



## El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?

Josep M<sup>a</sup> Tamarit Sumalla

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Lleida*

### I. Antecedentes

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, pone punto y final a un largo período de incertidumbre e interinidad en la regulación jurídica del tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil. La aprobación de la Constitución española de 1978 puso de manifiesto la necesidad de superar el viejo modelo legislativo representado por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, un producto en el que convergía la herencia del positivismo correccionalista inspiradora del sistema reformador con el paternalismo autoritario propio del momento histórico en que la misma vio la luz. Durante más de veinte años quienes han tenido en sus manos la responsabilidad de asumir iniciativas legislativas han sido incapaces de dar el impulso necesario para la aprobación de una Ley, insistentemente reclamada de modo unánime por la doctrina especializada.

En comparación con el retraso sufrido en la aprobación del nuevo Código penal, el largo tiempo que ha habido que esperar para la anhelada clarificación del panorama legislativo en el ámbito de los delitos cometidos por menores ha sido todavía más frustrante, por varias razones. En primer lugar, porque se ha perdido la oportunidad de utilizar el sistema penal de menores como campo de prueba de innovaciones procesales o en materia de sanciones alternativas, algo que ha sido habitual en otros países de nuestro entorno. En segundo lugar, el legislador fue incapaz de anticiparse y evitar la situación, absolutamente previsible, creada como consecuencia de la Sentencia del Tribunal

Constitucional de 14 de febrero de 1991, que declaró parcialmente inconstitucional la Ley de 1948<sup>2</sup>. Tal situación fue resuelta provisionalmente mediante la LO 4/1992, de 5 de junio, que en su Exposición de motivos afirmaba tratarse de una “reforma urgente que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”. La provisionalidad se prolongó más allá de lo razonable, al fracasar el intento del Ministro Juan Alberto Belloch de hacer que el Parlamento aprobara, junto al Código Penal de 1995, la Ley reguladora de la responsabilidad del menor, a la que el Código remite en su artículo 19, cuya entrada en vigor quedaba en suspenso hasta que adquiriera vigencia la anunciada norma<sup>3</sup>.

Finalmente, tras un largo proceso de gestación que se prolongó durante prácticamente toda una legislatura, fue aprobada la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor. La Ley refleja los equilibrios y compromisos entre los distintos grupos parlamentarios que formaron la mayoría que permitió su aprobación, de modo que la coyuntura política en la que se produjo su debate y aprobación se deja sentir en algunos aspectos. Más allá de estas circunstancias y al margen de una serie de deficiencias, se trata de un avance importante que en términos generales debe ser valorado positivamente. Las sombras se proyectan especialmente en lo que concierne a las perspectivas de su aplicación, dada la escasa energía con la que por parte de la Administración del Estado y de algunas Comunidades autónomas se ha asumido la tarea de planificar el futuro inmediato y de apor-

1. Tal afirmación puede hacerse con la salvedad de la prórroga de la entrada en vigor de la Ley en lo relativo a la franja de edad juvenil (18 a 21 años).

2. Debe recordarse además que la citada sentencia (FJ 7<sup>o</sup>) llegaba a reclamar “la imperiosa necesidad de una pronta reforma legislativa”, incluso en relación con aquellos aspectos a los que no se extendía la declaración de inconstitucionalidad.

3. Vid. Disposición Transitoria 12<sup>a</sup>, Disposición Derogatoria única y Disposición final 7<sup>a</sup> de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal.

tar los recursos necesarios para la puesta en marcha del nuevo sistema. Las dificultades para la aplicación efectiva de las previsiones legales han llevado a una prórroga de la entrada en vigor de la Ley en lo relativo a los jóvenes de 18 a 21 años, que es uno de los aspectos en los que por el momento se presentaba más problemática la aplicación de la Ley, al menos en determinados territorios del Estado.

La entrada en vigor de la Ley se ha visto también afectada muy negativamente por la aprobación de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que endurece el tratamiento de los delitos relacionados con el terrorismo. Esta reforma del Código Penal y de la LORPM viene a dar argumentos a las opiniones más críticas frente a los impulsos legislativos de orientación antiterrorista, que denuncian procesos de normalización de la excepcionalidad o de utilizar las medidas contra el terrorismo como ocasión para propiciar una política penal involutiva de signo represivo. La reforma de la LORPM, acaecida antes de completarse en periodo de *vacatio legis*, resulta político-criminalmente inasumible, no sólo por relegar a un segundo plano el proclamado interés del menor cuando el delito cometido es de terrorismo, sino por introducir un régimen significativamente más severo que el de la primera versión de la Ley en los delitos más graves, aunque no tengan relación con el terrorismo<sup>4</sup>.

En cualquier caso, con mayor o menor acierto, se consolida un sistema penal propio cuyo grado de autonomía respecto al ordinario debe ser objeto de examen a partir del análisis de los principios y de los contenidos sustanciales de la Ley<sup>5</sup>, en la convicción de que el nuevo marco legal debe propiciar en el inmediato futuro un desarrollo dogmático que contribuya a una adecuada estructuración del referido sistema<sup>6</sup>.

## II. El sistema penal de menores: el debate acerca de los modelos

La doctrina viene concediendo una importante atención a lo que suele denominarse como modelos, examinados en una perspectiva histórica y de Derecho comparado. En una primera aproximación debe efectuarse una distinción entre el modelo del discernimiento y el de presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad por debajo de una edad fijada de modo taxativo por la ley penal. Este último representa una fórmula biológica, que contrasta con el criterio psicológico del discernimiento. Desde un punto de vista histórico puede considerarse que el segundo sucede al primero, al menos en los países de la Europa continental. Durante el siglo XX, a medida que se va generalizando el sistema reformador de orientación preventivo-especial nacido en los Estados Unidos en 1899 con la pretensión de ofrecer un tratamiento distinto a los menores delincuentes<sup>7</sup>, se abandona la fórmula según la cual el Juez debía indagar si en el caso concreto el menor había obrado con discernimiento, decisión de la que se hacía depender la declaración sobre su imputabilidad y la consiguiente sumisión a la ley penal ordinaria en orden al enjuiciamiento de los hechos y la imposición de las penas pertinentes<sup>8</sup>.

