



Aspectos críticos de la legislación penal del menor

Nicolás García Rivas

*Catedrático de Derecho penal
Co-Director del Centro de Investigación
en Criminología
Universidad de Castilla-La Mancha*

A mi hijo Mario, en plena adolescencia.

SUMARIO: I. Introducción. ¿Delincuente o delincuencia juvenil? II. La evolución del modelo español hacia la responsabilidad. III. Fundamento normativo de la especialidad del derecho penal juvenil. IV. El modelo español de responsabilidad. Su fundamento dogmático. V. El régimen general: la LO 5/2000. La inconstitucional regulación de reincidencia. VI. El régimen de excepción: la LO 7/2000. La desvirtuación del sistema. VII. Resumen y conclusiones.

I. Introducción. ¿Delincuente o delincuencia juvenil?

Los avances de la investigación criminológica sobre la delincuencia juvenil han permitido en los últimos años derrumbar algunos mitos contruidos en torno a ella. Bajo el predominio del positivismo se ha considerado un fenómeno radicado en las clases marginadas y que es consecuencia de la falta de cohesión social y familiar en el entorno del menor, circunstancia que viene acompañada con frecuencia de un índice de abstención escolar que le dificulta la adopción de las pautas sociales imperantes y lograr un aprendizaje suficiente¹. Como contrapartida, ese análisis positivista ha cedido a la tentación de creer que no se puede responsabilizar a estos jóvenes, abocados como estaban casi congénitamente al crimen. El conocido y revelador informe elaborado por el Ministerio del Interior británico en 1997, titulado *No more excuses*, ha querido acabar con esa paralizante

conclusión y ofrecer alternativas eficaces para la solución de este grave conflicto social. Sin embargo, su propio título indica que se asume en cierto modo una etiología de la delincuencia juvenil anclada en la patología social: a ningún menor le puede servir de coartada el hecho de que sus padres sean delincuentes o excesivamente permisivos, que la disciplina familiar y escolar sea escasa o que en la pandilla abunden auténticos canallas, etc.². En mi opinión, ese método positivista incurre en una grave incoherencia, ya que la selección del muestreo condiciona en buena medida los resultados alcanzados. En efecto, si se analiza solamente a aquellos menores que han pasado por el sistema penal se corre el riesgo de olvidar que detrás de esa realidad puede existir un proceso de selección que filtra la delincuencia real y deposita en los juzgados de menores únicamente a aquellos que sufren la indicada carencia y no a otros, tan delincuentes como éstos pero con mayores oportunidades para escapar de la per-

¹ Una visión marcadamente positivista en DIEGO ESPUNY, Los programas de menores en conflicto en Castilla-La Mancha, en MARTÍN LÓPEZ (coord.) La responsabilidad penal de los menores, Cuenca, 2001, p. 193 ss. Parece incurrir en lo mismo CARRANZA, Criminalidad, políticas públicas y edad de ingreso a la responsabilidad penal, ponencia presentada en la 1ª Conferencia Internacional de Justicia Juvenil «Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia Juvenil en un Mundo Globalizado». Salamanca 2004, p. 29: «cuanto más joven es la población de un país, tanto más delito tiene y... a mayor tiempo fuera de la escuela y de la familia también mayor incidencia delictiva», aseveración que pasa por alto un dato tan importante como la distinta pirámide demográfica de los países «menos avanzados» con respecto a los del llamado «primer mundo».

² No more excuses, Home Office, 1997, p. 8. El documento puede consultarse en la web www.homeoffice.gov.uk.

secución policial, justamente por convivir en un entorno favorable³.

Por poner dos buenos ejemplos de esa desmitificación, en 1995 se publicaron sendos informes, en Gran Bretaña y en nuestro país, que desbarataban por completo la imagen del delincuente «nato» juvenil. En ellos se demostraba que una gran mayoría de los jóvenes, de cualquier condición social, comete alguna vez un hecho delictivo. La cifra negra detectada en ambos es extremadamente alta, dado que la policía sólo persigue un ínfimo porcentaje de los delitos cometidos, persecución que se centra precisamente en los menores que pertenecen a las clases menos favorecidas⁴. Si nos fijamos en la tasa de reincidencia (que podría desbaratar esta idea generalizadora y centrar el problema en un determinado ámbito), ambos estudios la sitúan en torno al 3% de la muestra⁵, lo que podría considerarse como expresión de una pertinencia delictiva centrada en un perfil determinado de delincuente juvenil y confirmaría las conclusiones del positivismo. Pero habría que añadir, para desmentirlo, que la catalogación como reincidente presupone, por definición, la previa condena por la comisión de un hecho delictivo, lo que obliga a introducir aquí también la variable ignota antes aludida. Por lo demás, aunque la evaluación del coste social de la delincuencia juvenil no abarca sólo el gasto económico, el informe emitido por el *Youth Justice Board* del Ministerio del Interior de Gran Bretaña en mayo de 2004 demuestra que para el Estado sería mucho menos costosa la adopción de medidas sociales al comienzo de la carrera criminal que la intervención del aparato sancionador una vez iniciada ésta⁶. Todo ello puede servir para comprender mejor el

fenómeno de la criminalidad protagonizada por menores de edad y para contrastar con mayor rigor el modelo de Derecho penal juvenil que se ha instaurado en España desde enero de 2001.

II. La evolución del modelo español hacia la responsabilidad

Hasta la promulgación de la LO 5/2000, de 12 de enero, el sistema español de justicia juvenil sufría la típica situación esquizofrénica que caracteriza los períodos de transición desde una dictadura a una democracia: las viejas leyes no resisten el contraste con los nuevos principios, pero sobreviven durante años en la obsolescencia. El conjunto de garantías procesales que reconoce a «todos» los ciudadanos el art. 24 de la Constitución no tenía correspondencia con un modelo de justicia de menores nacido en 1948 con un carácter marcadamente inquisitivo en el que, bajo el eufemismo de la *tutela*, se escondían auténticas privaciones de derechos fundamentales, llegando hasta la pura represión carcelaria de los «reformatorios». La supuesta ausencia de «responsabilidad» penal del menor se veía de este modo solapada con una correlativa ausencia de garantías en la imposición de las medidas *tutelares*, cuya duración resultaba indeterminada, de acuerdo con un sistema penal que relegaba a los inimputables a un limbo curativo o reeducativo ajeno a la seguridad jurídica.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, acabó en cierto modo con ese sistema inquisitivo al declarar inconstitucional el art. 15 de la Ley de 1948, lo que obligó al legislador a lle-

3 Vid. sobre las teorías del conflicto, en contraposición a la criminología positivista, por todos GARCÍA PABLOS, *Tratado de Criminología*, 2ª ed. Valencia, 1999, p. 811 ss., donde recoge la opinión de TURK sobre la diferencia que existe entre «hacerse criminal» y llevar a cabo una «conducta delictiva», diferencia que se basa en la atribución de un determinado status al sujeto y su consiguiente criminalización (p. 834).

4 Cfr. RECHEA/BARBERET/MONTAÑÉS/ARROYO, *Adolescencia: ¿un sarapión?*, Murcia, 1995 p. 43 ss. El informe del Ministerio del Interior británico lleva por título *Young people and crime*, Home Office, 1995, p. 102. (www.homeoffice.gov.uk)

5 Cfr. RECHEA ALBEROLA/FERNÁNDEZ MOLINA, *Panorama actual de la delincuencia juvenil*, en GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER (coord.), *La justicia de menores: una justicia mayor*, cit., p. 361 ss. Cifran en un 18,1% la que existe entre 14 y 15 años y en sólo un 2,4% entre 16 y 17 años.

6 Cfr. AUDIT COMMISSION, *Youth justice 2004. A review of the reformed youth justice system*. 2004. Se basa, entre otros criterios, en BRAND & PRICE (2000), *The economic and social cost of crime*, Home Office research study. El Informe (p. 115 ss.) utiliza como parámetro el caso real de un adolescente que ahora cuenta con 16 años y que desde muy temprana edad comenzó a tener un comportamiento antisocial. Primero fue la falta de atención en la escuela y un prematuro diagnóstico de dislexia; más tarde el abandono paulatino de la escuela; después, a los 10 años, el comienzo de la actividad criminal con actos vandálicos y robos; posteriormente, asaltos y abusos sobre una chica. En total, James ha pasado un año internado (en dos períodos de seis meses, consecuencia de otras tantas condenas). Al analizar las causas de su comportamiento aparecen indicios serios de inestabilidad familiar; vivía únicamente con su madre y con una hermana. La primera casi nunca estaba en casa; la segunda es heroinómana y actualmente se encuentra en prisión. El Informe evalúa que ha tenido para el erario público el «caso James» y lo sitúa en torno a las 153.000 libras. Analiza después el coste que habría tenido una intervención preventiva desde su nacimiento, dadas las precarias condiciones familiares, con apoyo de los servicios sociales, educativos, etc. El coste final es de 42.000 libras. A conclusiones similares llega el Informe del Youth Justice Board datado en enero de 2004, en el que se afirma que 2/3 de los 394 millones de libras presupuestados para el Board en 2003-2004 sirve para financiar el internamiento de un 7% de los menores infractores [Vid. GRAY (dir.), GIBBY, WOODROW & MASON, *Youth offending: The delivery of community and custodial sentences*, Cámara de los Comunes, 15 de enero de 2004].

nar urgentemente el vacío normativo creado, bajo otras premisas. Las funciones de protección y reforma, que antaño habían convivido sólo para crear la interesada idea de que las restricciones de derechos aplicadas a los menores no tenían un fundamento punitivo, quedaron definitivamente escindidas con la promulgación de la LO 4/1992, de 5 de junio⁷, Ley que ha servido como transición hacia el nuevo modelo, pero con un lastre de difícil elusión: nacer anclada en un sistema completamente distinto del que ella misma preconizaba⁸. Posteriormente, la LO 1/1996, de 15 de enero, trasladó a la legislación básica española los derechos y libertades reconocidos a los menores en la Convención de 1989 e introdujo el concepto de «situación de riesgo» como estado previo al desamparo, cuya acreditación permite la tutela de las instituciones públicas.

