

La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores^{* **}

Octavio García Pérez

Doctor en Derecho, Profesor Titular de derecho penal de la Universidad de Málaga

ogarcia@uma.es

Resumen

La reforma del año 2006 al sistema de justicia penal de menores en España, gira en una dirección opuesta a su planteamiento original basado en la idea de prevención especial, y se enmarca dentro del compromiso de sancionar con mayor energía los hechos graves, especialmente los homicidios y agresiones sexuales. De esta forma se persigue una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido. En opinión del autor, estamos frente a un cambio de orientación configurador de un verdadero modelo de seguridad ciudadana, que no ha considerado las características propias de la delincuencia juvenil apartándose de las directrices internacionales en la materia, y que no resulta justificable con las razones que se adujeron en la exposición de motivos.

Palabras clave

Responsabilidad penal del menor, derecho penal de la seguridad ciudadana, prevención especial.

Abstract

The 2006 reform to the penal justice system for minors in Spain revolves around an opposite way to its original position based on the idea of special prevention, and it is framed within the commitment of providing harder penalties to serious deeds, especially homicides and sexual aggressions. This way it is intended to aim at higher proportionality between the punishing answer and the seriousness of the committed deed. In the author's opinion, we are in front of an orientation change which creates a true model of civic security that has not considered the characteristics of the juvenile delinquency moving away from the international guidelines in the matter, and that it is not by any means justifiable with the reasons that were adduced in the exhibition of motives.

Key Words

Criminal liability of minors, law and order, special prevention

* Recibido el 5 de octubre de 2007 y aprobado por el Comité Editorial el 8 de enero de 2008.

** Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre “La seguridad ciudadana” (SEJ 206-07242). Además, las ideas desarrolladas en este trabajo fueron expuestas por el autor en el Primer Seminario de Política Criminal, organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca dentro del marco del proyecto Fondecyt N° 1060410 titulado “Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal”.

Introducción

Apenas han transcurrido 6 años desde que se publicara en el BOE la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor,¹ y ya ha sido objeto de varias reformas, algunas de ellas efectuadas durante la *vacatio legis*,² y a comienzos de febrero de 2007 ha entrado en vigor la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

Las razones que el Gobierno menciona en la exposición de motivos del proyecto de reforma de la Ley Orgánica 5/2000 pueden constituir un buen punto de partida para presentar cuáles son los planteamientos político-criminales que tanto a nivel nacional como internacional se sostienen sobre la delincuencia de menores y que básicamente giran en torno a un endurecimiento de los sistemas de justicia de menores.³

1. Las razones alegadas para la reforma de la Ley de responsabilidad penal del menor

La primera razón que se alega es el cumplimiento del mandato legal contenido en la Disposición adicional sexta de la LORRPM en virtud de la cual se dispone lo siguiente:

“Evaluada la aplicación de esta Ley Orgánica, oídos el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las comunidades autónomas y los grupos parlamentarios, el Gobierno procederá a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal.

A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y

¹ En adelante LORRPM.

² Antes de que cobrara vigencia fue modificada por las Leyes Orgánicas 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 terrorismo, y la 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 Judicial. Posteriormente esta Ley se ha visto afectada por 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, así como por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal.

³ Así lo constata recientemente 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”, aprobado el 15 de marzo de 2006. Diario oficial de la Unión Europea C 110/75, de 9 de mayo de 2006, señalando que “la relevancia pública de los nuevos fenómenos que han ido apareciendo especialmente en las grandes urbes europeas (delincuencia organizada, pandillas juveniles, vandalismo callejero, violencia en el deporte, matonismo en las escuelas, violencia ejercida sobre los padres, conductas xenófobas y de grupos extremistas, asociación entre nuevas formas de delincuencia e inmigración, drogadicción, etc.) ha dado lugar a que en los últimos años se pueda apreciar en algunos países europeos una tendencia al endurecimiento del derecho penal de menores, con la elevación de las sanciones máximas aplicables, la introducción de diversas formas de internamiento en centros de régimen cerrado e incluso la exigencia de ciertas responsabilidades a los padres del menor infractor”.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. “La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores” *Polít. Crim.* n.º 5 (2008). A1-5, p.1-31. [http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_1_5.pdf]

la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios.”⁴

Para cumplir con lo estipulado en este precepto se alega que, tras la realización de la correspondiente evaluación de los resultados de la aplicación de la Ley, se ha llegado a la conclusión de que el balance general es positivo aunque se dan algunas disfunciones que es necesario subsanar.

La segunda razón que se menciona en la Exposición de Motivos es el aumento de los delitos cometidos por menores que reflejan las estadísticas y que ha generado alarma social. En este sentido apunta que existe la sensación de que las infracciones más frecuentes, las patrimoniales, quedan impunes, lo que puede llevar a perder la confianza en la norma. En cualquier caso se destaca que no han subido significativamente los hechos violentos.

Estos son los dos motivos, pues, que justifican la reforma de la LORRPM, si bien se añade una importante matización respecto del principio del superior interés del menor. Se dice que éste

“va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y a favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”.

2. Aspectos esenciales de la reforma

La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, ha llevado a cabo una amplia modificación que ha afectado a casi la mitad de los preceptos de la LORRPM. En este apartado voy a hacer un repaso de algunos de los puntos que, a mi juicio, resultan más destacados.

En primer término, se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar el régimen de la LORRPM a los jóvenes de 18 a 21 años, que se regulaba en el art. 4 de la Ley y cuya entrada en vigor estaba suspendida hasta 1 de enero de 2007.⁵ Dado que la reforma ha entrado en vigor el 5 de febrero de 2007, ello ha supuesto que la posibilidad de aplicar la regulación de menores a los jóvenes haya estado vigente durante algo más de un mes, lo cual ha suscitado diversas interpretaciones acerca de su alcance.⁶

⁴ Esta Disposición adicional sexta había sido introducida por el apartado tercero de la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal.

⁵ En virtud de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

⁶ Cfr. la instrucción de la Fiscalía General del Estado 5/2006, de 10 de diciembre y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “‘Rebajas de enero’ para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo?”. *InDret.* n.º 1 (2007), pp. 1-12. En: http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=924&pdf=400_es.pdf

Por lo que se refiere al sistema de sanciones y a los criterios de aplicación, se introduce en el apartado i) del art. 7.1 la medida de “prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.”⁷

En realidad, ya se había indicado que con la antigua regulación existían mecanismos para aplicarla a los menores como, por ejemplo, acudiendo a una libertad vigilada en la que se impusiera como regla de conducta la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas.⁸

Además, se amplían los supuestos en que se puede aplicar el internamiento en régimen cerrado. En la actualidad sólo cabe imponerlo a los menores

“cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas”

o, en general, a menores que ejecuten alguno de los delitos contemplados en la Disposición adicional cuarta. Esta situación ha cambiado radicalmente con la entrada en vigor de la reforma. En primer término, se puede aplicar a cualquier delito castigado con pena grave.⁹ Y ello parece que con independencia de si la pena grave es de prisión o de cualquier otra naturaleza, pues, a diferencia de lo que acontece en el art. 10.2 LORRPM, en el art. 9.2 a) del mismo texto no se especifica que haya de ser una pena privativa de libertad, estableciendo así una excepción al régimen general del apartado segundo del vigente art. 8.2 LORRPM. En segundo lugar, a cualquier delito menos grave en el que haya intervenido violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o integridad de las personas. Finalmente es de aplicación a los restantes delitos menos graves si éstos se ejecutan en grupo o por menores que pertenecen a una organización o actúan a su servicio.¹⁰

⁷ El art. 7.1.i) añade que “esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996”.

⁸ En la Consulta 3/2004 de la Fiscalía General del Estado, de 30 de noviembre de 2004, ya se había indicado que esta medida se podía imponer de forma cautelar por medio de una libertad vigilada con una regla de conducta de prohibición de aproximarse a la víctima. Cfr. también GUTIÉRREZ ALBENTOSA, J. M. “Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores.” *La Ley*. nº 6687 (05.04.2007). En: http://authn.laley.net/hdiario/2007/diario_0405_do1.html [visitado el 4/09/07].

⁹ Actualmente sólo se puede hacer con delitos castigados con pena grave de prisión siempre que ésta tenga una duración mínima de 15 años salvo en los casos de las agresiones sexuales de los arts. 179 y 180, así como de algunos delitos de terrorismo.

¹⁰ El art. 9.2 LORRPM establece ahora lo siguiente: “2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:

a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.

Si se repara bien en el ámbito de aplicación que se fija para el internamiento en régimen cerrado, se puede ver que prácticamente abarca toda la delincuencia de menores excepto la mencionada en el art. 18 de la Ley. En este precepto se prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal desista de la incoación del expediente por delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas, o faltas. De este modo, 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.

Aunque se podría argumentar que en los supuestos del art. 9.2 no es obligatoria la imposición del internamiento¹¹, lo cierto es que si el legislador amplía los supuestos en que se admite la posibilidad de aplicar esta modalidad de privación de libertad y la duración de ésta, ello sólo puede tener sentido si se piensa que ésta es la respuesta adecuada en tales hipótesis o en buena parte de ellas. Si no fuera así, a lo sumo se habría establecido un régimen excepcional para algunos casos y no uno con la pretensión de generalidad que se aprecia en esta regulación.

No sólo se amplía el ámbito de aplicación del internamiento en régimen cerrado, sino que también se incrementa su duración hasta el punto de que, aun cuando en el art. 9.3¹² se establece como duración máxima general de las medidas los dos años, no existe ningún caso en el que esta medida privativa de libertad no pueda exceder en principio de los dos años. Y ello porque para los supuestos del art. 9.2 que es donde se recogen las hipótesis en que se puede imponer esta modalidad de internamiento rige lo dispuesto en el art. 10.1.¹³

b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

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”.

¹¹ En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2006 se dice que “el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación” de los principios del superior interés del menor y de la mayor proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del delito cometido.

¹²El art. 9.3 LORRPM reza ahora así: “La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana”.

¹³ El art. 10.1 LORRPM dispone ahora lo siguiente: “Cuando se trate de los hechos previstos en el apartado 2 del artículo anterior, el Juez, oído el Ministerio Fiscal, las partes personadas y el equipo técnico, actuará conforme a las reglas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor 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

En éste se prevé que para los hechos contemplados en el art. 9.2 la duración de todas las medidas, y en particular del internamiento en régimen cerrado, puede alcanzar hasta los tres años para los menores de 14 y 15 años y hasta seis años para los de 16 y 17 años.

Otro punto importante es la sustitución del principio de la medida única salvo excepciones tanto para la comisión de un hecho único como para el concurso de infracciones por el de acumulación de medidas que ahora se consagra en el art. 7.4:

“el Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos, sujetándose si procede a lo dispuesto en el artículo 11 para el enjuiciamiento conjunto de varias infracciones; pero, en ningún caso, se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase, entendiéndose por tal cada una de las que se enumeran en el apartado 1 de este artículo”.

