La suspensión se acuerda en la propia sentencia o en auto motivado por el Juez competente para la ejecución cuando la sentencia sea firme y conteniendo todas las condiciones de la suspensión: plazo, contenido, obligaciones... Se excluye de la suspensión el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta, en la línea de la última reforma de mantener en todo caso la protección de los intereses de las víctimas.

VI.- Cumplimiento de la medida en prisión.

El artículo 14 LORRPM prevé una serie de reglas para los casos en que las medidas impuestas a menores que alcancen la mayoría de edad antes de que hayan terminado de cumplir las mismas.

En el caso de la medida de internamiento, tal supuesto genera fuertes controversias, en tanto que puede derivar al ingreso del infractor en un centro penitenciario. No obstante, esta previsión no constituye el supuesto general, por lo que será necesario analizar las distintas posibilidades que plantea la LORRPM.

¹⁰⁴³ CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos, *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 121.

¹⁰⁴⁴ VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*, ob. cit., pág. 415

1.- Supuestos de aplicación.

1.1.- Principio general: continuidad de su cumplimiento conforme al régimen de los menores de edad.

Conforme al apartado primero del art. 14, la regla general es que el menor condenado a cualquiera de las medidas contempladas en la Ley continuará su cumplimiento al alcanzar la mayoría de edad hasta alcanzar los objetivos impuestos en la sentencia.

El precepto pretende no suspender la medida con la mayoría de edad a los fines de no detener su tratamiento socializador¹⁰⁴⁵. Es condición indispensable que los objetivos se hayan propuesto en la sentencia, atendiendo en todo caso al interés superior del menor¹⁰⁴⁶. Es frecuente observar que el incumplimiento de las obligaciones establecidas dentro de las medidas respecto de los menores no es siempre a ellos achacable y depende, en un gran número de casos, de los medios con los que se cuente para su ejecución. Con ello quiere decirse que el cumplimiento de objetivos es algo muy ambiguo y que depende de un gran número de factores, muchos de los cuales no tienen nada que ver con los menores y estos no pueden depender en sus expectativas de la inseguridad jurídica¹⁰⁴⁷. Incluso, la redacción “hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia” puede confundir si se piensa en una duración indeterminada, algo absolutamente inaceptable¹⁰⁴⁸. La concurrencia de este presupuesto habrá de valorarla el Juez en cada caso. Para ello goza en principio de amplia discrecionalidad, si bien es de suponer que, por ejemplo, habrá de valorar como un indicio al respecto el supuesto que contempla expresamente el apartado 2 del art. 51 incorporado por la LO 8/2006, relativo a que el Juez de Menores hubiera sustituido la medida de internamiento en régimen

¹⁰⁴⁵ VENTURA FACI, Ramiro, PELAEZ PEREZ, Vicente, *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 92. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Efectos de la mayoría de edad en el cumplimiento de las medidas impuestas al menor”, *ob. cit.*, pág. 382.

¹⁰⁴⁶ SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Efectos de la mayoría de edad en el cumplimiento de las medidas impuestas al menor”, *ob. cit.*, pág. 383.

¹⁰⁴⁷ ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 257.

¹⁰⁴⁸ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 41. Se supone que cuando refiere la frase “hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia” se colige bajo las limitaciones temporales de la misma o los que la Ley impone, ello al vetarse la medida sin duración. VENTURA FACI, Ramiro, PELAEZ PEREZ, Vicente, *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 92.

cerrado por la de internamiento en régimen abierto o semiabierto y se compruebe que el menor evoluciona desfavorablemente¹⁰⁴⁹.

A pesar del carácter favorable de esta regla general se pueden plantear en la práctica, algunos problemas, como el relativo a la legitimidad para tratar educativamente a un sujeto mayor de edad con plenitud de derechos. Ciertamente, la terapia educativa debería pasar aquí a no ser más que un derecho (artículo 4.1 d) Reglamento penitenciario) y por ello el sujeto mayor de edad debería poder rechazar libremente el tratamiento o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o de su situación, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias¹⁰⁵⁰.

Debemos tener además en cuenta que la Ley se está refiriendo al menor que alcanzase la mayoría de edad durante el cumplimiento de la medida, que ya ha sido impuesta, pero no al menor que ya hubiera dejado de serlo en el momento del enjuiciamiento. No obstante, se ha entendido que la norma se aplicaría en ambos casos, teniendo en cuenta la propia naturaleza de la Jurisdicción de menores, competente para el enjuiciamiento de los hechos mientras el imputado era menor. Además, la disposición transitoria única de la Ley va a disponer, en su párrafo sexto, que en los procedimientos penales en curso a la entrada en vigor de la Ley, en los que haya imputadas personas por la comisión de hechos delictivos cuando aún no hayan cumplido los dieciocho años de edad, el Juez o Tribunal competente remitirá las actuaciones practicadas al Ministerio Fiscal para que instruya el procedimiento regulado a esta Ley. Queda clara la voluntad del legislador de una aplicación amplia del precepto, que podrá incluir a quienes fuesen menores en el momento de la comisión del delito, aunque no se hubiese producido el enjuiciamiento¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 171.

¹⁰⁵⁰ SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Efectos de la mayoría de edad en el cumplimiento de las medidas impuestas al menor”, *ob. cit.*, pág. 382.

¹⁰⁵¹ El Tribunal Constitucional en Auto num. 148/1999, de 14 de junio, respondiendo a una solicitud de amparo, estimo que el hecho de enjuiciar por la Jurisdicción de Menores a un mayor, no vulnera ningún derecho constitucional, no pronunciándose de modo expreso sobre la cuestión de la prórroga de las facultades de la Jurisdicción de Menores para enjuiciar a mayores que hubiesen cometido los delitos siendo menores. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 172. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Efectos de la mayoría de edad en el cumplimiento de las medidas impuestas al menor”, *ob. cit.*, pág. 382.

1.2.- Pautas especiales: el cumplimiento en un centro penitenciario.

A) Régimen facultativo: posibilidad de ingresar en un centro penitenciario en caso de cumplimiento de la edad de 18 años.

Como primera excepción al régimen general, el artículo 14.2 va a establecer la posibilidad de que el juez ordene que el cumplimiento de la medida se lleve a cabo en un centro penitenciario, en el caso de que la medida impuesta al menor haya sido la de internamiento en régimen cerrado, cumpla los dieciocho años y no haya respondido su conducta a los objetivos propuestos en la sentencia.

Esta medida ha sido muy criticada por la doctrina como una de las novedades más relevantes de la reforma operada por la LO 8/2006. Ciertamente, la jurisdicción de menores, en estos casos, perdería en gran medida su sentido. El mayor problema de la excepción contenida en el art. 14.2 reside el posible atentado al principio de igualdad, en tanto que la decisión discrecional del Juez, conectada con ciertos requisitos, procedimentales en muchos casos, va a conducir a la decisión de ir o no a prisión¹⁰⁵².

Si lo que se pretende es evitar la penitenciarización de los centros de menores, se logra lo contrario, ya que lo que implica ese carácter no es la edad del interno sino el tipo de establecimiento, con lo cual el joven que acuda a un centro penitenciario va a correr realmente ese riesgo carcelario por los graves efectos criminógenos que conlleva. Por ello sería más conveniente crear en los centros de menores departamentos juveniles estrictamente separados de los demás para continuar la intervención donde ha comenzado¹⁰⁵³.

Analizando las exigencias legales para la imposición de tal medida, podemos efectuar las siguientes observaciones:

¹⁰⁵² SÁNCHEZ ROBERT, María José, *ibídem*, pág. 384.

¹⁰⁵³ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLÁS TURÉGANO, Asunción, “Novedades legislativas en Derecho penal del menor: el proyecto de reforma de la Ley Orgánica 5/2000. análisis y crítica” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores, Tomo II*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008, pág. 81.

1.- Lo decide el Juez de Menores si la conducta del menor internado no responde a los objetivos propuestos en la sentencia. Dejando a un lado la inconcreción que plantea la ley en torno al cumplimiento de objetivos, no se prevé expresamente la posibilidad de que el menor pueda hacer alegaciones frente a un informe que le fuera desfavorable. Particularmente, entendemos que para evitar cualquier indefensión, tal informe debería ponerse en conocimiento del letrado del menor, que deberá ser oído en momento posterior, lo cual constituiría una mayor garantía, teniendo siempre presente el principio general de interés del menor¹⁰⁵⁴.

2.- Se ha de oír al Ministerio Fiscal, letrado del menor, equipo técnico y entidad pública de protección o reforma de menores. La intervención de todos los agentes del proceso trata de corregir la discrecionalidad y la unilateralidad del Juez, evitando la indefensión¹⁰⁵⁵.

3.- El Juez puede hacer uso de los arts. 13 y 51 para modificar la medida, y en ese caso no se produce el ingreso en prisión, pero para ello ha de respetar los plazos del art. 10¹⁰⁵⁶.

No puede olvidarse que la franja de edad donde se cometen más delitos es justamente la de dieciséis a dieciocho años, lo que unido a la lentitud de esta Jurisdicción, podría suponer un ingreso automático en una prisión, o tras haber pasado escasos meses en un centro de menores. Esta regulación supone consolidar y agravar una previsión legal que conlleva que el menor cumple lo que materialmente es una pena. Así, de facto, nos encontramos ante un sistema equiparable al que establecía el CPTR-73 para los menores comprendidos entre 16 y 18 años, cuando no más perjudicial, ya que aquel permitía la rebaja de la pena en uno o dos grados¹⁰⁵⁷.

Además, como ya mencionamos, el fracaso de las medidas depende, en ocasiones, de los medios con que se haya contado para su ejecución, por lo que no todos

¹⁰⁵⁴ SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Efectos de la mayoría de edad en el cumplimiento de las medidas impuestas al menor”, *ob. cit.*, pág. 388.

¹⁰⁵⁵ SÁNCHEZ ROBERT, María José, *ibídem*, pág. 385.

¹⁰⁵⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 46.

¹⁰⁵⁷ BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 203.

los resultados insatisfactorios le son directamente achacables al menor. Seguramente aquel que haya estado internado en un centro que contase con un equipo adecuado de educadores, con programas educativos y de reinserción especializados, actividades deportivas y culturales, centros bien dotados y no masificados, alcanzara mejor los objetivos que quien haya cumplido la medida en otras condiciones¹⁰⁵⁸.

En definitiva debería considerarse el ingreso en el centro penitenciario como algo totalmente excepcional, como medida considerada desocializadora y criminógena, que solo podría estar justificada en supuestos extremos como gran deterioro de los centros de cumplimiento de las medidas, que llevara a considerar el centro penitenciario como menos nocivo para el menor. Y se ha llegado a afirmar, en la critica más extrema, que la previsión legal que remite a los menores sometidos a una medida de internamiento a los centro penitenciarios al cumplir los dieciocho años o veintiún años de edad podría contradecir normas internacionales como la Convención de Derechos del Niño de 1989, las Reglas de Beijing de 29 de noviembre de 1985, o las reglas de la ONU para menores privados de libertad ed 1990 pues en todas ellas el internamiento ha de ser el último recurso y lo más breve posible, en aplicación de los criterios de intervención mínima¹⁰⁵⁹.

B) Frente a tal supuesto de aplicación facultativa del ingreso en prisión, hemos de referirnos a continuación a una serie de supuestos obligatorios:

B1) Imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado a quien haya cumplido los veintiún años de edad o habiendo sido impuestas con anterioridad, no haya finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad.

En el caso que examinamos, con carácter general, se ordenará el cumplimiento en un centro penitenciario conforme al régimen general. La fijación de la edad de veintiún años en este apartado se debe a la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, ya que en la primitiva redacción esta edad se fijaba en veintitrés años.

¹⁰⁵⁸ DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *ob. cit.*, pág. 88 y 89.

¹⁰⁵⁹ SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Efectos de la mayoría de edad en el cumplimiento de las medidas impuestas al menor”, *ob. cit.*, pág. 394.

La justificación de la inclusión de tal previsión podría venir dada, como indica CERVELLÓ DONDERIS en los siguientes argumentos:

- En primer lugar, la actuación educativa ha de ser adecuada a la edad, bajo la consideración de que en los centros de menores difícilmente se pueden cubrir las necesidades de personas mayores de veintiún años¹⁰⁶⁰.
- En segundo lugar, es evidente que al legislador le preocupa la seguridad de los centros de menores donde la convivencia se puede ver alterada al residir en ellos personas de tan elevada edad junto a jóvenes de catorce a dieciocho años¹⁰⁶¹.
- A esto se puede añadir una tercera razón dirigida a endurecer el castigo de los delitos más graves que dan lugar a medidas más largas con el fin de paliar el sentimiento social de impunidad, con lo cual se estaría produciendo un alejamiento de la finalidad específica educativa de las medidas de menores que se ve claramente sustituida por razones retributivas y de prevención general¹⁰⁶².

La única posibilidad de evitar tal consecuencia sería aplicar las previsiones del art. 13, que dispone que el Juez competente para la ejecución, concurriendo los requisitos que contempla, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación

¹⁰⁶⁰ En esta línea, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de octubre de 2004. Concretamente, en el fundamento jurídico séptimo de la citada resolución recoge que “La Exposición de Motivos núm. 6 de la Ley 5/2000 tiene una naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa, por lo que sin olvidar que ésta persigue una actuación educativa, hasta para lograr el superior interés del menor que ha de primar en el Derecho Penal de Menores, es necesario arbitrar una serie de principios del derecho procesal penal, sin que ello suponga una vulneración de los criterios educativos seguidos en la misma, siendo una consecuencia más de ese principio el introducir el cumplimiento de la medida de internamiento en un centro penitenciario cuando el menor haya cumplido 23 años, en primer lugar, porque a esa edad es evidente que las medidas socio-educativas previstas para menores no serán igual de efectivas con una persona que ya ha alcanzado cierto grado de madurez que con un menor de 16 años, por lo que se requieren nuevas medidas a adoptar ingresando por ello en el régimen penitenciario de adultos, en segundo lugar, hay que atender también al interés de los menores y de los educadores que tendrían que compatibilizar la presencia de mayores de 23 años con la de menores a partir de 14 años, con el consiguiente peligro educativo para éstos últimos, no existiendo por lo tanto ninguna vulneración de los principios educativos, sino una adaptación de las medidas a adoptar a la edad de las personas receptoras de las mismas, ello sin perjuicio de lo que a continuación se dice acerca de los beneficios de modificación, suspensión o sustitución de la medida que podrán en determinados casos evitar la entrada en prisión del menor una vez cumplidos los 23 años.

¹⁰⁶¹ En este sentido, BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 126.

¹⁰⁶² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, *ob. cit.*, pág. 44.

redunde en interés del menor y se exprese suficientemente a este el reproche merecido por su conducta. Con todo, hay que reconocer que en estos supuestos la aplicación de dicha posibilidad puede resultar a menudo tan solo una falacia. No se olvide que en relación con determinados supuestos el legislador prevé que el Juez tiene que imponer la medida de internamiento en régimen cerrado, con las consecuentes reducciones en las facultades de sustitución que ello supone¹⁰⁶³.

B2) Casos en que el responsable hubiera cumplido con anterioridad al inicio de ejecución de la medida de internamiento en régimen cerrado una pena de prisión o una medida de internamiento.

Siempre que se den las circunstancias previstas en este apartado (artículo 14.5 LORRPM), se aplicara el régimen general de la LOGP, es decir, el menor debe pasar automáticamente a cumplir la medida en un centro penitenciario, si ya ha pasado previamente por un centro penitenciario. Ello puede perjudicar al menor, por el hecho de haber sido más rápida la justicia de adultos (lo que es factible por los juicios rápidos) que la justicia de menores. Así pues, en este apartado, cobran especial relevancia los antecedentes penales y la rápida intervención de la justicia penal de adultos. En todo caso, y como ya indicamos, los menores que pasen a un centro penitenciario deberán estar dentro de los centros de jóvenes que regulan los artículos 173 a 177 del Reglamento Penitenciario, y que prevén una forma especial de ejecución con acción educativa intensa, y con unas condiciones ambientales y arquitectónicas adecuadas al desarrollo de una serie de programas como son los de formación básica, laboral, de ocio y cultura y de educación física y deporte¹⁰⁶⁴.

2.- Problemática jurídica que plantea el cumplimiento de la medida de internamiento en centros penitenciarios.

Esbozados los distintos supuestos que provocarían el ingreso en prisión del menor, resta destacar la problemática jurídica que subyace como nota común en todos

¹⁰⁶³ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 173.

¹⁰⁶⁴ SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Efectos de la mayoría de edad en el cumplimiento de las medidas impuestas al menor”, ob. cit., págs. 397 y 398.

los casos, extraída de un análisis comparativo entre el régimen de cumplimiento de la medida de internamiento y la pena de prisión.

a) Tratamiento.

La primera diferencia se da en su naturaleza jurídica, ya que mientras la participación en las actividades formativas, educativas y laborales se regula entre las obligaciones de los menores internados del art. 57 h) LORRPM, el tratamiento penitenciario de adultos se caracteriza por su voluntariedad, art. 61 LOGP.

El tratamiento educativo de menores en la medida de internamiento tiene un contenido diferente al penitenciario ya que persigue objetivos concretos como enseñanza reglada y formación ocupacional, programa pedagógico y psicológico de intervención y tratamiento de conductas antisociales, habilidades de autonomía personal doméstica y social, educación para la salud y deporte, animación sociocultural, conductas adictivas.

b) Comunicaciones.

La mayor diferencia entre la regulación de las comunicaciones entre adultos y menores se da en los aspectos formales, ya que mientras la LORRPM solo menciona un derecho genérico a las visitas y comunicaciones optando por su desarrollo reglamentario, la LOGP si que ha concretado con una mayor precisión sus clases. Por lo demás, quizá son las comunicaciones las figuras más parecidas entre adultos y menores en lo que respecta a su regulación legal, pero donde si hay grandes diferencias es en lo relativo a su cumplimiento ya que en menores se han flexibilizado mucho las formas en aras al interés del menor por la importancia que tiene la comunicación familiar en la intervención educativa, siendo su mayor inconveniente la gran falta de concreción en lo relativo a los espacios y lugares donde se van a llevar a cabo.

De esta manera, los menores pueden llamar por teléfono un mínimo de dos días a la semana durante diez minutos como mínimo (veinte mínimo en total), y los adultos un máximo de cinco a la semana con cinco minutos de duración (veinticinco máximo en

total), lo que señala una gran diferencia ya que al marcar una frecuencia y una duración mínima pero no máxima es mucho más flexible que en adultos.

Las visitas que los menores pueden tener con sus familiares y allegados equivalen a la comunicación en locutorio de los adultos con la ventaja de poder realizarla de una manera más directa y sin obstáculos para una mejor relación y formación educativa y con una mayor flexibilidad ya que pueden ser aumentadas en frecuencia y duración en interés del menor. En las visitas de convivencia familiar e íntimas también es mucho más favorable el sistema juvenil ya que mientras en las de convivencia familiar en menores han de ser mínimo tres horas sin límite máximo, en adultos es mínimo una hora y máximo tres horas, y respecto a las visitas íntimas en menores se establece un mínimo de una hora también sin límite máximo reglamentario mientras que en adultos existen los mismos límites que en las de convivencia familiar.

c) Permisos de salida.

Los permisos de salida se generalizan a todos los menores, inclusive los internados en centros cerrados si lo autoriza el Juez de Menores una vez que se haya cumplido el primer tercio del periodo de internamiento, algo imposible en adultos ya que el régimen cerrado no permite más permisos que los extraordinarios.

Por lo que respecta a la regulación de los criterios de concesión, en menores el Reglamento recoge los más objetivos pero no detalla las variables cualitativas que indiquen el probable quebrantamiento, lo que hace pensar que se manejarán instrumentos semejantes a los de adultos que vienen recogidos en la tabla de variables de riesgo de la Circular 3/2008 DGIP.

En cuanto a su duración también hay diferencias ya que mientras en adultos se pueden conceder hasta treinta y seis días de permiso en segundo grado y cuarenta y ocho en tercer grado, en menores se pueden conceder cuarenta días en internamiento semiabierto y sesenta en abierto.

d) Régimen disciplinario.

La regulación del régimen disciplinario es mucho más flexible en menores que en adultos ya que además todas las sanciones se pueden dejar sin efecto o suspender, dándose entrada a la mediación. En las infracciones disciplinarias también se observan algunas diferencias ya que conductas como instigar a otros reclusos a motines o desordenes colectivos o el abuso de bebidas alcohólicas son consideradas como falta grave en los arts. 108 a 111 RP y sin embargo son consideradas falta muy grave en el art. 62 c) y g) respectivamente del Reglamento de Menores. Lamentablemente en el caso de las sanciones las semejanzas no son positivas ya que reflejan un carácter excesivamente punitivo y poco educativo¹⁰⁶⁵.

3.- Conclusiones y propuestas.

La incorporación de los menores a un centro penitenciario se manifiesta como uno de los exponentes -junto con el régimen preceptivo de aplicación de la medida de internamiento- más intimidatorio y retributivo de la LORRPM, olvidando cualquier referencia educativa así como el interés superior del menor. Supone, sin duda, un claro endurecimiento del tratamiento penal del menor que conlleva una orientación evidente hacia una intensificación del rigor punitivo de la Ley penal del Menor, renunciando por ello a los principios básicos de esta jurisdicción especializada. La controversia no solamente se ciñe a los efectos desocializadores que conlleva el ingreso en prisión sino que también hay que tener presentes las diferencias expuestas en lo que respecta al régimen de ejecución entre medida de internamiento y pena de prisión. Es cierto que el cumplimiento de la medida en prisión arrastra alguna de sus características como la posibilidad de modificación o la necesidad de que el tramo final se cumpla en libertad bajo el régimen de libertad vigilada, sin los requisitos que si exige el acceso a la libertad condicional. No obstante, esas mínimas particularidades no compensan la significativa pérdida de contenido y medios educativos que va a sufrir el joven que termina de cumplir su medida en prisión. Por tanto, no justificamos en ninguno de los casos previstos en la Ley tal consecuencia, siendo aconsejable la continuidad del

¹⁰⁶⁵ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, ob. cit., pág. 227 y ss.

cumplimiento en el propio centro aún cuando se procediera a una la creación en los mismos de departamentos para la separación de tales internos.