Por todo ello, no resulta extraño que la reforma global adoptada por la LO 5/2000 haya sido recibida con satisfacción, ya que al menos sirve para regular de manera completa el sistema penal aplicable a los menores y para superar el carácter asistemático de la regulación anterior. Por otra parte, la nueva Ley satisface en líneas generales la aspiración manifestada por la doctrina en los inicios de los años ochenta, cuando se reclamaba al legislador un sistema de justicia penal juvenil basado en dos pila-

res fundamentales: el paso del modelo *tutelar* a otro caracterizado por la *responsabilidad* del menor (en consonancia con la nueva orientación criminológica) y la inserción de ese sistema en el conjunto del Derecho penal⁹, confiriendo a las medidas aplicables el carácter de sanciones y otorgando al acusado las garantías del juicio justo que se recogen en el art. 24 CE¹⁰. Hay que reconocer que la decisión legislativa de no aplicar el régimen penal de los adultos hasta que el sujeto cumple los dieciocho o incluso los veintiún años bajo determinadas condiciones, representa por sí sola un avance innegable¹¹. Pese a ello, no son pocas las disposiciones de la Ley que merecen un severo reproche (centrado casi siempre en su carácter retributivo) e incluso alguna que podría tacharse de inconstitucional, como la relativa a la reincidencia. La LO 7/2000 vino a reforzar esa inspiración represiva en lo referente a determinados delitos graves y a los supuestos de terrorismo –que ella misma amplió–, para los que incrementó el período de internamiento en régimen cerrado, aunque no podría afirmarse que la orientación escasamente resocializadora de nuestra legislación se deba principalmente a esa reforma apresurada¹². Por lo demás, conviene sentar las bases normativas que justifican el especial tratamiento del menor infractor, incluso bajo un modelo de res-

7 La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, había dado un paso trascendental en esta materia, al separar jurisdiccionalmente protección y reforma. Sin embargo, al eludirse en ésta las garantías de un proceso penal por influencia de la antigua confusión, la escisión no se había producido con todas sus consecuencias.

8 Una descripción de la evolución del Derecho penal del menor en CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación*, Madrid, 1988, p. 41 ss. LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores*, Valencia, 2001, p. 21-107; EL MISMO, *Introducción al Derecho penal de menores*, Valencia, 2003, p. 21-44. También en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, *Comentarios a la exposición de motivos y al título preliminar*, en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER (coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor*, Manuales de formación continuada, CGPJ, nº 9, Madrid, 2001, p. 27 ss.; LA MISMA, *La justicia juvenil en España: un modelo diferente*, en MARTÍN LÓPEZ (coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, Cuenca, 2001, p. 19 ss.

9 Sin embargo, niega esta naturaleza BUENO ARÚS, *El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la justicia de menores elaborado por el Ministerio de Justicia*, en EGUZKILORE, nº 11, 1997, p. 166: «Se trata de una Ley sancionadora pero no penal. Es sancionadora porque en todo momento pretende exigir responsabilidad al menor, al considerarle suficientemente dueño de sus actos, responsabilidad que tiene el doble carácter de castigo merecido por los hechos ejecutados y de advertencia intimidadora (*sic*) de evitar la comisión de hechos semejantes en el futuro... la nueva Ley trata de establecer entre nosotros la idea de que la responsabilidad juvenil es un nuevo *genus*, que tiene entidad propia junto a los tradicionales conceptos de responsabilidad penal, administrativa, civil, internacional, etc., cada uno de los cuales responde a principios peculiares y da lugar a consecuencias específicas en el ámbito general del ordenamiento jurídico».

10 En 1985, cuando ya se barruntaba la inevitable reforma de nuestro sistema de justicia juvenil, escribía GONZÁLEZ ZORRILLA que esa nueva regulación debería romper de una vez la mixtificación correccionalista, basada en el binomio irresponsabilidad del menor-aplicación de terapia social no punitiva, así como reconocer que los menores son responsables de sus actos y que éstos dan lugar a sanciones (se llamen como se quiera), que no necesariamente deben ser similares a las de los adultos, pero sí impuestas con garantías semejantes (Vid. GONZÁLEZ ZORRILLA, *La justicia de menores en España*, en DE LEO, *La justicia de menores*, Barcelona, 1985, p. 136 ss.). En ese mismo sentido, últimamente, ANDRÉS IBÁÑEZ, *El proceso penal con menores*, en MARTÍN LÓPEZ (coord.) *La responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 13 ss.

11 Según los resultados de la exploración llevada a cabo en el Centro de Investigación en Criminología de la Universidad de Castilla-La Mancha (RECHEA ALBEROLA/FERNÁNDEZ MOLINA, *Impacto de la nueva Ley penal juvenil en Castilla-La Mancha*, 2000, p. 27 s.), se detectó la imposición de la pena de prisión a un 40% de los jóvenes entre 16 y 17 años, de acuerdo con la anterior regulación.

12 Lo descalifica igualmente TAMARIT SUMALLA, *El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?*, en *Revista Penal*, nº 8, julio 2001, p. 72; en el mismo sentido, GÓMEZ RIVERO, *La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000*, en *Revista Penal*, nº 9, enero 2002, p. 16.

pensabilidad (penal) como el adoptado en nuestro país, y ofrecer una explicación coherente de ese modelo en un Derecho penal que se inspira y debe inspirarse en el principio constitucional de culpabilidad.

III. Fundamento normativo de la especialidad del derecho penal juvenil

La Constitución española no recoge ningún mandato concreto hacia el legislador para que regule de un modo u otro la respuesta jurídica contra el menor delincuente. Sin embargo, la textura abierta de nuestro ordenamiento jurídico permite integrar en su seno aquellas normas de ámbito internacional que hayan recibido el refrendo de nuestras instituciones. Por lo que se refiere al tema que nos ocupa, tiene importancia destacada la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en diciembre de 1990. Por otra parte, el art. 39.4 CE proclama que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», lo que representa una vía constitucional de penetración de distintos instrumentos jurídicos internacionales en los que se ofrecen elementos importantes para la confección del modelo de justicia juvenil. Con esos elementos puede fundamentarse la necesidad de que nuestro ordenamiento cuente con un sistema de justicia juvenil que exija la responsabilidad de los menores de un modo distinto al que caracteriza al Derecho penal de adultos.

Aunque los autores no siempre destacan el valor jurídico de esa Convención frente al resto de los instrumentos jurídicos internacionales¹³, dicha distinción resulta obligada para aclarar el grado de vinculación del legislador español respecto a cada uno de ellos. Así, mientras aquella ha pasado a formar parte del Derecho interno tras su ratificación por el Parlamento español, las Reglas y Recomendaciones no dejan de ser pautas que se aconseja seguir pero cuyo seguimiento no es obligado. Entre ellas, cabe destacar las siguientes: *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*, o «Reglas de Beijing» (1985), las *Reglas de Riad para la protección de los menores privados de libertad* (1990), las *Direcrices de Riad para la prevención de la delincuencia juvenil* (1990), la *Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa so-*

bre transformación social y delincuencia juvenil (1978) y la *Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil* (1987).

El art. 1 de la Convención de 1989 define como «niño» a toda persona menor de 18 años, edad que coincide con la establecida en el art. 12 de la Constitución española para alcanzar la mayoría de edad civil, momento en el cual el Estado reconoce a la persona la plenitud de su *capacidad* para ordenar su vida y tomar las decisiones que estime oportunas, incluido el sufragio activo, y sin intervención de los padres o tutores. Ahora bien, ni la Convención ni otros textos internacionales obligan a adoptar ese límite concreto de edad. En todo caso, las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (Reglas de Beijing, 1985) se limitan a aconsejar que la mayoría de edad penal no se fije «a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez mental, emocional e intelectual del menor» (Regla 4^a). Por cierto que tampoco se señala en estos textos una edad por debajo de la cual deba prescindirse de cualquier intervención sancionadora, límite que queda igualmente en manos del legislador estatal, de acuerdo con su propia orientación político-criminal.

Pese a esta indeterminación de los límites del sistema penal juvenil, creo que existe una amplia base jurídica para justificar su naturaleza distinta del sistema penal general. El propio Preámbulo de la Convención invoca una larga lista de textos normativos para apoyar la conveniencia de «proporcionar al niño una protección *especial*» debido a «su falta de madurez física y mental». Dicha protección excepcional se refleja en la asunción del principio del «superior interés del menor» como eje básico de todo el Derecho aplicable a los menores, no sólo el de naturaleza sancionadora. Por lo que se refiere al campo represivo, tanto el art. 3 de la Convención de 1989 como el artículo 2º de la Declaración de Derechos del Niño de 1959 cuanto, en fin, la Primera «Regla de Riad» (1990) supeditan la adopción de cualquier medida judicial a ese interés superior, lo que justifica el traslado del centro de gravedad punitivo a un lugar más influido por la orientación reeducadora que el ocupado por el sistema penal de adultos.

El art. 40 de la Convención condensa una serie de importantes directrices sobre el sistema de justicia juvenil y que vinculan desde luego al legisla-

¹³ Destacan acertadamente esta diferencia ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, Barcelona, 2001, p. 51; LANDROVE, *Derecho penal de menores*, Valencia, 2001, p. 114; SANZ HERMIDA, *Responsabilidad penal del menor*, en NIETO MARTÍN (coord.) *Estudios de Derecho penal. Contribuciones al XVII Congreso Internacional de Derecho penal (AIDP)*, Ciudad Real, 2004, p. 41. *Vid.*, de la misma autora: *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, 2002.

dor penal español. En primer lugar, su apartado 3º obliga a desarrollar un sistema de justicia específico para los menores infractores, bajo dos condiciones: el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, y la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales –siempre que sea adecuado y deseable–, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. Aunque no está del todo claro si la Convención obliga a dejar fuera del sistema penal juvenil a quienes no hayan alcanzado una determinada edad, esa parece la interpretación más plausible, ya que los apartados anteriores del mismo artículo se encargan de indicar las garantías sustantivas y procesales de la imputación *penal* del menor. Por lo que se refiere al tratamiento de aquellos menores que sí pueden considerarse responsables del hecho, el apartado 4º del art. 40 de la Convención establece tres pautas muy claras al respecto:

1. Debe existir una amplia gama de medidas alternativas al internamiento.
2. Las medidas previstas deben guardar la debida proporción no sólo con la gravedad de la infracción realizada sino también con las circunstancias del sujeto infractor.
3. A la hora de elegir una u otra medida, deberá asegurarse que el menor sea tratado de manera adecuada a su bienestar.