En la actualidad, pese a haberse superado ya en lo esencial el modelo del discernimiento en los países de nuestro entorno jurídico más inmediato, éste mantiene una presencia limitada en algunos Ordenamientos, como el alemán, que establece una franja de edad entre los catorce y los dieciocho años, de modo que la persona que esté comprendida en este segmento de población es responsable penalmente si "al realizarse el hecho posee suficiente madurez, según su desarrollo mental y psíquico, para captar el injusto del hecho y actuar de acuerdo con esta comprensión" (par. 3

4. Vid. especialmente en este sentido la nueva Disposición Adicional Cuarta, que endurece el tratamiento no sólo de los delitos de terrorismo, sino en general de los de homicidio, asesinato, violación y todos los que tengan prevista una pena igual o superior a quince años.

5. El Derecho penal de menores constituiría, en expresión de ROXIN, un "ámbito jurídico propio dentro de la ciencia global del Derecho penal" (vid. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, I, 3ª ed., 1997, pp. 4-5, par. 12).

6. La labor de la dogmática es en este punto especialmente importante, no sólo por la novedad de la ley sino por la atribución de la competencia en última instancia a los Tribunales Superiores de Justicia, lo cual no propiciará una labor de unificación de doctrina por parte de la jurisprudencia.

7. El primer antecedente está en el Tribunal para niños creado en Chicago en 1899 como consecuencia de la actividad de movimientos filantrópicos preocupados por la situación de las masas de niños desvalidos que a menudo se veían forzados a tener contacto con delincuentes adultos (Vid. GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., *Delincuencia juvenil y control social*, Barcelona 1981, p. 25). En España, la primera Ley de Tribunales para niños se aprobó en 1918, impregnada de la filosofía correccionalista y positivista. (vid. GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: "La justicia de menores en España", en DE LEO, G., *La justicia de menores*, Barcelona 1985, p. 120.

8. Vid. en general sobre los antecedentes en el Derecho español. PÉREZ VITORIA, O., *La minoría penal*, Barcelona 1940, pp. 13 ss.

de la Ley de Tribunales para la Juventud). Conviene conceder una especial atención al sistema alemán, dado que ha inspirado en buena parte la actual Ley española, aunque precisamente en este aspecto, el del discernimiento, se ha optado aquí por un criterio distinto<sup>9</sup>.

La evolución legislativa en el caso español puede describirse a grandes rasgos señalando dos períodos claramente diferenciados. Los Códigos Penales decimonónicos siguen el modelo del discernimiento del Código Penal francés de 1810, partiendo de la condición previa de que el menor tuviera al menos nueve años<sup>10</sup>. A partir del Código de 1928 se abandona de modo definitivo el referido criterio y se adopta un límite legal absoluto entre imputabilidad e inimputabilidad situado en los dieciséis años, situación legal que se ha mantenido hasta la actualidad. Esta solución ha ido acompañada de la remisión de los menores de esta edad a una jurisdicción especial, la de los Tribunales Tutelares de Menores, que, según la Ley de 1944 y con pésimo criterio jurídico y pedagógico, se ocupaba a la vez de los menores que habían cometido un hecho previsto en la ley penal como delito (la denominada *facultad reformadora*) y de los menores víctimas de abandono o desamparo (en virtud de la *facultad protectora*), confusión que había llegado hasta el punto de hacer convivir en los mismos centros a menores sujetos a medidas reformadoras y a medidas de protección. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, con la creación de los Jueces de Menores, propició que estos órganos, concebidos ya como órganos especializados dentro de la jurisdicción ordinaria, fueran atendidos por jueces de carrera. Aun sin alterar en su estructura básica el esquema anterior, la modificación de mayor profundidad ha sido la ya comentada de la LO 4/1992, que creó un procedimiento respetuoso con las garantías constitucionales de los menores imputados, actualizó las medidas aplicables y fijó una edad mínima (los doce años) para poder someter al menor a la ley.

En el Código penal de 1995 se sitúa el límite mínimo para la aplicación del mismo en la edad de 18 años, pero tan sólo una lectura muy superficial podría llevar a entender esta modificación como una simple elevación de la mayoría de edad penal. Ello nos lleva a ocuparnos de la otra alternativa que debe ser considerada en términos de debate sobre modelos de justicia juvenil, en lo que concierne a la orientación que se quiera dar a la respuesta legalmente prevista para las personas que cometen un hecho delictivo sin haber alcanzado la edad requerida por el Código penal para responder penalmente como adultos. Nos referimos a la alternativa entre un modelo educativo-protector y un modelo de responsabilidad.

La concepción reformadora derivada del positivismo se corresponde con el denominado *modelo educativo-protector*, que pone el acento en la consideración del menor como objeto de protección y no como sujeto de derechos. Según esta concepción, las medidas impuestas a los menores que han cometido un hecho delictivo tienen una orientación preventivo-especial y no pueden ser en ningún caso entendidas como retributivas de culpabilidad alguna, pues el menor es tenido absolutamente como inimputable. Algunas de las más criticadas previsiones de la Ley española de 1948 deben ser entendidas como una exageración del referido modelo o un intento de llevarlo hasta las últimas consecuencias. Ello no impide sostener la validez de un modelo preferentemente educador que trate de armonizarse con el mantenimiento de unas garantías básicas, como se verá.

Por otra parte, el *modelo de responsabilidad o de justicia* se caracteriza por la creación de un sistema penal de menores asentado sobre la consideración del menor como sujeto de derechos y que tienda a asimilarse al de los adultos, arrancando del presupuesto de la responsabilidad penal de los menores a partir de cierta edad (que suele situarse en torno a los doce o catorce años) y propiciando una transferencia al Derecho penal y procesal

9. La fórmula que obliga al Tribunal a la indagación del discernimiento del menor goza de escaso apoyo por parte de la doctrina alemana, que ha puesto de relieve las dificultades que entraña la emisión de este juicio y cómo en general los Tribunales tienden con cierto automatismo a la afirmación de la existencia de responsabilidad. Vid. ALBRECHT, P.A., *El Derecho Penal de menores*, (trad. BUSTOS RAMÍREZ), Barcelona 1990, pp. 130-131, quien pone de relieve las dificultades con que tropieza la jurisprudencia en la valoración de la "capacidad de comprensión y dirección psicológica normativa" y en el manejo de conceptos jurídicos indeterminados.

Por otra parte, los países del "Common Law" tienden a conceder una mayor preponderancia a la decisión sobre el discernimiento del menor, lo cual permite incluso, por ejemplo en el Derecho inglés, el reconocimiento de responsabilidad penal del menor entre diez y catorce años si se llega a la conclusión que ha obrado con "a mischievous discretion" (vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y Derecho Penal juvenil*, Granada 1998, pp. 66-67).