El primer gran interrogante que se suscita es el del concepto de medida de distinta clase en relación al internamiento. Y ello porque mientras en el art. 7.1 se recoge en un solo apartado el internamiento terapéutico en cualquiera de sus regímenes (cerrado, semiabierto o abierto), el internamiento no terapéutico se recoge en las letras a, b y c del art. 7.1 con lo que aparentemente estamos ante tres sanciones diversas, lo que podría llevar a castigar a un sujeto de 15 años por un único delito de tráfico de cocaína con tres internamientos: uno en régimen cerrado de hasta 3 años, otro en régimen semiabierto de hasta 3 años y otro en régimen abierto de hasta 3 años. En cambio, si ese mismo sujeto ha cometido varios delitos graves de terrorismo, el art. 11. 2 prevé para ese sujeto una medida de internamiento en régimen cerrado hasta 6 años y libertad vigilada de hasta 3 años. Si ello se añade que entre el internamiento en régimen semiabierto se puede equiparar al cerrado, puesto que el art. 7.1 b) establece que:

“la realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro,”

parece que habrá que interpretar que la referencia al régimen en el internamiento no pretende aludir a tres sanciones diversas de internamiento sino a una única en cuya ejecución se distinguen tres grados que van acercando al menor hacia la plena libertad.

Por otro lado, se adelanta a los 21 años¹⁴ el momento en el que el internamiento en régimen cerrado¹⁵ con carácter general se ha de seguir cumpliendo en un centro penitenciario,

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”.

¹⁴ En la actualidad esa edad se sitúa en los 23 años.

¹⁵ A diferencia de lo que acontecía antes, ahora esta regla se restringe a los internamientos en régimen cerrado.

añadiendo que la posibilidad de recurrir a los preceptos relativos a la modificación o sustitución de la medida impuesta con el fin de evitar su ingreso en el mismo tiene un carácter excepcional¹⁶. Junto a este supuesto general también la reforma permite que los menores al alcanzar los 18 años cumplan el internamiento en régimen cerrado en un centro penitenciario “si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia.”¹⁷ En el plano procesal hay que destacar la incidencia que en la privación de libertad tiene la nueva regulación de las medidas cautelares. Por una parte, se añade una nueva circunstancia que permite decretar una medida cautelar: riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima. Por otra, se incrementa el tiempo de duración de la medida cautelar de internamiento: seis meses más una prórroga de tres meses.¹⁸

Asimismo la reforma, en lugar de eliminar la acusación particular del art. 25, que se había introducido a través de la Ley Orgánica 15/2003 y que suponía un cuerpo extraño en un texto legal que se había elaborado sin tenerla en cuenta, procede a regular su actuación. Sin embargo, tampoco ha sido totalmente consecuente con la idea, pues carece de sentido permitir que la acusación particular pueda instar la aplicación de medidas y, en cambio, no pueda proponer pruebas que versen sobre “la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor”. Esta limitación, que tenía sentido cuando no se permitía la acusación particular sino sólo una intervención muy restringida a ciertos perjudicados, resulta ahora un cuerpo extraño, puesto que si el acusador puede instar la aplicación de una sanción, también debería poder solicitar la práctica de cuantas pruebas estime oportunas sobre las características del menor para poder fundamentar adecuadamente su petición.

En el plano procesal todavía habría que mencionar al menos otras dos cuestiones: por una parte, en el art. 17.2 se ha introducido un nuevo inciso que consagra el derecho del menor a una “entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración;”¹⁹ por otra, se amplía el ámbito en el que cabe interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina. En cambio, no ha merecido ninguna modificación la actual situación donde se consagra la especialización del órgano judicial

¹⁶ A ello habría que añadir lo dispuesto en el art. 14.5 de la Ley: “la medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el Juez de Menores con arreglo a la presente Ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario conforme a los apartados 2 y 3 de este artículo”.

¹⁷ En efecto, el art. 14.2 de la Ley establece que “Cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia”.

¹⁸ En el texto legal vigente el tiempo máximo es de tres meses prorrogables por otros tres meses.

¹⁹ De este modo se zanja una cuestión que había sido objeto de interpretaciones diversas. En efecto, mientras la Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/2005, de 12 de julio, había considerado que el menor tenía derecho a una entrevista con su letrado antes de prestar declaración incluso en sede policial, la sentencia 174/2005 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia había estimado que en sede policial el menor no tiene derecho a una entrevista reservada con su letrado antes de prestar declaración.

encargado de la primera instancia y, no en cambio, en la segunda instancia ni en el recurso de casación para la unificación de doctrina.

En materia de ejecución de medidas también se han realizado importantes cambios donde, entre otros aspectos, se establece una excepción al principio de que la competencia le corresponde siempre al juez de menores que dictó la sentencia. En efecto, en los casos en que se hayan impuesto diversas medidas en virtud de sentencias dictadas por diferentes jueces de menores, la ejecución de todas le incumbe al juez de menores que dictó la primera sentencia. Además, se ha llevado a cabo una profunda modificación de la refundición de medidas.

Por último, en materia de responsabilidad civil se ha modificado el procedimiento para su exigencia, de tal modo que ésta se va a dilucidar junto con la penal siguiendo, además, las reglas generales del proceso civil.

3. Análisis de los planteamientos de la reforma

Como hemos visto, en la Exposición de Motivos se justifica la reforma en el cumplimiento de un mandato legal, el de la Disposición adicional sexta. Si se atiende a la tramitación parlamentaria, esta disposición perseguía abrir un debate sobre la LORRPM con el fin de introducir modificaciones dirigidas a mejorar su eficacia. Así queda patente en la justificación que se utilizó para introducirla:

“Se establece en la Disposición Adicional Sexta la apertura de un proceso de reforma reflexionada, serena y dialogada, pero necesaria, que permita incluir en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor aquellas medidas que se manifiesten como oportunas para una mayor eficacia en la aplicación de la norma.”²⁰

Sin embargo, esta finalidad no parece haberse reflejado en la redacción de la misma, puesto que se anuncia al mismo tiempo una evaluación y que se introducirán medidas dirigidas “a sancionar con más firmeza y eficacia” los homicidios y agresiones sexuales: incremento del internamiento, posibilidad de cumplimiento en centros penitenciarios, etc.

Con anterioridad, a la vez que se introdujo la Disposición adicional cuarta dirigida a castigar los delitos de terrorismo, homicidio, agresiones sexuales y otros delitos especialmente graves a través de la Ley Orgánica 7/2000²¹ se incluyó la Disposición adicional quinta. En esta se decía lo siguiente:

“El Gobierno dentro del plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica remitirá al Congreso de los Diputados un informe, en el que se analizarán y evaluarán los efectos y las consecuencias de la aplicación de la disposición adicional cuarta”.

²⁰ BOCG. Senado. Serie II. Nº 145(d), de 11 de octubre de 2003.

²¹ LO 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 terrorismo.

La reforma se pone en marcha cuando todavía no habían transcurrido los cinco años. Además, no parece que el plazo de cinco años sea suficiente para poder llevar a cabo la evaluación del funcionamiento de la Disposición adicional cuarta. En ella se prevén medidas de hasta 8 e incluso 10 años de internamiento por lo que difícilmente se puede determinar si el tipo de sanciones previstas para estos hechos graves (internamiento y en su caso inhabilitación absoluta) y su duración han sido suficientes para alcanzar sus objetivos, la rehabilitación de los menores, o si, por el contrario, no han sido idóneas o al menos su duración se ha mostrado inadecuada, ya sea por excesiva, ya sea por insuficiente.

Es en este contexto y cuando todavía no habían pasado tres años desde la entrada en vigor de la Disposición adicional cuarta, cuando se incorpora a la LORRPM una nueva Disposición adicional en la que de nuevo se alude a la evaluación, pero en este caso en relación a algunas de las infracciones (homicidios y agresiones sexuales) y anticipando que hacen falta sanciones más eficaces, identificando la eficacia con una mayor firmeza de las medidas, especialmente del internamiento y su régimen de ejecución.

Pese a la constante referencia a la evaluación general o parcial del funcionamiento de la Disposición adicional cuarta, lo cierto es que hasta donde alcanzo a ver esta labor no se ha realizado. Esto no es de extrañar, pues, como acabo de señalar, todavía no ha transcurrido el tiempo suficiente como para poder hacerlo.

A mi juicio, la referencia a la evaluación en la Disposición adicional sexta no es más que un mero recurso estilístico que busca dar solidez a la idea central de este precepto: el compromiso de sancionar con más dureza los hechos graves, especialmente los homicidios y las agresiones sexuales.

Como ya indiqué antes, este mayor rigor se pretende justificar con el argumento de que así se incrementa la eficacia. Desde luego si de lo que se trata es de evitar que los menores que hayan cometido algún delito vuelvan a hacerlo, es decir, de conseguir metas de prevención especial, en modo alguno cabe establecer dicha correlación. En efecto, no existen estudios que hayan podido acreditar que las sanciones más graves, especialmente las de internamiento, sean más eficaces que las más leves como las ambulatorias. Más bien hay datos que apuntan en la dirección contraria. Así, en un estudio que se realizó recientemente en Alemania se analizó el nivel de reincidencia durante los cuatro años siguientes al cumplimiento de la sanción penal, tomándose como punto de partida el año 1994 y concluyendo el seguimiento en 1998. La principal conclusión es que el índice de reincidencia es tanto más alto cuanto más grave es la sanción. Mientras entre los menores que sufrieron internamiento volvieron a delinquir el 73% en los cuatro años siguientes a su cumplimiento, en el caso del internamiento con remisión condicional la cifra se quedó en el 57,4%, en las otras sanciones ese nivel se elevó hasta el 60,1% y finalmente en los supuestos de desjudicialización previstos en los arts. 45 y 47 Jugendgerichtsgesetz fue del 40,7%.²²

²² JEHLÉ, Jörg_Martin; HEINZ, Wolfgang; SUTTERER, Peter. *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine kommentierte Rückfallstatistik.* Berlin: 2003. En: <http://www.bmj.bund.de/files/>

Ciertamente habría que destacar que los índices de reincidencia en las diferentes sanciones no son comparables, dado que si a los menores que tienen mejor pronóstico de peligrosidad se les aplican las medidas más leves y a los de peor el internamiento, es lógico que en éste los niveles de reincidencia sean mayores.²³

De todas maneras, como ha destacado Albrecht, aunque los niveles de reincidencia no sean comparables, hay que tener presente que las sanciones se imponen justamente para evitar que el menor vuelva a delinquir. Y desde esta perspectiva preventivo-especial, el internamiento es el que presenta con diferencia los peores resultados. Si las medidas privativas de libertad se imponen a los que presentan mayores déficit, se supone que ello acontece porque son medidas que están justamente mejor preparadas para hacer frente a esa peor situación del menor, lo que, sin embargo, en la práctica no es así.²⁴

Además, también hay algunas investigaciones en las que se han formado grupos integrados por menores con similares características que han cometido los mismos hechos. En estos trabajos se ha podido comprobar asimismo que los condenados a las medidas más pedagógicas han tenido menor tasa de reincidencia que los castigados con medidas más represivas²⁵. Así, Wellhöfer se ocupa de una investigación en la que se analizan 50 casos de menores condenados a cursos de capacitación social (*soziale Trainingskurse*) y 50 casos de menores que fueron condenados a una medida privativa de libertad de arresto entre 1989 y 1991. Todos ellos habían cometido delitos bastante similares e incluso los sancionados con los cursos tenían más antecedentes penales que los castigados con el arresto. En efecto, mientras los primeros presentaban una media de 2,3 antecedentes, los segundos tenían sólo una media de 1,7. 21 meses después, mientras entre los que asistieron a cursos el nivel de delincuencia había bajado al 1,3, entre los que sufrieron el arresto el nivel se incrementó hasta el 2,1. En definitiva, los condenados a cursos de capacitación, pese a tener más antecedentes, tuvieron un menor índice de reincidencia tras el cumplimiento de la medida que los que sufrieron arresto.²⁶

[/632/RFS_II_Gesamt_v8_600dpi.pdf](#) [visitado el 4/09/07]. Con más referencias, cfr. KUNZ, Karl Ludwig. *Kriminologie*. 4ª ed. Bern: Haupt, p. 329; ALBRECHT, Peter-Alexis. *Jugendstrafrecht*. 3ª ed. München: C.H. Beck, 2000, p. 50 y ss.; SCHAFFSTEIN, Friedrich; BEULKE, Werner. *Jugendstrafrecht*. 14ª ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2002, p. 28 y ss.; WALTER, Michael. *Jugendkriminalität*. 2ª ed. Stuttgart: Boorberg, 2001, p. 278 y ss., especialmente p. 280.