**CAPITULO VII: ALTERNATIVAS A LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN
RÉGIMEN CERRADO.**

I.- Introducción.

Partiendo de la consideración relativa a la característica diferencial de los menores determinada por estar inmersos todavía en su fase de formación, y, por tanto, ser más permeables al cambio, ello obliga a hacer un esfuerzo especial por encontrar alternativas a la pura sanción privativa de libertad, pues si existe una mínima esperanza de recuperación de los delincuentes, ésta es sin duda, más intensa en los más jóvenes.

Entre las vías intentadas para la consecución de este objetivo, las propuestas giran sobre los catálogos de medidas en medio abierto¹⁰⁶⁶, que eviten el alejamiento del menor de su entorno, caracterizados por la flexibilidad en adaptarse de manera dinámica a la evolución del menor durante su cumplimiento. De esta manera, si la intervención mínima se lleva a término, las medidas no privativas de libertad han de ser las impuestas en el mayor número de ocasiones con unas expectativas ciertamente positivas por el buen resultado que han dado hasta la fecha¹⁰⁶⁷.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 en el art. 40.4 en lo relativo a la medida de internamiento reconoce como objetivo “asegurar que los órganos de decisión van a contar con múltiples posibilidades alternativas al internamiento en instituciones”. Por su parte, las Reglas de Beijing de 1985 establecen en su artículo 13 que la privación de libertad ha de establecerse como excepcionalidad, como último recurso y durante el plazo más breve posible, lo que muestra la importancia de vincular el estudio de la medida de internamiento con las alternativas al mismo. En este sentido, téngase en cuenta la Rec. (2003) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 24 de septiembre, la cual aboga por un abanico más amplio de sanciones y medidas más innovadoras y efectivas, aplicadas progresivamente en consonancia con el incremento de la responsabilidad.

¹⁰⁶⁶ Las medidas que se analizan en el presente apartado constituyen el equivalente en nuestro régimen penal de menores a las llamadas “nuevas medidas ambulatorias” del sistema juvenil alemán, término con el que se designa al grupo de medidas introducido por la Primera Ley de Reforma de Tribunales de Menores alemana como alternativa expresa a la privación de libertad. CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, ob. cit., pág. 113.

¹⁰⁶⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 151.

Una de las principales características de la LORRPM radica en el amplísimo catálogo de medidas contempladas, las cuales permiten, teóricamente, una mejor intervención sobre los menores infractores y consagrar la finalidad educativa y posibilitar una aplicación coherente con los postulados que la diseñan¹⁰⁶⁸, lo que constituye uno de los grandes aciertos legislativos del texto referenciado y un trascendental avance en el tratamiento de los menores que, desgraciadamente, no ha podido llevarse aún a cabo de forma plena por la escasez de infraestructuras establecidas por los poderes públicos¹⁰⁶⁹. De este modo, la existencia misma de un amplio catálogo de medidas refleja la loable preocupación por parte del legislador, de evitar que la privación de libertad se convierta en una respuesta generalizada frente a la comisión de hechos delictivos realizados por el menor¹⁰⁷⁰.

Por tanto, la herramienta fundamental para reducir al máximo la aplicación de la medida de internamiento reside en el estudio de alternativas, exponiéndose a continuación los aspectos más significativos de cada una de éstas.

II.- Libertad vigilada.

1.- Orígenes y Derecho comparado.

La libertad vigilada es la figura estrella de las medidas alternativas al internamiento. El origen de esta medida tiene sus raíces en la institución norteamericana de la probation y en Europa, en el llamado “tratamiento intermedio” británico. Ha sido acogida en la mayoría de las legislaciones de los países occidentales, de las que se pueden citar la orden penal de supervisión y el tratamiento intermedio en Holanda, la libertad vigilada en Francia, las medidas comunitarias del Reino Unido (que incluyen la orden de supervisión y el tratamiento intermedio), el mandato disciplinario por el que se

¹⁰⁶⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Avances y retrocesos en tratamiento penal de la delincuencia de menores”, *ob. cit.*, pág. 195.

¹⁰⁶⁹ MORILLAS FERNANDEZ, David Lorenzo, “La delincuencia juvenil en Andalucía” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 957.

¹⁰⁷⁰ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 148.

imponen al infractor prescripciones o prohibiciones en Alemania, y el sistema de probación en Suecia¹⁰⁷¹.

Por lo que se refiere a la legislación española, ya se contemplaba esta medida en la Ley de Bases sobre organización y atribuciones de los tribunales para niños de 25 de noviembre de 1918 y siguió en el artículo 17 de la LTTM que permitía al tribunal adoptar la medida de libertad vigilada como acuerdo adoptado en su facultad reformadora. Posteriormente, la Ley Orgánica 4/1992 reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores mantuvo la libertad vigilada como una de las medidas aplicables¹⁰⁷².

2.- Marco normativo vigente.

Sobre este punto, hay que resaltar la versatilidad de esta figura en la Ley, en tanto que puede proyectarse en diferentes planos:

1.- En calidad de medida sancionadora-educativa, la libertad vigilada puede ostentar una posición principal o complementaria, de forma simultánea o consecutiva a la medida principal. Este último supuesto merece una especial consideración, en tanto entorpece su función alternativa respecto del internamiento, tanto en el momento de dictar sentencia como posteriormente¹⁰⁷³, e incluso potencia la desatención de otros mecanismos para relajar el internamiento de cara a la preparación para la puesta en libertad.

2.- La medida de libertad vigilada puede utilizarse también como medida cautelar durante el tiempo que precede a la fase de audiencia, en virtud lo establecido en el artículo 28.1 LORRPM. Por otra parte, además de valorar la proporcionalidad,

¹⁰⁷¹ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 319.

¹⁰⁷² MONTERO HERNANZ, Tomás, "La medida de libertad vigilada en la justicia juvenil", *Revista General de Derecho Penal*, número 13, Iustel, 2010, págs. 6-8.

¹⁰⁷³ Sustituyendo directamente el internamiento por la libertad vigilada (art. 14 LORRPM), al objeto de adaptar la intervención penal a la evolución del menor. La conveniencia de prever instrumentos para modificar la medida en el derecho penal de menores ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, que tuvo que pronunciarse acerca de la constitucionalidad del art. 23 LTTM que también preveía esta posibilidad. En este caso, el alto Tribunal consideró que el art. 23 LTTM no vulneraba el principio de legalidad penal (STC 36/1991, de 14 de febrero), pues al impedir la agravación de la medida, se dirige siempre a adecuar lo más posible la intervención penal a las condiciones personales del menor, también a lo largo de su ejecución. CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 124.

conviene ser sumamente prudentes al evaluar sus características y situación personal, abogando por un uso restrictivo de esta modalidad. De lo contrario se corre el riesgo de recurrir a ella siempre que se descubran carencias sociales o personales de cierta gravedad, criminalizando su concurrencia en lugar de utilizar instrumentos de carácter exclusivamente asistencial para superarlas¹⁰⁷⁴.

3.- Finalmente, la medida de libertad vigilada es aplicable también en los supuestos de suspensión de la ejecución del fallo (art. 40.2 letra c) LORRPM). Ahora bien, a pesar de que la ley no establece ningún límite respecto de la posibilidad de aplicar la libertad vigilada como condición complementaria a la que someter la suspensión, resulta obligado, en atención al principio de proporcionalidad, restringirla a los casos en que la medida suspendida sea más restrictiva, pues de lo contrario las condiciones de suspensión serían más gravosas que el cumplimiento de la medida originaria.

Es en definitiva, una medida polivalente e incluso plurifuncional. Su regulación actual supone un avance respecto del régimen anterior, toda vez que al menor sancionado con esta medida se le imponen una serie de obligaciones, las cuales debe realizar durante el tiempo de la medida¹⁰⁷⁵. Como puntualiza GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, reduce las necesidades respecto a la construcción y mantenimiento de centros de internamiento y demás gastos de administración. Asimismo, es una medida cuyo costo es relativamente bajo en comparación con algunas otras medidas como la medida de internamiento en régimen cerrado. Quizás el mayor obstáculo lo presenta la sociedad, que en términos generales no acepta su implantación, tanto porque considera que para ella es un riesgo que el delincuente siga en libertad¹⁰⁷⁶. Es por ello que ha sido la medida que los medios de comunicación se han encargado de difamar de cara a la sociedad restando su trascendental aportación como forma de prevenir nuevos ilícitos y reinsertar y reeducar al menor en tanto que constantemente el tratamiento informativo que se le da es sinónimo de libertad, no especificando la finalidad con la que se crea y

¹⁰⁷⁴ En todo caso, conviene recordar que las medidas cautelares del derecho penal de menores sirven, en último término y bajo la alusión legal a la “custodia y defensa del menor expedientado”, para eliminar o reducir el riesgo de que el menor se fugue, cuando existan indicios racionales de comisión de un delito por su parte. CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 125.

¹⁰⁷⁵ ORTIZ GONZALEZ, Ángel Luis, “Aspectos jurídicos y prácticos más controvertidos, apreciados en el Informe del Defensor del Pueblo, en relación con la Ley Orgánica 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 143.

¹⁰⁷⁶ GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, *Delincuencia juvenil y control social*, *ob. cit.*, pág. 44.

otorga. Así, resulta muy habitual hacer creer a la sociedad que un menor infractor se encuentra en plena libertad y consecuentemente la medida aplicada ha sido de una extensión muy limitada cuando realmente el menor se encuentra bajo un seguimiento de su actividad¹⁰⁷⁷.

3.- Contenido.

Son varios los profesionales que denuncian el escaso conocimiento que se tiene del contenido real de esta medida básica en la justicia de menores. Así, por ejemplo, se asegura que “el espacio de intervención entre el menor o el joven y el técnico de medio abierto ha sido y continúa siendo un espacio de caja negra, en la medida que sólo el menor o joven y el técnico conocen y participan en su contenido”. Desde otra perspectiva, algunos educadores confiesan que la medida de libertad vigilada puede ser un ‘cajón desastre’ en el que se cuelan otras medidas, como podría ser el tratamiento ambulatorio o la asistencia a centro de día, para asegurar que el menor las cumpla efectivamente¹⁰⁷⁸.

Al respecto, señala la Fiscalía General del Estado que cuando se imponga la medida de libertad vigilada ha de procurarse, para salvaguardar el principio de legalidad, sobre todo si se tiene en cuenta la excesiva amplitud con que esta redactada la regla 7ª, que su contenido quede definido con los contornos más precisos posibles al dictarse la sentencia, de modo que esta contemple expresamente que reglas de conducta previstas en el art. 7 h) habrá de someterse el menor. Ello no excluye, sin embargo, que una condena genérica a un determinado tipo de libertad vigilada permita determinar posteriormente, en ejecución de sentencia, la observancia de determinadas reglas de conducta no previstas inicialmente en la sentencia¹⁰⁷⁹.

Profundizando en su contenido, a tenor de la letra h) del art. 7.1 LORRPM, ésta implica, durante el tiempo establecido en la sentencia, seguir la actividad del joven

¹⁰⁷⁷ MORILLAS FERNANDEZ, David Lorenzo, “La delincuencia juvenil en Andalucía”, *ob. cit.*, 960.

¹⁰⁷⁸ BERNUZ BENEITEZ, María José, FERNANDEZ MOLINA, Esther, PEREZ JIMENEZ, Fátima, “Educar y controlar: la intervención comunitaria en la justicia de menores”, *ob. cit.*, pág. 3.

¹⁰⁷⁹ Regla V. 1, Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores. En el mismo sentido, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz num. 113/2003, de 24 de septiembre (JUR 2003/243557) –fundamento jurídico quinto-.

infractor y su asistencia escolar, laboral o al centro de formación profesional, intentando ayudarlo a superar los factores desencadenantes de la conducta antijurídica, seguimiento que supone, conforme a la Exposición de Motivos, una vigilancia y supervisión, por personal especializado, dirigidas a la adquisición de las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social. Por tanto, la medida de libertad vigilada consiste en el sometimiento del menor infractor a un régimen de libertad restringida¹⁰⁸⁰.

Ya que se interviene en el entorno del menor, se permite actuar conjunta y directamente sobre los distintos factores que influyeron en su conducta delictiva y tratar cada caso de forma diferencial¹⁰⁸¹. Esta última nota es la que la distingue de las finalidades que persiguen otras medidas, entre las que ejemplificaremos, por su importancia, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Lo que éstos pretenden ser es una respuesta puntual a una conducta en principio puntual también, para responsabilizar al menor frente a sus consecuencias. Por el contrario, la libertad vigilada es global pues pretende abarcar todo lo relativo al proceso de formación de menores¹⁰⁸².

Aunque en la denominación de esta medida aparezca el termino libertad acompañada de la palabra vigilancia no supone esto que el aspecto principal de esta medida sea la vigilancia entendida como actividad de control¹⁰⁸³. Preferimos por ello hablar de seguimiento, dándole así a su naturaleza un carácter de intervención socioeducativa más propia del espíritu que inspira las medidas previstas en la LORRPM¹⁰⁸⁴. La función de seguimiento se traduce en un deber de informar periódicamente al juez de menores sobre el cumplimiento y eficacia de la medida para los fines resocializadores y educativos. Sólo de esta forma podrá ponderar el órgano judicial las circunstancias concurrentes en orden a la sustitución o modificación de la libertad vigilada.

¹⁰⁸⁰ BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 219. BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 218.

¹⁰⁸¹ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 116.

¹⁰⁸² GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 98.

¹⁰⁸³ Se ha señalado que la denominación que emplea la Ley resulta inapropiada. GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, *ibidem*, pág. 97.

¹⁰⁸⁴ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 320 y 321.

Por tanto, presenta un contenido complejo en la medida que aúna un elemento de vigilancia y supervisión por personal especializado del sometido a la medida y por otra parte, una finalidad socio-educativa que implica intentar facilitar al menor los medios para superar los factores que determinaron la infracción¹⁰⁸⁵. De este modo, la medida de libertad vigilada ofrece tres dimensiones diferentes:

a) Seguimiento y asistencia del menor a cargo de personal especializado combinando así las dimensiones asistencial y educativa. Se trata de informar al juez de menores acerca del comportamiento del menor y de su asistencia a la escuela, centro de formación o lugar de trabajo. Aunque, a su vez, el seguimiento debe ir dirigido a procurar los medios necesarios para suprimir o aminorar los factores que influyeron en la infracción cometida. Asimismo, también se desarrollará una función asistencial, dirigida a superar o reducir los obstáculos y necesidades que presente el menor, a través de su protección y de facilitarle o reforzarle las competencias e instrumentos para ello. De esta regulación resulta criticable, sobre todo si se compara con la establecida por la Ley de Tribunales de Menores alemana, la excesiva acentuación del elemento de fiscalización sobre el asistencial, tanto en la descripción legal de esta medida, como en su propia denominación¹⁰⁸⁶. El contenido que se da a la vigilancia convertirá a la medida en educativa y por tanto, adecuada con la finalidad perseguida¹⁰⁸⁷. Para contrarrestar esta insistencia en el elemento fiscalizador, es preciso abogar por interpretarlo como un instrumento orientado precisamente a desarrollar la actividad de protección de forma ajustada al menor, relegándolo a un segundo plano cuando suponga un obstáculo¹⁰⁸⁸. Pues lo contrario, primar la función de vigilancia, dificultaría enormemente el surgimiento de una relación de confianza entre el menor infractor y el profesional, que es absolutamente imprescindible para que este último influya de forma

¹⁰⁸⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 251.

¹⁰⁸⁶ En la tramitación parlamentaria de la Ley actual, el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado propuso sustituir la denominación “libertad vigilada” por “libertad asistida”, en orden a potenciar el aspecto socio-educativo de esta figura, DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 140.

¹⁰⁸⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 154.

¹⁰⁸⁸ En palabras de RIOS MARTIN, el responsable de llevar a cabo la aplicación de esta medida no puede convertirse en una especie de inspector, sino en organizador de pequeñas empresas que interesen e incorporen al menor en la sociedad, RIOS MARTIN, Julián Carlos, *El menor infractor...* *ob. cit.*, pág. 308.

positiva en el proceso de adquisición de las habilidades y capacidades necesarias para un correcto desarrollo personal y social del menor¹⁰⁸⁹.

b) Programación de actividades o pautas socioeducativas 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. Estas son propuestas por la entidad pública o el profesional responsable de su seguimiento y se integran en el programa de intervención elaborado al efecto, que deberá ser aprobado por el juez de menores. Abundando en la finalidad general perseguida mediante la aplicación de la medida de libertad vigilada, que se resume en la adquisición por parte del menor de las habilidades para su correcto desarrollo personal y social, es conveniente señalar: 1.- En primer lugar, dado que en la mayoría de los casos las carencias o retrasos al adquirir tales habilidades y capacidades, es producto de disfuncionalidades y deficiencias en su entorno familiar y social, el diseñador del programa de intervención deberá componerse tanto de aspectos que incidan directamente sobre el menor, como de elementos de actuación inmediata sobre su entorno. Evidentemente, para ello es fundamental que el profesional responsable entable relación con la familia y demás referentes sociales del menor. 2.- En segundo lugar, es necesario flexibilizar el contenido de las pautas socioeducativas y conceder un cierto margen al menor para que pueda modularlas personalmente. En esta línea, resulta aconsejable que participe activamente en la elaboración del programa educativo particular, pues si percibe el plan de trabajo allí diseñado como algo propio y cercano, existen más posibilidades de que se implique en su realización. Para llevar a cabo dicho plan, es sumamente relevante además crear y mantener una relación de confianza entre el menor y el profesional responsable de su seguimiento, que permita a este último actuar de forma eficiente sobre los aspectos externos que obstaculizan el proceso de socialización del menor¹⁰⁹⁰.

c) Posibilidad de establecer reglas de conducta. El juez de menores puede imponer cuando lo estime necesario, una o varias reglas de conducta previstas en la ley (art. 7.1 h)), o bien otras obligaciones que considere oportunas para la reinserción social

¹⁰⁸⁹ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, págs. 117, 118 y 119.

¹⁰⁹⁰ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *Ibidem.*, pág. 119, 120 y 121.

del menor¹⁰⁹¹, siempre que no atenten contra su dignidad¹⁰⁹². Así, el límite del seguimiento lo constituyen los derechos a la intimidad del menor, debiéndose ponderar también los derechos a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, todos ellos proclamados en el artículo 4 de la LO 1/1996 de protección jurídica del Menor.

El programa puede prever un ámbito de más o menos rigidez y concreción para la imposición de estas ordenes¹⁰⁹³. Esta enumeración guarda gran similitud con las reglas que recoge el art. 83 CP para los casos de suspensión de la pena¹⁰⁹⁴. La mera lectura de estas reglas pone de manifiesto la elevada restricción de libertad que puede llegar a suponer la libertad vigilada, debiendo recordar que en la medida en que el juez haga uso de esta capacidad se acentuará la función de inspección a desarrollar por el

¹⁰⁹¹ De la relación establecida en la ley no se deriva una prioridad de las obligaciones y prohibiciones de los números 1 a 6 sobre otras que quepa aplicar bajo la cláusula genérica de la regla de conducta num. 7 sino que las primeras son orientativas del grado de intensidad de las segundas. Algunos ejemplos prácticos los encontramos en la SJM de Guipúzcoa de 12-5-2005 (ARP 2005/214) que impone las siguientes reglas de conducta junto con la medida de libertad vigilada: “Obligación de asistir y participar activamente en un tratamiento psicológico, para elaborar la situación que están viviendo, su participación, responsabilidad en la misma para la correcta elaboración de la situación vivida, prevención de secuelas derivadas de la misma y ayuda para la reincorporación adecuada al medio social y escolar. Obligación de cumplir con su actividad formativa de una manera responsable. Obligación de participar en actividades organizadas y estructuradas de tiempo libre para adquirir habilidades de relación y pautas de actuación sin utilizar la agresividad. Ocupación y estructuración del tiempo libre, mediante su participación en un club de tiempo libre educativo, que tenga una exteriorización y se materialice en beneficio de terceras personas con necesidades en distintos ámbitos bien físicas, mentales o con carencias materiales, con la finalidad de que se conecte con el sufrimiento de terceros. Asimismo, se aconseja el beneficio de la terapia grupal por sus posibilidades de identificación con iguales (autoayuda), especialmente para trabajar los siguientes aspectos identificados como deficitarios: entrenamiento en habilidades sociales y asertivas. Participación en un programa de resolución de problemas dirigidos a adolescentes en conflicto como medio de potenciar recursos personales de afrontamiento. Entrenamiento en técnicas de manejo de ansiedad y control de impulsos. Resulta asimismo muy ilustrativa la Instrucción 10/2005 FGE sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil cuando, en relación con las reglas de conducta imponibles al acosador escolar. La citada Instrucción ofrece algunos ejemplos interesantes de las reglas de conducta innominadas previstas en el apartado 7º, y así cita las de ayudar durante un determinado periodo de tiempo a compañeros de clase extranjeros en sus obligaciones escolares, escribir redacciones reflexivas en las que se coloquen en el lugar de las víctimas, evitar relaciones con grupos problemáticos o auxiliar a compañeros recién incorporados al centro docente, al modo de los sistemas de pairing utilizados en las escuelas secundarias escocesas como técnica antibullying, por medio de la cual a los alumnos especialmente vulnerables (recién llegados, miembros de minorías, menores con discapacidades...) se les asigna un compañero de curso superior que actúa a modo de amigo protector.