10. Así, en los Códigos penales de 1848 y 1870, que modificaron el criterio de los siete años adoptado por el CP de 1822. Vid. GONZÁLEZ ZORRILLA, ob. cit., pp. 114-115. Vid. asimismo antecedentes sobre la vigencia de la fórmula del discernimiento en Italia (en los Códigos de 1859 y 1889), en DE LEO, ob. cit., pp. 28-29.

penal de menores de las garantías nacidas en relación con los reos mayores de edad. Con ello se trata de evitar que bajo el manto de la protección del menor discorra una política criminal que sitúe a éste en una posición desventajosa en comparación con los adultos.

Las declaraciones internacionales de derechos surgidas en los últimos años en el ámbito de la ONU vienen a favorecer soluciones de síntesis entre los dos modelos planteados. Así, debemos destacar la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y más específicamente las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (conocidas como *Reglas de Beijing*) de 1985, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (*Directrices de Riad*), estas últimas de 1990. En el ámbito procesal, predominan los aspectos garantistas relativos a la presunción de inocencia, a no confesarse culpable, asistencia letrada y en general los que se contienen en el derecho a un proceso justo (*due process*). En lo relativo a las medidas, se introducen contenidos de prevención especial positiva en el sentido de dotarlas de contenido educativo. Todo ello se ve completado con exigencias más o menos profundas de desjudicialización (*diversion* y favorecimiento de alternativas de resolución informal del conflicto), despenalización (definición más restringida del campo de la delincuencia juvenil en relación con la de adultos) y desinstitucionalización (alternativas a la privación de libertad).

La búsqueda de vías de síntesis entre los dos modelos propuestos, en la línea trazada por las citadas resoluciones internacionales, puede presentarse como una exigencia atractiva y poco pro-

blemática, si se tiene en cuenta que el proceso y las medidas a imponer son dos realidades distintas que plantean exigencias no coincidentes. Además, la idea de la asunción de responsabilidad por parte de un menor puede ser entendida no sólo en clave de derechos individuales sino también como instrumento educativo, de modo que lo que aparecería como antieducativo sería un sistema que promoviera la no responsabilización<sup>11</sup>. En el mismo sentido cabe indicar que un modelo de responsabilidad es perfectamente compatible con el contenido básicamente preventivo-especial de la pena en la medida que se acepte (lo cual tiende ya a asumirse con normalidad) que la intervención del sistema de justicia juvenil tiene al mismo tiempo efectos preventivo-generales sobre el conjunto de la población menor de edad<sup>12</sup>.

Sin embargo, los intentos de síntesis no siempre resultan fáciles, pues a menudo deben sortearse obstáculos nada banales. Así, por ejemplo, el derecho a no declarar contra sí mismo puede ser visto como un serio impedimento que el propio sistema opone a un tratamiento educativo que aspire a que el menor adquiera conciencia sobre la dimensión del hecho cometido. Asimismo, la desjudicialización y el favorecimiento de vías de conciliación entre autor y víctima obliga a hilar muy fino a la hora de articular las soluciones que se adopten con el respeto a garantías básicas del proceso como el propio derecho a no confesarse culpable<sup>13</sup>.

En la doctrina, tanto la penalista como la criminológica, se ha impuesto de modo predominante una opinión favorable a un sistema que establezca una forma de responsabilidad penal del menor comprendido entre una edad mínima que se situaría entre los doce y los catorce años y un límite máximo que se encontraría en los dieciocho años<sup>14</sup>. Otros autores, sin embargo, han defendido

11. Cabe tener en cuenta, en este sentido, la posición de DE LEO, asumida en la doctrina española por GONZÁLEZ ZORRILLA (vid. ob. cit., p. 138), según la cual la negativa a admitir una responsabilidad del menor supondría una ruptura artificial con la actitud mantenida ante el menor por los agentes de socialización primaria (familia y escuela), de modo que la afirmación de la responsabilidad del menor permite confirmar el funcionamiento de un mecanismo cultural fundamental de producción de una cualidad social y humana necesaria, cual es la responsabilidad por las propias acciones".

12. En la doctrina alemana se tiende a admitir que el predominio de los fines preventivo-especiales no impide considerar los fines retributivos y preventivo-generales (vid. ALBRECHT, P.A., *El Derecho Penal de menores*, cit., pp. 96 y ss., quien destaca incluso como el concepto de educación contenido en la Ley de Tribunales de Menores debe ser entendido en clave no unívoca). Vid. *Infra*. Un mayor desarrollo de esta cuestión en 3.1.

13. Vid. *Infra* 3.4 sobre las posibilidades que ofrece el art. 19 LORPM para acordar el desestimiento de la instrucción y el archivo en los supuestos de conciliación.

14. A modo de opinión colectiva representativa, debe destacarse la del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: Vid. *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Valencia 2000, p. 14. El mismo criterio refleja la "Carta europea de los derechos del niño" aprobada por el Parlamento europeo el 8 de julio de 1992 (art. 8-1). Vid. en este sentido SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ob. cit., pp. 153 y ss. Vid. de la misma autora "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", en AP, nº 33, 2000, p. 705. Vid. asimismo SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 183-185, quien, sin embargo, de modo aislado, sugiere incluso la posibilidad de una edad inferior a los doce años para la aplicación de medidas de carácter penal y los catorce como edad a partir de la cual podría imponerse una pena juvenil.

el mantenimiento del criterio de los dieciséis años como límite mínimo para la imputabilidad (aunque atenuada durante un cierto período), de modo que por debajo de esa edad se debería seguir presumiendo una irresponsabilidad absoluta y prever otras formas de responsabilidad no penal<sup>15</sup>.