²³ SCHAFFSTEIN/BEULKE, *Jugendstrafrecht*, cit. nota al pie nº 22, p. 30; ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, cit. nota al pie nº 22, p. 51.

²⁴ ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, cit. nota al pie nº 22, p. 51.

²⁵ OSTENDORF, Heribert. “Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts oder seiner Essentialia”. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. nº 6 (2006), p. 320-326, p. 323.

²⁶ WELLHÖFER, Peter R. “Soziale Trainingskurse und Jugendarrest. Versuch einer vergleichenden Erfolgskontrolle”. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (1995), p. 42 y ss. Ver también KRAUS, Ludwig; ROLINSKI, Klaus. “Rückfall nach Sozialem Training auf der Grundlage offiziell registrierter Delinquenz”. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (1992), p. 32 y ss., quienes analizaron el nivel de reincidencia durante al menos dos años de 54 menores que asistieron a cursos de capacitación, comprobando que tras dos años el 44,4% no había vuelto a delinquir. No obstante, en esta investigación no se incluyó ningún grupo de control.

Synowiec, partiendo de la hipótesis de que para autores de parecidas características que han cometido hechos similares las medidas ambulatorias son más eficaces que las privativas de libertad, efectúa un análisis de las diversas investigaciones que se han ocupado del tema.²⁷ Este autor llega a la conclusión de que

“no se puede considerar como empíricamente demostrado que las medidas ambulatorias, pese a los resultados de las investigaciones aparentemente más favorables, traigan consigo unos efectos más favorables y una mayor eficiencia que las privativas de libertad en el caso de grupos similares de autores y de delitos. No obstante, desde la perspectiva de los costes, se puede admitir un efecto superior de las medidas ambulatorias, puesto que la aplicación de éstas ocasiona menores costes que la imposición de sanciones privativas de libertad.”²⁸

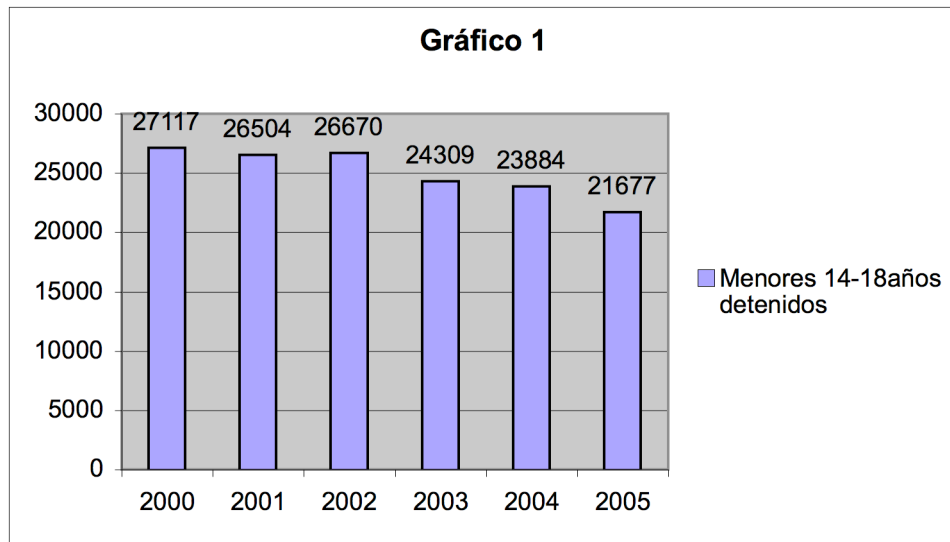
Si a todo lo anterior añadimos el hecho de que los delitos violentos, según el Gobierno, no han aumentado significativamente, todavía se entiende menos por qué es necesario que el internamiento dure más y se pueda ejecutar en prisiones de adulto. Si son los menores causantes de hechos violentos los principales destinatarios de este tipo de medidas y se constata que no crecen los comportamientos violentos, de ahí lo que cabría deducir es que ello sucede gracias a la actual regulación que ha logrado contenerlos y, en consecuencia, no parecería lógica su modificación.

En definitiva, desde la perspectiva preventivo-especial que preside hasta ahora la LORRPM no se puede justificar una reforma que incrementa el rigor de las medidas privativas de libertad con el pretexto de aumentar la eficacia de las mismas.

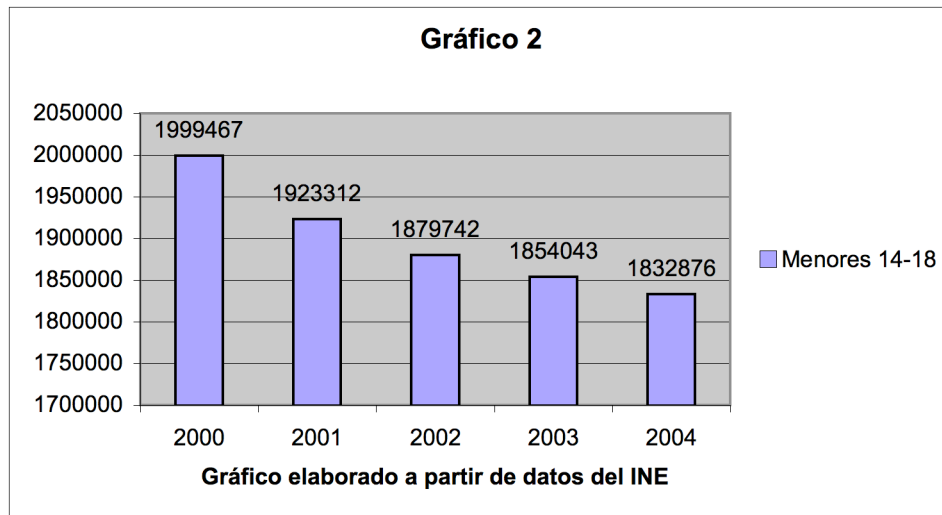
No mejor suerte puede correr el segundo argumento utilizado por el Gobierno para plantear la reforma: el aumento de la delincuencia de menores. En efecto, si se contemplan los datos publicados por el Ministerio del Interior en los últimos años, se puede ver que la delincuencia de menores no se está incrementando. Así lo atestigua el hecho de que el número de detenidos es cada vez menor (Gráfico 1). Y no cabe objetar que ello pueda ser debido a que el número de menores de 14 a 18 años esté disminuyendo (Gráfico 2), pues, aun siendo cierto, sin embargo, su ritmo de disminución es inferior al que han experimentado las detenciones llevadas a cabo por las Fuerzas de Seguridad, como se puede ver en la evolución experimentada por el número de detenidos-año por cada mil menores de 14 a 18 años (Gráfico 3).

²⁷ SYNOWIEC, Patrick. *Wirkung und Effizienz der ambulanten Maßnahmen des Jugendstrafrechts*. Stuttgart: 1998, pp. 167 a 331.

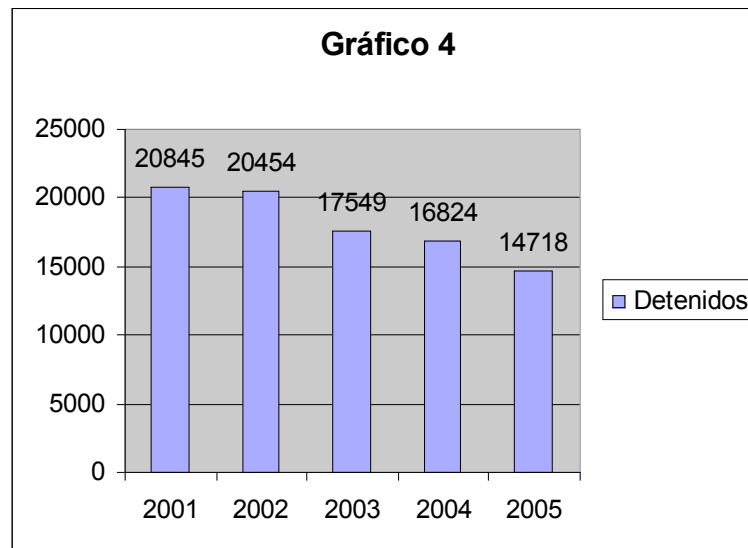
²⁸ SYNOWIEC, *Wirkung*, cit. nota al pie nº 27, p. 362.



Fuente: Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior



Pero es que, además, no sólo no han aumentado en general, según los datos proporcionados por el Ministerio del Interior, los menores detenidos por la comisión de delitos en general, sino que tampoco lo han hecho los detenidos por delitos contra el patrimonio en particular (Gráfico 4)



En el debate de las enmiendas de la totalidad, el Ministro de Justicia aludió al aumento de la delincuencia juvenil, señalando que de 11.000 causas en el año 2002 se había pasado a 22.000 en el año 2004, lo que suponía “un crecimiento cuantitativo muy impactante.”²⁹

Sin embargo, es difícil pensar que esas cifras se ajusten a la realidad. Una duplicación de la delincuencia juvenil se debería haber traducido en un aumento de los menores detenidos, lo que, como hemos visto, no ha sucedido. Pero es que, además, los datos manejados por el Ministro de Justicia no se ajustan a las estadísticas judiciales oficiales,³⁰ en las que se puede observar cómo el volumen de expedientes desde el año 2001 está disminuyendo, lo que es incompatible con el pretendido aumento del que habla el Ministro de Justicia. Al mismo tiempo se puede ver que en 2003 y 2004 se resolvieron más asuntos que en 2002, lo que en parte puede explicar el mayor número de sentencias. Además, el incremento del número de sentencias también se puede explicar por otras razones como, por ejemplo, por un menor recurso a las técnicas de desjudicialización.

Año	2000	2001	2002	2003	2004
Expedientes registrados	22476	54922	36605	33470	32963
Expedientes resueltos	20051	38953	31850	36473	35997
Sentencia condenatoria	1671	5400	12829	16702	18254
Sentencia absolutoria	219	651	1234	1744	2044

Fuente: Instituto Nacional de Estadística³¹

²⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, año 2006, n.º 162, pág. 8145.

³⁰ Elaboradas, como es sabido, por el Instituto Nacional de Estadística en virtud de un convenio de colaboración firmado con el Consejo General del Poder Judicial el 14 de febrero de 1995.

³¹ En la estadística del año 2005 ya no se ofrecen estos datos.