¹⁰⁹² BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM”, ob. cit., pág. 219.

¹⁰⁹³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 162.

¹⁰⁹⁴ La número 2 – sometimiento a programas formativos- con la regla del art. 83.1.4 ° CP; la número 3 y 4 – prohibición de acudir a determinados lugares y de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial- se corresponden con los números 1 y 2 del art. 83.1 CP y la número 6 –obligación de comparecer en el Juzgado- con el número 3, art. 83.1 CP. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 155. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 160.

profesional responsable del seguimiento, restringiendo las posibilidades de consolidar paulatinamente su confianza y motivación.

De la exposición de los elementos que configuran el contenido de la medida de libertad vigilada, se deduce la necesidad de abogar por una aplicación lo más ajustada posible al menor y a su medio social y familiar. Esto implica reducir al mínimo la imposición de reglas de conducta por parte del juez de menores, siendo preferible incluirlas bajo la forma de las pautas socio-educativas que integran el programa de intervención a elaborar por el profesional o entidad pública encargada, pues resulta preferible, desde un punto de vista pedagógico, transmitir las pautas de conducta al menor en forma de consejo o propuesta del educador, en vez de imponerlas como prohibiciones y obligaciones dictadas por el juez; lo que a su vez fomentaría la colaboración entre ambos para elaborar el programa de intervención¹⁰⁹⁵.

En definitiva, se trata de una especie de libertad tutelada cuyo contenido específico atenderá al cumplimiento y seguimiento de las distintas obligaciones que puede el Juez incluir en la misma para su concreción en el programa individualizado de ejecución en la misma¹⁰⁹⁶.

De lo anterior cabe deducir que la medida de libertad vigilada combina dos aspectos: de un lado, el hecho de permitir un seguimiento individualizado del menor que tenga en cuenta sus necesidades, deficiencias personales y socio-familiares desde una perspectiva integral; de otro lado, el dato de desarrollar la medida en el entorno del menor conlleva un considerable aumento de las posibilidades de conseguir una integración adecuada en la sociedad¹⁰⁹⁷. Esto es lo que le permite desarrollar no solo aspectos individuales relativos a la propia concienciación de sus actos y de su responsabilidad por los mismos, sino ante todos relacionarlos con su entorno, como la adquisición de habilidades sociales que le permitan su participación en la sociedad¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁵ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, págs. 121,122 y 123.

¹⁰⁹⁶ Un interesante trabajo de campo sobre la aplicación de la medida de libertad vigilada en menores infractores puede verse en BERNUZ BENEITEZ, M. J/FERNANDEZ MOLINA, E./PEREZ JIMENEZ, F., "La libertad vigilada como medida individualizada en la Justicia de Menores", *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 6, número 7 (2009). www.criminologia.net

¹⁰⁹⁷ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, "Las medidas aplicables en la LO 5/2000", *ob. cit.*, pág. 166.

¹⁰⁹⁸ Como pretende contribuir la SJM de Guipúzcoa de 12-5-2005 (ARP 2005/214) a superar las dificultades de un menor imponiendo la medida de libertad vigilada por un supuesto de acoso escolar:

La complejidad de su contenido nos permite adelantar una valoración: es una medida, socio-educativa pero de un especial contenido aflictivo. A la realización del programa de ejecución diseñado por el profesional dedicado al menor que ha de cumplir la medida, se ha de añadir que el mismo tiene una especial capacidad de control, y finalmente, ha de añadirse la exigencia de cumplimiento de las condiciones impuestas, en su caso por el juzgador.

Con esta estructura, cobra especial protagonismo la actuación del profesional al que se encomienda la ejecución de la medida de libertad vigilada, quien tras la preceptiva entrevista con el menor, que es la base de la elaboración del programa de intervención en que la medida consiste, y ha de ser en todo caso individualizado, habrá una valoración de la situación general del sujeto sometido a la medida, a efectos de concretar las principales carencias a eliminar para desarrollar la tarea de prevención de futuros comportamientos ilícitos, así como determinar las pautas socioeducativas a imponer¹⁰⁹⁹.

Para GOMEZ RIVERO, es vital que dicho profesional actúe con proximidad geográfica respecto del menor. El número de profesionales deberá aumentar en función de la delincuencia de los distritos territoriales. Parece asimismo que deberán ser dichos delegados cualificados profesionales: educadores, psicólogos, sociólogos, con cualificación profesional adecuada¹¹⁰⁰, tal y como se desprende de los términos

“con esta medida de libertad vigilada se va a actuar de forma grupal e individual persiguiéndose los siguientes objetivos: generar un pensamiento causal, alternativo, consecuencial de perspectiva y medio-fin; aprender a identificar emociones en si mismos y en los demás, darse cuenta de que las emociones influyen en el pensamiento, saber ponerles nombre, entender los sentimientos complejos y estar abiertos a distintos sentimientos en si mismos y en los demás aprendiendo a manejarlos; generar un sentimiento asertivo de relación; promover el desarrollo moral; promover la responsabilización y desarrollo empático hacia los sentimientos del entorno de la victima; promover la aceptación, no la culpabilidad, de las consecuencias de sus actos superando la negación y justificación; desarrollar estrategias de comportamiento de cara al futuro; incluir la reparación como una vía de resolución de conflictos. Para que se hagan posibles estos objetivos vamos a precisar los contenidos de la libertad vigilada que se desarrollara a lo largo de 18 meses con la meta de que comprendan que actuaron de manera incorrecta, sin pensar en las consecuencias de su conducta y puedan reparar simbólicamente el daño causado desde un espacio terapéutico trabajar su responsabilidad en la conducta objeto de expediente, la capacidad de empatía para conectar con el sufrimiento del otro y adquirir habilidades sociales en su relación con el grupo de referencia. Y al mismo tiempo esta medida, pueda servir como apoyo a una adecuada reintegración de los menores en el centro escolar y en la vida comunitaria”.

¹⁰⁹⁹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 252.

¹¹⁰⁰ GOMEZ RIVERO, María del Carmen, “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *ob. cit.*, pág. 179. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad, ob. cit.*, pág. 157.

empleados en la LORRPM¹¹⁰¹ y de las funciones que habrá de realizar, entre las que destacan ofrecer al menor tratamiento y asistencia individualizados e informar debidamente al juez acerca de su evolución. Asimismo, la efectividad de la actuación deberá procurar la acción coordinada de los distintos profesionales entre si, y junto a ellos, la coordinación con otras instituciones asistenciales a nivel local, provincial o regional para que en definitiva se procure un acercamiento del sujeto a la sociedad¹¹⁰².

En este sentido, obviamente a la medida de libertad vigilada acechan dificultades ejecutivas, en tanto que su eficacia depende no solo de la actitud del menor y de su familia ante la misma, sino también de la existencia de los necesarios equipos de libertad vigilada. Con demasiada frecuencia dicha intervención individualizada y personalizada chocara con el obstáculo insalvable de la falta de un numero suficiente de los tradicionales delegados de libertad vigilada o de la dudosa formación profesional de los mismo, lo que puede burocratizar la ejecución de la medida hasta hacerla rigurosamente ineficaz¹¹⁰³.

Por último, desde el punto de vista de su ejecución en la praxis, se ha denunciado como, pese a su amplio contenido, la medida de libertad vigilada se ejecuta con un sobreexceso de la dimensión de vigilancia y control, descuidando la dimensión socio-educativa, de prevención especial positiva que debiera constituir su fundamento¹¹⁰⁴.

¹¹⁰¹ Personal especializado (Exposición de Motivos num. 18) y profesional (art. 7.1, letra h).

¹¹⁰² GOMEZ RIVERO, María del Carmen, “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *ob. cit.*, pág. 179. HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 166.

¹¹⁰³ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “El nuevo derecho penal juvenil” en DIEZ RIPOLLES, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos M^a, GRACIA MARTIN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 1584.

¹¹⁰⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 254.

4.- Régimen de aplicación: criterios de inclusión.

a) Destinatarios.

Esta medida se revela particularmente idónea para los jóvenes infractores que se encuentren en una situación de riesgo, con problemas o carencias de inserción social (de índole que sean: personales, educativas, sociales o incluso familiares), cuando éstas carencias han determinado su comportamiento ab norme¹¹⁰⁵ que haga necesario un seguimiento y control del mismo durante un tiempo y para obligarle al tiempo a realizar algún tipo de actividad formativa o educativa¹¹⁰⁶, de forma que al paso del tiempo fijado para la imposición de la medida adquiriera hábitos y modos de comportamiento normalizados, sin por ello perturbar su vida familiar ni desarraigarlo de su entorno¹¹⁰⁷.

Junto a estas condiciones, referidas al contexto externo que le rodea, se deberá valorar también su disposición interna a recibir una asistencia individualizada, es decir, hasta que punto ello es compatible con el carácter y personalidad del menor. De esta forma, la presencia de circunstancias sociales y familiares conflictivas y problemáticas, unidas incluso a carencias educativas preocupantes, no son suficientes para descartar otras medidas ambulatorias menos restrictivas. Al analizar conjuntamente las circunstancias socio-familiares¹¹⁰⁸ con la disposición personal del menor se reduce el riesgo de determinar la medida exclusivamente en función de las primeras y se concede una mayor relevancia a sus aptitudes y desarrollo socio-cognitivo¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁵ En el mismo sentido, HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 167. PÉREZ FERRER, Fátima, “La nueva regulación de las medidas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 12. GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 98. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 253.

¹¹⁰⁶ ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 186.

¹¹⁰⁷ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 100.

¹¹⁰⁸ Éstas deben valorarse desde una perspectiva funcional, que no se quede en un mero enfoque económico o estructural de las condiciones que rodean al menor. En definitiva, lo que interesa es saber si la atención procurada al menor es insuficiente para cubrir las necesidades, materiales y afectivas, que demanda esta fase del desarrollo y evolución y en que medida es conveniente intervenir desde fuera para superar esas carencias.

¹¹⁰⁹ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, págs. 130 y 131.

Valorando tales elementos, GIMENEZ SALINAS I COLOMER excluye en principio del ámbito de aplicación de esta medida a los siguientes menores:

a) Menores de actitud violenta y peligrosa, cuya permanencia en su medio ambiente habitual dificulte de forma acusada y constante la conveniencia social.

b) Menores cuya vida familiar se vea profundamente afectada por problemas de orden social, personal o familiar.

c) Menores que aún con una familia adecuada, por razones de su personalidad necesiten reafirmarse y vivir una vida independiente de la misma¹¹¹⁰.

Los sujetos que cumplen con la referida medida se adaptan a un perfil tipo de la justicia de menores, esto es, con una dinámica de educación inadecuada que ha tenido contacto con los servicios sociales, con un nivel de escolarización muy bajo y en estos casos, con problemas de conducta relacionados con amigos problemáticos y drogas.

En muchas ocasiones con la medida de libertad vigilada se tratan de abordar la totalidad o gran parte de las carencias o problemas que presenta el menor, a través de la imposición de muy diversas reglas de conducta u obligaciones añadidas a las previstas en el art. 7.1 h) LORRPM. En la práctica, este deseo de exhaustividad en la intervención esta dando lugar a que menores con una gran desestructuración personal incumplan obligaciones que se les han impuesto, toda vez que resulta prácticamente imposible abordar a un tiempo y con éxito todas las facetas en las que se ha de trabajar con dichos menores. A este respecto es preferible atender a las necesidades educativas prioritarias que presenta el menor, imponiendo menos reglas de conducta al mismo y dejar en manos del educador que controle la ejecución de la libertad vigilada la determinación de las sucesivas facetas en las que se ha de trabajar con este, en función de lo previsto en el programa de ejecución individual. Otro de los problemas que esta planteando la libertad vigilada deriva precisamente de la regla de conducta u obligación que se impone a menores en situación de desprotección familiar o con problemas de convivencia con la

¹¹¹⁰ GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, *Delincuencia juvenil y control social*, ob. cit., págs. 45 y 46. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 156.

misma, de residir en centro de protección. Se ha evaluado que el encaje del cumplimiento de una medida judicial en un centro de protección aunque sea únicamente a efectos de residencia, resulta bastante problemático. En primer lugar, la filosofía que impera en el ámbito de protección y reforma es totalmente diferente, por lo que nos encontramos que actitudes o comportamientos del menor que en el ámbito de reforma podrían ser asumibles para trabajar educativamente sobre los mismos, en el ámbito de protección resulta intolerables porque se afecta a la normal convivencia del resto de componentes del centro de protección¹¹¹¹.

b) Hechos cometidos.

Con anterioridad a la reforma de 2006, esta medida sólo se podía aplicar cuando la infracción cometida era constitutiva de delito; en cambio, después de la modificación operada por dicha Ley, se contempla además la posibilidad de aplicarla a los supuestos en los que la infracción cometida sea constitutiva de falta¹¹¹². Abogaban por la extensión de esta medida también ante la comisión de una falta por parte del menor, atendiendo al valor educativo de esta medida, el Ministerio Fiscal y la Fiscalía General del Estado justificando tal posición expansiva en la incidencia en el proceso educativo del menor haciendo un seguimiento a la actividad desarrollada por el¹¹¹³.

En relación con esta cuestión, debemos preguntarnos acerca de si era realmente necesaria esta expansión del Derecho Penal de Menores a una simple falta, ya que no podemos olvidar que el contenido educativo de la medida de libertad vigilada se basa, entre otros motivos, en una duración mínima suficiente de ésta, para poder así conseguir

¹¹¹¹ SAN MARTIN LARRINOVA, Begoña, “Experiencias prácticas en la ejecución judicial de medidas en medio abierto de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 120.

¹¹¹² Según MONTERO HERNANZ, la reforma se hace eco de las reiteradas demandas de jueces y fiscales que creían insuficiente el catálogo de medidas disponibles en estos supuestos. MONTERO HERNANZ, Tomás, “La medida de libertad vigilada en la justicia juvenil”, *ob. cit.*, pág. 9.

¹¹¹³ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 176. Inclusión que ya se propuso en la Cumbre de Fiscales de menores de 2001 por entender que es una medida de alto valor educativo, en la mayoría de los casos la más indicada (conclusión 5.3) y en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2003 considerando que la restricción de la redacción anterior no era razonable por cuanto si la libertad vigilada no supone ninguna privación de derechos, si es una ayuda para el menor, no existe razón para que la Ley impida su aplicación, contradiciendo el principio de interés del menor. En esta misma línea, entendían con carácter previo a la reforma ejecutada por la LO 8/2006 –que amplía la medida de libertad vigilada a los supuestos de faltas- que era un error no permitir la imposición de la medida en tal supuesto, teniendo en cuenta la naturaleza y efectos de la misma. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 117.

un desarrollo o evolución perceptible en el menor. Con toda probabilidad, la comisión de una falta no conlleva una larga duración de la medida educativa, por lo que es cuestionable que, en estos casos, el menor necesite apoyo o control por parte de las instancias judiciales penales¹¹¹⁴. La aplicación de tal medida en estos casos no deja de ser una objeción para introducir al menor en el sistema de justicia penal juvenil eludiendo otras alternativas que no pasen por los juzgados.

Por todo ello, entendemos que en lo relativo a la gravedad de los hechos, deben quedar excluidos desde el principio los supuestos de criminalidad leve y de primera aparición, por ser desproporcionales a la intensidad de esta medida. De hecho, la libertad vigilada, en su calidad de alternativa al internamiento, debería aplicarse en los supuestos de gravedad suficiente como para imponer medidas privativas de libertad.

c) Duración.

Este desarrollo de finalidades e intenciones que inspiran el diseño de la medida de libertad vigilada, en la práctica se encuentra entorpecido por algunos problemas en su desarrollo y específica aplicación. De ellos, quizá el más notorio es el que surge del marco temporal, excesivamente amplio, con que se prevé la posible aplicación de la libertad vigilada en la Ley. Y ello porque aún cuando la lógica propia de su contenido implica que es una medida que ha de contar con un período de ejecución lo suficientemente amplio como para, efectivamente, corregir las carencias que motivaron el comportamiento delictivo, también es cierto que dado su alto contenido aflictivo al que antes hemos hecho referencia, una duración excesiva puede producir efectos perniciosos. De esta forma, se producen efectos indeseados cuanto mayor es la duración de la medida, como el surgimiento de relaciones de dependencia entre el menor y el profesional encargado del desarrollo de la medida, una cierta estigmatización del menor que la sufre, e incluso una cierta pérdida de su autonomía personal¹¹¹⁵.

¹¹¹⁴ PÉREZ FERRER, Fátima, “La nueva regulación de las medidas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 14. En el mismo sentido, GUTIERREZ I ALBENTOSA, Joan Manuel, “Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores”, *ob. cit.*, pág. 13.

¹¹¹⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 254.

Por lo que se refiere a la concreción de la duración, se deberá tener en cuenta en general cual sea la adecuada para orientarla a las necesidades y problemas específicos del menor. La LORRPM prevé un máximo general de dos años (art. 9.3 LORRPM) – seis meses en el caso de faltas según lo dispuesto en el art. 9.1 LORRPM-, que puede extenderse a seis años en los supuestos previstos en el artículo 9.2 LORRPM, cuando concurren las circunstancias recogidas en el art. 10.2 LORRPM. Si el máximo general resulta ya cuestionable desde el punto de vista pedagógico, el límite de seis años no merece otra calificación que escandaloso, delatando las razones preventivo-generales de dicha agravación. Lo que no deja de ser un ejemplo más de las devastadoras consecuencias que desencadena la concesión de primacía a las consideraciones de defensa social; pues el resultado, en términos educativos, tras seis años de libertad vigilada, consistirá previsiblemente, bien en una dependencia casi absoluta del menor respecto al educador, o bien en su estigmatización, incapacitándolo para tomar decisiones o dirigir su vida. Todo ello obliga a patrocinar que la medida de libertad vigilada no supere en la práctica los 2 años de duración¹¹¹⁶.

5.- Obstáculos a su aplicación.

Relatados los aspectos delimitadores característicos de esta medida, resta aludir a los obstáculos a su aplicación, los cuales quedarían resumidos en los siguientes puntos:

a) Falta de profesionales encargados de la ejecución. Asimismo, los pocos que hay intervienen una gran cantidad de tiempo en tareas de supervisión y control. Generalmente tienen muchos menores a su cargo y como consecuencia se encuentran totalmente desbordados por tareas burocráticas.

b) Ausencia de formación profesional adecuada, ante lo cual quizá sería necesario una normativa específica que recogiera los requerimientos exigidos para el desarrollo de tal actividad.

¹¹¹⁶ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 128.

c) La posible hostilidad del delincuente hacia la figura del profesional, quien normalmente adopta una actitud enjuiciadora y queda identificado como un representante de la justicia¹¹¹⁷.

A nuestro juicio, la principal característica de esta medida no es sólo que presupone la cooperación del menor y de su entorno familiar, sino que implica a un gran número de profesionales cualificados de otras áreas —educadores, psicólogos, asistentes sociales, etc.—, de tal forma que su efectividad depende en gran medida del grado de coordinación y colaboración que haya entre ellos¹¹¹⁸.

Su eficacia depende en gran medida en que se potencie ese carácter educativo y no meramente de control, y en formar a los profesionales en esta tarea de integración social coordinada con todos los agentes intervinientes¹¹¹⁹.

A pesar de sus indudables ventajas, también la libertad vigilada ha tenido sus detractores, que han cuestionado tanto la utilidad como la justicia de esta medida, al considerar que la libertad precoz del menor infractor, aunque sea vigilada, repercute negativamente en la seguridad ciudadana, entendiéndose como una absoluta impunidad. Sin embargo, a pesar de las dificultades que pueda presentar, resulta la medida más aplicada. Así, en los dos últimos años de los que se dispone de información publicada por el INE (2007 y 2008), donde se introducen modificaciones en la forma de recogida de la información antes apuntados, la medida de libertad vigilada ha ido ganando peso sobre la de prestaciones en beneficio de la comunidad, hasta situarse en 2008 como la medida mayoritariamente impuesta, con importante diferencia sobre la de prestaciones. Este cambio se debe a la ampliación de la posibilidad de aplicación de la medida de libertad vigilada a las infracciones calificadas como falta, cambio que se produjo tras las modificaciones llevadas a cabo en la LORPM por la Ley Orgánica 8/2006 como anteriormente ya se apuntó¹¹²⁰.

¹¹¹⁷ GIMENEZ SALINAS I COLOMER, Esther, *Delincuencia juvenil y control social*, ob. cit., pág. 45.

¹¹¹⁸ PÉREZ FERRER, Fátima, “La nueva regulación de las medidas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, ob. cit., pág. 14.

¹¹¹⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 156.

¹¹²⁰ MONTERO HERNANZ, Tomás, “La medida de libertad vigilada en la justicia juvenil”, ob. cit., pág. 19.

6.- Conclusiones.

A la vista del análisis y de las ideas extraídas, podemos concluir que nos encontramos ante una medida en la que el menor infractor está sometido a una vigilancia y supervisión a cargo de personal especializado, con el fin de que adquiriera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para su correcto desarrollo personal y social, siendo una de sus principales ventajas permitir mantener al menor en su ámbito habitual, evitándose problemas de desarraigo, constituyendo éste su principal punto positivo.

III.- Prestaciones en beneficio de la comunidad.

1.- Orígenes y Derecho comparado.