La definición del contenido y los fines del Derecho penal de menores debe efectuarse atendiendo en cualquier caso a la necesidad de dar una respuesta adecuada a algunas de las críticas que se han dirigido contra el mismo. Desde algunos ámbitos se ha denunciado no sólo la ineficacia en términos preventivo-especiales sino incluso los efectos perversos del sistema, al ponerse de manifiesto unas altas cotas de reincidencia de los menores sometidos al Derecho penal, que serían superiores a las de los menores que, habiendo cometido hechos delictivos, no estuvieron sujetos a medidas penales<sup>16</sup>. Este inquietante dato sugeriría en apariencia una posible contribución del sistema penal de menores al desarrollo de la carrera criminal e invitaría, cuanto menos, a una drástica reducción de la intervención penal ante la delincuencia juvenil, dado el carácter habitualmente transitorio y asociado a la evolución de la personalidad de los comportamientos antisociales producidos durante la adolescencia<sup>17</sup>. Pero antes de caer en la tentación de extraer de los anteriores datos conclusiones precipitadas de signo abolicionista, los mismos deben ser complementados por los resultados de otras investigaciones criminológicas que reflejan unos índices de reincidencia más bajos entre los delincuentes menores de edad penal sujetos a medidas que entre los condenados mayores sometidos al sistema penal de adultos<sup>18</sup>. Tampoco puede prescindirse del hecho que la intervención penal tiende a recaer en mayor grado sobre los su-

jetos más problemáticos que han cometido hechos más graves, que por lo tanto ofrecen un peor pronóstico de reincidencia en el comportamiento delictivo. Por otra parte, el efecto resocializador del sistema no puede valorarse sin tener en cuenta la clase de medida impuesta: existen datos que reflejan una reincidencia más baja en los sistemas que cuentan con un mayor grado de desarrollo de medidas alternativas, especialmente la mediación<sup>19</sup>. La conclusión más adecuada del conjunto de los datos aportados, tanto por las investigaciones criminológicas como por las estadísticas oficiales, apunta no a una utópica y socialmente disfuncional abolición del Derecho penal de menores sino a la conveniencia de prever vías de desjudicialización<sup>20</sup> y medidas no privativas de libertad, con un especial énfasis en la mediación, aspectos de los que nos vamos a ocupar posteriormente.

### III. Los principios de la Ley

Se abordan a continuación los aspectos más destacados de la Ley y en especial los principios, expresados en la Exposición de Motivos y reflejados en el Título Preliminar y el Título I. Antes de entrar en materia, debemos referirnos a la estructura formal del texto legal, que pone de manifiesto una importante diferencia en relación con el Derecho penal de adultos. La Ley expresa la aspiración a una construcción normativa del sistema en sus tres dimensiones: la sustantiva, la procesal y la ejecutiva. Ello debe ser valorado como algo positivo, en la medida que permite (otra cosa es que luego se realice adecuadamente) un tratamiento coherente de los distintos problemas con arreglo a una racionalidad político-criminal.

15. Vid. VIVES ANTÓN, "Constitución y Derecho Penal de menores", en *La libertad como pretexto*, Valencia 1995, y GARCÍA PÉREZ, O., "Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil: un análisis crítico", en RDPC, núm. 3, 1999, pp. 70-71, quien fundamenta esta posición en la constatación que los 16 años es la edad en la que se comienzan a acelerar los procesos de integración social en los papeles de adulto y en consecuencia cabe ya exigir una responsabilidad penal aunque atenuada por ser la integración todavía muy imperfecta. Este autor propone además la previsión, en relación con los menores de esa edad, de formas de responsabilidad menos lesivas que la penal, como la civil, además de la intervención de instancias protectoras y asistenciales.

16. Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid 2001, pp. 33-34.

17. Se podría llegar a entender, desde esta perspectiva, que el sistema penal de menores opera como un obstáculo para la superación natural de las dificultades inherentes a la evolución de los adolescentes que estarían en la base de los comportamientos delictivos protagonizados por personas de esta edad.

18. Vid. FUNES/LUQUE/RUIZ, *Reincidència en la justícia de menors*, Barcelona 1996, pp. 80-81. La tasa de reincidencia de un menor, dentro de la justicia de menores, es baja durante los 15 primeros meses (18'5%) y aumenta en un período de 22 meses hasta un 33'3%.

19. Merece destacarse en este sentido la experiencia de la Generalitat de Catalunya.

20. El estudio anteriormente comentado (vid. FUNES/LUQUE/RUIZ, ob. cit., p. 82) pone de manifiesto que la resolución del conflicto en instancias prejudiciales reduce la probabilidad de reincidir, lo cual no debe llevar automáticamente a deducir la necesidad de prescindir de la vía judicial, necesaria al menos para los supuestos de mayor dificultad.

### 1. Creación de un sistema de responsabilidad penal del menor con contenidos educativos y orientado hacia el interés del menor

La Ley Orgánica 5/2000 ha optado con claridad por un sistema de auténtica responsabilidad penal del menor. Esta opción había sido ya en cierto modo anticipada con la aprobación del Código penal de 1995, que, más allá de la fijación del límite de edad en los dieciocho años, aportaba las significativas novedades de abordar la cuestión de la minoría de edad penal con plena independencia sistemática respecto a las causas de exención de la responsabilidad criminal (indicando por tanto una desvinculación entre esta cuestión y la imputabilidad) y de introducir la sutil fórmula de que el menor de edad penal no es responsable criminalmente *con arreglo a este Código*<sup>21</sup>. De modo todavía más explícito, el art. 69 CP 1995, al establecer el régimen aplicable a los sujetos comprendidos entre los 18 y 21 años, aludía a "la Ley que regule la responsabilidad penal del menor". Con ello se dejaba ya la puerta abierta para dar entrada a otra forma de responsabilidad penal de los menores de esa edad, que la Ley Orgánica que comentamos ha venido a consagrar definitivamente<sup>22</sup>.

La Exposición de motivos de la LO 5/2000 es clara al referirse de modo reiterado a la responsabilidad penal de los menores. En algún momento parece obviar referirse a la clase de responsabilidad, al proclamar la naturaleza de disposición sancionadora de la Ley Orgánica, "pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica de los menores infractores" (II,7), pero en otros pasajes alude explícitamente a que esa responsabilidad es de carácter penal (I,4). La confirmación de la decisión adoptada por el legislador se materializa en el art. 5, dedicado a las bases de la responsabilidad de los menores, que da entrada a la declaración de inimputabilidad de los menores en quienes concurran, sin excepción de clase alguna, las causas de exención de responsabilidad criminal del art. 20 CP.

Una vez sentado lo anterior, la Ley trata de equilibrar las exigencias propias del modelo de res-

ponsabilidad con la aspiración a dotar de contenido educativo al sistema. Esta vocación de síntesis se expresa en la Exposición de motivos al hacer referencia, como el primero de los principios generales, a la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad. Esta idea se plasma, por una parte, en la insistencia en el respeto a los derechos constitucionales del menor (por ejemplo, en el art. 1) y el énfasis en las garantías del procedimiento; por otra parte, el procedimiento y el régimen de imposición y ejecución de las medidas alcanzan unas cotas de flexibilidad y de adecuación a los fines educativos que lo diferencian claramente del Derecho penal de adultos.