En cuanto a las directrices contenidas en el resto de los textos mencionados, que coadyuvan a configurar la especificidad del Derecho penal juvenil, podrían ordenarse como sigue:

a) Respecto a la privación de libertad:

1. La Regla 11ª de Riad dispone que se entenderá por *menor* a toda persona de menos de 18 años y que la Ley deberá establecer una edad por debajo de la cual no se pueda privar de libertad al menor. Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.
2. La Regla 2ª de Riad dispone que «la privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la

posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo». De parecido tenor es la Regla 17ª de Beijing, el apartado c) de la Resolución del Consejo de Europa de 1978 y el apartado 14 de la Recomendación de 1987 del mismo organismo.

3. La Regla 17.1 c) de Beijing dispone que sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos y siempre que no exista una respuesta más adecuada.
4. La 46ª Directriz de Riad para la prevención de la delincuencia juvenil insiste en señalar que «sólo deberá recluirse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario, y deberá darse máxima importancia a los propios intereses del joven. Los criterios para autorizar una intervención oficial de esta índole deberán definirse estrictamente y limitarse a las situaciones siguientes: a) cuando el niño o joven haya sufrido lesiones físicas causadas por los padres o tutores; b) cuando el niño o joven haya sido víctima de malos tratos sexuales, físicos o emocionales por parte de los padres o tutores; c) cuando el niño o joven haya sido descuidado, abandonado o explotado por los padres o tutores; d) cuando el niño o joven se vea amenazado por un peligro físico o moral debido al comportamiento de los padres o tutores; y e) cuando se haya manifestado en el propio comportamiento del niño o del joven un grave peligro físico o psicológico para el niño o el joven mismo y ni los padres o tutores, ni el propio joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución».

b) Respecto a las medidas a adoptar y el tratamiento a recibir por el menor.

1. La Regla 38ª de Riad se refiere al tratamiento de los menores con el siguiente tenor literal: «Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad,

los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad».

2. La Regla 59ª dice que «se deberán utilizar todos los medios posibles para que los menores tengan una comunicación adecuada con el mundo exterior, pues ella es parte integrante del derecho a un tratamiento justo y humanitario y es indispensable para preparar la reinserción de los menores en la sociedad. Deberá autorizarse a los menores a comunicarse con sus familiares, sus amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, a salir de los centros de detención para visitar su hogar y su familia, y se darán permisos especiales para salir del establecimiento por motivos educativos, profesionales u otras razones de importancia. En caso de que el menor esté cumpliendo una condena, el tiempo transcurrido fuera de un establecimiento deberá computarse como parte del período de cumplimiento de la sentencia». De parecido tenor, el apartado 13 de la Recomendación del Consejo de Europa de 1987.

c) Respecto a la naturaleza de la delincuencia juvenil.

La 5ª Directriz de Riad para la prevención de la delincuencia juvenil indica que deberá adoptarse una política criminal progresista, la cual debe reconocer, entre otras cosas, que «el comportamiento o la 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», así como «la conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable».

A esta auténtica batería de normas encaminadas a ofrecer al menor un tratamiento diferenciado, menos retributivo y más orientado hacia una educación social de cuyo camino se apartó, cabe añadir por último la jurisprudencia del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos, canon para la interpretación de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, que en diversos asuntos ha defendido la necesidad de que el sistema de justicia juvenil goce de las mismas garantías que el enjuiciamiento penal de los adultos e introduce algunas consideraciones para la instauración, en aquellos ordenamientos que carezcan de él, de un sistema especializado de enjuiciamiento del menor¹⁴. Con ello se cierra la exposición de los argumentos normativos que justifican la existencia de una parcela del sistema penal dedicado a los jóvenes infractores y también su obligada inspiración en principios parcialmente distintos de los que caracterizan al Derecho penal de adultos.

IV. El modelo español de responsabilidad. Su fundamento dogmático

La eterna polémica entre los dos modelos conocidos de justicia juvenil esconde una perversa tergiversación. Como decía al comienzo de este trabajo, en España hemos conocido a la perfección el modelo *tutelar*, vigente hasta hace poco más de diez años, y sabemos muy bien qué quiere decir, más allá de su benevolente definición. Modelo *tutelar* quiere decir que no se concibe al menor como sujeto *responsable* de los hechos delictivos que haya cometido, y que la respuesta del Estado frente a ese comportamiento es la tutela «reformadora». Se tutela al menor reformándole pero, en el fondo, se tutela a la sociedad. Son legión los menores que han sido «tutelados» mediante el encierro en centros de aislamiento (los famosos «reformatorios») que no tenían nada que envidiar a la prisión, en grado de aflicción. No sólo. Al huirse deliberadamente de una concepción «responsabilizadora» se abandona al propio tiempo el respeto a las garantías en el procedimiento urdido para definir la consecuencia jurídica derivada del hecho cometido¹⁵. Con razón se ha calificado ese procedimiento como «inquisitivo»¹⁶. Todo esto se ha dicho hasta la saciedad, y no hace falta insistir en ello. El modelo de *responsabilidad*, por el contrario, concibe la respuesta jurídica del Estado contra el comportamiento delictivo del menor como una respuesta estrictamente punitiva. Más allá del hipócrita rasgado de vestiduras que escenifican quienes preferirían no tener que dar cuenta de

14 Cfr. SANZ HERMIDA, Responsabilidad penal del menor, cit, p. 41.

15 Son certeras las palabras de CANTARERO BANDRÉS, Delincuencia juvenil y sociedad en transformación, cit, p. 225: «el menor irresponsable de sus actos pasa a ser un sujeto «anormal» al que habrá que corregir. El criterio para aplicar el control social, al ser distinto del concepto de culpabilidad y responsabilidad penal con las garantías que le son propias, podrá alcanzar a través de medidas indeterminadas cotas de intervención mucho más amplias».

16 Cfr. SANZ HERMIDA, Responsabilidad penal del menor, cit, p. 14.; LANDROVE, Derecho penal de menores, cit, p. 78.

la respuesta al delito juvenil (los defensores del modelo *tutelar*), el mero hecho de reconocer que el procedimiento judicial en el que se dilucida esa consecuencia jurídica tiene naturaleza penal comporta ya la obligación de respetar aquellas garantías que se atribuyen a cualquier proceso penal que se desarrolle en el Estado democrático. Se trata, sin duda, de una conquista irrefutable.

No faltan, sin embargo, quienes ponen en entredicho la bondad de esta caracterización sancionadora con el pretexto de que la *especialidad* del Derecho penal juvenil obliga a reservarle un espacio *autónomo* que se rija por presupuestos diferentes a los del *ius puniendi* y, sobre todo, que permita adoptar soluciones jurídicas distintas a la pura sanción. A mi modo de ver, esta opinión incurre en una visión deformada del sentido y alcance de la categoría de la *responsabilidad* en el moderno sistema del Derecho penal y desconoce la flexibilidad sancionadora que le caracteriza. Como se verá a continuación, no existe ninguna razón para ligar indefectiblemente el carácter *penal* del procedimiento sancionador con el hecho de que la sanción infligida tenga que ser necesariamente igual o semejante a la que se impondría a un adulto en circunstancias semejantes¹⁷.

Para justificar esta aseveración es necesario exponer el significado que ha adquirido la *responsabilidad* y su polémica relación con la culpabilidad como elemento del delito. En ese contexto, resulta imprescindible referirse al giro que dio el concepto de culpabilidad en la década de los años sesenta. Hasta entonces, era aceptada en la doctrina la formulación que había realizado de esa categoría dogmática el Tribunal Supremo alemán, en su Sentencia sobre el error: «con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al autor que se haya decidido por el injusto a pesar de haberse podido comportar lícitamente, de haberse podido decidir por el Derecho (...) La razón profunda del reproche de culpabilidad radica en que el hombre está en disposición de auto-determinarse libre, responsable y moralmente y está capacitado, por tanto, para decidirse por el Derecho y contra el injusto»¹⁸. No cabe duda de que el pro-

greso de las ciencias sociales es fruto de una reflexión colectiva, convergente, pero el giro al que me refiero queda perfectamente identificado en la afortunada frase de ROXIN: «la justicia penal no es ejecutora suplente de la magistratura divina»¹⁹, a lo que añadía: «la pena estatal es exclusivamente una institución humana creada con el fin de proteger a la sociedad y no puede, por consiguiente, ser impuesta si no es *necesaria por razones preventivas*»²⁰. El elemento sistemático hasta entonces denominado «culpabilidad» sufre una transformación semántica. Ese elemento –dice ROXIN– «hace referencia a la cuestión de si es necesaria una sanción contra el autor concreto desde puntos de vista jurídico-penales... Por ello, no hablaré de culpabilidad sino de *responsabilidad*»²¹. No desaparece, sin embargo, la culpabilidad, pero se mantiene en pie con un sentido distinto, no moral: «en una palabra –dice el mismo autor–: el fin de prevención general de la punición sólo se puede perseguir en el marco de la culpabilidad individual. Si se va más allá y por tanto se hace expiar al autor por las presuntas tendencias criminales de otros, se atenta contra la dignidad humana... dicho castigo sería de la misma categoría que la responsabilidad por el azar o la responsabilidad por la estirpe»²². La culpabilidad sigue cumpliendo para él un papel limitador de la superior categoría de la responsabilidad, ya que al vincularse ésta a las necesidades preventivas podría justificar la extralimitación punitiva del poder en aras de una más intensa intimidación. Para evitarlo, ROXIN apela a la culpabilidad del autor como límite de la pena, como índice de la pena justa o, si se prefiere, alusiva a la proporcionalidad de la sanción infligida. Este uso «secundario» de la culpabilidad, tras serle negado previamente su tradicional papel de fundamento punitivo, sería el «talón de Aquiles» de la concepción de ROXIN²³ pero sirvió al mismo tiempo para darle a esta categoría un empuje decisivo hacia su «secularización», ligándola en adelante a los criterios político-criminales imperantes en cada momento y en cada sociedad. De ese modo, la nueva *culpabilidad-responsabilidad* se convierte en un elemento dialéctico, flexible, dotado de la permeabili-

17 Por eso CANTARERO BANDRÉS alude a la «mixtificación» que representa el cambio de denominación de las penas, que pasan a llamarse «medidas», sin que materialmente exista diferencia entre unas y otras (Cfr. Delincuencia juvenil, cit., p. 123.)

18 Recogido de ROXIN, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad. y prólogo de MUÑOZ CONDE, Madrid, 1980, p. 6.