En definitiva, tampoco se puede justificar una reforma en los términos que pretende el Gobierno con el argumento del incremento de la delincuencia de menores. De hecho, si lo que preocupa en nuestro país actualmente es la sensación de impunidad en materia de infracciones patrimoniales que en su inmensa mayoría no son violentas, no se alcanza a comprender cómo la reforma incide esencialmente en el agravamiento de los delitos violentos.

En el fondo, el recurso a esta idea no es algo nuevo. Como ha señalado Walter, el debate político-criminal y criminológico de la delincuencia de menores siempre se ha vinculado a la preocupación por su aumento. Su tratamiento autónomo coincidió con su pretendido aumento, y éste es el que suele estar tras todas la reformas que pretenden combatir la delincuencia de menores de forma más eficiente.³²

En realidad, la verdadera razón de la reforma que se pretende acometer hay que buscarla, dicho con los términos empleados en la Exposición de Motivos, en “el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido”. Esto supone realizar una modificación de la LORRPM de gran calado, puesto que en su redacción originaria, tal como se declara en su Exposición de Motivos, “al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad”, se rechazan “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 trata igualmente de “impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares.”³³ Aunque en la versión original de la Ley 5/2000 había alguna manifestación de esta idea³⁴, lo cierto es que esta tendencia ya se acentuó, aun sin reconocerlo expresamente,³⁵ con la reforma planteada por el Gobierno del Partido Popular a través de la Ley Orgánica 7/2000, especialmente con la introducción de la Disposición adicional cuarta. El proyecto ahora estudiado se limita a seguir la senda trazada por el anterior ejecutivo, colocando en un primer plano las exigencias de prevención general o de retribución.³⁶

³² WALTER, *Jugendkriminalität*, cit. nota al pie nº 22, p. 30.

³³ Es preciso aclarar que la proporcionalidad a la que se alude no se identifica con el principio constitucional que proscribe que las penas y su medida desborden el marco trazado por la gravedad del delito (cfr., entre otras, SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 49/1999, de 5 de abril y la 136/1999, de 20 de julio), sino con determinados fines de la pena, ya sea la retribución o la prevención general positiva. En este sentido, por ejemplo, CÓRDOBA RODA, Juan: “La Ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos”. *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2 (2002), p. 63; ALASTUEY DOBÓN, María del C. *La reparación de la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 437 y s.

³⁴ Para su identificación, cfr., por ejemplo, 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*, nº 32 (2000), p. 686 y ss.; CERESO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. T. III*. Madrid: Tecnos, p. 92 y ss.

³⁵ En la Exposición de Motivos se dice que la reforma “tiene por finalidad reforzar la aplicación de los principios inspiradores” de la LORRPM.

³⁶ Respecto de la Ley Orgánica 7/2000, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. nº 4 (2001), p. 31, nota 29, señala que “se trata de una reforma populista atenta a la alarma social que producen ciertos delitos y a la presión de la opinión pública (víctimas potenciales) más que a las

En resumen, lo que con el proyecto del Gobierno se ha puesto sobre la mesa es un cambio de modelo en la justicia de menores española que probablemente haya que poner en relación con el producido en el Derecho penal de adultos y que se ha denominado de la seguridad ciudadana.³⁷ En este sentido es interesante retener, siguiendo a Díez Ripollés, algunas de sus características: el protagonismo de la delincuencia clásica, el sentimiento de inseguridad ciudadana, la sustantividad de los intereses de las víctimas, así como la revalorización de la prisión y, en general, del componente aflictivo de las penas.³⁸

4. Hacia la implantación del modelo de la seguridad ciudadana en la justicia de menores

4.1 Introducción

Aun cuando un sistema de justicia penal de menores orientado a la prevención especial sea la opción preferida por la mayoría debido a las características de la delincuencia de los menores,³⁹ ello no significa que no quepa configurar un modelo diverso, ya sea uno orientado a la prevención general, ya sea uno mixto que combine ambos aspectos. En un modelo mixto cabe admitir que junto a reacciones dirigidas a la prevención especial existan otras donde primen las exigencias de prevención general. Así algunos sostienen que éstas deben tenerse en cuenta en los delitos muy graves.⁴⁰

necesidades educativas y de inserción social de los menores con peligrosidad criminal que informan la ley de responsabilidad penal de los menores (lo que es noticia es el fracaso de los objetivos de la ley, no sus aciertos)”. Muy recientemente BERNUZ BENEITEZ, M^a José. “Justicia de menores española y nuevas tendencias penales”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 07-12 (2005), pp. 1-23. En: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf>, dice que “la reforma no aspira a realizar funciones de prevención especial positiva y de integración social, sino más bien de prevención especial negativa y de inoquización y apartamiento del menor. Al tiempo que pretende lograr funciones de prevención general positiva y negativa más propias del derecho penal de adultos que de una jurisdicción de menores”.

³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 06-03 (2004), pp. 1-34. En <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>. Cfr. también del mismo: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 07-01 (2005), pp. 1-37. En <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. En este contexto “de miedo, alarma social y de demanda creciente de seguridad” sitúa recientemente BERNUZ BENEITEZ. “Justicia de menores”, cit. nota al pie nº36. p. 9, la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2000, concluyendo esta autora que “con las modificaciones y excepciones a la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores se está asentando una tendencia a tratar al menor, autor de delitos graves, como enemigo al que es preciso eliminar o, al menos, invisibilizar”.

³⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo”, , cit. nota al pie nº 37, p. 1-34. En Alemania, Albrecht destaca que frente a los que estiman que es necesario reformar la legislación penal de menores, otros rechazan esta idea por temor a que la reforma suponga un endurecimiento general del Derecho penal de menores dado que el debate actual está polarizado en torno a la violencia y a los sentimientos de inseguridad (ALBRECHT, Hans-Jörg. *Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten D für den 64. Deutschen Juristentag*. München: Beck. 2002, p. 172 p.).

³⁹ En la elección de este modelo juegan un papel esencial tanto las características de los sujetos como de la delincuencia de los menores. Sobre ambos aspectos, cfr. mi trabajo “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”. *RDPC*. nº 3 (1999), p. 35 y ss. y 64 y ss.

⁴⁰ Defiende que en casos graves se atienda a la prevención general, por ejemplo, CARMONA SALGADO, Concepción. “Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. I (2002), p. 919 y ss.

Una vía diferente sigue Silva Sánchez cuando propugna un modelo que atiende a la prevención especial o a la general en función de la distinción de dos franjas de edad. En la primera que podría ir de los 10 ó 12 a los 14 años se impondrían medidas educativas. En la segunda que se ocuparía de la franja de los 14 a los 18 años y donde, a su juicio, los menores ya pueden ser considerados responsables, se aplicarían penas juveniles.

“La razón por la cual es necesario, en casos de manifiesta «responsabilidad», retomar el instrumento de la pena puede explicarse precisamente en términos preventivos. En efecto, en términos de prevención general negativa, sólo un sistema que prevé la pena en determinados casos puede mantener la eficacia intimidatoria sobre los sujetos que sean autores potenciales y pertenezcan a la franja de edad correspondiente. Por lo que hace a la prevención general positiva, sólo un sistema que, ante determinados casos en los que es insuficiente el aseguramiento fáctico o cognitivo de la vigencia de la norma, ante el fracaso de las medidas, parte de un aseguramiento por vía normativa de la vigencia de esa norma, es decir, la pena, puede aspirar a mantener la confianza de la población en el normal funcionamiento del sistema jurídico”.⁴¹

Pues bien, las reformas efectuadas en la LORRPM, como vamos a ver, han supuesto un cambio de orientación en el sistema de justicia de menores, dando entrada para buena parte de la delincuencia cometida por éstos a consideraciones de prevención general en sintonía con el modelo de seguridad ciudadana que está dominando el sistema de justicia penal de adultos.

4.2. La reforma de 2000

A mi entender, con la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2000 se abandonó el modelo originario de la LORRPM basado esencialmente en la prevención especial y se optó por uno mixto, donde se distinguen dos supuestos. En relación con 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 denominado núcleo duro de la delincuencia de menores (reincidentes y responsables de delitos muy graves) ya no se puede sostener que son las consideraciones de prevención especial las que ocupan un primer plano en la Ley, sino las de prevención general. Así, en primer lugar, cuando se trata de mayores de 16 años que hayan cometido hechos “con violencia o intimidación en las persona o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas”, la regla 5ª del art. 9 obliga a imponer el internamiento en régimen cerrado en casos de extrema gravedad, habiéndose de apreciar ésta por expresa disposición legal cuando se dé la reincidencia.

En segundo lugar, en el tratamiento que la Disposición adicional cuarta dispensa a la delincuencia muy grave la prevención general ha desplazado completamente a la prevención especial. En efecto, cuando los hechos cometidos son constitutivos de delito de

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 130 y 136, nota 40. La cita literal es de las p. 130 y ss.

homicidio, asesinato, agresiones sexuales agravadas, terrorismo o cualquier otro castigado con pena de prisión de 15 o más años, se establece la obligatoriedad de un internamiento en régimen cerrado de hasta 8 ó 10 años para mayores de 16 años y de hasta 4 ó 5 años para menores de esta edad.

Y, desde luego, esta regulación no es consecuente desde un punto de vista preventivo especial, puesto que no cabe establecer una correlación entre tipo de hecho cometido y medida aplicable.⁴² En efecto, la comisión de un delito y su gravedad constituyen una base insuficiente para poder pronosticar que su autor vaya a volver a delinquir en el futuro.⁴³ Lo mismo cabe decir en los supuestos de reincidencia. Esta, por sí sola, es un indicio insuficiente para fundamentar que el sujeto vaya a seguir cometiendo delitos.⁴⁴ Ello queda patente en otro sistema orientado a la prevención especial como es el de las medidas de seguridad privativas de libertad para adultos, donde éstas nunca son obligatorias en virtud de la gravedad del delito. En efecto, su aplicación depende de que sean necesarias en función del pronóstico de peligrosidad.⁴⁵ Sin embargo, en el ámbito de los menores se puede acordar el internamiento con mayor facilidad, puesto que no se exige en estos supuestos el pronóstico de peligrosidad, lo que, en definitiva, supone tratar con más rigor a

⁴² FEIJOO SÁNCHEZ. “Sobre el contenido”, cit. nota al pie n° 36, p. 32, nota 29, estima que “también se puede ofrecer una explicación desde una perspectiva preventivo-especial. Es difícil que un menor que realiza ese tipo de hechos no presente serias deficiencias en su socialización o formación”. No obstante, añade que “los casos más problemáticos con respecto a estos delitos (p. ej. exceso en la legítima defensa, miedo no insuperable) precisan soluciones imaginativas que la dogmática puede proporcionar y que una interpretación generosa de la ley desde un punto de vista preventivo-especial (dejando de lado los aspectos preventivo-generales) puede permitir”. Quizás con soluciones imaginativas y una interpretación generosa de la Ley se puedan resolver los problemas, pero con ello se está reconociendo que la gravedad de la infracción es un indicio de la peligrosidad que se puede ver refutado por otros factores personales, sociales y familiares del menor.