Las particularidades del sistema se ponen de manifiesto legalmente mediante una reiterada referencia al interés del menor, que deberá ser valorado, se dice con escasa claridad, "con criterios técnicos y no formalistas", y se concretan en invocaciones a este interés calificado como superior, como, por ejemplo, la necesidad de atender al interés del menor a la hora de elegir por parte del juez la medida adecuada (art. 7-3) o la limitación de las posibilidades de participación del ofendido o perjudicado por el hecho delictivo en comparación con las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pese a todo, la Ley cuida de no convertir el referido interés en un imperativo superior e ilimitado, pues manifiesta también una voluntad de no olvidar los derechos de la víctima, según se expresa en la Exposición de Motivos (II,8) y se desarrolla posteriormente en el Título III dedicado al procedimiento.

La Ley Orgánica acierta en la adopción de una concepción preferentemente educativa de la intervención penal respecto a los menores de edad. Menos convincente resulta la contundencia con la que se rechazan expresamente finalidades esenciales del Derecho penal que escapan a los indicados fines educativos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma (EM, II,7). Debe recordarse, sin embargo, que la naturaleza sancionadora de la norma es reconocida por la propia Expo-

21. Vid. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (DIR.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 2001.

La fórmula consagrada en el art. 19 CP ha sido recibida críticamente por un sector doctrinal. Vid. en este sentido VENTAS SASTRE, R., en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. II, Madrid 1999, p. 89-90, quien rechaza la aceptación de una responsabilidad penal fuera del Código Penal. Ciertamente, como apunta la autora, ello da lugar en cierto modo a un desdoblamiento de la culpabilidad, de modo que, con el sistema anunciado por el CP 1995 e implantado por la LO 5/2000, habría una culpabilidad de adultos y una culpabilidad de menores, algo que, a mi juicio, no debe ser valorado negativamente, sino como uno de los elementos que conforman un sistema penal diferenciado del de los adultos.

22. Vid. en este sentido, CUELLO CONTRERAS, cit., p. 49; SÁNCHEZ-OSTIZ, P., "Consideraciones sobre la Ley de Responsabilidad Penal de los menores", *Boletín Mensual Aranzadi*, nº 16, 2000, p. 2.

sición de motivos aunque aparezca vinculada a la finalidad educativa. Por otra parte, pretender negar todo contenido sancionatorio a las medidas previstas supone incurrir en contradicción con la aceptación explícita de la existencia de responsabilidad penal. La sana actitud de huir del eufemismo enmascarador de la realidad debería haber sido tomada en este aspecto más en serio por el legislador. Una reflexión similar cabe hacer respecto a las ideas de proporcionalidad o prevención general, de las que no puede prescindirse pese a que en el ámbito de Derecho penal de menores se acentúen marcadamente las exigencias preventivo-especiales (según se refleja en el art. 7-3, por ejemplo).

La aspiración a la *proporcionalidad* entre la gravedad de la medida y el hecho cometido constituye una exigencia de justicia que el legislador no puede ignorar, como de hecho no lo hace al fijar un parámetro de proporcionalidad con la pena que hubiera correspondido con arreglo al Código penal si el sujeto hubiera sido mayor de edad (art. 8-2), al establecer las reglas para la aplicación de las medidas en el art. 9 (en particular los números primero y segundo) o al permitir la imposición de medidas de internamiento de régimen cerrado de modo excepcional tan sólo en relación con supuestos de extrema gravedad del hecho cometido por el menor (art. 9.5). Con ello el legislador ha actuado en sintonía con lo exigido por la STC de 14 de febrero de 1991, que afirmaba la necesidad de que sea respetada, por tratarse de medidas restrictivas de derechos fundamentales, la "proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería si de un adulto se tratase"<sup>23</sup>. En este punto no cabe plantear duda alguna respecto a la plena vigencia del principio de proporcionalidad, a pesar de lo que parece desprenderse del contenido de la Exposición de Motivos. Téngase en cuenta sobre ello la naturaleza no normativa de tal Exposición y que además cabe una interpretación de lo dispuesto en ésta a modo de

advertencia sobre la necesidad de entender la proporcionalidad de modo más flexible que en el Derecho penal de adultos, de modo que no entre en contradicción con la funcionalidad educativa propia del sistema de menores.

La responsabilidad presupone también en los menores de edad la *culpabilidad*, entendida como juicio de reproche jurídico por el hecho cometido. Naturalmente se trata de una culpabilidad distinta, que se corresponde con una racionalidad distinta a la de los adultos, pero en cualquier caso la afirmación de la responsabilidad penal supone la decisión de tratar al menor que ha cumplido los catorce años como persona que ha obrado de acuerdo con una racionalidad<sup>24</sup>. La plena aplicación de las causas eximentes de responsabilidad criminal establecida en el art. 5.2, sin exclusión de las que hallan su fundamento material en la culpabilidad, confirma esta conclusión. Como característica de la culpabilidad de las personas con edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años debe señalarse ante todo que se trata de una culpabilidad disminuida, referida a la capacidad de comprender la ilicitud del hecho delictivo y de actuar conforme a tal comprensión (art. 20.1 CP). Por un sector doctrinal se ha puesto de relieve asimismo el *grado de madurez* como parámetro de valoración complementario al que aporta el mero dato cronológico, extraído de los criterios de determinación de la medida o medidas a imponer señalados en el art. 7.3 (que alude a "la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor") y de la mención explícita de tal criterio efectuada en el art. 4.1 en relación con la franja de edad comprendida entre los dieciocho y los veintiún años<sup>25</sup>.

Por otra parte, la afirmación de la responsabilidad de los menores sujetos al sistema de la LO 5/2000 supone la asunción del sentido preventivo-general de la reacción penal. En el debate doctrinal sobre el fin de la pena se ha abierto camino la idea que la minoría de edad no constituye un obstáculo para la accesibilidad de los sujetos al mandato normativo; pretender lo contrario sería

23. De este modo la STC señalaba uno de los límites a que en todo caso estaba sujeto el ejercicio de la discrecionalidad judicial en el proceso de menores.