La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad aparece regulada por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio (art. 17.5ª), siendo incluida posteriormente en la jurisdicción de adultos (art. 49 CP). El artículo 22 del anteproyecto de la Ley Orgánica Penal Juvenil de 1995 mantuvo también esta medida que requería el consentimiento del menor y fijaba una duración máxima de 6 horas; además, su cumplimiento no debía suponer una grave interferencia en la actividad escolar o laboral del menor.

Por lo que respecta a su proyección en el ámbito del Derecho comparado, hay que señalar que esta medida es utilizada en distintos sistemas legislativos europeos, especialmente en los anglosajones, como alternativa a la privación de libertad. El legislador francés, en la Ley de 10 de junio de 1983, establece como pena sustitutoria a la de prisión y con carácter educativo, la llamada l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt general (trabajo de interés general). En Holanda, desde 1996, los Tribunales pueden imponer community sentences como una pena o sanción y pueden consistir en la realización de community service order (servicios a la comunidad). En Gran Bretaña, como alternativas a la privación de libertad, aparecen los denominados community service order (servicios a la comunidad). Más próximos a nuestro país, en Portugal, la Ley Tutelar Educativa nº 166/99, de 14 de septiembre, contempla en el catálogo de

medidas del artículo 4 la realización de prestaciones económicas o de tareas a favor de la comunidad¹¹²¹.

2.- Marco normativo vigente.

En la actualidad, tal medida aparece recogida en el catálogo de la LORRPM (art. 7.1, letra K) y Exposición de Motivos, III, 15), suprimiéndose, en su tenor literal, la palabra servicios. La modificación creo que es correcta, pues servicios puede tener una connotación jurídico administrativa y la nueva fórmula se acomoda mejor al contenido normativo y a la finalidad educativa¹¹²².

Su previsión en la LORRPM no sorprende en absoluto, dado el protagonismo que progresivamente ha ido ganando en el ámbito de la justicia de menores de la mano de los programas elaborados al respecto por las distintas Comunidades Autónomas, a lo que se añade una especial aptitud para atender tanto al desarrollo educativo del menor como al daño provocado por el delito, en cuya reparación se implica directamente a la comunidad.

En cuanto a la concreta regulación en la LORRPM, ésta resulta incompleta, de manera que para su integración habrá que acudir al art. 49 del Texto punitivo, pero también deben ser tomados en consideración los arts. 1 a 11 del RD 690/1996, de 26 de abril, que versan sobre la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad¹¹²³.

De esta manera, aparece prevista en la ley únicamente como medida autónoma sin que sea posible imponerla como complemento a la suspensión de la ejecución del fallo, a diferencia de las medidas de libertad vigilada y de realización de tareas socioeducativas. Esta omisión resulta acertada, pues la medida de prestaciones es de naturaleza predominantemente reparadora en lugar de asistencial, lo que desaconseja aplicarla como apoyo al menor para superar el periodo de suspensión a prueba. Por otra

¹¹²¹ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 336.

¹¹²² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 168.

¹¹²³ ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*, *ob. cit.*, pág. 187. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 168. CARMONA SALGADO, Concepción, "Las medidas y sus criterios de determinación...", *ob. cit.*, pág. 939.

parte, es conveniente distinguir la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad de las acciones en beneficio de la comunidad acordadas en el marco de un proceso de mediación con la víctima, pues pertenecen a planos distintos de la responsabilidad penal sujetos a valoraciones y matices diferentes. Esto excluye entender la medida de prestaciones como una modalidad de reparación del daño cuando ésta no sea posible por faltar una víctima individual o se niegue a participar en un programa de mediación, incluyéndola entre las actividades que el menor puede acordar con el fiscal de menores para sobreseer el caso (art. 19.1 LORRPM)¹¹²⁴.

3.- Contenido.

Consiste en la realización de actividades no retribuidas de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad durante un número de sesiones previamente fijado¹¹²⁵. En este contexto, conviene insistir en la conveniencia de asegurar un cierto contenido formativo y educativo, de responsabilidad y aprendizaje social, en lugar de convertir la medida de prestaciones en la mera ocupación de un puesto de trabajo convencional sin remuneración¹¹²⁶.

La Ley busca que el joven delincuente comprenda que la colectividad o algún individuo han sufrido injustificadamente con su comportamiento, que obró de forma incorrecta, que merece el reproche social y que las prestaciones exigidas constituyen una reparación justa¹¹²⁷.

Junto a las anteriores finalidades, la doctrina ha añadido que esta medida “ayuda al menor a adquirir conocimientos específicos, a descubrir el sentido y utilidad de determinados servicios, a relacionarse de modo positivo con los mismos y a responsabilizarse de sus propios actos”, además de lograr implicar a la comunidad en

¹¹²⁴ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 161.

¹¹²⁵ aunque las prestaciones del menor no sean retribuidas, según el artículo 20.3 del Reglamento “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 manipulación, salvo que estos servicios los preste dicha entidad o sean asumidos por la entidad pública”.

¹¹²⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 159.

¹¹²⁷ Exposición de Motivos III, § 15, apartado segundo.

ciertos conflictos que se generan en su seno, acercándola al mundo y problemática de los jóvenes¹¹²⁸.

Las actividades realizadas por el menor, que lógicamente no deberán interferir en sus actividades educativas y formativas, podrán alcanzar mejor sus objetivos si se tienen en cuenta criterios específicos relacionados con el menor como aptitudes, habilidades, preferencias, e intereses¹¹²⁹. Todos los aspectos que definen su contenido – la gratuidad, el interés social o público de las actividades y la relación con la infracción cometida- contribuyen a consolidar su naturaleza reparadora de cara a la comunidad, mientras que la vertiente educativa se entiende solventada con la mera realización de tareas asistenciales o sociales¹¹³⁰.

Tras la reforma operada por la LO 8/2006, se sufre una significativa modificación al suprimirse del tenor literal del artículo 7.1.k el inciso que buscaba relacionar la naturaleza de las actividades realizadas por el menor con la naturaleza del bien jurídico afectado por los hechos cometidos por aquel. La razón de tal supresión, en opinión de la Fiscalía General del Estado, parece hallarse en la conveniencia de no cerrar anticipadamente las posibilidades ejecutivas de dicha medida¹¹³¹, como ponía de manifiesto el Grupo Parlamentario que propuso tal supresión al señalar que la necesidad de convivencia entre la naturaleza de la prestación a realizar y la del bien jurídico lesionado, en muchas ocasiones no resulta adecuada desde la perspectiva del interés superior del menor que quizá precisa la intervención en otro campo¹¹³². La práctica demuestra que la entidad pública debe poseer mayor margen para elegir lo que en ese momento resulta más adecuado al menor. En contra de tales manifestaciones y en una orientación que compartimos se pronuncia GOMEZ RIVERO quien considera que es un error tal supresión y debe mantenerse la relación entre bien jurídico atacado y naturaleza de la actividad a realizar en tanto que refuerza la inspiración de la prestación en la idea

¹¹²⁸ CRUZ BLANCA, María José, “Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre”, *ob. cit.*, pág. 179.

¹¹²⁹ Artículo 20 del Reglamento.

¹¹³⁰ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 158.

¹¹³¹ Vid. Circular 1/2007 sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.

¹¹³² BOCG de 26 de marzo de 2006: La justificación de esta enmienda nº 10 formulada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) de supresión se basa porque la necesidad de coincidencia entre la naturaleza de la prestación a realizar y el del bien jurídico lesionado, en muchas ocasiones no resulta adecuada desde la perspectiva del interés superior del menor, que quizás precisa de una intervención en otro campo.

de reparación del daño causado, desde el punto de vista penal, y es coherente con principios de psicología como el desarrollo de la responsabilidad personal a través de consecuencias naturales y lógicas¹¹³³.

Por otra parte, las dificultades de esta medida comienzan en la indefinición de cuales han de ser las prestaciones a realizar, donde y como o a beneficio de quien. En este sentido, la legislación es demasiado parca y genérica en la caracterización de la misma. Al margen de que en no pocas ocasiones será necesario suscribir concretos convenios con todo tipo de entidades públicas o privadas, que no siempre o no en todo caso existirán, lo que determinara un cierto nivel de imposibilidad de aplicación de la medida. Las actividades a desarrollar pueden ser facilitadas tanto por la administración como por entidades públicas o privadas¹¹³⁴, bajo la supervisión del responsable de la medida, para evitar abusos al realizar la actividad acordada. Más relevante que la procedencia pública o privada de la actividad a desarrollar, es distinguir entre realizar las prestaciones en instituciones o programas específicos para jóvenes –centros juveniles, proyectos antidroga, talleres de reparación de bicicletas, etc., entre los que se incluyen, aunque en un porcentaje muy reducido, grupos de trabajo creados específicamente para ejecutar esta medida- o hacerlo en departamentos pertenecientes a los servicios públicos o instituciones de asistencia social –hospitales, residencias de ancianos, etc.-. Aunque en la práctica se opta por uno u otro tipo en función de factores de tipo económico, organizativo y dispositivo, más que atender a los intereses y necesidades del menor.

De otro lado, la caracterización legal de las prestaciones a realizar es demasiado difusa. En principio, han de ser bien prestaciones de utilidad social, bien prestaciones que han de realizarse en beneficio de personas en situación de precariedad¹¹³⁵; es una

¹¹³³ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor*, ob. cit., pág. 121.

¹¹³⁴ En la práctica alemana parece constatarse una mayor asistencia pedagógica allí donde son entidades privadas las encargadas de la ejecución de la medida. CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, ob. cit., pág. 168 (nota num. 650). Entendemos que deberá tenerse presente, a los efectos de colmar lagunas, el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, por el que se regulan las circunstancias de ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad para los adultos. El artículo 2.2 del Decreto dispone que “excepcionalmente en caso de inexistencia de convenio o insuficiencia de plazas, el penado podrá proponer un trabajo concreto, aún cuando no este convenido con la Administración Penitenciaria”. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 95.

¹¹³⁵ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 96.

descripción que abre un abanico realmente amplio, lo que si bien conlleva una alta flexibilidad, que podría considerarse como un carácter positivo, también propicia una indefinición que puede dejar sin contenido a la medida. Quizá para limitar tal amplitud, el mejor criterio sea determinar el tipo de prestación en atención, como es exigencia legal, al bien jurídico lesionado por la conducta delictiva, o lo que quizá pudiera ser más conveniente manteniendo la lógica interna de la medida, la fenomenología criminal a la que se refiera la infracción cometida por el menor. Por otra parte, dicha flexibilidad tiene especial importancia a la hora de fijar tanto el número de horas a imponer como las jornadas en que se han de desarrollar esas horas de realización de prestaciones de utilidad social, sobre todo porque han de procurarse en todo caso respetar el horario escolar, o laboral en su caso, del menor sobre los que no se debe incidir pues supondría sin duda un efecto desocializador contrario al fundamento de la medida¹¹³⁶.

A pesar de la amplitud comentada, hay que destacar el déficit de ocupaciones de las que disponen los Jueces de Menores para proceder a la ubicación de los infractores, suplidas en no pocas ocasiones por la imaginación de los aplicadores de la Ley, situación que no debe pasar inadvertida para los poderes públicos quienes deben volcarse en su consecución y consolidación por los especiales efectos beneficiosos de la medida¹¹³⁷.

Entre las prestaciones a realizar, serian adecuadas:

- Limpieza y conservación del entorno: bosques, playas, jardines, edificios.
- Solidaridad con los necesitados: acompañamiento ancianos, discapacitados.
- Colaboración urbana: colegios, centros sociales, transportes¹¹³⁸.

¹¹³⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 259.

¹¹³⁷ MORILLAS FERNANDEZ, David Lorenzo, “La delincuencia juvenil en Andalucía”, *ob. cit.*, pág. 961.

¹¹³⁸ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 158. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción...*, *ob. cit.*, pág. 83. En el mismo sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 258. HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 170. En la Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Granada de 18 de noviembre de 2003 (JUR 2004/21175) se impone a los menores una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad

Presenta una gran potencialidad preventiva además de tener un cierto contenido aflictivo, a lo que se añade como complemento una dimensión claramente educativa, pues con la imposición de la medida puede conseguirse no solo que se aprendan determinadas actividades, sino que se valore en su justa medida la disciplina en el trabajo, y el valor y utilidad social del mismo¹¹³⁹.

Es criticable la ausencia de una mención expresa al interés superior del menor para seleccionar las concretas tareas a realizar, en función de su evolución personal, intereses y afinidades particulares. Además, habría sido conveniente acentuar el carácter preferente de esta medida respecto del internamiento, en tanto posibilitaría intervenir en el contexto de la comunidad de pertenencia, concedora de la comisión del delito, y plantear el trabajo como instrumento de normalización, no solo por la reparación en sí misma, sino también por los hábitos sociales que conlleva su realización.

La medida de prestaciones se caracteriza entre otros aspectos por permitir que la comunidad participe en su ejecución, pues además de constituir el marco en que el menor desarrolla las tareas, éstas se dirigen a procurarle beneficios, en relación con el daño infligido¹¹⁴⁰.

A favor de dicha medida debe señalarse la existencia de programas adecuados para su ejecución en varias Comunidades Autónomas, probablemente como consecuencia de su generalizada aceptación, ya que además del beneficio social que conlleva produce un cierto abaratamiento de los costes que implica la ejecución de otro tipo de sanciones¹¹⁴¹.

En cuanto a los objetivos que se persigue, se ha puesto de manifiesto que la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad posee una doble utilidad:

consistente en el desarrollo de un programa de inmigración en Cruz Roja durante 200 horas. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 19 de noviembre de 2009 (JUR 2010/44091), ratifica la imposición en instancia de una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad por la comisión de una falta de lesiones consistente en el cuidado de personas por una duración de 50 horas.

¹¹³⁹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 258.

¹¹⁴⁰ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil...*, *ob. cit.*, pág. 344.

¹¹⁴¹ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 170.

- a) Ayuda al menor a adquirir unos conocimientos específicos y a descubrir el sentido y la utilidad social que tienen determinados servicios, así como a relacionarse de forma positiva con los sujetos implicados en los mismos y a responsabilizarse de los propios actos¹¹⁴².
- b) Se logra implicar a la comunidad en aquellos conflictos que se generan en su seno y, asimismo, la acerca a la problemática juvenil¹¹⁴³.

De esta forma, las prestaciones en beneficio de la comunidad pueden generar un aumento de su autoestima fomentando las pautas prosociales y solidarias en un entorno adecuado y completamente normalizado mediante actividades que guarden relación con el bien jurídico lesionado¹¹⁴⁴.

La buena acogida que recibe la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad por parte de los operadores jurídicos y su propia configuración, caracterizada por conceder al menor una amplia autonomía para afrontar la responsabilidad derivada del delito, convierten a esta medida en un claro exponente de la naturaleza binaria del régimen penal juvenil¹¹⁴⁵.

La medida siempre se desarrollará bajo la supervisión de un profesional, que tras entrevistarse con el menor le ofrecerá, según su situación, sus características y sus necesidades, la actividad o prestación que considere más adecuada, elaborando un programa individualizado en el que pormenorizara el concreto régimen de desarrollo de las medidas (vid. Art. 20.8 del Reglamento de la LORRPM). Dicho programa deberá contener de forma expresa el consentimiento del menor para realizar las actividades

¹¹⁴² Concretamente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia num. 7/2002, de 30 de abril (JUR 2002/168702) –fundamento jurídico cuarto– se justifica la imposición de una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad por la comisión de un delito del artículo 298 del Código Penal, la cual tiene como objeto fomentar el respeto a la propiedad ajena.

¹¹⁴³ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 170. En sentido similar, CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 159.

¹¹⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 855/2001, de 10 de diciembre (JUR 2002/44921) –fundamento jurídico segundo–.

¹¹⁴⁵ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 164.

propuestas en las condiciones establecidas¹¹⁴⁶. La asunción voluntaria de la actividad por parte del menor, es uno de los ejes centrales de su contenido y eficacia, pues solo cuando voluntariamente se asume la realización, previa la comprensión del carácter ilícito del hecho, y de su contenido lesivo y dañoso, tanto para la víctima y para la sociedad, como para el propio menor se consigue dar sentido a la medida en si. En palabras de DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, con esta exigencia se asegura una ejecución pacífica de la medida, pero se restringe el abanico de posibilidades de elección de medidas del Juzgador. Este nuevo enfoque parece tener su inspiración en los principios sobre los que el CP regula los trabajos en beneficio de la comunidad¹¹⁴⁷. Por ello, también el Reglamento prevé la posibilidad de que el menor no acepte las actividades propuestas o sus condiciones de realización, y no haya otras actividades adecuadas a sus aptitudes personales o no se pudieran variar las condiciones de cumplimiento, en cuyo caso, el profesional designado lo pondrá en conocimiento inmediato del juez de menores a los efectos oportunos. Es correcto que la ley prevea esta última posibilidad, no solo por el carácter voluntario de la medida, que condiciona su eficacia, sino sobre todo porque, como se demostró durante los primeros años de aplicación de la LORRPM, no siempre se disponía de actividades de utilidad social suficientemente diversificadas, que además fueran idóneas para su imposición de cada caso particular. Sin embargo, el tiempo y la necesidad y la consideración de que la medida de realización de prestaciones se presenta como una forma de sanción especialmente útil, han avivado la imaginación de los jueces de menores hasta haber conseguido un amplio y variado catálogo de actividades que pueden dar contenido a la medida¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁶ El consentimiento concurre cuando haya conformidad del menor y de su letrado con las prestaciones en beneficio de la comunidad. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 95.

¹¹⁴⁷ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 95.

¹¹⁴⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, "Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores", *ob. cit.*, pág. 260.

4.- Régimen de aplicación: criterios de inclusión.

a) Destinatarios.

Las prestaciones en beneficio de la comunidad se revelan 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 por el menor al cometer el hecho¹¹⁴⁹. En palabras de CRUZ MARQUEZ se afirma la idoneidad educativa de esta medida de forma generalizada, sea a partir de su naturaleza reparadora, de su carácter alternativo respecto de las medidas privativas de libertad¹¹⁵⁰.

A pesar de todo ello, su uso no debe generalizarse en demasía, pues por su propio contenido parece conveniente limitarla tanto respecto a las condiciones personales del menor como respecto a la gravedad del hecho ilícito que determina su aplicación¹¹⁵¹. Se ha señalado que el menor que habrá de someterse a esta medida debe disponer de capacidad socio-cognitiva suficiente como para comprender la naturaleza de los hechos y sus consecuencias y el carácter reparador de la medida¹¹⁵², valorándose especialmente las circunstancias, capacidades, intereses o necesidades del menor¹¹⁵³. La observación de ambos criterios sirve para preservar el interés superior del menor, pues evita que la prestación de trabajo requiera de él un esfuerzo desmesurado¹¹⁵⁴, reduciendo el riesgo de fracaso y consolida el consentimiento del menor como instrumento para que participe en su configuración¹¹⁵⁵.

¹¹⁴⁹ ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores, ob. cit.*, pág. 188. 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.

¹¹⁵⁰ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 165.

¹¹⁵¹ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *ibídem*, pág. 164.

¹¹⁵² CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *ibídem*, pág. 165.

¹¹⁵³ CARMONA SALGADO, Concepción, “Las medidas y sus criterios de determinación...”, *ob. cit.*, pág. 941. Sin embargo, el RLORRPM solo asegura la asistencia al centro docente cuando el menor se encuentre en el periodo de la enseñanza básica obligatoria, relegando la compatibilidad con el resto de actividades diarias del menor a los recursos disponibles en ese momento (art. 20.6 RLORRPM).

¹¹⁵⁴ Pues cuando se impone al menor un número excesivo de horas, exclusivamente en función de lo que se considera necesario para reparar el daño, y sin tener en cuenta sus circunstancias personales, se le aboca prácticamente a incumplirla.

¹¹⁵⁵ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 166.

De esta forma parece indicada su aplicación fundamentalmente a menores procedentes de un ámbito familiar y social suficientemente estructurado¹¹⁵⁶, y con suficientes capacidades socio-cognitivas para comprender el sentido de la medida. Obviamente la aplicación es posible también en menores con un entorno social o familiar desestructurado, o con un nivel bajo respecto a sus capacidades socio-cognitivas, si bien habría que buscar algún otro fundamento más específico, como el interés personal del menor en desarrollar determinadas actividades, de forma que la realización de las mismas le faciliten una mejora en su formación o situación personal.

Se trata, en definitiva, de valorar por encima de todo la capacidad del menor para cumplir el contenido de las prestaciones, modulándolas en función de sus circunstancias y habilidades, en lugar de dirigirse a estimular una actitud favorable hacia el trabajo por parte del menor¹¹⁵⁷.

La aplicación de la medida exige el consentimiento del menor ya que el art. 25.2 de la Constitución Española proscribía los trabajos forzados¹¹⁵⁸. Ahora bien, la finalidad de este requisito solo se satisface plenamente si se garantiza su voluntariedad, lo que se consigue planteando la aplicación de esta medida como una posibilidad más entre otras¹¹⁵⁹ y permitiendo al menor solicitar su modificación, tanto antes como después de comenzar a ejecutarla (arts. 14, 50.2 y 51.1 LORRPM)¹¹⁶⁰. De este modo, el Juez deberá prever la medida que haya de cumplir el menor en caso de no otorgar su consentimiento

¹¹⁵⁶ A título de ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Granada de 15 de julio de 2010 (JUR 2010/359621) se valora de forma relevante a la hora de imponer la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad la pertenencia en una familia normalizada en su estructura y funcionamiento – fundamento jurídico tercero-. En este sentido, resulta ilustrativa la Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Granada, de 18 de noviembre de 2003 (JUR 2004/21175), en la que se impone una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad en base a la comisión de los hechos –robo con violencia- y las circunstancias que rodean a los menores, las cuales vienen determinadas por la existencia de un núcleo familiar normalizado, graduado escolar y realización de programas de garantía social –fundamento jurídico tercero-.