19 Cfr. ROXIN, ¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?, Trad. Gómez Benítez, en Cuadernos de Política Criminal, 1986, p. 687. Lo mismo en Iniciación al Derecho penal de hoy, trad. MUÑOZ CONDE/LUZÓN PEÑA, Sevilla, 1981, p. 35.

20 ROXIN, Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad, p. 189.

21 Cfr. ROXIN, Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales, en Problemas básicos del Derecho penal, trad. LUZÓN PEÑA, p. 210.

22 Cfr. ROXIN, Sentido y límites de la pena estatal, en Problemas básicos del Derecho penal, cit., p. 29.

23 Vid. sobre el tema, extensamente, DEMETRIO CRESPO, Prevención general e individualización judicial de la pena, Salamanca, 1999, p. 252 ss.

dad necesaria para recibir la influencia de las necesidades preventivas que vayan surgiendo y para adaptarse a ellas. Pero la política criminal no se programa en un terreno de asepsia valorativa sino en el marco de los principios que rigen un determinado modelo social; de ahí que esos principios, elaborados en nuestro caso a partir de la Constitución y en consonancia con ella, se conviertan en el marco de referencia para proceder a la elaboración de la categoría de la responsabilidad penal.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre las finalidades legítimas del *ius puniendi*, advirtiendo de que la orientación resocializadora de las penas y medidas de seguridad a la que se refiere el art. 25.2 CE no impide que ellas puedan cumplir con toda legitimidad, también, fines de prevención general. Ahora bien, el mismo Tribunal ha considerado el principio resocializador como un «mandato dirigido al legislador penal y penitenciario que puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes»²⁴, lo que permite incluirlo desde luego en esa «imagen del hombre contemplada en la norma constitucional» a la que se han referido tanto HÁBERLE como MAURACH/ZIPF²⁵. A mi modo de ver, ello obliga a reconocer que la prevención especial ocupa en el sistema penal español una posición preferente. Las demandas reeducativas y resocializadoras deben penetrar en todo el sistema del delito, pero con especial intensidad en el área de la responsabilidad, permitiendo la adopción de medidas alternativas a la prisión cuando ello venga aconsejado para la satisfacción de dichas demandas.

La LORPM quiere descargar de aflicción las sanciones que contiene y recurre a la denominación de *medidas* en lugar de referirse a *penas*. Aunque las cuestiones terminológicas tienen importancia menor, conviene advertir de que un procedimiento como el establecido en dicha Ley, anclado en las reglas del justo proceso y que puede concluir en una privación de libertad, es un procedimiento de naturaleza *penal*. Ningún procedimiento de

otra naturaleza está legitimado por la Constitución para privar de ese derecho a un individuo (art. 25.3 CE). En ese tipo de procedimientos sólo pueden aplicarse *medidas de seguridad* si se cumplen los requisitos establecidos en los arts. 101 a 104 CP (arg. art. 95 CP), que se refieren a las eximentes del art. 20 CP y no al art. 19 CP, en el que se excluye a los menores de 18 años del ámbito de aplicación del mismo Cuerpo Legal. Por otra parte, de acuerdo con el art. 6 CP «las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan», lo que no es requerido siempre en la LORPM para la imposición de las *medidas* en ella previstas. Por consiguiente, estas últimas no tienen naturaleza de *medidas de seguridad* sino que se trata pura y simplemente de *penas especiales* inspiradas (al menos en el plano teórico) en el principio del *superior interés* del menor, que obliga a modificar los parámetros procesales y sustantivos de la *responsabilidad* de éste, dando entrada a un procedimiento *penal* más flexible que el de los adultos y a la imposición de *penas* que se rigen (o deberían regirse) por ese *interés*, lo que obliga a distinguir las de las previstas en el Derecho penal de adultos en aras de subrayar la orientación *preventivo-especial* del sistema penal en su conjunto²⁶. Por otra parte, desde un punto de vista sistemático parece coherente hablar de *pena especial* cuando todo el sistema se basa en la *responsabilidad* del menor y no en su supuesta irresponsabilidad o inimputabilidad²⁷. Existe responsabilidad en la medida en que se le pueden *atribuir* dichos actos, atribución que entra en relación dialéctica con la orientación político-criminal del sistema y que se reconfigura en virtud de la evolución social. Para concluir, quiero recordar que QUINTERO OLIVARES ha denunciado de manera plausible los parámetros que suelen regir los análisis sobre la imputabilidad del sujeto, por su carácter apriorístico y negador de la dignidad y la igualdad entre las personas, lo que le lleva a proponer que la misma se base en la «ca-

24 Cfr. SSTC 120/2000, de 10 de mayo; 88/1998, de 21 de abril; 79/1998, de 1 de abril, entre otras.

25 Cfr. MAURACH/ZIPF, Derecho penal. Parte General, trad de la 7ª ed alemana a cargo de BOFILL GENZSCH/AIMONE GIBSON, Buenos Aires, 1994, p. 534. HÁBERLE, Das Menschenbild in Verfassungsstaat, Berlín 1988. Edición en español, La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional, trad. Carmen Zavala y César Landa, Lima, 2001, passim, especialmente, p. 90, en la que alude a la resocialización como aspiración a la mejora del ser humano «adulto».

26 El carácter de penas de las «medidas» previstas en la Ley es advertido por GÓMEZ RIVERO, La nueva responsabilidad penal del menor, cit, p. 5: «tal vez hubiese sido más honesto reconocer nominalmente que se trata de auténticas penas y evitar así el riesgo de una interpretación restrictiva de las garantías que deben amparar a cualquier delincuente, también cuando es menor de edad». En el texto, la autora analiza las distintas «medidas» previstas en la Ley. La compatibilidad del carácter penal de este sector sancionador y las finalidades preventivo-especiales es subrayada por TAMARIT SUMALLA, El nuevo Derecho Penal de menores, cit., p. 74.

27 *Vel.*, en este sentido, CARRANZA, Criminalidad, políticas públicas y edad de ingreso a la responsabilidad penal, cit, p. 37, haciendo hincapié en el apoyo que brindan los textos internacionales a esta especialidad procedimental.

pacidad de comprender el significado del proceso penal»²⁸.

El círculo se cierra, pues, en torno a la preservación de las garantías y a las necesidades preventivas de la sociedad: el menor debe responder *penalmente* cuando comete un delito porque ello permite garantizarle un juicio justo, porque está indicado desde la prevención especial para su integración y maduración, y porque la sociedad tiene derecho también a protegerse de sus acciones obligándole a responder ante ella por los hechos ilícitos que haya cometido. En la medida en que posea aquella «capacidad para comprender el significado del proceso penal», el menor puede y debe ser sometido a él, sin perjuicio de que el juez sólo pueda condenarle al cumplimiento de *penas especiales* distintas de las previstas para los adultos²⁹. Para lograrlo, el proceso penal tiene que adaptarse a las características psicológicas del menor y flexibilizarse al máximo, ofreciendo la posibilidad de soluciones de integración social mejor que estrictamente punitivas y modificando el papel del Ministerio Fiscal, que debe operar sin las restricciones del principio de legalidad para lograr esa finalidad integradora; todo ello, en sintonía con la orientación marcada por los textos internacionales reseñados con anterioridad. A tal efecto, el art. 19 LORPM abre vías de solución extrajudicial, desarrolladas reglamentariamente mediante el art. 5 del RD 1774/2004, de 30 julio, que concede un elevado grado de autonomía al equipo técnico para el logro del acuerdo reparador con el fin de eludir la estigmatización del autor.

Para captar en su verdadera dimensión este modelo de *responsabilidad* me parece necesario observar qué ocurre al otro lado de la Ley, es decir, cómo se configura el régimen jurídico de los infractores que no han alcanzado la edad mínima establecida en ella: los catorce años. Como se sabe, los distintos ordenamientos jurídicos fijan una edad por debajo de la cual el menor no es sometido siquiera a ese procedimiento *penal* especial. En apariencia, sus acciones no son objeto de sanción alguna porque la sociedad considera que no ha alcanzado la madurez física y psíquica suficiente para considerarle *responsable* de sus actos. Si ello ocurriera exactamente así, el sistema ofrecería una imagen de absoluta coherencia. Sin embargo, las disposiciones que regulan esa zona de supuesta *irresponsabilidad* en nuestro país suscitan no pocas dudas al respecto, pues con frecuencia esa imagen se asemeja demasiado a la del viejo modelo de *tutela*, con toda su carga autoritaria.

Pese a la amplia discusión social y parlamentaria sobre la edad mínima aconsejable para que intervenga el Derecho penal, la Exposición de Motivos de la Ley prescinde de cualquier argumento material para explicar esa limitación y recurre a otro de índole preventiva: el escaso volumen de delincuencia que se produce a tan temprana edad³⁰. Pero esa afirmación contrasta con los datos procedentes de distintos estudios criminológicos. Así, RECHEA ALBEROLA/FERNÁNDEZ MOLINA cifran en un 6% la delincuencia por debajo de los 14 años³¹, una cifra quizá baja pero significativa. Por su parte, el Centro

28 Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, Pamplona, 1999, p. 158-159.

29 *Vid.*, a este respecto, GARCÍA PÉREZ, La competencia de los órganos de la administración de Justicia de menores y las bases de la responsabilidad penal y el Derecho supletorio, en GIMÉNEZ-SALINAS (coord.) *Justicia de menores: una justicia mayor*, cit, p. 50 ss. El autor realiza una inteligente interpretación sistemática del art. 5.1 de la Ley 5/2000, en el que se afirma: «A los menores en quienes concurren las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e), de la presente Ley». Ello implicaría, según el GARCÍA PÉREZ, que legislador sólo se refiere a casos de total inimputabilidad porque entiende que en el resto de los casos (cuando no concurre ninguna de las citadas eximentes) estamos ante un sujeto típicamente semiinimputable. Conviene señalar que en el Rapport de la comisión d'enquête sur la delinquance des mineurs (Senat, nº 340), presentado por el Senado de la República Francesa el 27 de junio de 2002, se caracteriza la delincuencia de menores como «delincuencia por ausencia de ser», queriendo señalar con ello que la falta de percepción de los menores acerca del «otro» se debe a la previa falta de percepción sobre sí mismos (p. 41).