24. Vid. *Supra* nota 9 lo comentado frente a las posiciones que criticaban un concepto diferenciado de culpabilidad para los menores de edad.

25. Vid. QUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, cit., pp. 51 y 53-54. El autor se hace eco del carácter gradual del proceso de maduración, puesto de manifiesto por la psicología evolutiva, que en la Ley se refleja en la previsión de un régimen transitorio entre los dieciocho y los veintiún años. Como criterios para establecer el grado de madurez determinante de la medida de la culpabilidad aporta elementos tales como los déficits educativos, la procedencia de una cultura diferente, las situaciones sociales conflictivas vividas por el menor, la participación en el hecho de personas adultas, el anonimato de la víctima, las agresiones sexuales unidas al despertar de la sexualidad o delitos que requieran un mundo específico de representaciones (p. ej., delitos económicos o de falso testimonio).

contradictorio con la aceptación de una responsabilidad del menor, aunque sea una responsabilidad diferente a la de los adultos, que se corresponde también con una motivabilidad diferente. La intervención del Derecho penal surge, tanto en el caso de infractores menores de edad como en el de los adultos, de la necesidad de protección de bienes jurídicos y el recurso a una medida de carácter sancionador no puede desvincularse absolutamente de la dimensión preventivo-general del instrumento sancionador<sup>26</sup>, sin perjuicio del mayor peso cualitativo que adquiere en este caso la prevención especial. El nuevo modelo consagrado en la LO 5/2000 marca con toda claridad diferencias esenciales entre el tratamiento de los menores y el de los inimputables, dado que en relación con éstos el sentido de la medida es sustancialmente preventivo-especial.

El equilibrio entre la prevención general y la prevención especial es uno de los aspectos en los que se manifiesta legalmente la vocación de síntesis entre exigencias de distinto signo, vocación que se materializa en los esfuerzos del legislador por transferir al procedimiento contenidos del Derecho penal y procesal de adultos y al mismo tiempo dotarles de una significación diferente. Resulta reveladora de los equilibrios efectuados la tendencia, llevada en ocasiones hasta la exageración, a un distanciamiento semántico de los conceptos acuñados en la legislación ordinaria: así, por ejemplo, el uso de expediente o procedimiento en lugar de causa o sumario, medida en vez de pena, audiencia en lugar de juicio oral, internamiento en vez de prisión, permanencia en vez de arresto, tareas socio-educativas o prestaciones en beneficio de la comunidad en lugar de trabajos, medios de contención en vez de medios coercitivos o separación del grupo en vez de aislamiento. La labor de creación terminológica cabe considerarla oportuna en la medida que viene a expresar el sentido propio que pretende otorgarse al sistema de justicia de menores, aunque debe ser rechazada a partir del momento en que venga a propiciar la confusión y el enmascaramiento de la realidad. No parece, en este sentido, adecuado denominar eufemísticamente medidas a formas de reacción pe-

nal fundadas en la responsabilidad de la persona a quien se imponen (nótese que la denominación se mantiene incluso en el caso de los jóvenes adultos a los que se aplica la ley) y que no cabe considerar como medidas de seguridad sino como algo distinto<sup>27</sup>.

Lo expuesto hasta el momento puede llevarnos a una primera conclusión: La búsqueda de vías de síntesis entre intereses y tendencias político-criminales de distinto signo forma parte de los fundamentos sobre los que debe erigirse actualmente un sistema penal de menores. Así como debe reconocerse por un parte la doble condición del menor como infractor y como víctima, debe también por otra parte tenerse en consideración su posición ambivalente como sujeto de derechos y a la vez objeto de protección. Esta concepción equilibradora se expresa ya en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. A partir de lo señalado se ponen de manifiesto las dos dimensiones de la situación del menor ante el Derecho penal: el reconocimiento al menor infractor de unos derechos y garantías en el marco de un sistema de responsabilidad y la atribución al menor víctima de la titularidad de bienes jurídicos como la libertad o libertad sexual, a reconstruir con la necesaria adecuación a la situación concreta, particularmente a la edad, de cada menor individual.

## 2. La cuestión de los límites de edad y el régimen de los menores de catorce años

La decisión sobre los límites de edad es naturalmente una cuestión convencional y por lo tanto siempre sujeta a discusión. La adolescencia es un concepto relativo desde el punto de vista cultural e histórico, a lo cual se une que las personas evolucionan y maduran según ritmos desiguales, lo que hace difícil la fijación de unos límites estrictos. Por todo ello, la cuestión debe abordarse, sin prescindir del dato biológico y psicológico, en términos no meramente naturalistas sino atendiendo a la funcionalidad político-criminal que se espera del sistema.

26. Con ello no queremos indicar que se asumen las teorías de la prevención general en tanto que doctrinas de justificación de la pena, sino que se reconocen a la pena unos objetivos intrínsecos, derivados de su misma razón de ser en tanto que sanción.

27. El legislador habría podido recurrir a la expresión "pena juvenil" propia del Derecho alemán o a otros conceptos que hubieran permitido una adecuada distinción entre lo impuesto a los menores responsables y las medidas de carácter terapéutico previstas para los menores declarados inimputables.

No pueden ser compartidas las posiciones que consideran que nos encontramos ante medidas de seguridad (así, p. ej., SÁNCHEZ-OSTIZ, ob. cit., p. 2, quien no obstante afirma al mismo tiempo que tales medidas "pueden concebirse como penas juveniles"). En este punto debe evitarse toda confusión terminológica a fin de distinguir formas de reacción de distinta naturaleza y finalidad, como son las medidas de seguridad y las penas juveniles.

La decisión de fijar el umbral mínimo de la intervención del sistema penal en una edad situada en torno a los doce o catorce años, así como la de recurrir a los dieciocho años para establecer la distinción entre la actuación del sistema de menores y el de adultos, ha tenido, según ya se ha indicado, un gran número de partidarios. Con ello se viene a indicar la necesidad de delimitar cronológicamente la adolescencia con arreglo a un criterio biológico puro que garantice el máximo respeto a la seguridad jurídica. La adolescencia es un período del desarrollo de las personas propio de la civilización occidental, del que se toma conciencia a partir de los comienzos del siglo XX, que comprende desde la pubertad hasta la plena madurez y que se caracteriza por una madurez biológica no acompañada de la madurez social<sup>28</sup>. Este período de prolongación de la inmadurez psico-social es propio de sociedades complejas y tecnológicamente avanzadas que han reducido notablemente las necesidades de mano de obra juvenil y que además exigen un largo período de aprendizaje de determinadas habilidades socialmente útiles. La admisión de la posibilidad de tratar dentro del sistema penal de menores a los jóvenes de hasta 21 años viene a responder a la necesidad de adaptación del Derecho a una evolución social que tiende a la prolongación de la adolescencia más allá de la llegada a la mayoría de edad civil y política<sup>29</sup>.