¹¹⁵⁷ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 167.

¹¹⁵⁸ Así lo recuerda el apartado III. 15 de la Exposición de Motivos de la LORRPM. CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 162. GOMEZ RIVERO, María del Carmen, “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000...”, *ob. cit.*, pág. 177. HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 169. Expresamente lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria num. 81/2001, de 22 de noviembre (JUR 2002/42813) –fundamento jurídico segundo-. Asimismo, sobre la necesidad del consentimiento para la adopción de la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 855/2001, de 10 de diciembre (JUR 2002/44921) – fundamento jurídico segundo-.

¹¹⁵⁹ Es conveniente que el fiscal proponga una medida alternativa o incluso que el juez mencione una sustitutiva en la sentencia, para el supuesto de que el menor no preste su consentimiento.

¹¹⁶⁰ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, págs. 162 y 163.

debiendo ser revocada la resolución en la que no conste el consentimiento del menor¹¹⁶¹ como sucedió en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 22 de noviembre de 2001¹¹⁶² que revoca la Sentencia del Juzgado que condenó a un menor por un delito de lesiones a una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad sustituyéndola por una medida de amonestación, en tanto que en el caso de autos no consta que positivamente se le haya pedido ese consentimiento, y, por el contrario, tanto en el momento de la audiencia como en este recurso no está conforme con la medida en cuestión¹¹⁶³. Respecto al momento de recabar ese consentimiento, entendemos que puede ser tanto durante la instrucción de la causa por el Fiscal, como el acto de la propia audiencia, subordinándolo a la eventual condena que pudiese recaer¹¹⁶⁴.

b) Gravedad de los hechos cometidos.

Se ha propuesto la limitación de su aplicabilidad respecto a los hechos ilícitos que lo fundamentan, habida cuenta de que aunque flexible, el contenido de la realización de prestaciones puede tener un importante contenido aflictivo, sobre todo si se atiende a los máximos de horas previstos por la ley. De ahí que se haya afirmado la conveniencia de limitar su aplicación a supuestos delictivos de cierta gravedad, lo que choca frontalmente con la posibilidad de imponerle hasta 50 horas por la simple comisión de faltas¹¹⁶⁵.

La buena aceptación de esta medida por parte de jueces y fiscales, hace temer que se aplique de forma generalizada, con el beneplácito de la regulación establecida en

¹¹⁶¹ Tal y como dispone el apartado 9 del artículo 20 del Reglamento de Responsabilidad Penal de los Menores, 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.

¹¹⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria num. 81/2001, de 22 de noviembre (JUR 2002/42813) –fundamento jurídico segundo–.

¹¹⁶³ así lo hacen la Sentencia del Juzgado de Menores nº 2 de Valencia de 10 de noviembre de 2005 (JUR 2006/99139) que impone “la medida de 60 horas de prestación en beneficio de la comunidad o 9 meses de libertad vigilada en caso que los menores no consintieren” y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa de num. 94/2002, de 15 de abril (JUR 2002/132324) que condenando a un menor a la medida de 25 horas de prestaciones en beneficio de la comunidad añade que “si la medida de prestaciones no se acepta voluntariamente se sustituirá por ocho fines de semana de permanencia en un centro educativo” –fundamento jurídico tercero–.

¹¹⁶⁴ GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 102.

¹¹⁶⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 261.

la LORRPM, más allá de los supuestos en que constituye una alternativa a la medida de internamiento. Por tanto, resulta imprescindible excluir la medida de prestaciones en los casos de bagatela, especialmente cuando se trate de delincuentes primarios, pues en la mayoría de los casos estas conductas están ligadas a la fase de desarrollo en que se encuentra el menor y conviene resolverlas fuera del ámbito penal. Esto obliga a interpretar restrictivamente el extenso marco de actuación previsto respecto de las faltas concediendo preferencia a la medida de amonestación y al desistimiento de la incoación del expediente y reservando las prestaciones para supuestos de mayor gravedad.

En opinión de MORILLAS FERNÁNDEZ, se trata de la medida más adecuada de tratamiento para los menores, por su finalidad reeducadora y resocializadora, exceptuando aquellos casos de atentados graves contra la vida o integridad de las personas. Máxime conviene recordar que no todos los menores, sino una ínfima proporción, cometen delitos graves contra la vida o la libertad o indemnidad sexual. Es más, no existen datos que hayan podido acreditar que las sanciones más graves, especialmente las de internamiento, sean más eficaces que las más leves como las ambulatorias, sino todo lo contrario¹¹⁶⁶.

Finalmente, con buena lógica, se ha llegado a considerar por LANDROVE DÍAZ como medida especialmente idónea para menores que cometan delitos patrimoniales¹¹⁶⁷, fundamentalmente daños.

c) Duración.

Particular análisis merece la duración¹¹⁶⁸ de las prestaciones en beneficio de la comunidad. La LORRPM fija en cincuenta horas el límite máximo para las faltas y

¹¹⁶⁶ MORILLAS FERNANDEZ, David Lorenzo, “La delincuencia juvenil en Andalucía”, *ob. cit.*, pág. 961.

¹¹⁶⁷ véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia num. 7/2002, de 30 de abril (JUR 2002/168702) que prevé la aplicación de tal medida por la comisión de un delito de receptación previsto en el artículo 298 del Código Penal. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid num. 855/2001, de 10 de diciembre (JUR 2002/44921) prevé la aplicación de tal medida por la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción...*, *ob. cit.*, pág. 83. La Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Granada de 18 de noviembre de 2003 (JUR 2004/21175) determina su aplicación ante un caso de robo con violencia.

¹¹⁶⁸ El anteproyecto de Ley Orgánica Penal y Juvenil del Menor de 1995 establecía la duración mínima en 30 horas (art. 22), DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 143. Finalmente, la LORRPM no ha establecido límite mínimo alguno.

respecto a los delitos lo sitúa, ordinariamente, en cien horas¹¹⁶⁹, aunque las actividades pueden alcanzar las doscientas horas en los supuestos recogidos el artículo 10.b).

Al respecto, con independencia de la seguridad jurídica que aportan los límites legales, merecen ciertos reparos los topes concretos establecidos; así, en el caso de las faltas, es excesivo el máximo de 50 horas fijado, desproporcional a la gravedad de este tipo de infracciones¹¹⁷⁰, tal y como se pone de manifiesto al comparar las prestaciones con otras medidas aplicables en estos casos. De igual modo, resulta discutible el máximo de 200 horas, debido fundamentalmente a su escasa idoneidad educativa¹¹⁷¹. Incluso se precisa en la normativa, la duración temporal de la medida, que no podrá exceder según el caso de cuatro u ocho horas dependiendo de que el menor haya cumplido o todavía no los 16 años (art. 20.5 y 6 del Reglamento de la LORRPM).

5.-Obstáculos a su aplicación.

Las dificultades que se pueden plantear en torno a su aplicación versan sobre la falta de actividad en una situación de elevada tasa de paro, así como el riesgo de convertirse en auténticos puestos de trabajo no remunerados que perjudiquen a los desempleados, o puede suponer una reacción negativa ante el trabajo para el menor por ser su primera experiencia en este terreno, una sanción y además no remunerada. Problemática puede ser también su puesta en práctica ya que requiere una óptima organización de asistencia social que sirva al Juez de asesoramiento en la selección de menores, de trabajos más adecuados, de supervisión... En su aplicación es fundamental que los ayuntamientos colaboren suscribiendo convenios con entidades para la realización de tales prestaciones y que haya una estrecha comunicación y colaboración entre los Juzgados y los equipos sociales municipales. Para suplir la falta o insuficiencia de plazas de trabajos se podría admitir por analogía la previsión del artículo 2.2 del Reglamento de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 26 de abril de 1996 donde se permite para estos casos que el condenado puede proponer un

¹¹⁶⁹ Reglas 1ª y 3ª del art. 9.

¹¹⁷⁰ Se ha propuesto reducir a veinte horas el límite máximo de las prestaciones en caso de faltas, dado que cincuenta horas resultan excesivas para conductas tan leves. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo...*, ob. cit., pág. 29. A juicio de AYO FERNÁNDEZ las medidas deberían moverse en estadios inferiores a los previstos en el Código Penal para los delitos menos graves y tener una consideración equivalente a las penas leves del Código Penal. AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las Garantías del Menor Infractor*, ob. cit., pág. 193.

¹¹⁷¹ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, ob. cit., pág. 164.

trabajo concreto que debe ser admitido por el Juez. Esto da lugar a que en esta medida se muestre conveniente la participación privada en su seguimiento, para permitir su cumplimiento en asociaciones culturales, federaciones deportivas o culturales, asociaciones de enfermos, etc.¹¹⁷².

Por otra parte, diremos que en la práctica se dan supuestos de menores que carecen de las habilidades básicas necesarias para desarrollar la tarea impuesta. Hemos de abogar porque las entidades públicas cuenten con recursos específicos para este tipo de problemática, donde se tengan en cuenta las carencias educativas del menor y se dedique especial atención a ayudar al mismo en el cumplimiento de la medida impuesta¹¹⁷³.

6.- Conclusiones y propuestas.

Efectuado un análisis exhaustivo de esta medida, y teniendo en cuenta su potencial alternativo respecto de la medida de internamiento, podemos recomendar la aplicación de la medida de prestación en beneficio de la comunidad teniendo en cuenta los caracteres definitorios de la misma cuando:

- Las prestaciones a realizar por el menor se puedan adaptar a sus habilidades y preferencias, consiguiendo un efecto educativo en su ejecución.
- Se de un clara aceptación de la medida.
- Haya experiencias positivas en la ejecución de otras medidas anteriores.
- Para evitar una aplicación extensiva de esta medida, la misma ha de ceñirse a su imposición frente a delitos, resultando imprescindible excluirla en los casos de bagatela.

¹¹⁷² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad, ob. cit.*, pág. 159.

¹¹⁷³ SAN MARTIN LARRINOVA, Begoña, “Experiencias prácticas en la ejecución judicial de medidas en medio abierto de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 125.

IV.- Realización de tareas socio-educativas.

1.- Orígenes y Derecho comparado.

En el marco del Derecho comparado, podemos hacer referencia a figuras similares a la medida de realización de tareas socio-educativas en el ámbito europeo. Así, en primer lugar, en Alemania, la JGG prevé lo que denomina medidas educativas de orientación y supervisión, entre las que se incluyen la posibilidad de participar en cursos sobre seguridad vial, educación sexual o sobre los peligros del alcohol. Por otra parte, en Francia, la reforma de 9 de septiembre de 2002 de la Ordenanza de 2 de febrero de 1945 introduce en el catálogo de medidas a imponer a los mayores de 10 años y menores de 13 una nueva medida consistente en obligación de seguir un curso de formación cívica de una duración que no excederá de un mes. En Holanda, la Basic Law on Juvenile institutions contempla, para los menores de 12 a 18 años, que los Tribunales puedan imponer community sentences como una pena o sanción, pudiendo consistir en las denominadas learning orders (realización de actividades socio-educativas). Finalmente en Portugal, la Lei Tutelar Educativa de 14 de septiembre de 1999, recoge en su artículo 15 la medida de sometimiento a programas formativos¹¹⁷⁴.

2.- Marco normativo vigente.

La medida de realización de tareas socio-educativas aparece recogida en el apartado 1) del artículo 7.1 LORRPM 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”. Esta última expresión no es afortunada, pues se ha criticado que posee connotaciones de competitividad¹¹⁷⁵.

De nuevo nos encontramos con una medida novedosa en el marco de la ley en la que se le concibe con una doble naturaleza, como medida autónoma, o bien como forma

¹¹⁷⁴ BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 346.

¹¹⁷⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ob. cit., pág. 169.

de ejecución de la suspensión de otras medidas (art. 40.2), o como parte de la ejecución de otras medidas¹¹⁷⁶.

1.- La letra k) del artículo 7.1 LORRPM prevé la realización de tareas socio-educativas en calidad de medida autónoma, al igual que el resto de las previstas en el catálogo allí establecido. Como tal, la realización de tareas socio-educativas podrá imponerse sola o junto a otras medidas, con la única salvedad de que no podrá ejecutarse simultáneamente con el internamiento o la libertad vigilada.

2.- El artículo 40.2 c) de la LORRPM establece la posibilidad de que el juez de menores imponga la realización de una actividad socio-educativa durante el tiempo, nunca superior a dos años, de suspensión de la ejecución del fallo, tratándose también aquí de una medida autónoma. Esta opción resulta especialmente interesante para armonizar los criterios preventivo-especiales y preventivo-generales que intervienen en el proceso de determinación, pues en la práctica se ejecuta la realización de tareas socio-educativas sin renunciar a la imposición simbólica de medidas más restrictivas¹¹⁷⁷. Concretamente, solo se plantean como candidatas, dada la intensidad de la medida de realización de tareas socio-educativas, la libertad vigilada y las medidas privativas de libertad. Ahora bien, en tanto la relación entre ambas medidas en los supuestos de suspensión a prueba no es alternativa sino potencialmente cumulativa, confiriendo incluso a la realización de actividades socio-educativas un matiz inspector, siempre será preferible apostar directamente por esta medida en el momento de la determinación, una vez conste su idoneidad desde la perspectiva de los intereses y necesidades del menor.

3.- El resto de referencias legales a la realización de tareas socio-educativas incluidas en la ley deben ser interpretadas en clave accesorias, esto es, como un elemento más de la medida aplicada¹¹⁷⁸. Tal es el caso de la mención expresa al cumplimiento de las tareas socio-educativas asignadas por el juez de menores al describir la medida de

¹¹⁷⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 262.

¹¹⁷⁷ Dadas las enormes posibilidades de individualización de la medida permitidas por la Ley, que atiende de forma prevalente, como regla general, a los intereses del menor y a sus necesidades educativas, carece de sentido admitir la suspensión de la medida impuesta con la condición de realizar tareas socio-educativas o cumplir un régimen de libertad vigilada, por considerarlas más adecuadas a las necesidades del menor, en lugar de aplicarlas directamente.

¹¹⁷⁸ HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 171.

permanencia de fin de semana (art. 7.1 g)), que introduce un instrumento para desarrollar la competencia social del menor al ejecutarla y que en ningún caso debe entenderse como obligación de combinar esta medida con la realización de tareas socio-educativas concebida de modo autónomo¹¹⁷⁹.

En todo caso, la medida tiene como finalidad esencial satisfacer las necesidades concretas del menor percibidas como limitadoras de su desarrollo integral, aunque luego, y como consecuencia de su indefinición, la propia Exposición de Motivos intenta hacer una ejemplificación sobre actividades en que pudiera consistir la medida, orientadas esencialmente a facilitar al menor el desarrollo de su competencia social¹¹⁸⁰. Se diferencia de la medida de asistencia a un centro de día en que no se impone el deber de acudir a un centro y coincide con ella en que el menor continúa en su entorno y residencia habitual, limitándose el contenido de ambas al referido deber de realizar actividades¹¹⁸¹.

3.- Contenido.

La undécima medida que contempla la LORRPM implica la ejecución de actividades educativas que desarrollen la competencia social del joven infractor y faciliten su reinserción social¹¹⁸². A la medida de carácter socio-educativa hay que darle un contenido específico, ya que la imposición obliga al sometido a ella a seguir, en su caso, las pautas socioeducativas que señale la Entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez, que puede establecerse en la sentencia o acordarse ex post, como será lo más normal, ya que pueden pedirse diversas medidas e imponerse la más conveniente para el menor atendidas las circunstancias del caso¹¹⁸³. Una vez más

¹¹⁷⁹ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, págs. 143, 144 y 145.

¹¹⁸⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 262.

¹¹⁸¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 170.

¹¹⁸² Exposición de Motivos III, § 19. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz num. 133/2004, de 8 de junio (JUR 2004/198155) entiende que tal medida trata de adaptar la conducta del menor a hábitos de comportamiento social respetando elementales normas de convivencia social con el fin de conseguir unas relaciones ciudadanas –fundamento jurídico segundo-.

¹¹⁸³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, *ob. cit.*, pág. 98.

se hace necesaria una estrecha colaboración entre los servicios sociales de la comunidad y el Juzgado de Menores para que éste sea concededor de los recursos disponibles¹¹⁸⁴.

La posible explicación de su existencia autónoma podría buscarse como posible medida alternativa a los servicios en beneficio de la comunidad en los casos en que, siendo esta última medida la inicialmente aconsejable, no pudiera imponerse, al no prestar el menor su consentimiento exigido en el art. 7.1. k)¹¹⁸⁵. La diferencia fundamental con las prestaciones en beneficio de la comunidad consiste en que no se impone el deber del menor de acudir a un centro, y coincide, sin embargo, con ella, en que el menor continúa en su entorno y residencia habitual, limitándose el contenido de ambas a la realización de dichas actividades¹¹⁸⁶.

Precisamente, el carácter pedagógico así como las posibilidades de reintegrarse sin privación de libertad permiten albergar grandes esperanzas sobre tal consecuencia jurídica, aunque la falta de medios indispensables para su correcto funcionamiento podría generar mayores frustraciones. La vaguedad del concepto utilizado para definirla, que permite incluir en su seno cualquier tipo de actividad planteada desde un punto de vista educativo, y su similitud con otras medidas previstas en la ley, hacen necesario enumerar una serie de condiciones mínimas acerca de su contenido y configuración. Por lo que atañe al contenido de esta medida, las tareas consisten en asistir a programas preexistentes en la comunidad, o especialmente elaborados para el menor, y participar en ellos, sean talleres ocupacionales, aulas de educación compensatoria, cursos de preparación laboral, actividades de animación sociocultural o talleres de aprendizaje para la competencia social¹¹⁸⁷. En la realización de tareas el menor va a asumir un papel más pasivo, va a ser destinatario de cursos diversos, en los que no se va a requerir que el mismo realice trabajos concretos¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, *ob. cit.*, pág. 163.

¹¹⁸⁵ GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LORRPM”, *ob. cit.*, pág. 101.

¹¹⁸⁶ PÉREZ FERRER, Fátima, “La nueva regulación de las medidas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 18.

¹¹⁸⁷ Exposición de Motivos III, § 19. HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000”, *ob. cit.*, pág. 171.

¹¹⁸⁸ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 97.

La medida se realizará en un ambiente de libertad del menor, por ello sin vigilancia ni internamiento, dirigida a desarrollar la competencia social del menor, sin alterar su actividad escolar o su actividad laboral, dependiendo del caso. Así, la medida pretende satisfacer necesidades concretas del menor percibidas como limitadoras de su desarrollo integral. El mayor interés de esta medida estriba en que permite reducir al mínimo la intervención educativa desplegada, concentrándola en el área deficitaria, y deja intactas el resto de áreas vitales. Su presencia en la LORRPM consolida una tendencia diferenciadora en el proceso de determinación de la sanción juvenil, pues prevé un tratamiento específico para los supuestos en que, pese a no ser necesaria una intervención educativa integral, tampoco resulte adecuada la confrontación y reparación del daño cometido¹¹⁸⁹.

Nos encontramos por lo tanto ante una medida eminentemente educativa, que en su día generó importantes expectativas en cuanto a su aplicabilidad, sobre todo por entender que podía tratarse de una magnífica alternativa a las medidas de internamiento y de libertad vigilada, presentando un contenido aflictivo mucho menor que aquellas, en la medida en que se orienta de forma específica a la resolución de concretas carencias del menor, o específicas necesidades criminógenas¹¹⁹⁰, sin afectar de forma general a la esfera vital general del menor sometido a la medida. Su ejecución material implica la designación de un profesional que tras conocer, previa la realización de una entrevista con el menor sus carencias y necesidades y su situación, elabora un programa individualizado especificando que actividades ha de desarrollar el menor, donde y cuando, respetando eso si en todo caso su horario escolar, caso de que el menor se encuentre en el periodo de enseñanza básica obligatoria, y en la medida de lo posible, si es el caso, su actividad laboral¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁹ Ya que las medidas de contenido reparador, en sus diversas modalidades y combinaciones, requieren, para lograr un efecto educativo, que el menor disponga de una determinada capacidad para asumir la responsabilidad social que se desprende del delito, no bastando con enfrentarse al daño cometido o con recibir el reproche del sujeto afectado o de la comunidad, CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 143.

¹¹⁹⁰ Esto es, los factores y condiciones que concurren en la vida del joven y que están relacionadas con su estilo de vida antisocial: “actitudes y valores antisociales, falta de cualificación laboral y escolar, padres inadecuados, por diversas causas, en su tarea de socialización, grupo de amigos que refuerzan el absentismo escolar, el abuso del alcohol o las drogas y otros comportamientos antisociales, y el escaso desarrollo de la inteligencia social o personal, entre otros. CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, pág. 141.

¹¹⁹¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 263.

La ejecución de la medida de realización de actividades socio-educativas se ciñe al régimen general previsto en los artículos 43 a 53 de la LORRPM, de manera que corresponde a las CCAA la gestión de su cumplimiento, ya sea directa o indirectamente, estableciendo acuerdos o convenios de colaboración con otras entidades públicas o con entidades de carácter privado, y siempre bajo la supervisión del profesional responsable designado al efecto. Dado que esta medida se desarrolla a través de programas de competencia social de diferente contenido, resulta conveniente aprovechar las iniciativas y actividades ya existentes en el entorno del menor, al objeto de facilitar el contacto con menores y jóvenes con problemas similares pero fuera del ámbito de intervención penal, normalizando así el proceso de integración del menor infractor, y de ampliar la oferta de actividades disponibles¹¹⁹².

4.- Régimen de aplicación: criterios.

a) Destinatarios.