30 El Proyecto situaba el límite en los trece años, lo que a juicio de CARMONA SALGADO sería más acorde con la madurez que se le supone para consentir en el contexto sexual, según el propio Código Penal español (*Vid.* CARMONA SALGADO, *Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores*, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero, en RECPC, 04-03 (2002), p. 3.) Sin embargo, no tiene por qué asociarse uno y otro ámbito de decisión: el primero pertenece al campo del significado personal de verse involucrado en un contexto sexual, el segundo al de la obligación de responder socialmente por los delitos cometidos. Que se permita mantener relaciones sexuales por debajo de trece años (eso es en el fondo lo que quiere decir el legislador al limitar del modo señalado la edad merecedora de respeto en lo relativo a la libertad sexual del individuo) no tiene por qué implicar, por ello sólo, que esa misma persona pueda ser sometida a sanciones penales.

31 Cfr. RECHEA ALBEROLA/FERNÁNDEZ MOLINA, *Impacto de la nueva Ley penal juvenil en Castilla-La Mancha*, Boletín del Centro de Investigación en Criminología de la Universidad de Castilla-La Mancha, nº 7, 2000, p. 21. En el mismo estudio se comprueba que en cuanto al tipo de delito cometido por los sujetos hasta los quince años es preponderante la infracción patrimonial no violenta, mientras que las infracciones contra las personas y contra la libertad sexual representan una cuarta parte del total de procedimientos investigados. De las primeras, aproximadamente un 70% constituyen meras faltas³², elevándose a un 90% el índice de sujetos que sólo ha cometido una infracción.

Nacional de Justicia Juvenil de Estados Unidos, en su informe de 2003 ha analizado la delincuencia a lo largo de los diez años anteriores y cifra en torno a un 60% del conjunto de la delincuencia protagonizada por menores la incidencia de las infracciones cometidas por niños entre diez y quince años³². En el mismo sentido, el informe *Youth Justice*, presentado por el Ministerio del Interior británico en mayo de 2004 recoge un incremento del 300% en las infracciones de menores de 14 años entre 1990 y 2001³³. Estos datos permiten poner en tela de juicio la razón esgrimida por el legislador español: los menores de catorce años sí delinquen e incluso puede asegurarse que, en ocasiones, esos niños protagonizan delitos de extrema gravedad. La sociedad puede reclamar legítimamente una intervención preventiva. En apariencia, nuestro sistema legal no actúa contra ellos, al contrario de lo que sucede en otros países, como Estados Unidos o Gran Bretaña, donde los niños *responden* a partir de los diez años. Pero si se indaga un poco más, enseguida se comprueba que nuestro ordenamiento no es indiferente en absoluto al delito cometido por un menor de catorce años y que reserva para estos casos una respuesta no muy distinta de la prevista en la LO 5/2000.

La Exposición de Motivos de esa Ley sostiene que para resolver el conflicto social que provoca el delito cometido por un menor de catorce años basta con «los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado». Por su parte, el art. 3 de la Ley establece que «cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes». Por lo que al primero se refiere, la remisión alcanza de lleno a la denominada «situación de desamparo», que en su art. 172 se identifica con la falta de asistencia material o moral del menor y cuya apreciación permite la tutela pública de éste. Con carácter general, el régimen jurídico de la protección del menor aparece regulado en la LO 1/1996, de 15 de enero, norma que incorpora a nuestro ordenamiento una «situación» distinta a la

de desamparo, que denomina «situación de riesgo». La Exposición de Motivos lo explica así: «mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria». Por consiguiente, la *situación de riesgo* se concibe como una alteración del entorno social del menor de grado inferior al que provoca el desamparo, cuya detección obliga a los poderes públicos, según el art. 17 de la Ley, «a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia», pero con pleno respeto de los derechos que le asisten.

Ahora bien, con la lectura de esa disposición no se alcanza una comprensión integral del problema. Como es sabido, la protección de menores ha sido objeto de delegación competencial hacia las distintas Comunidades Autónomas, que han cumplido ese deber mediante leyes y otras disposiciones cuya observación conjunta ofrece un panorama inarmónico y, lo que es peor, bastante alejado de la regulación estatal. En efecto, el modelo vertebrado exigiría, como poco, que las distintas leyes regionales recogieran en su articulado como premisa de actuación esa *situación de riesgo* a la que alude la LO 1/1996 y le confirieran un régimen jurídico compatible en el tenor de ésta, sin perjuicio de que mantuvieran ciertas diferencias respecto al alcance de las medidas a adoptar, sin desvirtuar en ningún caso su sentido. Desgraciadamente, tal vertebración brilla por su ausencia. Así, mientras que las leyes de La Rioja, Castilla y León, Cantabria o Canarias³⁴ respetan casi al pie de la letra la regulación estatal, otras introducen nuevos términos, no homologables, como el de menor en «situación de conflicto social» (Andalucía³⁵ y Castilla-La Mancha) o «adolescente con conductas de alto riesgo so-

32 Cfr. Juvenile Court Statistics, Office of Juvenile Justice and delinquency prevention, US Department of Justice, 2003, p. 21. El informe analiza la delincuencia juvenil desde múltiples perspectivas: edad, raza, sexo, modalidad delictiva, etc.

33 Cfr. Youth Justice, Home Office, 2004, p. 38.

34 Ley de La Rioja 4/1998, de 18 marzo; Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 julio; LEY de Cantabria 7/1999, de 28 de abril; Ley de Canarias 1/1997, de 7 febrero.

35 Ley de Andalucía 1/1998, de 20 abril art. 40.1. «Se considerarán menores en conflicto social a los efectos de la presente Ley, aquellos que por situación de grave inadaptación pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros». 2. La actuación de la Administración Autónoma en esta materia habrá de tener como finalidad principal el desarrollo de acciones preventivas, así como la integración social de estos menores a través de un tratamiento educativo individualizado y preferentemente en su entorno sociocomunitario.

cial» (Cataluña), sin que falten Comunidades que no han promulgado ninguna Ley sobre la materia con posterioridad a la LO 1/1996 (Madrid o Extremadura³⁶), por lo que difícilmente pueden reconocer los elementos innovadores de la misma, ni tampoco otras que se contentan con un simple Decreto para ventilar el problema (Valencia)³⁷. Por regla general, los legisladores autonómicos han omitido cualquier mención expresa a los menores delincuentes; pero esa omisión no significa, evidentemente, que estos niños no sean objeto de medidas «de protección» en todas las Comunidades Autónomas, medidas que se adoptarán, por ello, con una excesiva discrecionalidad. Por el contrario, las leyes de Cataluña (Ley 8/2002, de 27 de mayo) y Castilla-La Mancha (Ley 3/1999, de 31 de marzo) sí aluden expresamente al problema del menor delincuente. La primera incorpora a la Ley básica sobre la materia (Ley 37/1991) un nuevo art. 43 relativo a los «menores *adolescentes* cuya conducta altera de forma grave las pautas de convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas, de forma que provocan un riesgo evidente de causarse daños a ellos mismos o perjudicar a terceras personas». La segunda, por su parte, califica como menores «en conflicto social» a los que «por su situación de grave inadaptación pudieran encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otras personas, así como los *menores que, aún no teniendo la edad requerida para exigirles responsabilidad penal, cometiesen hechos tipificados como delitos o faltas por las leyes penales*». (art. 62). Al margen de las evidentes diferencias de redacción³⁸ y de que el precepto catalán sólo es aplicable a los mayores de doce años (art. 2 de la Ley 37/1991), ambas normas están orientadas a reprimir la delincuencia o la conducta desviada de aquellos sujetos que no están sometidos al sistema de justicia

penal juvenil. No hay gratuidad alguna al hablar aquí de represión. En ambas leyes se prevé la posibilidad de aplicar una serie de medidas educativas entre las que se encuentra el internamiento «residencial» del menor y, aunque los poderes públicos son conscientes de que nos hallamos ante un sujeto muy sensible y de que es preferible su colaboración o la de su familia, se establecen mecanismos para ejecutar las medidas asignadas de manera coercitiva cuando dicho consentimiento no exista, previa solicitud al juez competente³⁹.

Observado desde esta perspectiva, el régimen de *imposición* de medidas que el ordenamiento prevé para los infractores de la ley penal que sean menores de catorce años no difiere tanto como se podría creer del que la LORPM reserva a los que ya han cumplido esa edad. Es cierto que no son sometidos a un procedimiento *penal*, pero sí sufren medidas limitativas de derechos que presentan un contenido aflictivo similar al de las previstas en dicha Ley⁴⁰, aunque sin las garantías que ésta ofrece. Se presente bajo la etiqueta que se quiera, lo cierto es que a estos menores se les reclama que *respondan* por los hechos delictivos que hayan cometido. Es más, el art. 45 de la Ley catalana exige expresamente que los poderes públicos de ese país diseñen los programas educativos destinados a los adolescentes infractores con el objetivo de «fomentar la capacidad crítica, de autocontrol y el sentido de *la propia responsabilidad*». Así pues, el sistema español de responsabilidad del menor presenta en realidad una doble instancia: se trata de un modelo de responsabilidad *penal* cuando se alcanzan los catorce años de edad y de un modelo de responsabilidad *administrativa tutelar* por debajo de ella. Ambas instancias comparten el objeto de dicha responsabilidad: la comisión de un hecho delictivo. Comparten también la naturaleza san-

36 Ley de Madrid 6/1995, de 28 marzo; Ley de Extremadura 4/1994, de 10 de noviembre.

37 Decreto del Gobierno de Valencia 93/2001, de 22 mayo.

38 La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, al definir los objetivos del Programa «menores en conflicto social», afirma lo siguiente: Este programa tiene por objeto la intervención preventiva cuando se detectan casos de menores con conductas antisociales o problemáticas, y la ejecución de medidas dictadas por los Juzgados de Menores en aquellos casos que han presentado conductas delictivas o faltas graves de conducta, tanto antes de la intervención judicial como cuando ha sido dictada algún tipo de medida en relación a conductas sancionadas por la ley. Se incluyen también en el programa aquellos casos en que, por la edad del menor inferior a 14 años, las conductas no tienen consideración penal, pero requieren igualmente algún tipo de intervención específica de tipo educativo o resocializador».