A la fijación de los catorce años como límite mínimo se llega tras un largo debate entre los partidarios de este criterio y los que defendían los doce o en su caso trece años. El debate se vio estimulado por la necesidad de un acuerdo entre el Partido Popular, que proponía adoptar el modelo alemán de los catorce años, y *Convergència i*

*Unió*, que pretendía mantener el límite vigente introducido por la LO 4/92 alegando la positiva experiencia del Gobierno catalán en el tratamiento de los menores de doce y trece años. La primera iniciativa gubernamental optó por los trece años como fórmula de compromiso<sup>30</sup>, postura que fue mantenida por el Grupo parlamentario mayoritario en el Congreso de los Diputados, aunque posteriormente se estableció los catorce como límite mínimo, tras un debate parlamentario en el que el Grupo socialista insistió en la necesidad de una elevación del mismo y pese a que algunos grupos parlamentarios siguieron defendiendo el criterio de los trece años<sup>31</sup>. Entre los argumentos a favor de los catorce años se esgrimieron principalmente referencias de Derecho comparado, poniendo de manifiesto cómo este criterio es dominante en los países del entorno<sup>32</sup>. En la Exposición de Motivos de la Ley, finalmente, se ha justificado esta opción apelando a "la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado".

La Ley española asume plenamente el modelo alemán en lo tocante a los límites de edad y al régimen de los menores de catorce años. Según se establece en el art. 3, cuando el autor no haya alcanzado tal edad, "se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes". Se confía, en consecuencia, a los titulares de las instituciones protectoras previstas en las leyes ci-

28. En este sentido se han planteado, por ejemplo, que la adolescencia es "una etapa sociológica más que una etapa psicológica" (vid. FUNESARTIAGA, J., *La nova delinqüència infantil i juvenil*, Barcelona 1982, p. 55).

29. El mismo proceso social se refleja en soluciones como la adoptada por la Ley austríaca de Tribunales penales para jóvenes, que establece como período para su aplicación de los catorce a los diecinueve años.

30. Así, en el Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores elaborado por el Ministerio de Justicia, fechado el 1 de julio de 1997, cuya memoria explicativa, firmada por Francisco Bueno Arús, Secretario General Técnico del Ministerio, alude a esta fórmula transaccional.

31. El portavoz de *Convergència i Unió* defendió este criterio en los debates en Comisión y Pleno del Congreso de los Diputados y posteriormente en el Senado (vid. Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 1999, núm. 217, p. 17-18, y núm. 270, pp. 37 y Diario del Senado, 1999, núm. 156, pp. 74-75). Los argumentos esgrimidos eran que la elevación del límite de edad de los trece a los catorce años supondría dejar sin tratamiento a un buen número de menores necesitados de una respuesta parecida a las previstas en la Ley. A tal efecto aportaba el dato de que en Cataluña se han impuesto entre los años 1992 a 1996 medidas a 658 personas de edad comprendida entre los doce y los catorce años, por hechos delictivos entre los que se encontraban 295 supuestos de lesiones, 14 violaciones, 1 asesinato y 114 robos con violencia.

32. Vid. Diario de Sesiones - Congreso de los Diputados, 1999, núm. 217, p. 13.

No obstante, conviene evitar afirmaciones taxativas de esta clase. Téngase en cuenta la existencia de Ordenamientos que fijan como límite mínimo de la intervención penal los doce años (por ejemplo, Holanda, vid. VEDT, M., en "Situación actual del derecho de los menores", *Revista penal* núm. 5, 2000, p. 169), así como los sistemas que, aun optando por los catorce, no son homologables al modelo español, dado que prevén la posible imposición de medidas de seguridad a los menores que no hayan alcanzado esa edad (es el caso de Italia, vid. FOFFANI, en "Situación actual...", cit., p. 174).

viles (básicamente la patria potestad y la tutela) el ejercicio del derecho de corrección y de las facultades que les atribuye la ley en orden a la educación y protección del menor. Deben tenerse en cuenta además los mecanismos legalmente previstos por el Derecho civil y administrativo en caso de inexistencia o inadecuado ejercicio de tales instituciones protectoras por parte de sus titulares. La propia Ley 5/2000 advierte la posibilidad de que tras la conducta antisocial del menor se haya producido un fracaso de los medios convencionales de protección y encarga al Ministerio Fiscal la comunicación de los hechos a la entidad pública que tenga atribuida la competencia de protección de menores y a ésta la promoción de las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del menor conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996<sup>33</sup>.

La opción emprendida abre serios interrogantes. Partiendo del dato psicológico de la plena viabilidad de fijar el inicio de la adolescencia en los doce o trece años<sup>34</sup>, deben considerarse algunos elementos que deberían haber puesto de manifiesto ciertas ventajas de haber adoptado tal criterio. En primer lugar, una pronta intervención, proporcionada y adecuada a la edad del sujeto, puede evitar tener que intervenir posteriormente en un momento en el que las posibilidades de éxito del tratamiento educativo sean más reducidas y los medios a adoptar deban ser algo más contundentes. En segundo lugar, los medios educativos convencionales se revelan insuficientes para hacer frente a las situaciones más conflictivas y puede resultar inoportuno tener que reaccionar con los mismos medios ante supuestos de conductas gravemente antisociales que ante las carencias asistenciales de los que el menor es víctima (lo cual supone un cierto regreso a la situación anterior a la Ley 4/92). Por otra parte,

y pese a que ello se cuestione desde algunos sectores, puede resultar preferible para el menor, en estrictos términos garantistas, actuar en los casos más graves desde el sistema penal que a través de otras instancias que responden a una lógica y a unas necesidades sociales distintas. Finalmente, no puede prescindirse de la evolución social que pone de manifiesto la existencia de comportamientos violentos de mucha gravedad protagonizados por personas de edad inferior a los catorce años, que pueden en algún momento llevar al legislador a ceder ante la demanda popular y mediática de una reforma legal que permita una condena y una respuesta penal más dura<sup>35</sup>. No se olvide, además, que una característica de nuestra sociedad es que la adolescencia no sólo se prolonga sino que también en cierto modo se anticipa. Hubiera sido aceptable por todo ello que el legislador hubiera avanzado moderadamente la edad de incorporación al sistema penal, con una adecuada distinción entre franjas de edades y una limitación de la intervención, en los sujetos de edad más temprana, a los delitos de mayor gravedad<sup>36</sup>.