De acuerdo con las consideraciones realizadas anteriormente acerca del contenido de la medida de realización de tareas socio-educativas y de su carácter alternativo respecto de medidas más restrictivas, interesa perfilar su ámbito de aplicación desde la perspectiva de los destinatarios. Por lo que se refiere a las circunstancias y peculiaridades del menor, deberá presentar carencias socioeducativas muy específicas que no conlleven un comportamiento disfuncional en todas las áreas de su desarrollo¹¹⁹³. Esto excluye tanto los supuestos en que la comisión del delito es expresión de la inestabilidad propia de la fase adolescente, como los que evidencien déficit socioeducativos con una influencia relevante en todas o gran parte de las esferas vitales del menor y cuyo tratamiento requiera una intervención integral. En cualquier caso, el análisis de las posibles carencias en la competencia social ha de incluir el punto de vista del interés superior del menor, excluyendo cualquier pretensión de extraer consecuencias en clave de peligrosidad¹¹⁹⁴.

¹¹⁹² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, ob. cit., pág. 148. CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, ob. cit., pág. 155.

¹¹⁹³ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, ob. cit. pág. 147.

¹¹⁹⁴ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *ibídem*, págs. 147 y 148.

Entre los argumentos utilizados para la aplicación de esta medida en conexión a las circunstancias del menor, podemos destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 8 de junio de 2004¹¹⁹⁵ que acordó “la medida de tareas socioeducativas con contenido laboral y tratamiento psicológico y pedagógico, tendente a mejorar el proceso académico del joven, así como a disminuir la sintomatología conductual del mismo mediante el fomento de adquisición de estrategias mentales como el autocontrol, el entrenamiento en habilidades sociales y la reestructuración cognitiva previo examen por los profesionales adecuados, respecto del menor por la comisión de un delito de atentado y falta de lesiones”.

b) Hechos cometidos.

Respecto a los hechos cometidos, conviene rechazar de entrada la aplicación de esta medida a los supuestos leves, aunque se perciban déficit socioeducativos específicos de relevancia considerable. En estos casos, corresponderá a las entidades de protección del menor de naturaleza civil ejercer la intervención educativa adecuada para superar tales deficiencias. Por otra parte, la intensidad de la medida de realización de tareas socio-educativas debe ser valorada no tanto desde un enfoque sancionador tradicional, bajo cuya percepción puede ser considerada insuficiente para escarmentar al menor, sino sobre todo con criterios de carácter pedagógico, atendiendo a la implicación personal requerida a este último. En cualquier caso no se trata de una medida de carácter leve, pese a lo que pudiera deducirse de la posición que ocupa en el catálogo del art. 7.1 LORRPM –justamente por delante de la amonestación-, siendo así que la diferenciación legal expresa respecto del internamiento y de la libertad vigilada, es ilustrativa de su carácter esencial, pudiendo afirmar que constituye el denominador común de todas las medidas previstas en la ley¹¹⁹⁶.

Por ello hemos de entender que es una medida recomendable para casos en los que lo prioritario es la subsanación de ciertos déficits socio-educativos, cognitivos o simplemente sociales, que se hayan evidenciado suficientemente, no solo en la realización del hecho ilícito, sino también en la entrevista con el profesional encargado de ejecutar la medida. De ahí la importancia de la realización, en dicha entrevista, de un

¹¹⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 8 de junio de 2004 (JUR 2004/198155).

¹¹⁹⁶ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, págs. 148 y 149.

diagnóstico correcto. Obviamente, sus destinatarios han de ser menores o jóvenes no excesivamente inestables, y que presenten como característica esencial una cierta carencia socio educativa, que sea susceptible de resolver por el tipo de actividades de formación o integración propios de la medida. Quizá por esa especificidad pueda entenderse su escasa aplicación¹¹⁹⁷.

c) Duración.

Por lo que se refiere a la duración de la medida de realización de tareas socio-educativas, la LORRPM fija, como regla general, el tope máximo de duración en dos años (art. 9.3 LORRPM), con la posibilidad de elevarlo hasta seis años en los casos de aplicación facultativa de la medida de internamiento cometidos por un menor de dieciséis años (art. 10. 1 b). Una extensión de tal magnitud resulta absolutamente inadecuada para la medida de realización de tareas socio-educativas, cuyo marco de intervención pedagógica parece situarse entre 3 y 6 meses, según el problema que se pretende abordar y la configuración que adopte la medida en concreto. Por lo que establecer una duración superior tras haber comprobado que la eficacia educativa de los programas de competencia social depende no tanto del tiempo empleado como de la organización de la medida en concreto, solo puede deberse al propósito de ejercer un mayor control sobre el menor¹¹⁹⁸.

5.- Propuestas.

En atención a todo lo expuesto, podemos instar la aplicación de la medida de tareas socio-educativas cuando:

- Los hechos, prioritariamente, sean calificados como delito.
- Su entorno sea positivo y existan figuras de referencia idóneas.
- Muestre una postura positiva hacia su realización.

¹¹⁹⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores”, *ob. cit.*, pág. 263.

¹¹⁹⁸ CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento...*, *ob. cit.*, págs. 146 y 147.

- Pueda compatibilizarse con otras ocupaciones.
- Los déficits educativos del menor no han de ser lo determinante para la aplicación de la misma.

CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto en el presente trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones y formular las correspondientes propuestas con la finalidad de hacer efectivas las posiciones mantenidas a lo largo de la investigación.

A) Debido a la escasez de definiciones doctrinales que califiquen la medida de internamiento en régimen cerrado y no se limiten a la sucinta descripción recogida en la Exposición de Motivos del texto legal, nos parece acertado combinar los aspectos básicos de la misma a fin de conceptualarla adecuadamente, concluyendo en este punto tras extraer las diferencias respecto de las demás medidas afines, que nos encontramos ante una pena (acogemos tal término con la finalidad de adelantar nuestra posición y evitar disfrazar la verdadera naturaleza de la misma), privativa de libertad ejecutada en centros específicos donde los menores desarrollan actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, imponible potestativamente por la comisión de delitos con violencia o intimidación, actuando con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas o hechos tipificados como delito cometidos en grupo o al servicio de una banda u organización, y preceptivamente en los casos de extrema gravedad y en los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580.

B) Respecto al fundamento, a pesar de las iniciales pretensiones de afirmar un fundamento mixto (educativo-culpable-necesidad de pena), hemos de rechazar tal iniciativa debido a los obstáculos insalvables con los que se encuentra el principio educativo para afirmar su presencia basados en la previsión de un régimen de imposición obligatoria así como los efectos perjudiciales que produce en el menor, pudiendo no obstante afirmar un fundamento doble: culpabilidad-necesidad de medida; una medida adecuada a la culpabilidad solo puede fundamentarse cuando realmente sea necesaria para la protección de la sociedad y del individuo.

Sin embargo, la presencia del principio educativo en el sistema de enjuiciamiento penal del menor conduce a diseñar, respecto de la medida de internamiento, las siguientes premisas para la consecución de los objetivos resocializadores que proclama la Ley: la naturaleza y gravedad de la conducta realizada por el menor solo debe tener virtualidad como límite superior de la medida a imponer, es decir, para evitar que frente a comportamientos leves pueda imponerse una medida excesivamente gravosa. En este sentido, la gravedad del hecho no debería tener más

significación que la de ser una garantía para el sujeto. Incluso, aún en el caso de infracciones muy graves, si las circunstancias del menor lo aconsejaran, la posibilidad de renuncia a la medida debería ser total. La finalidad educativa solo debe tener validez como limitación de la medida de internamiento en régimen cerrado, incluso para renunciar a la imposición de la misma, y en consecuencia nunca podrá ser invocada para imponerla o agravarla.

C) En cuanto a su naturaleza, y partiendo sobre todo de su raíz fundamentadora, nos situamos a favor de la doctrina mayoritaria, confirmando a la medida la naturaleza de pena por las razones apuntadas, entre las que destacamos: en primer lugar, adopción de la gravedad del hecho como criterio central para determinar los supuestos de aplicación; en segundo lugar, previsión de un régimen de imposición obligatoria en el que desaparece cualquier atisbo del principio educativo, lo cual excluye cualquier consideración relativa al menor en favor de complacer la demanda social de sanciones más graves, siendo así, como comentamos en un principio, que lo más reprochable es la falta de certeza sobre la necesidad de tales extremos; en tercer lugar, restricción de las posibilidades de sustitución de la medida en los supuestos de imposición obligatoria; en cuarto lugar, la similitud del Reglamento de desarrollo de la Ley con la legislación penitenciaria, que incluso en algún momento llega a ser más restrictivo, particularmente en la regulación de los permisos de salida.

No es precipitado afirmar que al igual que sucede con la pena privativa de libertad en el marco del enjuiciamiento penal de adultos, su fracaso sea extensible a la medida de internamiento en régimen cerrado. En esta línea, las principales críticas versan sobre sus efectos criminógenos en tanto que no solo refuerza las carreras criminales sino que también tiene múltiples efectos secundarios como la reducción de oportunidades en el mercado profesional y de trabajo, reincidencia, aislamiento del individuo e imposibilidad de desarrollar las posibilidades educativas del menor. Por otra parte, la privación de libertad reduce enormemente el margen de decisión del menor, propiciando un retraimiento en el desarrollo de su personalidad, al estar más preocupado por adaptarse a las reglas y funcionamiento del centro, que por experimentar y analizar sus propios intereses. No cabe duda por tanto de la necesidad, en virtud del principio educativo, de minimizar ambos riesgos, en tanto constituyen un obstáculo para la reinserción del menor.

D) Como observamos, en la cuestión atinente al régimen de aplicación de las medidas, la LORRPM ha optado por un modelo flexible con la finalidad de adoptar la medida más adecuada a las circunstancias del menor. De esta forma, constituye un primer elemento modulador de la decisión del juzgador el principio de interés superior del menor, el cual presenta, a prima facie, dificultades de concreción conceptuales. Entre las diversas preferencias terminológicas, acogemos aquella postura que lo conecta con todo aquello que beneficie al menor, coincidiendo por tanto con los objetivos de reeducación que pretende la ley, teniendo en cuenta su proyección de futuro en la formación de la personalidad del menor. Desde tal configuración, no olvidando los importantes efectos estigmatizadores que produce la medida de internamiento en el menor y habiendo asumido anteriormente la naturaleza de pena de tal medida, el criterio rector del interés superior del menor ha de concebirse como parámetro de exclusión de la medida -exceptuada únicamente la virtualidad de esta propuesta en los casos de aplicación obligatoria de la medida, donde obviamente, por la configuración de tal régimen, el interés superior del menor es olvidado-. De este modo, aún cuando concurra alguno de los supuestos de aplicación facultativa previstos en el artículo 9.2 LORRPM, desde tal criterio y siguiendo el análisis efectuado, la aplicación de la medida sería contraria al mismo.

Estrechamente ligado al principio de interés superior del menor, el principio de flexibilidad destaca como criterio clave para la elección de la medida. La flexibilidad en la valoración de las circunstancias del menor ha de adquirir un papel prioritario frente al hecho, valoraciones que se proyectan como causa de exclusión de la medida de internamiento. A pesar de ello, tal principio no ha de concebirse con absoluta discrecionalidad sino que esta limitado por los principios de proporcionalidad y acusatorio, restricciones que no han de valorarse de manera negativa en tanto que los mismos se revelan como importantes garantías para el menor infractor. A pesar de tales considerandos meramente teóricos, examinando la jurisprudencia compilada se deduce que la apreciación de determinadas circunstancias conduce en ocasiones al juzgador a aplicar la medida de internamiento –en esta línea, destacamos los casos de entorno desestructurado del menor y la existencia de relaciones de riesgo-. En cierto modo, compartimos tal opinión de los tribunales en tanto que es necesario suprimir todos aquellos factores que potencien la actividad delictiva; sin embargo, entendemos que la acción más adecuada para tal finalidad no consiste en la elección de la medida de

internamiento, evidenciándose particularmente idóneas para tal objetivo otras medidas menos restrictivas.

Como contrapartida al principio de flexibilidad, se erige como postulado básico del régimen de aplicación el principio de proporcionalidad. Rechazado en un primer momento en la Exposición de Motivos de la LORRPM, entendemos que tal pretensión evasiva se debió a la necesidad, una vez más, de articular singularidades en el enjuiciamiento del menor. Ciertamente, tal principio ha de atemperarse si queremos asegurar un modelo educativo-sancionador como el que proclama la Ley, pero no debemos obviar su carácter garantista, y como tal, beneficioso para el menor. Tal máxima se manifiesta con especial intensidad en el ámbito de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado, considerando positiva tal relación en tanto que desde dicho prisma proporcionalista se reserva tal medida para los supuestos de mayor gravedad de vulneración de bienes jurídicos. A pesar de esta valoración positiva, las últimas reformas ejecutadas en la Ley denotan un mayor protagonismo del mismo, lejos de su inicial configuración. Por todo ello, entendemos que el principio de proporcionalidad se articula como un parámetro de inclusión de la medida de internamiento, por lo que abogamos por una mayor relajación del mismo a favor de mayores cotas de flexibilidad, conectando con el carácter de última ratio de la medida de internamiento.

Un último criterio a tener en cuenta es el principio acusatorio, el cual se arbitra como un límite básico y esencial, manifestándose no solamente en el ámbito de elección de la medida sino también en la concreción de la duración de la misma, impidiendo que el menor sea de peor condición en los mismos supuestos de enjuiciamiento que un adulto.

E) Desarrollada la influencia de los criterios inspiradores de elección de la medida, hemos de centrarnos en los supuestos específicos sobre los que pivota la aplicación de ésta. De una simple lectura del precepto que recoge los casos de aplicación de la medida de internamiento, podemos destacar dos cuestiones: a) carácter proporcional de los mismos; b) excesivo ámbito de aplicación.

Examinadas las precisiones conceptuales de violencia e intimidación, la expresión “grave riesgo para la vida” se muestra como la mayor generadora de conflictos, en tanto que ha creado pronunciamientos judiciales contradictorios, manteniendo por nuestra parte, al respecto, una postura restrictiva en la interpretación de tales elementos a fin de evitar una mayor extensión de la estrictamente necesaria de la medida de internamiento. No obstante, las críticas se centran sobre la inclusión de la previsión legislativa relativa a la actuación en grupo o al servicio de una banda u organización. Como ya afirmamos en su momento, la actuación de los menores en grupo es intrínseca a su proceso de socialización y desarrollo. Por ello, tal supuesto ha de ser objeto de una exégesis restrictiva, proponiéndose una interpretación conforme al artículo 22 CP –agravante de auxilio de otras de otras personas que debilite la defensa de la víctima-, y excluyendo aquellos casos que no denoten un especial carácter lesivo, ya que si aplicamos la medida de internamiento bajo una actuación grupal desatendiendo la entidad del hecho, ello podría suponer una vulneración del principio de proporcionalidad. La actuación delictiva puede suponer una manifestación del grupo pero no una finalidad del mismo. Consideramos que tal opción es acertada en tanto que mantiene la postura restrictiva de aplicación de la medida, eje central de nuestra investigación.

Distinto de tal caso es la actuación al servicio de una banda u organización. Tal y como indicamos en su momento, es necesario desmenuzar tal precepto, distinguiendo entre banda juvenil y organización de carácter criminal. Con la finalidad de evitar un uso abusivo del término, instamos definir el concepto de banda como una asociación de tres o más jóvenes cuyos miembros participan habitualmente en actividades delictivas, disponiendo de una estructura más o menos organizada. Sobre la actuación al servicio de una organización, no presenta mayor complicación en la aplicación dado que resultan trasladables las resoluciones jurisprudenciales al respecto. Los fines delictivos o la realización de actividades delictivas para la consecución de sus objetivos es lo que confiere relevancia jurídico-penal a la asociación, sin perjuicio de las dificultades probatorias en orden a la constatación de la pertenencia del menor a tal colectivo.

En todo caso, la inclusión de tal precepto genérico presenta una excesiva amplitud por lo que parece conveniente proponer su supresión en tanto que las acciones

penales realmente relevantes congruentes con la medida de internamiento ya resultan tipificadas en otros supuestos.

F) Sobre el criticable régimen de aplicación preceptivo, el cual supone un quiebro importante a todo el sistema, produciendo serios efectos distorsionadores, resulta significativa la problemática interpretativa que genera la expresión “extrema gravedad”. Ésta, tal y como recoge la Ley, únicamente se concreta en los casos de reincidencia. Tal imprecisión provoca unos márgenes de apreciación amplios que pueden llevar a una aplicación limitada o expansiva en función del enjuiciador. Con buena lógica, nos parece adecuado entender que tal supuesto se está refiriendo únicamente al apartado anterior, es decir, realización de algunos de los casos que permiten la aplicación de la medida. Tal propuesta se plantea debido a las dudas que podría suponer aplicar tal medida en caso de reincidencia de delitos que aisladamente no dieran lugar a una consecuencia jurídica tan grave como es la medida de internamiento. Empero, resulta censurable en todo caso el mantenimiento de la figura de la reincidencia en este ámbito. Por otra parte, respecto a la posibilidad de aplicar la extrema gravedad referida a otros supuestos, desconocemos si la misma es relativa al hecho delictivo y a su grado de lesión o si por el contrario se refiere a la situación del menor y a su evolución. Atendiendo a los criterios rectores de la Ley, proponemos que tal concepto esté integrado por una valoración de todos los elementos mencionados, potenciando sobre todo los relativos a la situación del menor. Respecto a los demás supuestos de aplicación preceptiva, no plantean mayores problemas interpretativos.

G) Sobre la duración de la medida, resultan trasladables parcialmente las tensiones existentes en el ámbito de aplicación en tanto que se destaca la existencia de posturas antagónicas: por una parte, los que abogan porque la duración dependa de los resultados obtenidos con el proceso educativo y el interés del menor; por otra, los que optan como criterio central la valoración del hecho. Como ya vimos, también este caso ha de ser una síntesis de tales elementos. Además, pueden tener incidencia en este aspecto las circunstancias modificativas de la responsabilidad, respecto de las cuales, si bien la LORRPM omite cualquier alusión a las mismas, resultan de plena aplicación ya que el art. 8.2 de la LORRPM establece como límite de duración de las medidas privativas de libertad el de la pena que le hubiese correspondido si hubiese sido mayor de edad, imponiéndose en la práctica un cálculo de esta pena, incluidas las

circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, para una vez obtenido el quantum de la pena disponer el límite de duración de la medida.

Especialmente críticos resultan los límites a la duración en los supuestos de aplicación obligatoria y pluralidad de infracciones por su excesiva e insostenible extensión, confirmándose que difícilmente han sido intereses educativos los que guían tal previsión. Confiamos en el raciocinio y semblanza de los juzgadores –a pesar de la existencia de resoluciones que justifican la excesiva duración en relación al desvalor que entrañan las conductas sancionadas, como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de Junio de 2001-. Tales planteamientos nos parecen reprochables si nos atenemos a los terribles efectos que conlleva la medida de internamiento. Consideramos injustificables los límites de duración máxima, instando que los mismos puedan verse suavizados por el uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida.

H) Respecto a la configuración de la medida de libertad vigilada sucesiva al internamiento, nos adherimos a tal planteamiento legislativo en tanto que la misma permite al menor un ingreso progresivo en el medio abierto, sobre todo si las circunstancias del entorno no son totalmente idóneas –como vimos en determinadas resoluciones, tales como los pronunciamientos recogidos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 29 de abril de 1988 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 20 de diciembre de 2002-.

I) En definitiva, si bien fuertes razones de prevención general obligan al mantenimiento de la medida, hemos de decir que ello no impide una modificación en su configuración, que la haga más flexible, reduciendo los supuestos de aplicación preceptiva y permitiendo la sustitución por otras medidas, evitando su equiparación a un internamiento carcelario, de tal forma que verdaderamente podamos afirmar su pretendido carácter de última ratio.

Para alcanzar tal fin, exponemos una propuesta que pretende ser eficaz, susceptible de lograr la finalidad última relativa a la reeducación y completa reinserción social del mayor número posible de infractores y a la par realista, en tanto que no se reduce a una mera disertación teórica ya que pretende proyectarse a la realidad.

Comenzando por los supuestos de aplicación, se propone la transformación del régimen de aplicación preceptiva, pasando a asimilarse al resto de supuestos determinantes de la aplicación de la medida, es decir, integrándose en el régimen de aplicación facultativa por entender que constituyen perjudiciales restricciones del criterio de flexibilidad, el cual por expresa exigencia legal (artículo 7.3 LORRPM) debe presidir la selección y adopción de la medida sancionadora como adecuada respuesta individualizada al joven infractor en consideración a su específica personalidad, grado de madurez y superior interés de cara a su posterior reinserción efectiva. Se trata de restablecer el interés superior del menor como criterio esencial en la elección de la medida intentando evitar así una política criminal de marcado carácter retributivo y de defensa social afianzada con la última reforma de la LORRPM, incompatible con las bases esenciales de un auténtico Derecho penal de menores.

En cuanto a los restantes supuestos de aplicación, censuramos la ampliación desmedida de su ámbito de aplicación en lo que respecta a la inclusión de la comisión de delitos en grupo o al servicio de una banda, proponiendo su supresión. En este sentido, debe reconocerse que si realmente lo que se pretendía era castigar de forma más severa los casos más graves de actuación de menores en el marco de pandillas o grupos, ni siquiera era necesaria la inclusión de dicho inciso. Baste pensar que la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado ya se garantizaba en casos en que la comisión de los hechos ya se haya empleado en su ejecución violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas.

J) Sobre el régimen de ejecución, pusimos de manifiesto la relevancia de principios tan básicos como el de legalidad –refiriéndonos a las garantías derivadas del mismo en la ejecución-, el cual únicamente plantea dudas respecto a la administrativización del régimen de ejecución, en tanto que éste puede verse agravado ante la delegación por parte de la Administración en entidades privadas.