39 Vid. art. 47 de la Ley catalana y art. 63.2 de la Ley de Castilla-La Mancha.

40 Cfr. CUEÑA BOY/FERNÁNDEZ CAÑAMAQUE, Informe especial sobre la situación de los menores desprotegidos e infractores en Castilla y León, Procurador del Común, 2004, p. 294, en la que aparecen las estadísticas de expedientes de reforma, que incluye a los menores de 14 años, con la salvedad de que «no se trata de responsabilidad penal sino que el Ministerio Fiscal remitirá el caso a la entidad pública de protección de menores para que ésta promueva las medidas de protección adecuadas». Ello quiere decir que al mismo centro de internamiento acceden por dos puertas distintas los mayores y los menores de catorce años. Aquellos cumplen una medida penal; estos siguen una medida de protección, pero unos y otros se integran en la disciplina del centro.

cionadora de las medidas impuestas. Difieren, sin embargo, en cuanto al procedimiento establecido para su sustanciación, diferencia que obliga a recordar aquí la concepción de QUINTERO OLIVARES sobre la imputabilidad penal, referida a la «capacidad de comprensión del proceso» en el que se ve involucrado el infractor. Con toda probabilidad, un niño de once años sabe que no debe robar en una tienda, agredir a su compañero de clase o asestar una puñalada al incauto que se niega a entregarle la cartera. Pero el legislador no quiere someterle al procedimiento establecido en la LO 5/2000 seguramente porque considera que sería incapaz de comprender las formalidades de ese proceso (que persisten, aunque en menor medida que en el previsto para los adultos) y prefiere, por ello, tratarle de manera diferente, mediante un procedimiento no punitivo, más tutelar. Pero es lícito preguntarse si ello no distorsiona la configuración general de la responsabilidad *penal* y, lo que es peor, si no supone una lesión de los derechos del menor.

Como se sabe, la caracterización tradicional del sistema penal de doble vía indica que si un sujeto comete un hecho penalmente antijurídico *responderá* sufriendo una sanción *penal*. Cuando cumpla los requisitos establecidos para *atribuirle* la condición de culpable esa sanción tendrá la forma de una *pena* propiamente dicha; cuando concurren en él circunstancias especiales que impidan realizar dicha atribución, pero resulte peligroso, responderá con una *medida de seguridad*. Hasta la fecha, el sistema no prevé la posibilidad de que como consecuencia de la comisión de un hecho penalmente antijurídico se responda mediante una *sanción administrativa tutelar*. Una sanción de esta naturaleza no encuentra acomodo en un sistema sancionador que distingue de manera taxativa una parcela *penal* y otra *administrativa*, esferas del *ius puniendi* que no se caracterizan por su permeabilidad, como lo demuestra la vigencia constitucional del *ne bis in idem* y del principio de intervención mínima. Por consiguiente, nos hallamos ante una institución amorfa e inclasificable, una auténtica quimera jurídica cuya fisonomía muestra rasgos de ambos órdenes normativos.

Para devolverle la necesaria armonía a esta parcela del ordenamiento sancionador creo que sólo caben tres alternativas: adecuar la estructura de la responsabilidad *penal* a esta nueva realidad, descartar por completo esa *tercera vía* sancionadora, por incongruente (y dejar sin sanción alguna a los menores de catorce años) o, por último, ampliar el ámbito de aplicación de la justicia de menores mediante una rebaja de la edad a

partir de la cual se responde *penalmente* por el delito cometido.

La primera alternativa resulta arriesgada, porque rompería por completo la correlación delito-sanción penal y abriría el sistema penal a un nuevo tipo de sanciones que se impondrían mediante un procedimiento sancionador no penal, con un grave detrimento de las garantías, que es justamente lo que ocurre ahora con los menores de catorce años. La segunda alternativa sería viable a condición de renunciar por completo a imponer restricciones de derechos a quienes cometieran hechos delictivos sin haber cumplido esa edad. Ya se vio que, contra lo manifestado por la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, el índice de delincuencia que acreditan los niños a esas edades no es tan bajo como para renunciar completamente a utilizar instrumentos preventivos. La ausencia de respuesta frente a estos comportamientos antisociales daría lugar a sendos efectos negativos: el Estado se abstendría de influir de manera más intensa sobre la educación de ese niño y podría alentar respuestas vindicativas en el entorno de la víctima. Por ello, no resulta aconsejable. En mi opinión, sólo la tercera alternativa resulta acertada, bajo ciertas condiciones. Con ella se logra que el Estado reconozca explícitamente que está ejerciendo la potestad punitiva a causa de la comisión de un hecho delictivo, sin desvirtuar esa correlación a la que antes me refería. Pero dicha potestad sólo puede ejercerse teniendo muy en cuenta las características del autor de ese hecho, que podría tener doce o diez años de edad. No sólo quedaría invalidado un modelo sustantivo y de procedimiento como el previsto para los adultos sino también cualquier otro que respondiera a criterios distintos del de la pura reeducación del niño, en armonía con su *supremo interés*, tal y como reclama la Convención de 1989. Desde luego, debería tratarse de un modelo diferente del previsto en la LO 5/2000, que confía demasiado en criterios de prevención general y de retribución, no sólo en el cuadro de medidas previstas sino también en el procedimiento para su imposición, a causa sobre todo de la inclusión extemporánea de la acusación particular. En otros países, como Gran Bretaña, la responsabilidad *penal* surge a partir de los diez años, pero recientes investigaciones demuestran que, pese al incremento de delincuencia observado en sujetos de escasa edad, el número de internamientos no ha aumentado de manera significativa en los últimos años, lo que indica que el calificativo de medida *penal* no tiene por qué suponer para quien la sufre un grado de aflicción mayor que el cum-

plimiento de medidas a las que se rubrique con el nombre de *tutelares*⁴¹. La moderna configuración de la responsabilidad penal, adaptada a las necesidades político-criminales, permite un alto grado de adaptación de la respuesta penal al sujeto infractor.

Las anteriores reflexiones demuestran que los parámetros constitucionales configuran un red de garantías dotada de una gran resistencia frente a las maniobras elusivas del legislador. La aparente desaparición del viejo modelo *tutelar* no se produjo a causa de una libre decisión político-criminal del legislador sino de cómo consecuencia de una orden del Tribunal Constitucional, dictada para preservar los derechos fundamentales de los menores. Pero aquel viejo modelo demuestra una considerable pertinacia y persiste oculto en la zona más desvertebrada, arbitraria y confusa del Derecho penal del menor. Acabar con sus últimos vestigios es tarea que reclaman principios constitucionales tan consolidados como el de culpabilidad, basado en la idea de que cualquier medida sancionadora infligida por el Estado debe ampararse en la *responsabilidad personal* del sujeto infractor.

V. El régimen general: la LO 5/2000. La inconstitucional regulación de reincidencia

La Exposición de Motivos de la LO 5/2000 asegura que ésta se inspira en la Convención de De-

rechos del Niño de 1989 y demás textos jurídicos internacionales sobre la materia, inspiración que se condensa en el reconocimiento del «supremo interés del menor» como criterio básico a seguir para regular su responsabilidad penal⁴². Sin embargo, a medida que nos alejamos de aquélla y avanzamos a través de su articulado el panorama cambia radicalmente. El interés educativo choca frontalmente con previsiones demasiado influidas por criterios de prevención general, y la garantía de la justa proporción entre el delito cometido y la medida aplicable se transforma con frecuencia retribución pura y simple, finalidad ética de la sanción penal que nuestra Constitución rechaza⁴³ en el Derecho penal de adultos, cuanto más en el dedicado a los menores.

Es cierto que el art. 7 de la Ley abre un abanico muy amplio de medidas distintas del internamiento, como la mera amonestación, la realización de tareas educativas, las prestaciones en beneficio de la comunidad, la permanencia de fin de semana, la libertad vigilada, etc. También lo es que el internamiento puede adoptar el régimen terapéutico, abierto y semiabierto, esto es no sólo el cerrado, mucho más aflictivo. Pero esta amplitud de posibilidades que la Ley pone a disposición del Juez para adaptar la respuesta sancionadora a la personalidad del menor debe contar, además, con una gran flexibilidad. No es razonable, por ello, que el mismo legislador imponga al Juez cortapisas muy rigurosas para la

41 Resulta altamente significativo el Informe elaborado a propuesta de la Cámara de los Comunes por el NATIONAL AUDIT OFFICE, Youth offending: The delivery of community and custodial sentences, 2004, en cuya página 22 puede observarse que entre 1992 y 1996 se duplicó prácticamente el número de condenas de internamiento en el territorio de Inglaterra y Gales, mientras que entre 1997 y 2001 el número se mantiene inalterado, por la puesta en práctica de soluciones alternativas.

42 Vid. sobre ello, FERNÁNDEZ MOLINA, La valoración del interés del menor en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en Anuario de Justicia de Menores, 2002, p. 55 ss. Buen ejemplo de una aplicación del Derecho coherente con los principios que predica la Ley lo constituye las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid núms. 218 y 533, de 12 de abril y 25 de noviembre de 2003, respectivamente. En ellas se realiza una interpretación restrictiva del art. 468 CP, que castiga el quebrantamiento de condena, al entender que las medidas impuestas en virtud de la LORPM no pueden considerarse penas a los efectos de la aplicación de este precepto por la distinta finalidad de unas y otras, con la siguiente argumentación: «como se expresa en la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, los criterios orientadores de la misma han sido y deben seguir siendo los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional y concretamente en sus sentencias 36/1991 de 14 de febrero y 60/1995 de 17 de marzo que se asientan en la adopción de unas medidas que no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor. Solo desde esta perspectiva, puede entenderse, a juicio de esta Sala, el contenido del art. 15 de la citada Ley, cuando expresa que cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley, alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores». De esta forma, se produce lo que podríamos denominar una «rehabilitación» de la minoría de edad, de forma que a fin de conseguir la eficacia de la medida impuesta, se le sigue considerando a todos los efectos como menor, sin olvidar que una medida de internamiento en régimen semiabierto, conlleva necesariamente la existencia de un programa educativo (Exp. De Motivos, 16). Así las cosas, y teniendo en cuenta que el art. 468 del C. Penal se refiere a supuestos distintos de esta medida, de la que hay que tener presente que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico con posterioridad a la entrada en vigor de dicho Código Penal y que aunque se la denomina «medida» no comparte la naturaleza de las recogidas en el referido artículo 468, al tener una finalidad distinta a aquellas, como es la educativa.