⁴³ Así lo reconocía el propio von LISZT, Franz. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze. T. II. Reimpresión de la edición de 1905*. Berlin: Walter de Gruyter, 1970, p. 57, cuando decía que “según nuestra postura la actitud del autor acreditada a través del hecho debe ser lo decisivo. Su actitud hacia el ordenamiento jurídico, *todo su pasado y lo que de ella se puede esperar para el futuro* deben ser determinantes para el tipo y la medida de la pena. Si el acusado está por primera vez ante el Tribunal o si pertenece a los fieles y habituales visitantes de la institución debe adquirir una relevancia decisiva.” Es más, la referencia al hecho no la incluía como elemento coherente con su planteamiento preventivo-especial, admitiendo que “quizás fuera consecuente con nuestra concepción atender sólo a la actitud y no esperar hasta el hecho” (p. 16). Si no prescindió de éste, ello fue por razones garantísticas: “la pena significa una injerencia tan profunda en la libertad individual de la persona que no la podemos imponer si no existe la certeza sino simplemente la sospecha,” o sea, “si no se da el hecho sino sólo la actitud delictiva” (p. 16).

⁴⁴ En las investigaciones criminológicas se ha puesto de relieve que ni siquiera el hecho de tener varios antecedentes supone que en la edad adulta los menores vayan a seguir una carrera delictiva. En muchos menores la comisión de varios delitos tiene también un carácter episódico. En este sentido, ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, cit. nota al pie n° 22, p. 15. En otras se resalta que existe una baja probabilidad de que menores con uno o dos antecedentes policiales o judiciales vuelvan a aparecer en la jurisdicción de adultos. En cambio, esa posibilidad es bastante elevada en menores con tres o más antecedentes. Cfr. WALTER, *Jugendkriminalität*, cit. nota al pie n° 22, p. 236.

⁴⁵ Así lo exige el art. 95.1 CP cuando para la aplicación de la medida de seguridad no sólo requiere la comisión de un delito, sino además “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”.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. “La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores” *Polít. Crim.* nº 5 (2008). A1-5, p.1-31. [http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_1_5.pdf]

los menores que otros sujetos con problemas de imputabilidad. Por ello no es de extrañar que la reforma haya merecido un juicio muy crítico.⁴⁶

4.3. La reforma de 2006

El proceso desencadenado por la Ley Orgánica 7/2000 se ha completado por el momento con la entrada en vigor el 5 de febrero de 2007 de la reforma operada en la Ley Orgánica 5/2000 por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

A mi juicio, no resulta muy difícil identificar en el texto de la reforma las características del modelo de la seguridad ciudadana que ha sido desarrollado para el ámbito de los adultos y que ahora se pretende trasladar al de los menores.

Como ya hemos visto, una de las razones que pretendidamente animan el proyecto es la “gran preocupación social” por el aumento de la delincuencia de menores, así como la pérdida de confianza en 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”.

Otro eje del proyecto está constituido, como se indicó, por la potenciación de la privación de libertad, especialmente de la modalidad más grave del internamiento cuyo ámbito de aplicación y duración se amplían, y, por tanto, del carácter aflictivo de las sanciones, buscando, como se dice en la Exposición de Motivos, “una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho”.

Asimismo en la reforma destaca el protagonismo de las víctimas a través del desarrollo que se hace la acusación particular.

Finalmente, también en el proyecto se deja sentir el peso de la delincuencia clásica, en especial de la patrimonial, que aparece mencionada en la Exposición de Motivos, como acabo de señalar, como el punto en torno al cual giran primordialmente las preocupaciones sociales.

En definitiva, creo que no resulta descabellado afirmar que estamos asistiendo a la implantación del modelo de la seguridad ciudadana en el sistema de responsabilidad penal de los menores. O dicho con otros términos, se están dando todos los pasos necesarios para

⁴⁶ Cfr., por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El Derecho penal ante el terror”. *El País*. 12.10.2000; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther. “Comentarios a la exposición de motivos y al título preliminar”, en AA.VV. *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Madrid: CGPJ, 2000, p. 35 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, “Sobre el contenido”, cit. nota al pie nº 36, p. 31 y ss.; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. “Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo”. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. nº 53 (2001), p. 104 y ss.; GARCÍA RIVAS, Nicolás: “Aspectos críticos de la Legislación penal del menor”. *Revista penal*. nº 16 (2005), p. 103 y s.

introducir en la justicia de menores las actuales directrices político-criminales que presiden el Derecho penal de adultos y que en la actualidad responden a dicho modelo.

5. La valoración del modelo

5.1. Introducción

Anticipando las conclusiones, el modelo instaurado por la reciente reforma ignora las peculiaridades de la delincuencia de menores y los conocimientos que se tienen sobre el funcionamiento de la justicia de menores. Y además, se sitúa al margen de las directrices internacionales sobre la materia, que a su vez se asientan sobre el estado de conocimiento que actualmente se tiene sobre la delincuencia y los sistemas de justicia de menores.

A continuación me voy a ocupar de exponer sintéticamente algunos aspectos sobre la delincuencia cometida por los menores y los efectos de la actuación de la Administración de Justicia de menores. Después efectuaré la valoración de la Ley Orgánica 8/2006, tomando como punto de referencia las directrices internacionales.

5.2. La delincuencia de menores y su tratamiento por los órganos de la Administración de Justicia

El punto de partida lo constituye la constatación de que la delincuencia de menores constituye un fenómeno normal (la mayoría de los menores, especialmente los varones, comete algún hecho delictivo), ubicuo (todos sin distinción de clase social cometen delitos) y episódico (aunque la mayoría nunca cae en manos de la Administración de Justicia ni es sancionada por ello, casi todos dejan de ejecutar delitos espontáneamente al llegar a la edad adulta).⁴⁷ Esto significa que la comisión de un hecho delictivo durante la minoría de edad en la mayor parte de los supuestos es algo que va ligado al desarrollo de los menores y no es síntoma de la existencia de un déficit educativo.⁴⁸ Esto sólo acontece en una pequeña parte de los que cometen delitos que son los que lo van a seguir haciendo en el futuro.⁴⁹ Además, en los menores que llegan a la Administración de entre los que cometen delitos, y especialmente entre los reincidentes, se observa en mayor proporción que entre los que no

⁴⁷ Así lo destacan las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) en su apartado I.5.e cuando proclaman “el reconocimiento del hecho de que el comportamiento o conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta”.

⁴⁸ Sobre ello, con más referencias, cfr. GARCÍA PÉREZ, “Los actuales principios”, cit. nota al pie nº 39, p. 35 y ss.

⁴⁹ La identificación de este grupo constituye sin duda uno de los retos de la Criminología. Parece que entre aquellos menores que caen varias veces en manos de la Administración de Justicia existe una mayor probabilidad de seguir cometiendo delitos en la edad adulta. Sin embargo, esto no siempre acontece y, además, hay adultos que iniciaron su carrera delictiva de forma tardía. Cfr. WALTER, *Jugendkriminalität*, cit. nota al pie nº 22, p. 273; SCHWIND, Hans Dieter. *Kriminologie*. 14ª ed., Heidelberg: Kriminalistik Verlag, 2004, p. 68; KAISER, Günther. *Kriminologie*. 2ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1988, p. 427; MEIER, Bernd-Dieter; RÖSSNER, Dieter; SCHÖCH, Heinz: *Jugendstrafrecht*. Munich: C. H. Beck, 2003, p. 49 y ss., pp. 67 y 134 y ss.

cometen delitos los siguientes fenómenos: fracaso escolar, falta de puntualidad, absentismo y conductas conflictivas.⁵⁰

Otro elemento importante a tener en cuenta es el hecho de que en las modernas sociedades industrializadas la etapa de la adolescencia se ha prolongado, de tal modo que el cumplimiento de la mayoría de edad legal no significa que ya se desempeñen roles de adulto o que al menos se esté ya próximo a su asunción.⁵¹

La formación de grupos entre los menores, como destaca Ostendorf, “no sólo es normal sino que es útil para la socialización y la integración social.”⁵² En efecto, como se ha destacado desde el ámbito de la Psicología,

“la interacción con los compañeros en la adolescencia desempeña funciones parecidas a las de la niñez, pero de manera quizá más decisiva. El grupo pasa a constituir ahora la institución socializadora por antonomasia, la fuente principal de donde el adolescente recaba su posición y su autoconcepto.”⁵³

Ciertamente en ocasiones también juega un papel negativo, puesto que en su seno se desencadena la comisión de delitos.⁵⁴ Y ello porque, como señala Cano, en su seno “se produce una disminución de las inhibiciones y un desplazamiento de la responsabilidad hacia otros factores externos.”⁵⁵

La delincuencia de los menores es una de pequeña y mediana gravedad, donde los delitos muy graves como el homicidio tienen una escasísima relevancia estadística. Si nos fijamos en las estadísticas judiciales del año 2004, el 67,44% de los menores son condenados por delitos patrimoniales y si le añadimos los condenados por delitos de lesiones o contra la libertad, entonces el porcentaje asciende al 82,15%, mientras que sólo el 0,21% es condenado por homicidio⁵⁶. En el caso de las estadísticas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el año 2005 casi el 70% de los detenidos lo fue por delitos patrimoniales, el 4,89% por lesiones y un 0,30% por homicidio.⁵⁷

⁵⁰ SCHWIND, *Kriminologie*, cit. nota al pie nº 49, p. 218.

⁵¹ Sobre ello con más referencias, cfr. GARCÍA PÉREZ, “Los actuales principios”, cit. nota al pie nº39, p. 66 y ss.

⁵² OSTENDORF, Heribert. “Ansatzpunkte für materiell-rechtliche Entkriminalisierungen von Verhaltensweisen junger Menschen”. En: AA.VV. *Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung. Reimp. 1ª ed.* Bonn: Forum-Verl. Godesberg, 1992, p. 200.

⁵³ FIERRO, Alfredo: “Desarrollo social y de la personalidad en la adolescencia”. *Psicología evolutiva 3. Adolescencia, madurez y senectud. Reimp. 1ª ed.* Madrid: Alianza Editorial, 1986, p. 126.

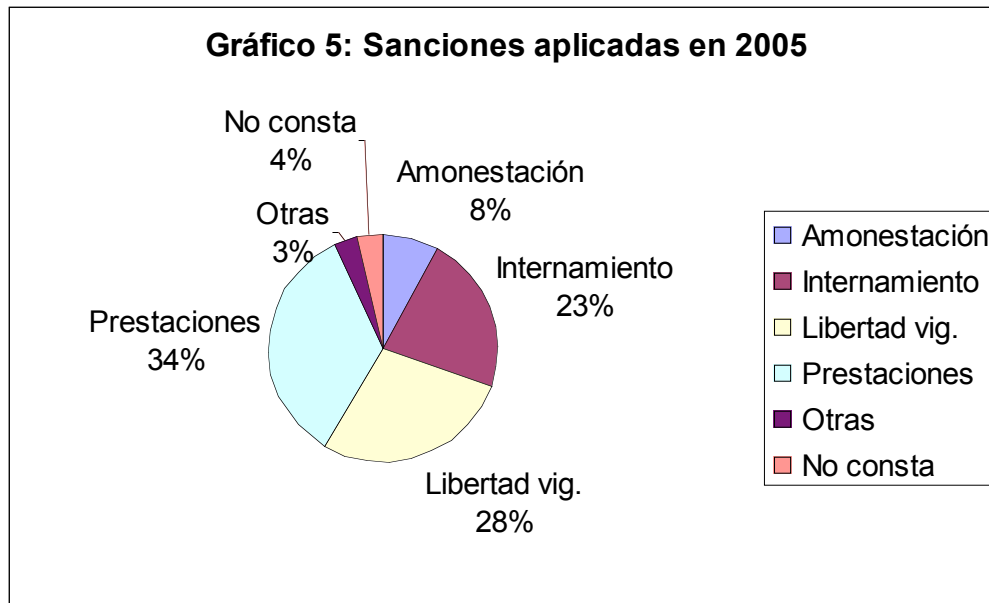
⁵⁴ SCHWIND, *Kriminologie*, p. 65 y 260 y s.; MEIER/RÖSSNER/SCHÖCH, *Jugendstrafrech*, cit. nota al pie nº 49, p. 50; CANO PAÑOS, Miguel Ángel. “¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica”. *ADPCP* (2002), p. 294.