Sobre el principio de resocialización, indicamos que una vez analizadas las distintas perspectivas conceptuales tradicionales, ha de añadirse un concepto a insertar en este ámbito, en tanto que la reeducación del menor tiene contenidos más amplios ya que se trata además de completar la formación del mismo caracterizada por básicas

carencias formativas y sociales. A pesar de ello, hemos de exteriorizar nuestro escepticismo respecto a su materialización real y efectiva en el ámbito de la medida de internamiento en régimen cerrado (lo cual no significa que descartemos el potencial resocializador de las restantes medidas), dada la situación de aislamiento del menor. Una postura resocializadora equilibrada, que no sea meramente ilusoria, es aquella que debe pugnar por otras medidas menos gravosas. Entendemos que la concreta ejecución de la medida se puede adaptar al esquema particular del menor (como propone Cruz Márquez), pero ello no conseguirá eliminar los efectos desocializadores devastadores que se proyectan en el mismo, habida cuenta que el internamiento es por encima de todo un importante mecanismo de segregación. No obstante, como evidenciamos en nuestra investigación, la Ley establece mecanismos para potenciar los vínculos del menor con el exterior, los cuales, a nuestro parecer, no dejan de ser mensajes tranquilizadores de conciencias.

Sobre el principio de especialización de centros, como ya subrayamos en su momento, hay que destacar la ausencia de definición en la Ley sobre que debe entenderse por centros específicos (adaptados en todo caso a la edad, madurez y circunstancias del menor), lo cual ha generado múltiples propuestas sobre todo relativas a la agrupación en los mismos de menores sometidos a distintas modalidades o creación de centros específicos para cada modalidad. En torno a este punto, nos decantamos por centros polivalentes en tanto que permiten diversificar el tratamiento de los distintos grupos según sus necesidades. A destacar en este plano son las carencias relativas al número de centros, lo cual provoca una disminución de la ratio entre educadores y menores, lo que viene a confirmar, desde un planteamiento eminentemente realista, la imposibilidad de realizar una atención educativa adecuada.

K) Aspecto esencial en la ejecución de la medida de internamiento es la controversia que genera su incumplimiento en torno a las siguientes cuestiones: a) delimitación conceptual: respecto a los casos en que se considera incumplida la medida, parecen taxativamente fijados en el artículo 14 RLORRPM, los cuales presentan como sustrato en común la voluntad de no volver o residir en el centro, siendo insuficiente el retraso aislado; b) el debate se centra en torno a si tal cumplimiento es encuadrable en un delito de quebrantamiento de condena tipificado en el artículo 468 CP, siendo objeto de una avivada discusión jurisprudencial, donde encontramos planteamientos

conectados con la postura que se mantenga en relación a la naturaleza de la medida. Advertida nuestra postura en relación a la naturaleza de pena de la medida, a fin de ser coherentes, debemos posicionarnos con aquella opción jurisprudencial que afirma que nos encontramos ante un supuesto tipificado en el artículo 468 CP, haciendo nuestros los argumentos citados en las sentencias que se pronuncian en esta línea, entre los cuales destacamos: 1.- Naturaleza sancionadora de la medida que permite encuadrarla en el ámbito del delito de quebrantamiento, variando solamente su finalidad educativa, siendo tal razonamiento el mayoritariamente utilizado por este sector jurisprudencial; 2.- Amplitud del vocablo condena, que permite incluir la medida de internamiento en régimen cerrado; 3.- Necesidad de evitar la impunidad del menor que ejecuta tal incumplimiento.

En cuanto al solapamiento de la posible responsabilidad penal con la disciplinaria, hemos de indicar la no vulneración del principio *ne bis in ídem* debido a la existencia de relación de sujeción especial en este ámbito tal y como ha reconocido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 2006 –fundamento jurídico noveno y decimoquinto-.

L) Cuestión no menos importante en el desarrollo del régimen de ejecución es la atinente a la posibilidad de sustitución de la medida, instrumento imprescindible si queremos asegurar la flexibilidad del sistema y la adaptación de la medida aplicada a la evolución y circunstancias del menor. Ejercitadas las correspondientes funciones exegéticas sobre el precepto regulador de tal potestad -art. 51 LORRPM- así como detectadas las limitaciones al ejercicio de la misma, el único punto de debate es el relativo a las facultades que concede el mismo, habida cuenta de la colisión que genera la existencia de un artículo similar –art. 13 LORRPM- que prevé la modificación de la medida impuesta. El precepto regulador de la potestad sustitutiva en sede ejecutiva solo menciona dos modos de sustituir la medida: la cancelación y la sustitución, no contemplándose la reducción del tiempo en su ejecución. Entendemos sin embargo, coincidiendo con la doctrina pronunciada al respecto, que si incluiría tal reducción en base a las siguientes razones: a) Si el Juez esta facultado para cancelar la medida, podrá adoptar una reducción, puesto que quien puede lo más puede lo menos; b) en segundo lugar, el art. 51 debe interpretarse con las disposiciones contenidas en el art. 13, por lo que si en este último se contempla la reducción del tiempo de cumplimiento y ello no

perjudica los derechos y garantías del menor, e incluso es acorde al interés del menor, ciertamente podrá hacerse lo mismo en la fase de ejecución.

M) Materia objeto de una fuerte polémica es la relativa al cumplimiento de la medida de internamiento en prisión, regulada en el art. 14 LORRPM. Si bien la regla general viene dada por la continuidad de cumplimiento de la medida en el centro al alcanzar la mayoría de edad hasta cumplir los objetivos impuestos en la sentencia, tal referencia no está exenta de polémicas debido a la ambigüedad de esta última expresión. El cumplimiento de objetivos está relacionado con distintos factores, algunos de los cuales son ajenos al menor y concernientes a los medios de ejecución. Por ello, el incumplimiento de objetivos debe tratarse con suma cautela, analizando las particularidades de cada caso y determinando si tal incumplimiento es atribuible al menor.

Comenzando el análisis de los supuestos especiales que determinan el ingreso en prisión, el art. 14.2 prevé, como primera excepción al régimen general aludido, la posibilidad de ingreso en un centro penitenciario en caso de incumplimiento de objetivos al alcanzar la mayoría de edad. Si la injustificable pretensión del legislador se basa en evitar la penitenciarización de los centros de internamiento, se logra un efecto contrario en tanto que el joven que ingrese en prisión sufrirá los graves efectos criminógenos que conlleva la incorporación del mismo al sistema penitenciario, eliminando cualquier particularidad que ha caracterizado su enjuiciamiento por estar sometido a la jurisdicción de menores. Por tales razones, entendemos rotundamente negativa tal opción, proponiendo la creación de departamentos juveniles en los centros de menores estrictamente separados a fin de posibilitar una intervención adecuada a la edad y necesidades del menor. No podemos obviar que, atendiendo a las estadísticas, la franja de edad donde se cometen más delitos es la de dieciséis a dieciocho años, lo que unido a la lentitud de la jurisdicción de menores podría suponer un ingreso automático en prisión o tras el paso durante escasos meses en un centro de menores. En definitiva, tal facultad debería quedar reducida a algo absolutamente excepcional, solamente justificada en supuestos extremos.

Frente a tal supuesto de aplicación facultativa de ingreso en prisión, se alzan una serie de casos de aplicación obligatoria, especialmente criticables por su configuración

preceptiva, los cuales son: 1.- Medida de internamiento impuesta a quien haya cumplido 21 años o habiendo sido impuestas con anterioridad no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad. 2.- Casos en que el responsable hubiera cumplido con anterioridad al inicio de ejecución de la medida de internamiento en régimen cerrado una pena de prisión o una medida de internamiento. En este último supuesto cobra especial relevancia los antecedentes penales y la celeridad en la intervención de la justicia penal de adultos.

Independientemente del rechazo que provocan los pretendidos argumentos que tratan de justificar tales previsiones en base a la necesidad de garantizar la seguridad del centro o las dificultades de actuación educativa en infractores de tan elevada edad, tales razonamientos han de entenderse subordinados a la necesidad de garantizar las particularidades propias del enjuiciamiento de menores. Todos los supuestos presentan como nota en común la disminución de la edad que permite el ingreso en prisión, así como la problemática jurídica que plantea el cumplimiento de la medida de internamiento en centros penitenciarios, derivada de las diferencias que evidencia el cumplimiento de la medida de internamiento en prisión respecto al cumplimiento en un centro de menores. Entre ellas destacamos: a) Diferencia en torno a la naturaleza jurídica de las actividades formativas, reguladas como obligación de los menores, y caracterizadas por su voluntariedad en la LOGP; b) Contraste en la frecuencia y duración de las comunicaciones, con una mayor flexibilidad en el ámbito de los menores; c) Permisos generalizados a todos los menores una vez cumplido el primer tercio del periodo de internamiento, algo improcedente en adultos ya que el régimen cerrado no permite más permisos que los extraordinarios a los internos en régimen cerrado; d) La regulación del régimen disciplinario es más flexible en menores que en adultos ya que todas las sanciones se pueden dejar sin efecto o suspender.

Por todo ello, junto a las anteriores propuestas, parece aconsejable instar una configuración facultativa de todos los supuestos que conduzcan al menor a un centro penitenciario, reservando la misma solo a los casos extremos en que la gravedad del delito cometido y el inevitable deterioro de las circunstancias del menor aconsejen irremediablemente tal medida.

N) Puestas de manifiesto las objeciones que plantea la medida de internamiento y partiendo de la característica diferencial de los menores determinada por estar inmersos en su fase de formación y ser más permeables al cambio y a la reeducación, resulta obligado hacer efectivas las alternativas a la medida privativa de libertad. Las propuestas y las opciones de futuro han de centrarse sobre las medidas en medio abierto que eviten la escisión del menor con su entorno y se adapten a la evolución del menor durante su cumplimiento a fin de posibilitar una mejor intervención sobre los infractores y conseguir la finalidad educativa que consagra la Ley.

Hemos de plantear, en primer lugar, la aplicación de la medida de libertad vigilada como más adecuada, la cual constituye la medida más eficaz y resocializadora en el Derecho penal de menores. Habida cuenta de su versatilidad (por cuanto que, amén de operar como medida principal conforme al art. 7.1 h) LORRPM o cautelar de acuerdo con el art. 28.1 LORRPM, integra el segundo período de internamiento (art. 7.2)), entiendo que no existe obstáculo alguno para afirmar su procedencia en el sentido indicado, intentando garantizar el carácter de última ratio de la medida de internamiento. Por lo que respecta a su contenido, casa perfectamente con los principios inspiradores de la LORRPM y con el pretendido efecto reeducativo en tanto que constituye un procedimiento de seguimiento y control, obligando al menor a realizar actividades formativas. Se trata en definitiva de una respuesta personal, más favorable y positiva, que ofrece al menor un tratamiento individualizado, dirigida a la adquisición de las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social.

Además del aspecto estático relativo al control, también contempla una faceta dinámica por la que se obliga al seguimiento de pautas socio-educativas, indicadas por la entidad pública o profesional que se ocupe del menor, 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). En lo que atañe al catálogo de reglas de conducta, la Ley ofrece todo un abanico de posibilidades contenidas en el art. 7.1 h) LORRPM, principal punto positivo de tal medida.

Un aspecto esencial de esta medida resulta de la actuación conjunta y directa sobre los distintos factores que influyeron en la conducta delictiva del menor y tratar

cada caso de forma diferencial. No obstante, ha de advertirse sobre la necesidad de evitar el uso excesivo de reglas de conducta dada la elevada restricción de libertad que puede llegar a suponer esta medida.

Debido a la estructura de la medida, cobra un protagonismo esencial la actuación del profesional al que se encomienda la ejecución de la misma, revelándose como obstáculo para la aplicación la ausencia de formación adecuada de los mismos. Acorde con la propuesta de aplicación que formulamos, desde la perspectiva de los destinatarios se revela particularmente idónea para los infractores que se encuentren con carencias de inserción social que hayan determinado su comportamiento ilícito, que haga necesario un seguimiento del mismo para obligarle al tiempo a realizar algún tipo de actividad formativa. Sin embargo, la apreciación de tales elementos es insuficiente para decretar tal medida, debiendo conjugarse con la valoración de los hechos cometidos. En este punto, debemos destacar nuestra oposición en torno a la posibilidad de aplicar tal medida ante una simple falta. Es cuestionable que en estos casos el menor necesite apoyo o control por parte de las instancias penales. Entendemos que en lo relativo a la gravedad de los hechos deben quedar excluidos desde el principio los supuestos de criminalidad leve por ser desproporcionados a la intensidad de esta medida, la cual, en su calidad de alternativa al internamiento, debería aplicarse en los supuestos de gravedad suficiente como para imponer medidas privativas de libertad.

Uno de los puntos negativos de la misma quizás sea su excesivo marco temporal que puede producir efectos perniciosos. Es por ello por lo que se propone la aplicación en sus límites mínimos, teniendo en cuenta a la hora de determinarla, las necesidades y problemas específicos del menor.

También nos resulta apropiada la medida de prestaciones de beneficio en la comunidad, en tanto que a priori no existe incompatibilidad alguna para determinar su procedencia en alguno de los supuestos de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado, si bien se reduce su operatividad, dado que será necesario el consentimiento del menor. Las prestaciones en beneficio de la comunidad se revelan 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 por el menor al cometer el hecho. El menor

deberá disponer de capacidad socio-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. Se propone la limitación de su aplicabilidad respecto a hechos graves dado el importante contenido aflictivo que puede comportar, sobre todo si se atiende a los máximos de horas previstos en la Ley.

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 que ha generado a la víctima del delito. En cuanto al contenido, la Ley se caracteriza por la indefinición de cuales han de ser las prestaciones a realizar. Entendemos que en todo caso han de ser prestaciones de utilidad social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Habría sido conveniente acentuar el carácter preferente de esta medida respecto del internamiento en tanto posibilitaría intervenir en el contexto de la comunidad de pertenencia conocedora de la comisión del delito y plantear el trabajo como instrumento de normalización.

Finalmente, cabe aludir a la realización de tareas socio-educativas como medida que cierra nuestra propuesta, la cual implica la ejecución de actividades educativas que desarrollen la competencia social del joven infractor y faciliten su reinserción social. El carácter pedagógico así como las posibilidades de reintegrarse sin privación de libertad permiten albergar grandes esperanzas sobre tal consecuencia jurídica, aunque la falta de medios indispensables para su correcto funcionamiento podría generar mayores frustraciones.

Por lo que atañe al contenido de esta medida, las tareas consisten en asistir a programas preexistentes en la comunidad, o especialmente elaborados para el menor, y participar en ellos, sean talleres ocupacionales, aulas de educación compensatoria, 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 un comportamiento disfuncional en todas las áreas de su desarrollo.

Junto a las obvias exclusiones de medidas por su naturaleza, presupuestos y finalidad, incompatibles con el régimen de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado (téngase en cuenta las medidas de inhabilitación absoluta, privación del permiso de conducir, tratamiento ambulatorio, internamiento terapéutico y permanencia de fin de semana), hay que indicar que si bien también podrían tener cabida en la propuesta que efectuamos el internamiento semiabierto y la modalidad de internamiento en régimen abierto, entendemos que, la privación de libertad, por breve que sea su duración y aún cuando este combinada con actividades en el exterior, no deja de producir efectos negativos en el menor.

En definitiva, estimo que tales planteamientos, esperanzadores de cara a la futura y efectiva reinserción social, podrían superar las adversidades que plantea la configuración actual de la medida de internamiento en régimen cerrado, fruto de una política criminal de corte retribucionista, la cual no merece función alguna en el ámbito del Derecho penal de menores.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, Miguel, “Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000”, *Actualidad Penal, Sección Doctrina*, Nº 43, Ref. XLII, tomo 3, Editorial La Ley, 2003.

ABEL SOUTO, Miguel, “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, *Actualidad Penal*, Nº 6, Ref. VI, Tomo 1, Editorial La Ley, 2002.

ABEL SOUTO, Miguel, “Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LVII, 2004, páginas: 77-106.

AGUADO CORREA, Teresa, “La ultima reforma de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Especial consideración del régimen transitorio aplicable a los jóvenes” en MARTIN OSTOS, José, *El experto universitario en justicia de menores*, Sevilla, Astigi, 2008.

AGUIRRE ZAMORANO, Pío, “Medidas aplicables en la legislación de menores” en MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel, *Menores privados de libertad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

AGUIRRE ZAMORANO, Pío, “Las medidas” en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

AEBI, Marcelo, “Psicología de las conductas disociales y violentas: la evolución de los menores infractores en los últimos años” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.

ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “Alternativas al procedimiento y a la ejecución de las medidas en la Ley Orgánica 5/2000” en BOLDOVA PASAMAR,

Miguel Ángel (Ed.), *El nuevo derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*, Zaragoza, Monografías de la revista aragonesa de Administración Pública, 2002.

ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “El derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000” en DIEZ RIPOLLES, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos M^a, GRACIA MARTIN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

ALBRECHT, Peter-Alexis, *El derecho penal de menores*, Traducido al castellano por BUSTOS RAMIREZ, Juan, Barcelona, PPU, 1990.

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, “La minoría de edad penal”, *La Ley Penal*, núm. 18, 2005.

AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las garantías del Menor Infractor (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre Responsabilidad Penal de los Menores y sus modificaciones posteriores)*, Pamplona, Aranzadi, 2004.

BARQUIN SANZ, Jesús, “Ley Penal del Menor: Una historia de reformas” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director) SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

BARQUIN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los cambiantes principios del derecho penal español de menores” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (Directores), *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Madrid, Dykinson, 2009.

BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORRPM” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director) SUÁREZ LÓPEZ, José María

(Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, “El derecho penal de menores en el Estado social y democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor” en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010.

BENITO ALONSO, Francisco, “Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores como criterio de interpretación de la misma”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-111, tomo 4, Editorial LA LEY, 2001,

BENITO LÓPEZ, Alejandro M^a, “La Ley Penal del Menor y su aplicación” en LAZARO GONZALEZ, Isabel, MAYORAL NARROS, Ignacio, *Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y OTROS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004.

BERNAL ESTEBAN, Dolores, “Las medidas de internamiento: diversos regimenes y su ejecución”, en BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Ed.), *El nuevo derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*, Zaragoza, Monografías de la revista aragonesa de Administración Pública, 2002.

BERNUZ BENEITEZ, María José, “Justicia de menores española y nuevas tendencias penales: La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-12, 2005. (En línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf>)

BERNUZ BENÉITEZ, María José, “La justicia de menores entre las tendencias europeas” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.

BERNUZ BENEITEZ, María José, FERNANDEZ MOLINA, Esther, PEREZ JIMENEZ, Fátima, “Educar y controlar: la intervención comunitaria en la justicia de menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009. (En línea: www.criminet.ugr.es).

BERNUZ BENEITEZ, María José, FERNANDEZ MOLINA, Esther, PEREZ JIMENEZ, Fátima, “Menores de 14 años que cometen delitos” *Boletín Criminológico*, nº 97, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2007.

BLANCO LOZANO, Carlos, “El concepto penal de imputabilidad”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Nº 5461, Ref. D-18, tomo 1, Editorial LA LEY, 2002.

BLANCO LOZANO, Carlos, “Algunas consideraciones en torno a la definición de imputabilidad” en MARTIN OSTOS, José, *El experto universitario en justicia de menores*, Sevilla, Astigi, 2008.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La responsabilidad penal de los menores” en GRACIA MARTIN, Luis (Coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español” en DIEZ RIPOLLES, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos M^a, GRACIA MARTIN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

BONET ESTEVA, Margarita, “Algunas pautas constitucionales para la reinterpretación de un derecho penal de menores”, *Diario La Ley*, tomo 1, Editorial LA LEY, 1994.

BORN, Michel, “Los programas pedagógicos como herramientas para la reintegración social de los jóvenes infractores” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.

BUENO ARÚS, Francisco, “La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal” en PANTOJA GARCIA, Félix (Director), *La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

BUENO ARÚS, Francisco, “Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad sui generis. Influencia en este punto de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor” en PANTOJA GARCIA, Félix, BUENO ARUS, Francisco (Directores), *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

BUENO ARÚS, Francisco, *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Murcia, Fundación Diagrama, 2008.

BUENO ARÚS, Francisco, “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores” en LAZARO GONZALEZ, Isabel, MAYORAL NARROS, Ignacio, (Coordinadores), *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003.

CADENA SERRANO, Fidel Ángel, “Las medidas de la Ley Reguladora de la Responsabilidad del Menor”, en BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Ed.), *El nuevo derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor*

celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001), Zaragoza, 2002, Monografías de la revista aragonesa de Administración Pública.

CADENA SERRANO, Fidel Ángel, “Las medidas previstas en la Ley del Menor” en SAMANES ARA, Carmen (Coordinadora), *La responsabilidad penal de los menores*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2003.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil. Un estudio comparado del Derecho Penal juvenil en Alemania y en España*, Barcelona, Atelier, 2006.

CANO PAÑOS, “Los menores de edad en España en ámbito de la delincuencia terrorista. Aspectos criminológicos y jurídico-penales” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

CANTARERO BANDRÉS, Rocío, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Madrid, 1988, Montecorvo.

CANTARERO BANDRÉS, Rocío, “Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad” en AA VV, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005.

CAPPELAERE, Geert, GRANDJEAN, Anne, *Niños privados de libertad: derechos y realidades*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.

CARMONA SALGADO, Concepción, “Comentarios al artículo 19 del Código Penal” en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Madrid, Edersa, 1999.

CARMONA SALGADO, Concepción, “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 3, 2002.