43 Cfr. nota 23.

elección de medidas distintas al internamiento en cuanto el hecho delictivo adquiere una relativa gravedad. Esas restricciones impiden el cumplimiento cabal de la finalidad resocializadora y demuestran una confianza excesiva en los mecanismos intimidatorios, cuya efectividad ha sido negada en este campo por autores tan significativos como DÜNKEL⁴⁴.

En su versión original, el apartado 2º del art. 9 de la LORPM establecía para ese internamiento un régimen restrictivo y facultativo, «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». No cabe duda de que ante la comisión de hechos que comporten riesgo para bienes jurídicos personales resulta lógico que el legislador permita al juez la adopción de una medida tan aflictiva como la privación de libertad. De todos modos, habría sido más ajustado a los criterios restrictivos que deben imperar en una norma de estas características restringir esa posibilidad a los hechos violentos, sin extenderla también a la «intimidación», que no comporta necesariamente un riesgo personal de la suficiente gravedad como para aplicar el internamiento. La regla general que limita a dos años ese período sólo podía ampliarse hasta cinco años cuando el sujeto tuviera más de 16 años en el momento de la comisión del delito, pero a condición de que el equipo técnico aconsejara dicha prolongación. Este último requisito garantizaría una orientación de la medida impuesta hacia la reeducación del menor, lo que justificaría su adopción.

Ahora bien, esa LO 5/2000 ya contenía disposiciones abiertamente contrarias a los principios expresados en su Exposición de Motivos. Porque la intervención del equipo técnico, que acabo de comentar, podía ser eludida siempre que el Juez in-

rodujera en la sentencia la cláusula de «extrema gravedad» de los hechos. Seguramente por ello una institución imparcial como la Fiscalía General del Estado, decía en su Circular 2/2001 que «la reforma se caracteriza por la prioridad que otorga a la medida de internamiento en régimen cerrado, la notable extensión de su duración y la consiguiente ampliación de los límites máximos de cumplimiento, que redundará en un uso más frecuente de la pena de prisión sobre aquellos infractores que cumplidos los 23 años de edad tengan todavía pendientes medidas de internamiento».

Con franca distorsión de los criterios humanistas en los que dice inspirarse la Ley, la regla 5ª del art. 9 advertía ya en su redacción original de que «se entenderán *supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciar reincidencia* y, en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas, así como los de asesinato u homicidio doloso, y la agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del Código Penal».⁴⁵

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 ha entendido que, por pura coherencia jurídica, esa mención a la reincidencia nos remite a la agravante genérica prevista en el art. 22.8ª CP⁴⁶, lo que significa apartarse del criterio principal del supremo interés del menor, como se explica a continuación. Por una parte, el texto lleva a decretar el internamiento por la gravedad del hecho cometido y sin tener en cuenta para nada la personalidad del menor, es decir, se trata de un criterio de proporcionalidad inverso al que sería defendible en una Ley de este tipo; proporcionalidad como *retribución*. Habría que recordar una vez más que la única finalidad abiertamente contraria a los principios constitucionales es justamente el criterio de la retribución, basado en una metafísica concepción de la pena como expiación. También puede identi-

44 Cfr. DÜNKEL, Reacciones en los campos de la administración de justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea, en ORNOSA FERNÁNDEZ (directora), La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2001, p. 184: «deben rechazarse los actuales esfuerzos por imponer sanciones penales más duras a la vista de la violencia juvenil, que se considera cada vez más amenazante. La experiencia criminológica demuestra que las penas más duras no resuelven el problema de la delincuencia juvenil».

45 El art. 2.2 de la LO 7/2000 se limitó a situar esta misma disposición en un párrafo independiente. Por ello, no puede decirse que influyera en modo alguno en su sentido y alcance.

46 Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, p. 28. Analiza después la cancelación de antecedentes, que carece de regulación expresa en la Ley y para la que la Fiscalía propone la aplicación del régimen jurídico previsto con carácter subsidiario en el Código Penal. De distinta opinión, por razones de justicia, GARCÍA PÉREZ, op. cit., p. 65. Por su parte, la Circular 2/2001, de 28 de junio entiende que la LO 7/2000 introdujo una modificación relevante en el régimen jurídico de la reincidencia al modificar el texto de la regla 5ª al añadir el adverbio «siempre» (se entenderán supuestos de extrema gravedad). No comparto esa opinión, la innovación sirve si acaso para reforzar semánticamente una prescripción que la Ley original ya contenía, al decir «se entenderán supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciar reincidencia».

ficarse la disposición analizada con un criterio preventivo general puro y duro, plenamente contrario al principio del «superior» interés del menor, salvo que se tenga por tal su condición de chivo expiatorio.

Sin embargo, es todavía más incompatible con la razón jurídica entender que la reincidencia incrementa la gravedad del hecho⁴⁷. Es cierto que el Derecho penal de adultos no ha logrado desterrar esta circunstancia agravante, cuestionada como vulneradora del *ne bis in idem* y también del principio de culpabilidad; pero, en todo caso, no incrementa ni puede incrementar, por sí sola, la gravedad del hecho, si nos atenemos a la interpretación constitucional de la misma, llevada a cabo tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo. El primero, en su Sentencia 150/1991, de 4 de julio, sostuvo que la apreciación de la reincidencia no vulnera el principio de proporcionalidad de la pena porque éste sólo permite la depuración normativa cuando «exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad del art. 10.15 C.P». Todavía más explícita resulta la STS de 6 de abril de 1990, al advertir de que «cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad. De esta ma-

nera quedan superadas todas las objeciones constitucionales formuladas contra el art. 10.15.º CP. En efecto, dado que la pena no será desproporcionada respecto de la culpabilidad por el hecho, no cabe pensar en la vulneración del art. 15 CE, ya que no se puede considerar la pena adecuada a la culpabilidad ni como inhumana ni como degradante. Tampoco se habrá vulnerado el art. 25.1 CE, pues, al estar la pena determinada por la gravedad de la culpabilidad del hecho cometido, no hay reiteración penal alguna fundada en otros hechos cometidos anteriormente y ya sancionados». Basándose en esa discutible argumentación, el Tribunal Supremo extrae como corolario que la aplicación de penas superiores a las previstas en ese marco legal básico podría ser susceptible de recurso de casación por infracción de un derecho constitucional⁴⁸.

Como consecuencia de esa doctrina constitucional puede afirmarse que el legislador no está legitimado para introducir cláusulas que permitan elevar la gravedad del hecho en virtud del carácter reincidente del autor. La LORPM incurre por tanto en inconstitucionalidad al establecer *ex lege* que el hecho resulta de *extrema gravedad* con la sola condición de que concurra la agravante de reincidencia. El propio legislador o el Tribunal Constitucional deberían actuar al respecto. La reiteración en el delito por parte del menor sólo puede constituir un elemento más a valorar en la misión judicial de ajuste de la sanción al hecho cometido. El carácter flexible del cuadro de medidas aplicables al menor permite actuar en ese sentido.

Por lo demás, la reincidencia cumple un importante papel restrictivo en lo referente a la posible aplicación de la LORPM a los delincuentes «jóvenes», es decir, aquellos con una edad comprendida entre los dieciocho y los veintiún años. Para este grupo sensible de sujetos, el art. 4 de la Ley establece esa posibilidad siempre que las circunstancias lo aconsejen y, de manera especial, cuando exista informe favorable del equipo técnico, cuando se cumplan además dos condiciones: la primera, que la infracción pueda ser calificada como falta o

47 Vid. González Rodríguez, Las medidas aplicables a la delincuencia juvenil tras la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 de 12 de enero, en Boletín Aranzadi Penal núm. 9/2003 Parte Boletín, pág. 48, septiembre 2003, «La Ley sólo contempla esta medida en razón a la gravedad de la infracción, y la excluye para casos de menores reincidentes que sin haber llegado a cometer un delito de las características de la regla 2ª del artículo 9, se muestren rebeldes y hostiles al cumplimiento de cualquier otra medida, habiéndolas voluntariamente eludido».

48 «La consecuencia práctica de esta redefinición del régimen de la reincidencia afecta directamente al actual automatismo de la aplicación del art. 10.15.º, en relación al 61.2.º CP. Concretamente: a) Los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61.2.º CP cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite. b) La cuestión referente a la superación de este límite como consecuencia de la apreciación de la agravante de reincidencia Permitirá fundamentar el recurso de casación por infracción de ley con apoyo en los arts. 5.4 LOPJ y 10.1 CE (dado que el art. 5.4 no se limita los derechos fundamentales). Una crítica severa a este aspecto de la reforma en TAMARIT SUMALLA, El nuevo Derecho penal de menores, cit., p. 86 s.

como delito menos grave sin violencia, intimidación ni grave peligro para la vida o la integridad física de las personas y, la segunda, que no haya sido condenado previamente como autor de un delito cometido una vez superada la mayoría de edad. Esta doble condición supone una restricción duplicada con respecto a la cláusula del art. 9 que obliga a dictar el internamiento en régimen cerrado para los menores a partir de los dieciséis años. Por una parte, la «reincidencia» de la que habla el art. 4 es más amplia que la agravante genérica, ya que no exige que el anterior delito sancionado sea de la misma naturaleza que el sucesivo. Por otra parte, aquí no se exige que el delito cometido sea grave y además peligroso para la vida o la integridad física de las personas sino que basta con que sea considerado legalmente como grave para que el sujeto mayor de dieciocho años vea impedida la posibilidad de que se le aplique el régimen jurídico de los menores. Si el delito fuera menos grave, entonces la restricción sólo opera cuando viene aquel acompañado de violencia, intimidación o grave peligro para la vida o la integridad física de las personas⁴⁹.

VI. El régimen de excepción: la LO 7/2000. La desvirtuación del sistema

Como se dijo al principio de este trabajo, la LO 5/2000 sufrió una importante reforma, antes de su entrada en vigor, con la promulgación de la LO 7/2000, de 22 de diciembre. En ella se establece un régimen excepcional, más duro e inflexible, para hechos que en la Ley original constituían supuestos de «extrema gravedad» y otros también graves: homicidio, asesinato, agresión sexual y terrorismo. La propia LO 7/2000 se encargó de ampliar la lista de delitos de terrorismo prevista hasta entonces en el Código Penal con el fin de combatir el fenómeno de

la «kale borroka» (lucha callejera en el País Vasco), protagonizada casi siempre por menores de dieciocho años. Si hubieran cumplido dicha edad no podrán beneficiarse en ningún caso del régimen especial previsto en el art. 4 de la Ley, que se acaba de comentar en el apartado anterior⁵⁰.