⁵⁵ CANO PAÑOS, “¿Es conveniente?”, cit. nota nº 54. p. 294.

⁵⁶ Porcentajes elaborados a partir de los datos proporcionados por las estadísticas judiciales del año 2004 que facilita el INE.

⁵⁷ Porcentajes elaborados a partir de los datos ofrecidos por el Anuario Estadístico de 2004 del Ministerio del Interior.

En el plano de las sanciones, hay que resaltar que en nuestro país con la actual regulación se está aplicando el internamiento aproximadamente en uno de cada cuatro menores.



Fuente: Instituto Nacional de Estadística

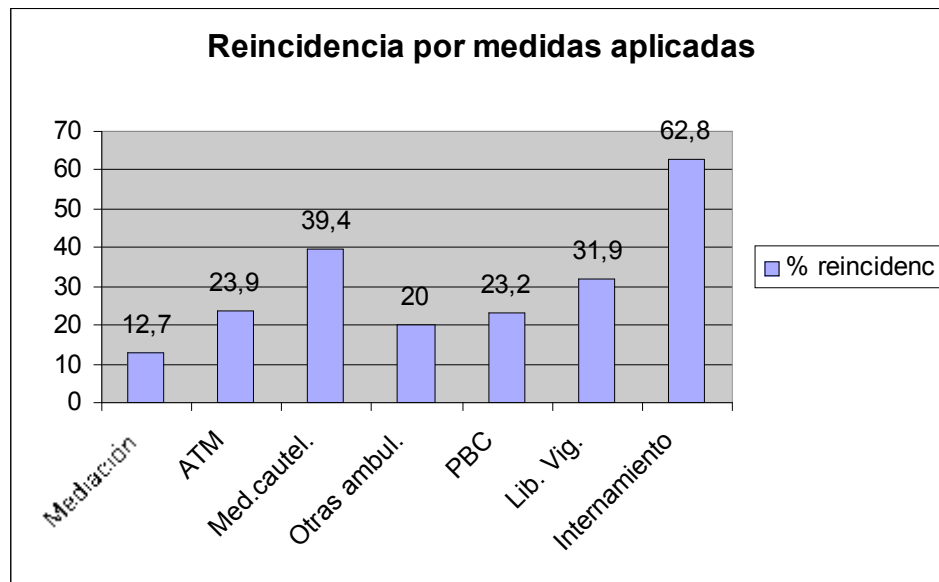
Se trata de un resultado que coincide con los datos del estudio llevado a cabo por la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología para el Consejo General del Poder judicial y en el que se constató que mientras con la vigencia de la Ley 4/1992 el porcentaje de internamientos ascendía a un 17,62%, con la 5/2000 este porcentaje se incrementó hasta un 26,62%.⁵⁸

Recientemente Capdevila/Ferrer/Luque han estudiado en Cataluña los niveles de reincidencia de los menores que son tratados por la Administración de Justicia.⁵⁹ Para ello hacen un seguimiento de todos los menores que terminaron de cumplir la medida aplicada por el delito cometido en 2002, cuyo comportamiento observan hasta años después. En su estudio, un 22,7% de ellos vuelve a cometer delitos. Sin embargo, ese índice varía mucho en función del tipo de respuesta que se diera al menor por el delito. Como se puede ver en la tabla siguiente, este estudio viene a corroborar los resultados que arrojan las investigaciones efectuadas en el extranjero. Así, respecto de la efectuada en Alemania⁶⁰, los porcentajes de reincidencia para la medida de internamiento que no es objeto de remisión condicional son un poco más bajos, si bien hay que tener presente que en este país el seguimiento fue de cuatro años.

⁵⁸ GARCÍA PÉREZ, Octavio. “Estudio comparativo sobre la aplicación de las leyes de responsabilidad penal del menor 4/1992 y 5/2000 (II)”. *Boletín Criminológico*. n.º 70 (2004), p. 3.

⁵⁹ CAPDEVILA, Manel; FERRER, Marta; LUQUE, M.Eulália. “La reincidencia en el delicto en la justicia de menores”. *Justidata*. n.º 42 (2005).

⁶⁰ Cfr. *Supra* las referencias de la nota 7.



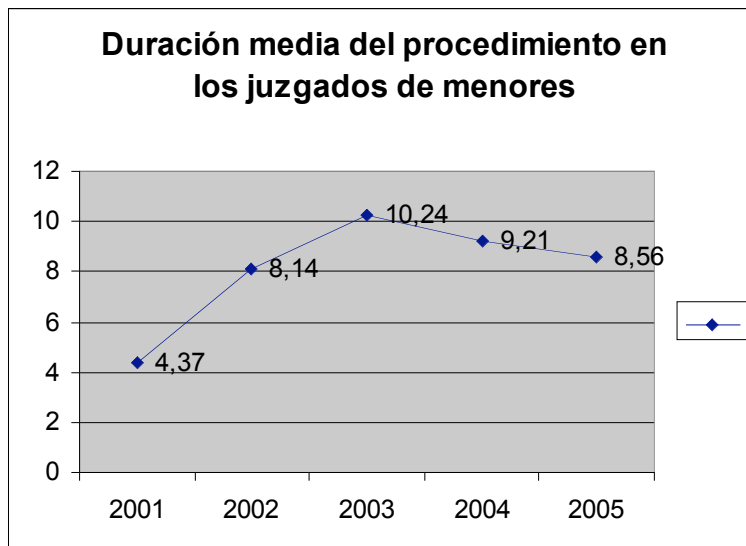
Otro aspecto de gran relevancia es el de la duración de los procedimientos. En este sentido lo más llamativo es que en nuestro país con la entrada en vigor de la LORRPM los procesos de menores duran más tiempo. Una de las causas fundamentales que explican este fenómeno es la mayor carga de trabajo que ahora tienen los Juzgados de Menores. En el estudio que se efectuó por la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología se constató esta circunstancia en los siguientes términos:

Tiempo transcurrido entre incoación y resolución	Ley 4/92 Porcentaje de asuntos	Ley 5/00 Porcentaje de asuntos
Menos de 2 meses	12,8%	4,1%
Entre 2 y 4 meses	22,7%	11,4%
Entre 4 y 6 meses	21,9%	25,8%
Entre 6 y 8 meses	15,7%	24,9%
Entre 8 y 10 meses	11,8%	14,4%
Entre 10 y 12 meses	5,9%	12,2%
Más de 12 meses	9,2%	7,2%

Como se puede observar, durante la vigencia de la Ley 4/92 en el 57,4% de los asuntos transcurría menos de 6 meses desde la incoación del expediente hasta que se dictaba la resolución. Ese porcentaje ha bajado al 41,3% con la entrada en vigor de la nueva regulación.⁶¹ Así lo constata también el propio Consejo General del Poder Judicial en su Memoria correspondiente al año 2005, donde se pone de relieve que de una duración media de 4,37 meses en 2001 se ha pasado a una de 8,56 meses en 2005. Al menos una de las

⁶¹ GARCÍA PÉREZ, “Estudio”, p. 3. En un estudio realizado recientemente en Andalucía, PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima. *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 412 y ss., destaca que es la instrucción la que ocupa la mayor parte de la duración del procedimiento.

causas hay que buscarla en el mayor volumen de trabajo que han experimentado los Juzgados de Menores.



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 2006

Indudablemente esta situación incide de forma negativa en la eficacia preventivo-especial de las medidas, pues cuanto más tiempo transcurre entre la comisión del delito y la imposición de la sanción, menor es su eficacia. Y ello porque, cuando ha pasado un tiempo considerable desde que se realizó el hecho, el que sufre la medida ya no la vive como algo justo y se pierde su efecto educativo, lo que se acrecienta en el caso de los menores porque éstos tienen una percepción del tiempo más lenta que los adultos.⁶²

5.3. Las directrices internacionales y la reforma de 2006

En lo referente al modelo y a los fines de la justicia de menores, la reforma abandona la orientación a la prevención especial de la LORRPM en su redacción originaria, que ya quedó bastante matizada a través de la Ley Orgánica 7/2000, y pone en un primer plano la necesidad de velar más por la proporcionalidad entre el delito cometido y la sanción aplicable⁶³.

⁶² Sobre la percepción del tiempo en los menores, URRÁ PORTILLO, J. *Menores, la transformación de la realidad*. Madrid: Siglo XXI, 1995, p. 251.

⁶³ En este sentido el voto particular formulado por Fernando Salinas Molina, Félix Pantoja García, Alfons López Tena, y Monserrat Comas de D'argemir i Cendra al informe elaborado por el Consejo del Poder Judicial sobre el Anteproyecto destaca que las modificaciones suponen un cambio de modelo político-criminal, pues la iniciativa del Gobierno “se sustenta en un incremento de los principios punitivos a través del aumento de la duración de las medidas, y del periodo de seguridad (véase el art. 10), y la respuesta carcelaria (art. 14), en detrimento de las medidas de reinserción social esenciales en una Ley de esta naturaleza como la exposición de motivos expresa en los principios, criterios y orientaciones que le informan, en concreto su naturaleza sancionadora-educativa”. En cambio, para el informe del Consejo General del Poder Judicial de 23 de noviembre de 2005 sobre Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de

Como es sabido, los textos internacionales sobre la materia que nos ocupa (Convención sobre los derechos del niño,⁶⁴ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores,⁶⁵ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad⁶⁶ y Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil,⁶⁷ así como la Recomendación del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil)⁶⁸ han perfilado un modelo de justicia de menores al que se conoce como de las "4D", de procedencia norteamericana: despenalización, desinstitucionalización, desjudicialización y debido proceso o justo proceso.⁶⁹

A lo anterior habría que añadir que este modelo se orienta fundamentalmente a la prevención especial. A ella apunta el art. 40.1 de la Convención de los Derechos del Niño cuando obliga a los Estados a reconocer el derecho del menor que cometa delitos

“a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en las que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”.

enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la reforma “no representa una alteración sustancial de los principios rectores de la jurisdicción de menores, tal y como fueron concebidos e implantados en la LORPM, singularmente desde su reforma por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, 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”.

⁶⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 31 de diciembre de 1990.

⁶⁵ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

⁶⁶ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

⁶⁷ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 45/112, de 1990.

⁶⁸ Recomendación 87 (20), de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. También hay que destacar la Recomendación 78 (62) sobre delincuencia juvenil y transformaciones sociales.