CARMONA SALGADO, Concepción, “Consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva ley 8/2006” en *Revista La Ley Penal*, nº 48, págs. 57 y ss. 2008.

CARMONA SALGADO, Concepción, “Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *EJMF* I-2002.

CARMONA SALGADO, Concepción, “Consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva ley 8/2006” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.

CARRERA DOMENECH, Jorge, “La ejecución de medidas en la Ley Orgánica 5/2000 sobre responsabilidad penal de los menores”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, numero 21/2002, Pamplona, 2003.

CASTELLÓ NICAS, Nuria, “La responsabilidad penal del menor de edad y la aplicación de las causas de exención de la responsabilidad criminal” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director) SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLAS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Madrid, Tecnos, 2002.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLÁS TURÉGANO, Asunción, “Novedades legislativas en Derecho penal del menor: el proyecto de reforma de la Ley Orgánica 5/2000. análisis y crítica” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador),

Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores, Tomo II, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.

CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos, *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Barcelona, Bosch, 2001.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-346, tomo 6, Editorial LA LEY, 1996.

CID, José, LARRAURI, Elena, *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997.

COBO DEL ROSAL, Manuel, BOIX REIG, Javier, “Garantías constitucionales del Derecho sancionador” en COBO DEL ROSAL, Manuel (Director), *Comentarios a la Legislación Penal, Tomo I*, Madrid, Edersa, 1982.

COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomas S., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Derecho penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, “La sentencia en el proceso penal de menores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LVI, 2003. Páginas: 175-210.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Trivium, 2001.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido, *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 2004.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Responsabilidad penal de los menores. En particular, disfunciones en supuestos de participación delictiva conjuntamente con adultos” en SOLA RECHE, Esteban (Ed.) *Derecho penal y psicología del menor*, Granada, Comares, 2007.

CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal los menores)*, Madrid, Edersa, 2002.

CRUZ BLANCA, María José, “Prevención de la violencia juvenil en el deporte e intervención desde la jurisdicción de menores” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, MANTOVANI, Ferrando (Directores), *Estudios sobre Derecho y Deporte*, Madrid, Dykinson, 2008.

CRUZ BLANCA, María José, “Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre” en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010.

CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*. Madrid, Marcial Pons, 2006.

CRUZ MARQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento y sus alternativas en el Derecho Penal Juvenil*. Madrid, Dykinson, 2007.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª edición, Madrid, Dykinson, 2002.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes con trastorno narcisista de la personalidad” en BENITEZ ORTUZAR,

Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, MARTINEZ-PEREDA SOTO, Leonor, “La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código Penal de 1995: una ambigüedad insoportable”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-332, tomo 6, Editorial LA LEY, 1997.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Pamplona, Aranzadi, 2001.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación”, *La Ley Penal, Sección Estudios*, Nº 36, Editorial LA LEY, 2007.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992” en AA VV, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La ejecución de las medidas” en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La ejecución de las medidas en la L.O 5/2000” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, “El principio de legalidad penal en la Constitución Española” *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 3/2001 (Estudio)*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-131, tomo 3, Editorial LA LEY, 1998.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “El principio de oportunidad del fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas” en AA VV, *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, 2000.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*. Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2000.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “¿Endurecimiento simbólico de la Ley Penal del Menor?”, *Anuario de Justicia de Menores*, N° VI, 2006.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema” en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “El régimen general de aplicación y duración de las medidas: artículo 9 LORRPM” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a, “Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas: artículo 10 LORRPM” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010,

DORADO MONTERO, Pedro, *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I, Madrid, Liberia general de Victoriano Suárez, 1915.

ESCRIBANO SÁNCHEZ, Julio, “Ejecución de medidas” en AA VV, *Responsabilidad de menores, ejecución de los distintos ordenes jurisdiccionales, ejecución penal. Estudios Jurídicos de Secretarios Judiciales*. Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2002.

ESTEBAN GOMEZ, Domingo, GOMEZ PULIDO, María Loreto, GARCIA MEDINA, Pablo, ARMAS VARGAS, Enrique, “Encrucijada y dificultades de la socialización ante la Ley del Menor”, en SOLA RECHE, Esteban (Ed.) *Derecho penal y psicología del menor*, Granada, Comares, 2007.

ETTEL, Wolfgang, “El Derecho Penal para menores alemán considerando las actuales propuestas de reforma” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.

FERNANDEZ ENRIQUEZ, Ángeles, “Intervención del trabajador social en un centro de protección para adolescentes con graves trastornos de conducta” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, “La valoración del interés del menor en la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores” en MARTÍN OSTOS, José (Director), *Anuario de Justicia de Menores*, Sevilla, Astigi, 2002.

FERNANDEZ MOLINA, Esther, RECHEA ALBEROLA, Cristina, “¿Un sistema con vocación de reforma?: La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 4, número 4, 2006. (Disponible en www.criminologia.net).

FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Buenos Aires, 2000.

GALLAS, Wilhelm, *La Teoría del delito en su momento actual*, traducido por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959.

GARCIA CALDERON, Jesús María, “El Ministerio Fiscal ante el acoso escolar” en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores” en MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel, *Menores privados de libertad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Reflexiones criminológicas y político-criminales al modelo de responsabilidad penal de la LORRPM 5/2000, de 12 de enero” en RUIZ-GALLARDÓN, Isabel, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (eds), *Los menores ante el Derecho*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2005.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Sobre la función resocializadora o rehabilitadora de la pena”, *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 100, Abril 2010, paginas 77-91.

GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel, “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LORRPM” en AA VV, *Responsabilidad de menores, ejecución de los distintos ordenes jurisdiccionales, ejecución penal. Estudios Jurídicos de Secretarios Judiciales*. Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2002.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La competencia de los órganos de la administración de Justicia de menores, las bases de la responsabilidad penal de estos y el Derecho supletorio” en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la*

Responsabilidad Penal de los Menores, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

GARCÍA PÉREZ, María Fernanda, “Experiencias practicas en la ejecución judicial de las medidas” en PANTOJA GARCIA, Félix (Director), *La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, *Actualidad Penal, Sección Doctrina*, Ref. XXXII, tomo 3, Editorial LA LEY, 2000.

GARCIA PEREZ, Octavio, “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores” en SOLA RECHE, Esteban (Ed.) *Derecho penal y psicología del menor*, Granada, Comares, 2007.

GARCIA VALDES, Carlos, *Los presos jóvenes. Apuntes de la España del XIX y principios del XX*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

GARCIMARTIN MONTERO, Regina, “ámbito de aplicación de la Ley y normas de competencia” en SAMANES ARA, Carmen (Coordinadora), *La responsabilidad penal de los menores*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2003.

GARRIDO GENOVES, Vicente, LOPEZ, Enrique, SILVA, Teresa, LOPEZ, María Jesús, MOLINA, Pedro, *El modelo de la competencia social de la Ley de Menores: Como predecir y evaluar para la intervención educativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente, STANGELAND, Per, REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, *Delincuencia juvenil y control social*, Barcelona, Circulo Editor Universo, 1981.

GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, “La justicia juvenil en España: un modelo diferente”, en MARTIN LOPEZ, María Teresa, *La responsabilidad penal de los menores*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2001.

GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, “La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: Un reto para el 2000” en GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Directora), *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de Derecho comparado*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999

GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther, “Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar” en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Traducido por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Núñez, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1943.

GÓMEZ GRILLO, Elio, “Acerca de la teoría y la realidad en el tratamiento de los delincuentes” en AA VV, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.

GÓMEZ POSTIGO, Patricia, “Objetivos y retos que plantea el nuevo Derecho penal de menores” en LAZARO GONZALEZ, Isabel, MAYORAL NARROS, Ignacio, *Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003.

GOMEZ RIVERO, María del Carmen, “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal, Sección Doctrina*, Ref. X, tomo 1, Editorial LA LEY, 2001.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley penal del menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*. Madrid, Iustel, 2007.

GONZALEZ CUSSAC, José Luis, CUERDA ARNAU, María Luisa, “Derecho Penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas” en GONZALEZ CUSSAC, José Luis, TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord. Penal) y GOMEZ COLOMER, Juan Luis, (Coord. Procesal), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Eugenio, *Bandas juveniles*, Barcelona, Herder, 1982.

GONZALEZ RUS, Juan José, “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

GRACIA MARTIN, Luis (Coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

GUALLART DE VIALA, Alfonso, “La minoría de edad en nuestra legislación penal. Evolución” en BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Ed.), *El nuevo derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*, Zaragoza, Monografías de la revista aragonesa de Administración Pública, 2002.

GUTIERREZ I ALBENTOSA, Joan Manuel, “Comentarios al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Nº 6419, Ref. D-38, Editorial LA LEY, 2006.

GUTIERREZ I ALBENTOSA, Joan Manuel, “Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores”, *Diario La Ley, Sección Doctrina N° 6687*, Ref. D-825, Editorial LA LEY, 2007.

GUTIERREZ SANZ, María Rosa, “La ejecución de las medidas” en SAMANES ARA, Carmen (Coordinadora), *La responsabilidad penal de los menores*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2003.

HAVA GARCIA, Esther, RIOS CORBACHO, José Manuel, “Las medidas aplicables en la LO 5/2000” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel, *El sistema español de justicia juvenil*. Madrid, Dykinson, 2002.

HERRERO HERRERO, Cesar, “Tipologías de delitos y de delincuentes en la delincuencia juvenil actual. Perspectiva criminológica”, *Actualidad Penal, Sección Doctrina*, N° 41, Ref. XLII, tomo 3, Editorial LA LEY, 2002.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, Barcelona, Bosch, 2003.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “El problema de la imputabilidad de los menores y de los jóvenes en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Ed.), *El nuevo derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*, Zaragoza, Monografías de la revista aragonesa de Administración Publica, 2002.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, “Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal”, *Actualidad Penal*, N° 34, Ref. XXXIII, tomo 3, Semana del 15 al 21 Editorial LA LEY, 2003.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, “La transformación de la originaria Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y sus consecuencias jurídicas”, *La Ley Penal*, núm. 18, 2005.

IZQUIERDO MORENO, Ciriaco, *Jóvenes en la cárcel: realidad y reinserción social*, Bilbao, Ediciones Mensajero, 1991.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, 2ª Edición, Madrid, Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Quinta edición, Granada, Comares, 2002.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José, FONSECA MORALES, Gema María, *Trastornos de la personalidad (psicopatías). Tratamiento científico y jurisprudencial*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de Especialidades jurídicas, 2007.

JIMENEZ DIAZ, María José, “Edad y menor” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director) SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

LANDROVE DIAZ, Gerardo, *Introducción al Derecho penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

LANDROVE DIAZ, Gerardo, “La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero de 2000”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 2000, Ref. D-146, tomo 4, Editorial LA LEY.

LANDROVE DIAZ, Gerardo, “Marco operativo de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 2000, Ref. D-147, tomo 4, Editorial LA LEY.

LANDROVE DIAZ, Gerardo, “El nuevo derecho penal juvenil” en DIEZ RIPOLLES, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos M^a, GRACIA MARTIN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

LANDROVE DIAZ, Gerardo, “Bandas juveniles y delincuencia”, *Diario La Ley*, N° 6627, Sección Doctrina, 11 Ene. 2007, Año XXVIII, Ref. D-10, Editorial LA LEY.

LASTRA DE INES, Almudena, “análisis legal y reglamentario de las medidas privativas de libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en centro cerrado” en PANTOJA GARCIA, Félix (Director), *La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

LISZT, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, traducida de la 20^a edición alemana por Luis Jiménez de Asua, Madrid, Reus, 1916.

LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel, *La Ley penal del menor y el Reglamento para su aplicación. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Granada, Comares, 2007.

LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Dykinson, 2010.

MAGRO SERVET, Vicente, “La prevención de la delincuencia juvenil”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, numero 481, Pamplona, 2001.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La orientación de las penas privativas de libertad hacia la resocialización del reo”, *Diario La Ley*, N° 7428, Sección Doctrina, 21 Jun. 2010, Año XXXI, Ref. D-204, Editorial LA LEY.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, “El catalogo de medidas de la legislación penal del menor” en MARTIN OSTOS, José, *El experto universitario en justicia de menores*, Sevilla, Astigi, 2008.

MARTIN CRUZ, Andrés, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, Granada, Comares, 2004.

MARTIN LOPEZ, María Teresa, “Modelos de justicia juvenil: análisis de derecho comparado” en MARTIN LOPEZ, María Teresa, *La responsabilidad penal de los menores*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2001.

MARTIN OSTOS, José, “Aspectos generales de la justicia penal de menores” en MARTIN OSTOS, José, *El experto universitario en justicia de menores*, Sevilla, Astigi, 2008.

MARTIN SANCHEZ, Ascensión, “Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en legislación de menores” en MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel, *Menores privados de libertad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

MARTÍN SÁNCHEZ, Ascensión, “Instrucción del procedimiento: reglas generales” en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

MARTINEZ FUENTES, Francisco, “análisis reflexivo y critico sobre la justicia de menores: las nuevas tendencias surgidas sobre la justicia penal juvenil española tras las continuas reformas de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores” en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ

BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010.

MARTINEZ RUIZ, Jesús, “Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

MARTINEZ SERRANO, Alicia, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000” en ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

MEDINA ARIZA, Juan José, “Psicología de las conductas disociales y violentas: la evolución de los menores infractores en los últimos años” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.

MENDIZABAL OSES, Luis, *Derecho de menores*, Madrid, Pirámide, 1977.

MINGO BASAIL, María Luisa, Posición de las víctimas en el proceso penal de menores. De la prohibición a la aceptación de la acusación particular, *Diario La Ley*, N° 6099, *Sección Doctrina*, Editorial LA LEY, 4 Oct. 2004.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición, Barcelona, Reppertor, 2004.

MOLINA BLAZQUEZ, Concepción, CARRETERO GONZALEZ, Cristina, “análisis de las medidas y su ejecución” en DIEZ RIAZA, Sara (Coordinadora), *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor*, Madrid, Edisofer, 2004.

MONDRAGON, Jasone, TRIGUEROS, Isabel, *Intervención con menores. Acción socioeducativa*, Madrid, Narcea, 2002.

MONTERO HERNANZ, Tomás, *La justicia juvenil en España. Comentarios y reflexiones*, Madrid, Editorial La ley, 2009.

MONTERO HERNANZ, Tomas, “La ejecución de medidas impuestas por los juzgados de menores”, *Diario La Ley*, N° 7026, *Sección Doctrina*, Editorial LA LEY, 3 Oct. 2008.

MONTERO HERNANZ, Tomás, “La medida de libertad vigilada en la justicia juvenil”, *Revista General de Derecho Penal*, numero 13, Iustel, 2010.

MORA ALARCON, José Antonio, *Derecho penal y procesal de menores (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Avances y retrocesos en tratamiento penal de la delincuencia de menores” en GARCIA GARNICA, María del Carmen (Dir.), *Aspectos actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación interdisciplinar*. Pamplona, Aranzadi, 2008, págs. 181-201.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal, Ley Penal*. Madrid, Dykinson, 2004.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal, 2ª edición*. Madrid, Dykinson, 2010.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La culpabilidad en la reforma del Código penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 4, 2º cuatrimestre, 1984, págs. 81-120.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Tecnos, 1991.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, CRUZ BLANCA, María José, “Del menor delincuente y de las medidas a aplicar” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (Directores), *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Madrid, Dykinson, 2009.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción” en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010.

MORILLAS FERNANDEZ, David Lorenzo, “La delincuencia juvenil en Andalucía” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

MORILLAS FERNANDEZ, Marta, “Régimen del menor de catorce años” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*. 8ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte Especial*. 18ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

NAVARRO FRIAS, Irene, “El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho penal de menores” en SOLA RECHE, Esteban (Ed.) *Derecho penal y psicología del menor*, Granada, Comares, 2007.

NIETO GARCIA, Luis Carlos, “La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto” en PANTOJA GARCIA, Félix (Director), *La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

OLIETE FERNANDEZ, Fernando, “La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (dos años después)” en LAZARO GONZALEZ, Isabel, MAYORAL NARROS, Ignacio, *Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003.

OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Reglas generales y especiales para la ejecución de medidas en la LORRPM. Especial referencia al quebrantamiento de la medida de privación de libertad” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Barcelona, Bosch, 2001.

ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario, *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 1774/2004, de 30 de julio*, Barcelona, Bosch, 2007.

ORTEGO COSTALES, José, *prevención de las infracciones de menores*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1977.

ORTIZ GONZALEZ, Ángel Luis, “Aspectos jurídicos y prácticos mas controvertidos, apreciados en el Informe del Defensor del Pueblo, en relación con la Ley Orgánica 5/2000” en LAZARO GONZALEZ, Isabel, MAYORAL NARROS, Ignacio, *Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003.

PANTOJA GARCÍA, Félix, “La naturaleza jurídica de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. La singularidad del proceso de menores” en *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, 2000.

PANTOJA GARCIA, Félix, “Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores” en BENITEZ ORTUZAR, Ignacio, CRUZ BLANCA, María José (Directores), *El derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Madrid, Dykinson, 2010.

PÉREZ FERRER, Fátima, “La nueva regulación de las medidas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario La Ley, N° 7216, Sección Doctrina*, Editorial LA LEY, 2009.

PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, RIVAS MOYA, Teresa, “Justicia juvenil en Andalucía: elección de medidas a imponer contenido educativo” en *Boletín Criminológico*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, número 73, 2004.

PÉREZ JIMENEZ, Fátima, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Minoría de edad penal” en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Estudios Penales*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1988.

POLAINO-ORTS, Miguel, “Derecho penal de menores en Alemania: una aproximación a su evolución histórica y a su configuración actual” en MARTÍN OSTOS, José (Director), *Anuario de Justicia de Menores*, Sevilla, Astigi, 2005.

POLAINO-ORTS, Miguel, “El menor como enemigo (o el cambio de paradigma en el tratamiento penal de la delincuencia juvenil)” en MARTIN OSTOS, José, *El experto universitario en justicia de menores*, Sevilla, Astigi, 2008.

QUERALT, Joan J., “Ne bis in ídem: significados constitucionales” en AA VV, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, Barcelona, Aranzadi, 2009.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, Barcelona, Aranzadi, 2010.

RECHEA ALBEROLA, Cristina, FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, “Panorama actual de la delincuencia juvenil” en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (Coordinadora), *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

RIOS MARTIN, Julián Carlos, “Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones”, en AA VV, *Niños y jóvenes criminales*. Granada, Comares, 1995.

RIOS MARTIN, Julián Carlos, *El menor infractor ante la ley penal*, Granada, Comares, 1993.

RIOS MARTIN, Julián Carlos, SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, “La Ley de Responsabilidad de los Menores. Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso” en *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, 2000.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Dijusa, 2005.

RODRIGUEZ MESA, María José, “El menor como delincuente. Cuestiones criminológicas” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ROMAN PUERTA, Luis, “Causas de inimputabilidad: anomalías y alteraciones psíquicas. Trastorno mental transitorio” en PANTOJA GARCIA, Félix, BUENO ARUS, Francisco (Directores), *Actual doctrina de la imputabilidad penal*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, traducción a la 2ª edición alemana por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

SÁEZ GONZALEZ, Jesús, “Del proceso de menores al proceso de jóvenes” en MARTÍN OSTOS, José (Director), *Anuario de Justicia de Menores*, Sevilla, Astigi, 2008.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Sobre las medidas no privativas de libertad en la Ley Española de Responsabilidad Penal de los Menores” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

SAN MARTIN LARRINOVA, Begoña, “Experiencias practicas en la ejecución judicial de medidas en medio abierto de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la

Responsabilidad Penal de los Menores”, en PANTOJA GARCIA, Félix (Director), *La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel, “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal, Sección Doctrina*, 2000, Ref. XXXIII, pág. 699, tomo 3, Editorial LA LEY.

SANCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Granada, Comares, 1998.

SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Efectos de la mayoría de edad en el cumplimiento de las medidas impuestas al menor” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María, (Coordinador), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010.

SANZ MORÁN, Ángel, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena” en DIEZ RIPOLLES, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos M^a, GRACIA MARTIN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

SIMONS VALLEJO, Rafael, “Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal*, N° 18, Sección Doctrina, 2002, Ref. XVIII, tomo 2, Editorial LA LEY.

SUÁREZ LÓPEZ, José María, *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*, Granada, Comares, 2000.

SUÁREZ LÓPEZ, José María, “La proyección del principio del interés superior del menor en la regulación del concurso de infracciones” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (Directores), *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Madrid, Dykinson, 2009.

TAMARIT SUMALLA, Josep-María, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, en GONZALEZ CUSSAC, José Luis, TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coord. Penal) y GOMEZ COLOMER, Juan Luis, (Coord. Procesal), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M., “Responsabilidad penal de los menores” en RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, NAVARRO GUZMAN, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Valencia, Tirant lo Blanch. 2004.

TORRES ANDRÉS, Juan Miguel, “La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador” en *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, 2000.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza, “Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, Ref. D-141, tomo 5, Editorial LA LEY, 2001.

VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, SERRANO TÁRRAGA, Maria Dolores, *Derecho penal juvenil*. Madrid, Dykinson, 2007.

VAZQUEZ GONZALEZ, Carlos, LUACES GUTIERREZ, Ana Isabel, “El nuevo rumbo de la Justicia penal juvenil en el Siglo XXI” en VARGAS VARGAS, Diego (Coordinador), *Actas del II Simposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo II, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.

VENTURA FACI, Ramiro, PELAEZ PEREZ, Vicente, *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Comentarios y jurisprudencia*. Madrid, Colex, 2000.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 3ª edición castellana, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.

ZUGALDIA ESPINAR, José M. (Dir.), *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