Aunque este régimen excepcional no comprende solamente los casos de terrorismo sino también esos otros delitos graves que se han reseñado anteriormente, sí puede considerarse un primer eslabón de la estrategia antiterrorista desplegada por el Gobierno del Partido Popular a lo largo de la VII Legislatura (2000-2004), que alcanzó su punto culminante con la batería de reformas de 2003. Desde un punto de vista general, la LO 7/2000 es la manifestación de una doble orientación represiva: por una parte, establece un régimen agravado de aplicación y duración de la medida de internamiento en régimen cerrado bajo la exclusiva condición de la gravedad del hecho. Por otra parte, prevé un régimen igualmente agravado de aplicación, duración de la medida de internamiento y especialidad procesal para los casos relativos al terrorismo.

Por lo que se refiere a lo primero, la nueva Disposición Adicional 4ª establece para los delitos de homicidio, asesinato y agresión sexual la obligación de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de hasta 8 años, elevando así en un 50% la duración establecida en la LO 5/2000. Además se impide la modificación de ese régimen hasta haber cumplido la mitad de la medida impuesta, o sea posiblemente hasta haber permanecido 4 años internado. Y, en fin, se amplía el período de internamiento también para los menores de 16 años, que podrán permanecer internados en régimen cerrado durante 4 años⁵¹. A este incremento represivo, que confía indebidamente en la retribución, ha venido a añadirse un último gesto inarmónico con los principios del sistema: la

49 *Vid.*, sobre este problema, extensamente y con un razonamiento distinto, GARCÍA PÉREZ, La competencia de los órganos de la Administración de Justicia de menores, cit., p. 63 ss.

50 Ningún comentario le merece al Defensor del Pueblo esta serie de incongruencias de la Ley, tal y como se puede apreciar en su Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, septiembre de 2002, donde concluye que la valoración general de la Ley es positiva, y continúa diciendo que «El primer año de vigencia de esta Ley ha servido para detectar algunas deficiencias, que han quedado recogidas en este informe, cuya modificación supondría una mejora del texto legal que actualmente se aplica, especialmente en todo lo relativo a la participación de la víctima en el proceso y a la reparación de los derechos de la misma». Luego el legislador le haría caso, introduciendo subrepticamente la acusación particular en el procedimiento de menores mediante la aprobación de una enmienda del Grupo Popular del Senado al Proyecto de reforma del Código Penal que culminaría con la promulgación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Por el contrario, sí aparece muy criticada la LO 7/2000 en las Conclusiones elaboradas por los participantes en el Curso sobre la responsabilidad penal de los menores, dirigido por ORNOSA FERNÁNDEZ y que aparece publicado en el volumen La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, Cuadernos de Derecho judicial, 2001, p. 593.

51 La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2001, de 28 de junio, advierte de la existencia de una incoherencia punitiva al decretarse en esa Disposición Adicional 4ª.2 c) que el período excluido de la revisión del régimen de internamiento será «la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta», cuando el régimen general previsto en el art. 9.5ª de la Ley prevé un mínimo de un año. La incoherencia estriba en que bajo el régimen excepcional previsto para delitos muy graves y terrorismo, a los menores de dieciséis años se les puede imponer una medida de internamiento por un año, lo que permitiría la revisión a los seis meses, algo imposible bajo el régimen general.

introducción de la acusación particular en el proceso penal del menor. Al margen del inaceptable procedimiento legislativo utilizado para aprobar una medida de tanta relevancia y de que constituye un ejemplo más que evidente de utilización simbólica y espuria del Derecho penal⁵², contradice abiertamente el protagonismo que ha adquirido la figura del Ministerio Fiscal en este procedimiento, un papel que le permite resolver el conflicto creado por el menor mediante la adopción de soluciones extrajudiciales, tal y como aconsejan los instrumentos internacionales en la materia. Eso lo sabe cualquier especialista en la materia, y lo dijo con toda claridad BUENO ARÚS hace algunos años, mientras trabajaba en el diseño de la Ley: el rechazo a la acusación particular tenía como fin «evitar que el carácter dramático del procedimiento penal (duelo entre acusador y acusado) contamine un procedimiento que, como todo lo regulado por esta Ley, ha de tener un carácter eminentemente educativo»⁵³. Toda una cita de autoridad que revela el tránsito, en un lustro, de una política criminal de buenas intenciones a otra de extremada dureza.

Por lo que al terrorismo se refiere, la LO 7/2000 da inicio a la estrategia político-criminal que alcanza su máxima expresión con las reformas penales y procesales de 2003. De una parte, como se advirtió, la Ley amplía el catálogo de conductas recogidas bajo esa rúbrica al incluir en el art. 577 CP comportamientos calificables como violencia callejera, protagonizada con frecuencia por menores, y ensanchar por ello el delito de apología, previsto en el art. 578. De otra, crea el Juzgado Central de Menores en la Audiencia Nacional para proceder en estos casos, desvirtuando por completo los principios rectores del Derecho penal juvenil y, en especial, el «supremo interés del menor», que reclama todo menos una estigmatización de este calibre. Por último, endurece aún más el régimen sustantivo cuando el menor fuere responsable «de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos entre los artículos 571 a 580 del Có-

digo Penal». En estos casos, el internamiento en régimen cerrado puede elevarse hasta los 10 ó 5 años para los mayores y menores de 16 años, respectivamente. LANDA GOROSTIZA ha advertido, con razón, de que el régimen procesal excepcional incide directamente en el terreno sustantivo, pues, según sus palabras, «la determinación de la competencia de la Audiencia Nacional remata la imposibilidad de un trabajo educativo con un mínimo de garantías, por el alejamiento radical del menor de su entorno de socialización, lo que permite vaticinar no ya el fracaso de un mínimo de progresión en el proceso de interiorización de normas en los jóvenes implicados sino el efecto perverso de consolidación de carreras criminales y exacerbación del legado ideológico que embrionariamente pudieran presentar, por las consecuencias de victimización y elevación a mártir de la causa en los ambientes de procedencia a los que acabarán regresando tras el aislamiento punitivo»⁵⁴.

Para concluir, cabe preguntarse de qué modo puede conjugarse la vigencia del principio rector del Derecho penal juvenil, esto es el *superior interés del menor*, con una línea político criminal transversal de excepción en materia de terrorismo, línea que bloquea y desarticula por completo la *especialidad* que reclama el tratamiento del menor y que vulnera de manera flagrante los criterios recogidos en los distintos textos internacionales que vinculan al Estado español. La respuesta es clara: no cabe dicha conjugación. La mixtificación del problema social del terrorismo, que encrespa las aristas del sistema punitivo español, no debería incidir en modo alguno en el territorio del Derecho penal del menor.

VII. Resumen y conclusiones

1. Los datos empíricos desmienten una versión «positivista» de la delincuencia juvenil, como patología social generada por la marginalidad y la desestructuración familiar y educativa. Dichos datos demuestran que es más relevante la inmadurez del sujeto que su entorno social como variable determinante de su com-

52 La «novedad» aparece como enmienda nueva en la fase de aprobación por el Senado del Proyecto de Ley de reforma del Código Penal, a raíz del espeluznante caso de «Sandra Palo», menor y deficiente, que fue violada, asesinada con ensañamiento y finalmente incinerada por tres sujetos que fueron condenados en octubre de 2003 a cumplir un periodo de 8 años de internamiento, es decir, el máximo permitido por la Ley. La respuesta gubernamental del Partido Popular consistió en ordenar la introducción de la acusación particular, como si de haber existido ésta en ese procedimiento se hubiera podido adoptar una medida más severa contra los desalmados, cuando ello habría sido imposible.

53 Cfr. BUENO ARÚS, El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la justicia de menores elaborado por el Ministerio de Justicia, en EGUZKILORE, nº 11, 1997, p. 165.

54 Cfr. LANDA GOROSTIZA, El modelo de intervención penal frente a la delincuencia juvenil: una aproximación crítica a la LO 5/2000, en <http://www2.cgae.es/docftp/s7552Ponencia.PDF>, Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Burgos el 3 de marzo de de 2004, p. 16.

portamiento. Sin embargo, los datos empíricos revelan también que la *intervención* estatal contra la delincuencia juvenil sí está determinada por esas variables, de manera que puede hablarse de una *selección* por parte de los órganos de persecución penal.

2. El modelo de intervención que establece la LORPM se rige por las pautas de la *responsabilidad* del sujeto infractor y no por la *tutela* del mismo, lo que se observa por la índole *penal* del procedimiento y por el carácter también *penal* de las sanciones previstas.
3. Ese modelo de *responsabilidad* es incompatible con la concepción del menor como sujeto *inimputable* en el orden penal. Sin embargo, su responsabilidad es *especial* en atención a sus específicas características psicológicas.
4. El tratamiento *especial* del menor infractor se fundamenta en el principio del *superior interés del menor*, principio que establece la Convención de Derechos del Niño de 1989, norma que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico tras su ratificación en 1990. El *superior interés* del infractor sirve para distinguir radicalmente la intervención penal contra los menores respecto a la que rige en el campo del Derecho penal de adultos.
5. Sin embargo, la LORPM deja fuera de su radio de acción a los menores de catorce años,

para los que rige un sistema asimétrico de intervención *tutelar* que definen distintas normas regionales y a los que se reserva la imposición de una nueva especie de *sanción administrativa tutelar* sin parangón en el ordenamiento sancionador de nuestro país y que posiblemente vulnera lo dispuesto en el art. 25.3 CE, que no permite la imposición de privación de libertad alguna mediante un procedimiento distinto al penal.

6. La LORPM incumple en varios aspectos los postulados establecidos en la Convención de Derechos del Niño de 1989 respecto al régimen penal de los menores. La retribución y la prevención general se sobreponen al criterio del *superior interés del menor* en algunas de sus disposiciones. A ello ha contribuido de manera relevante, aunque no exclusiva, la LO 7/2000, que ha reformado la LORPM en lo referente a delitos de terrorismo y otros supuestos de delincuencia grave.
7. La regulación de la *reincidencia* contenida en el art. 9 LORPM es inconstitucional porque atribuye a esa circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal un valor que le fue negado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1991, de 4 de julio y por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 6 de abril de 1990: el de incrementar *ex lege* la gravedad del hecho.