⁶⁹ Sobre este modelo, cfr., por ejemplo, ALBRECHT, Hans Jörg. “Entwicklungstendenzen des Jugendkriminalrechts und stationärer Freiheitsentziehung bei jugendlichen Straftätern in den USA.” En *Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug: stationäre Maßnahmen der Jugendkriminalrechtspflege im internationalen Vergleich. T. II*. Friburgo: Max-Planck-Institut, 1986, p. 1213 y ss., quien señala que estas directrices del sistema estadounidense habría que completarlas añadiendo “y en casos idóneos también la cadena perpetua y la silla eléctrica”; KAISER, Günther. “International vergleichende Perspektiven zum Jugendstrafrecht.” En *Festschrift für Günter Blau*. Berlin: Walter de Gruyter, 1985, p. 451 y ss.; HERRIGER, Norbert. “Auf dem Weg zu einer «Politik der Entkriminalisierung»? Dimensionen eines kriminalpolitischen Konzepts.” En BRUSTEN, Manfred; HERRIGER, Norbert; MALINOWSKY, Peter (eds.). *Entkriminalisierung: sozialwissenschaftliche Analysen zu neuen Formen der Kriminalpolitik*. Opladen (Alemania): Westdt., 1985, pp. 230, p. 1 y ss; GARCÍA PÉREZ, “Los actuales principios”, cit. nota al pie n.º 39, p. 38 y ss.; GARCÍA RIVAS, “Aspectos”, cit. nota al pie n.º 46, p. 91 y ss.; GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, Esther. “La mayoría de edad penal en la reforma.” *Política criminal y reforma penal. Homenaje al Prof. Juan del Rosal*. Madrid: Edersa, 1993, p. 628 y ss.; LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Introducción al Derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 45 y ss.

En esta misma dirección la Recomendación (87)20 del Consejo de Europa destaca el convencimiento de que “el sistema penal de los menores debe seguir caracterizándose por su objetivo de educación y de inserción social”.

Pues bien, el cambio de orientación que propugna la reforma no se puede justificar con un cambio en las directrices internacionales. En efecto, recientemente la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2003)20, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil,⁷⁰ señala que el objetivo fundamental de la justicia de menores y de sus medidas es evitar la comisión de delitos y la reincidencia, la (re)socialización y (re)inserción de los menores delincuentes, así como atender a los intereses y necesidades de las víctimas. De este modo la iniciativa del Gobierno se aparta claramente de las pautas internacionales, algunas de las cuales están plasmadas en textos vinculantes como la Convención de los Derechos del Niño.

Por ello, la reforma en lugar de introducir la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la sanción debería encaminarse, siguiendo las directrices internacionales, a devolver la coherencia a la LORRPM en los términos de su orientación originaria y que se vio perturbada por la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2000.

En lo atinente al ámbito subjetivo de aplicación de la LORRPM, el Proyecto de Ley pretendía derogar el art. 69 del CP y eliminar del art. 4 de la LORRPM la regulación que establece bajo qué requisitos los menores de 21 años pueden quedar sujetos a la jurisdicción penal de menores. Durante su tramitación en el Congreso se optó por mantener la vigencia de ambos preceptos, introduciendo algunas modificaciones en el art. 4. Finalmente, en el Senado se aprobó la eliminación de la posibilidad de aplicar la LORRPM a los jóvenes, dejando vigente el art. 69. Esta decisión, como se ha indicado, ha provocado que el antiguo art. 4, cuya vigencia estaba suspendida hasta el 1 de enero de 2007, haya estado vigente hasta el 5 de febrero de 2007, fecha en la que entró en vigor la Ley Orgánica 8/2006. Constituye una decisión que nos aleja de las directrices internacionales. Así, la Recomendación (2003)20, en consonancia con la prolongación de la etapa de transición a la edad adulta que representa la adolescencia, propone tratar a los jóvenes de hasta 21 años como menores y aplicarles medidas similares a las previstas para éstos. El único requisito exigido para ello es que los jóvenes presenten un grado de madurez y responsabilidad parecido al de un menor.

En lugar de esta decisión, se debería no sólo haber mantenido la vigencia del artículo 4, sino incluso haber ido más allá, eliminando de su contenido todos los requisitos que nada tenían que ver con el grado de madurez⁷¹ y responsabilidad de los jóvenes.⁷² Se trataría de dotar al art. LORRPM de plena coherencia con su fundamento.⁷³

⁷⁰ Aunque ciertamente textos internacionales como las recomendaciones del Consejo de Europa no tienen carácter vinculante, de todas maneras juegan un papel importante, pues, como ha dicho el Tribunal Constitucional, “expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, deben inspirar la acción de nuestros poderes públicos” (Sentencia 36/1991, de 14 de febrero).

⁷¹ En la doctrina la inclusión de tales presupuestos en el art. 4 ha sido objeto de crítica. Cfr. 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 *Justicia de menores: una justicia mayor*. Madrid:

En materia de sanciones, para poder comprender el alcance de la reforma hay que partir del hecho de que casi uno de cada cuatro condenados en el ámbito de la justicia penal de menores recibe una sanción de internamiento. En este contexto la nueva regulación se orienta a fomentar tanto los supuestos en los que se puede acordar el internamiento como su duración. No es difícil predecir que el resultado será el incremento del número de internamientos.

El planteamiento de la reforma nos aparta de un principio básico de la normativa internacional como es la desinstitucionalización. En este sentido, el art. 37 b) de la Convención de los Derechos del Niño proclama que

“la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la Ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

Para ello el art. 40.4 exige que se introduzcan en las legislaciones medidas alternativas a las privativas de libertad. En la Recomendación (2003)20 se pide a los Estados que creen un amplio catálogo de medidas nuevas y más efectivas para combatir a los autores de delitos graves o violentos, así como a los reincidentes. Estas medidas deben atender tanto al delito como a las necesidades de sus autores. Estas medidas deben incluir a los padres y a otras personas legitimadas para la educación, salvo que sea contraproducente, y servir a la mediación, reparación del daño causado e indemnización de la víctima.

Si en la actualidad ya es difícil sostener que en nuestro país la privación de libertad se está utilizando como último recurso, con la nueva reforma se acentuará aún más el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España. Y ello cuando

Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 58 y 67; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El nuevo Derecho penal de menores*. Madrid: Civitas, 2000, p. 66 y s.; GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis; CUERDA ARNAU, María Luisa. “Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas”. *Justicia penal de menores y jóvenes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 94 y s.; MACHADO RUIZ, M^a Dolores. *Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 163.

⁷² El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto considera que “la decisión adoptada no merece un comentario adverso, pues la supresión del tramo de edad comprendido entre los 18 y los 20 años no deja huérfana de regulación especializada el tratamiento de los penados comprendidos en dichas edades, los cuales tienen reconocido en la normativa penitenciaria un régimen especial de ejecución, en el que se acentúan los rasgos educativos y formativos”. La normativa penitenciaria se refiere a la ejecución de las penas de prisión y lo que el art. 4 LORRPM establecía es que los autores de hechos de pequeña y mediana gravedad que tuvieran una madurez similar a la de un menor se sometieran a la normativa prevista para éste que, además, en tales supuestos no permitía la privación de libertad. Frente a esto el informe no sólo parece dar por bueno que no se les aplique la LORRPM, sino que, además, parece dar a entender que su tratamiento se ha de hacer en prisión. En cambio, en el voto particular al informe del Consejo General del Poder Judicial, se critica la iniciativa gubernamental porque “supone un paso atrás en la no judicialización de pequeñas infracciones (se refiere a delitos menos graves y faltas) que pudiera encontrar cauce de respuesta en el ámbito de la mediación y la solución extrajudicial en la línea de los modelos penales más avanzados de los países de nuestro entorno”.

⁷³ Tal como hace el párrafo 105 de la Ley penal juvenil alemana. En cambio, en el Grupo de Estudios de Política Criminal: *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*. 2000, p. 27, se mantiene la referencia a “la naturaleza y gravedad del hecho” junto a la alusión a las circunstancias personales y el grado de madurez.

además 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. De nuevo en este caso, la reforma debería haber seguido una vía distinta, encaminada a restringir los casos en los que se puede acordar la privación de libertad, así como a introducir los mecanismos necesarios para fomentar el recurso a sanciones ambulatorias.⁷⁴

Otro aspecto criticable de la modificación del ámbito de aplicación del internamiento se refiere a la posibilidad de decretarlo en caso de actuaciones en grupo. Como ya he destacado, esta nueva circunstancia no constituye ningún índice de mayor peligrosidad que justifique esta reacción, sino que es la plasmación de una forma de actuar a estas edades en las que en la mayor parte de los casos tiene, además, un efecto positivo. De la misma forma que nadie se ha propuesto agravar las sanciones cuando otras agencias de socialización fracasan, no existe en este caso razón alguna para utilizar el fracaso del grupo como factor de agravación.⁷⁵

Otro aspecto sumamente negativo es la introducción del principio de la acumulación de medidas tanto en caso de comisión de un único delito como en el realización de varios. Y ello por varias razones. En muchos casos, como ha señalado Ornosá Fernández, la imposición de más de una medida puede “resultar contrario al interés del menor”, “puesto que podría implicar una saturación que incluso podría ser contraproducente para el

⁷⁴ De otra opinión, el informe del Consejo General del Poder Judicial cuando señala que “el ensanchamiento del ámbito de aplicación de la medida es ciertamente importante, pero merece en todo caso una valoración favorable, dado que lo que establece el precepto reformado es la facultad judicial de imposición de la medida, sin carácter vinculante – fuera de los casos especiales en que el hecho revista extrema gravedad a que se refiere el artículo 10.1 b)-, dejando en manos del Juez de Menores determinar, en último término, la procedencia de su aplicación cuando el Ministerio Fiscal o la acusación particular la insten, para lo cual se habrán de tomar en consideración las circunstancias del hecho y del menor y su superior interés educativo. Se mantiene por lo tanto el ámbito de discrecionalidad judicial para determinar la respuesta jurídica adecuada al menor, por lo que la reforma no ha de plantear objeción alguna en este aspecto”. Si como el propio Consejo reconoce, la reforma pretende “una intensificación del rigor punitivo de la LORPM en el tratamiento de determinados sectores de la criminalidad, en aras a propiciar una mayor proporcionalidad de la respuesta jurídica que se ha de dispensar a determinados comportamientos infractores”, no parece que la discrecionalidad tenga un papel importante cuando el objetivo del endurecimiento de la LORPM es justamente potenciar el internamiento para lograr una respuesta más enérgica en detrimento justamente de las necesidades educativas del menor. Si los jueces actúan en coherencia con lo que pretende el legislador con la reforma, deberán hacerse eco de los fines de la Ley a la hora de decidir la respuesta al menor que ha cometido un delito. En definitiva, como destaca el voto particular al informe del Consejo, “si la respuesta sancionadora se hace proporcional al hecho como en el procedimiento de adultos, es decir, acreditado el presupuesto de hecho la consecuencia jurídica viene dada por el código penal, con la proporcionalidad que resulta de la tipificación penal, el interés del menor resultará irrelevante al condicionar la respuesta al automatismo legal sin las consideraciones que singularizan la respuesta a los menores infractores”.

⁷⁵ En el voto particular al informe del Consejo General del Poder Judicial se critica esta circunstancia en los siguientes términos: “además de desconocer el comportamiento grupal de los adolescentes, por lo que sería de aplicación con mucha frecuencia, significa un supuesto de discriminación con respecto a los adultos, ya que para éstos, el “actuar en grupo” por sí mismo no produce efectos jurídicos especiales, a salvo en aquellas otras formas típicas también aplicables a los menores como el conjunto de tipos penales”.

menor”.⁷⁶ De hecho, en la Ley alemana, en cuyo artículo 8 se permite aplicar más de una medida, se establecen límites, señalando supuestos en los que unas sanciones son incompatibles con otras y permitiendo un único internamiento que no puede exceder de la duración máxima prevista para esta sanción. Frente a la extendida práctica de acudir a la acumulación de medidas, Eisenberg destaca que esta situación no se puede defender con la genérica afirmación de que con frecuencia es necesario aplicar una medida aflictiva antes para asegurar la eficacia educativa de otras. Por ello estima que ese uso bastante extendido de la acumulación de medidas parece responder a la satisfacción de exigencias de prevención general.⁷⁷ De ahí que el cambio de principio operado por la reforma de 2006 se muestre coherente con el endurecimiento del tratamiento de los menores que cometen delitos.

En mi opinión, lo más acertado es que la nueva regulación hubiera mantenido el principio de imposición de una única sanción con excepciones y ello con independencia de si el menor ha cometido un único delito o varios. Este mantenimiento debiera haber ido acompañado de un catálogo de casos en las que puede ser aconsejable imponer más de una medida y de los límites a la combinación de medidas como, por ejemplo, la prohibición de acumular más de una medida privativa de libertad.

Por otro lado, por lo que se refiere a la ejecución del internamiento, la nueva regulación dispone que el internamiento en régimen cerrado se cumpla en centros penitenciarios a partir de los 21 años y en ocasiones desde los 18. Aunque las pautas internacionales no suelen decir expresamente nada sobre la posibilidad de cumplir esta medida en un centro penitenciario para adultos, lo cierto es que implícitamente no la admiten. En efecto, si se está reclamando que los jóvenes de hasta 21 años sean tratados como menores si muestran una madurez similar a la de éstos, con ello se está sentando el principio de que se apliquen las sanciones previstas para los menores y su régimen de ejecución a los adultos más jóvenes, es decir, que se les saque de la justicia de adultos para someterlos a la de menores. Desde un punto de vista penal, lo relevante es el grado de responsabilidad del sujeto al tiempo de cometer el delito. De este modo, no se puede aplicar al joven, que es enjuiciado cuando ya ha alcanzado los 18 años y que cometió el hecho cuando tenía 17, las sanciones del Código penal ni se le puede someter al procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así lo proclama el art. 5.3 LORRPM cuando indica que

“las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores”.

Hay que recordar que para ningún inimputable se admite en el Código penal la posibilidad de convertir una medida de seguridad en un internamiento. Ciertamente para los

⁷⁶ ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a Rosario: *Derecho penal de menores. 3ª ed.*, Barcelona: Bosch, 2005, p. 227 y ss.

⁷⁷ EISENBERG, Ulrich. *Jugendgerichtsgesetz. 10 edic.* Munich: C. H. Beck, 2004, pp. 139 y ss. En el mismo sentido, ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, cit. nota al pie n° 22, p. 156.

semiimputables se ha previsto un sistema de doble vía en el que se imponen tanto medidas como penas. Sin embargo, nótese que aquí estamos hablando de dos consecuencias jurídicas distintas y no de la transformación de un internamiento en prisión. Este régimen previsto para otros sujetos con problemas de imputabilidad no se respeta en el caso de los menores de edad. Si lo decisivo es la edad al tiempo de realizar el delito, de tal forma que ello determina la sanción aplicable y el procedimiento a seguir, lo que no se puede entender es que, en cambio, ese principio no se respete en materia de ejecución. Esto es todavía más grave cuando la diferencia entre un internamiento de menores y una prisión de adultos se basa justamente en el régimen de ejecución. Siendo ambas sanciones una privación de libertad, su ejecución difiere enormemente. Esto significa que ingresar en prisión a un joven que cometió el hecho siendo menor supone transformar una medida de internamiento en una pena de prisión. En definitiva, ello supone una violación del principio de culpabilidad, puesto que a la comisión de un delito por parte de un menor se está respondiendo con una pena de adultos. Precisamente porque esto no es admisible resultan de todo punto justificadas las críticas a países que ejecutan a adultos por hechos cometidos en su niñez. La existencia de una justicia de menores se basa en el principio de que los delitos cometidos por menores nunca pueden ser tratados como los ejecutados por adultos.

A la vista de lo anterior, cabría concluir que es verdad que esta materia estaba necesitada de una reforma. Sin embargo, ésta debería haberse orientado en un sentido diverso: eliminar la posibilidad de que los menores puedan terminar cumpliendo el internamiento en una prisión al alcanzar los 23 años como actualmente se prevé en el art. 15 LORRPM.⁷⁸

En materia de medidas cautelares, la nueva regulación ha ampliado la duración del internamiento cautelar hasta los 9 meses sin necesidad de que concurra ninguna circunstancia extraordinaria. A nivel internacional en la Regla 13.1 de las Reglas de Beijing se establece que

“sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible”.

Asimismo en su regla 7.1 consagra el derecho del menor a la presunción de inocencia. Por su parte, la reciente Recomendación (2003)²⁰ del Consejo de Europa señala que en los supuestos donde no queda más remedio que decretar el internamiento cautelar, no deberían transcurrir más de seis meses hasta el comienzo del juicio. Sólo cuando concurren circunstancias extraordinarias se puede prolongar siempre que esto lo determine un juez distinto al que realiza la investigación.

⁷⁸ Críticamente había destacado ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho*, cit. nota al pie n° 76, p. 229, que “resulta un tanto absurda la decisión de extender la aplicación del tratamiento penal previsto para los menores a los jóvenes de 18 a 21 años, debido a su inmadurez, para que precisamente se beneficien del tratamiento educativo y especializado previsto en la Ley para los menores, y a continuación, como hace este precepto, determinar el límite de 23 años para la ejecución de las medidas de internamiento, con lo que por muy inmaduros que sigan siendo, pasan a ser tratados como adultos”. Cfr. también LANDROVE DÍAZ, “Introducción”, cit. nota al pie n° 69, p. 87. El Grupo de Estudios de Política Criminal (*Proyecto alternativo*, cit. en nota n° 73, p. 32 y ss.), había propuesto la supresión de esta previsión legal.

Si hasta ahora nuestra regulación se ajustaba plenamente a estas directrices, la reforma de nuevo nos sitúa al margen de las mismas, puesto que se amplía a nueve meses la duración del internamiento. En realidad, la actuación parece ser una respuesta al aumento de la duración de los procedimientos que se ha producido, como antes vimos, en materia de menores. Sin embargo, la solución se sitúa en el lugar equivocado, pues otro fin esencial de cualquier procedimiento, y especialmente del relativo a menores, es la evitación de las dilaciones, pues cuanto más tiempo transcurra desde la comisión del delito menor efecto educativo tendrá la medida que finalmente se adopte. Así lo vuelve a reiterar la Recomendación (2003)²⁰. En consecuencia, la nueva regulación debería haberse concentrado en la subsanación de los problemas orgánicos y personales que puedan estar en la base de esta situación, creando, por ejemplo, nuevos juzgados de menores allí donde los existentes estén saturados de trabajo.

Asimismo a través de la Ley Orgánica 8/2006 se ha incluido una nueva causa de adopción de las medidas cautelares: riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima. Hay que destacar que la Recomendación (2003)²⁰ también la ha previsto. Sin embargo, a mi entender, esta circunstancia resulta muy difícil de compatibilizar con la presunción de inocencia, pues, si se acuerda una medida cautelar por esta vía en el fondo estamos diciendo que una persona no sólo ha cometido un atentado contra los bienes de alguien sino que, además, existe el riesgo de que pueda volver a hacerlo. Creo que en estas hipótesis poco queda por decir en el juicio oral que se celebre posteriormente acerca de la culpabilidad o no del acusado y, en verdad, en tales hipótesis no estamos ante una medida cautelar sino ante una pena anticipada.⁷⁹ Ciertamente es necesario proteger a víctimas de determinados delitos que estadísticamente se pueden repetir, pero ello debe hacerse mediante medidas como la escolta policial u otras que no impliquen un daño tan grave para presunción de inocencia.

Aun cuando la reforma también tiene aspectos positivos como, por ejemplo, el consagrar el derecho del menor a una entrevista con su letrado antes de prestar declaración aunque sea en sede policial, lo cierto es que en la Ley Orgánica 8/2006 predominan considerablemente los puntos negativos. De ahí que apenas se haya prestado atención a los primeros.

Conclusiones

En primer lugar y empezando por la segunda parte de este trabajo, estamos ante una reforma que no cumple con la obligación asumida por el Estado español al firmar la Convención de los Derechos del Niño, pues se pretende potenciar la medida de

⁷⁹ En este sentido destaca BARONA VILAR, Silvia. En *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso Penal. 9ª ed.*, Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 462, que no constituye un fin cautelar “asegurar que el sujeto no vuelva a delinquir (peligro de reiteración)”. Cuando la prisión provisional se acuerda por este motivo, nos encontramos ante “una medida de prevención (general o especial), quebrando los principios esenciales de la misma y, lo más grave, quebrando la esencial afirmación de que la prisión provisional debe medirse desde parámetros de excepcionalidad”. ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht. 22ª ed.*, C. H. Beck, Munich: 1991, p. 201, objeta también que cuando la prisión preventiva se acuerda por existir riesgo de reiteración, se impone una privación de libertad “en virtud de una sospecha no demostrada tanto en relación al delito cometido como al que se espera que se ejecute”.

internamiento cuando este tratado internacional exige que sólo se aplique como último recurso. En otros puntos la nueva regulación sigue un camino contrario al que marcan otros textos internacionales que, aun cuando no tienen carácter vinculante, deberían inspirar --como ya destacó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 36/1991-- las actuaciones gubernamentales.

En segundo lugar, este apartamiento de las directrices internacionales no se puede justificar con las razones que se alegan en la Exposición de Motivos. De los datos existentes no se puede inferir que los niveles de la delincuencia de menores hayan subido, pues ello se habría reflejado en la cifra de detenciones por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo que no ha acontecido. En efecto, como hemos visto, la cifra de detenidos se ha reducido en los últimos años. Además, tampoco se puede sustentar la reforma en virtud del cumplimiento de una obligación legal, en concreto la contenida en la Disposición adicional sexta, puesto ésta se refiere esencialmente a los delitos mencionados en la actual Disposición adicional cuarta, en tanto que la reforma trata de incidir en otras figuras delictivas.

En el fondo, aun cuando no se reconoce abiertamente, la reforma pretende dar entrada en la justicia de menores al modelo de la seguridad ciudadana, sin tomar en cuenta las peculiaridades de la delincuencia de menores que es la que permite justificar la existencia de un sector específico del Derecho penal dedicado a los menores.⁸⁰

⁸⁰ En este sentido el Grupo de Estudios de Política Criminal en un comunicado sobre la reforma (<http://www.gepc.es>) [visitado el 4/09/07], ha destacado que ésta “no busca subsanar las deficiencias de la Ley sino modificar el modelo de justicia de menores, sustituyendo el modelo inicialmente adoptado por otro basado en criterios retributivos o de prevención general que pretende dar satisfacción a actitudes vindicativas”. Asimismo, LANDROVE DÍAZ, Gerardo. “Réquiem por la Ley penal del menor”. *La Ley*, nº 6505 (15.06.2006). En: http://www.laley.net/hdiario/2006/diario_0615_doc1.html [visitado el 4/09/07], consideraba en relación al proyecto que “de prosperar, supone la desnaturalización definitiva de la Ley Orgánica para convertirla en una normativa mimética de la vigente respecto de los adultos”.