Por otra parte, la opción por el criterio de los dieciocho años como límite entre el sistema de menores y el de adultos ha sido asumida con un mayor grado de consenso, sin que se hayan planteado objeciones en el ámbito del debate parlamentario<sup>37</sup>. La solución adoptada se corresponde con el criterio plasmado en la Convención de los Derechos del Niño aprobada en el seno de la ONU el 20 de noviembre de 1989<sup>38</sup> y con una razonable necesidad de equiparación entre la mayoría de edad penal y la civil y la política, sin que tal asimilación se haga de modo simplista ignorando los necesarios matices que se pretenden captar con la previsión de otros criterios cronológicos comple-

33. Vid. art. 3 LO 5/2000 y artículos 12 a 22 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

34. En la psicología ha dejado una huella importante la conclusión de PAGET que fijó en la edad de doce años el momento del paso de una moral heterónoma a una moral autónoma (vid. sobre la cuestión, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal...*, cit., pp. 148-149).

35. Deben considerarse asimismo las críticas vertidas en Alemania contra un sistema que no prevé respuestas adecuadas ante hechos delictivos graves cometidos por menores de catorce años: vid. KLINGST, M., "Kriminelle Kinder", en *Die Zeit*, 27-6-1997, p. 7, quien se pregunta que hacer cuando niños de doce años cometen delitos brutales y sugiere la necesidad de redefinir el principio del bienestar del menor y superar el tabú que prohíbe plantearse la conveniencia de una terapia en medio cerrado, aunque sea por períodos cortos de tiempo, para niños especialmente violentos y peligrosos para los que no haya otra alternativa.

36. No creo que la limitación debiera producirse por la vía de prohibir de modo absoluto la posibilidad de acordar el internamiento en los menores de la franja más joven (en la línea de lo propuesto en el debate parlamentario por la Diputada Almeida, que sugería que no se previeran medidas privativas de libertad de los menores de 16 años, vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 1999, núm. 217, p. 8).

37. Debe destacarse tan sólo la posición doctrinal minoritaria, ya comentada, partidaria de regresar a la fórmula de los dieciséis años como límite cronológico único, sin perjuicio de prever una respuesta atenuada en el seno del sistema penal de adultos.

38. La Convención define como "niño", a los efectos de lo previsto en la Convención, a todo ser humano de edad inferior a los dieciocho años, a no ser que, de acuerdo con las leyes de su Estado, haya adquirido antes la mayoría de edad.

mentarios<sup>39</sup>. No obstante, sin cuestionar la opción emprendida, deben advertirse los peligros de *extensión de la red* que la derivación de los infractores de 16 y 17 años fuera del sistema penal convencional puede suponer, pues si por una parte puede ser positivo el incremento de las posibilidades de control para la evitación de males mayores en un futuro más o menos próximo, por otra parte no pueden ignorarse los riesgos de un excesivo intervencionismo<sup>40</sup>. Para conjurarlos resultará especialmente importante que los distintos operadores del sistema sean conscientes de las posibilidades que la Ley ofrece para la reducción de la intervención y la desjudicialización, a las que posteriormente nos referiremos.

El carácter gradual del proceso de evolución y maduración humana aparece reflejado en la Ley en el reconocimiento de la franja de edad "juvenil" (entre los dieciocho y los veintiún años), para la que puede ser de aplicación tanto el Derecho penal de menores como el de adultos, según las circunstancias del caso y el grado de madurez del autor<sup>41</sup>, y además en el establecimiento de una división interior en el grupo de los "menores", entre los de catorce y quince años y los de dieciséis y diecisiete. Esta última decisión se fundamenta, según la Exposición de Motivos, en la existencia de "diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado". Las diferencias de tratamiento se concre-

tan en una dureza y contundencia mucho mayor en la regulación de las medidas a imponer a los menores comprendidos en el segundo grupo, en ocasiones con un excesivo automatismo en la fijación de los criterios de aplicación y de duración de las medidas<sup>42</sup>.

La edad debe determinarse en todo caso con arreglo al criterio de la acción, plasmado en el art. 7 CP, según el cual el hecho delictivo debe entenderse cometido "en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar". Ello supone que, tratándose de delitos de resultado, quedarán en el ámbito de aplicación de la Ley los hechos delictivos cometidos por menores de 18 años cuyo resultado se produzca después de haber alcanzado tal edad. En consecuencia, en los supuestos de pluralidad de actos o de delito continuado cabe tener como relevantes típicamente a los efectos de la aplicación de las consecuencias previstas en el Código Penal tan sólo los hechos cuya acción u omisión haya recaído teniendo ya el sujeto los 18 años cumplidos<sup>43</sup>.

### 3. El ámbito objetivo de aplicación de la Ley: sistema de remisión genérica al Código Penal

El ámbito objetivo de aplicación de la Ley aparece delimitado según un sistema de remisión *in*

39. Evidentemente, con anterioridad a los 18 años se produce en los órdenes civil y laboral el reconocimiento de una amplia, aunque limitada, capacidad, lo cual da cuenta del aludido carácter gradual del proceso de maduración e incorporación a la vida adulta. La Ley penal también expresa esta idea con la fijación de distintas franjas de edad, tal como se desarrolla en el texto posteriormente.

40. Entre los autores que han planteado el efecto de expansión del control (*net widening*) derivado de la aplicación judicial de los mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad, destaca ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, 2ª ed., London 1995, p. 288. Vid. sobre la cuestión en la doctrina española OD MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona 1997, pp. 19-20. Vid. asimismo, más recientemente, en relación a la aplicación de sanciones alternativas en distintos cantones suizos, KILLIAS/CAMATHIAS/STUMP, "Alternativ-Sanktionen und der net-widening-Effekt—Ein quasi-experimenteller Test", en *ZStW*, 2000, núm. 3, pp. 637 y ss.

41. Esta solución, plasmada en el art. 4, fue defendida en el debate parlamentario por el grupo socialista, invocando el pronunciamiento del Grupo de estudios de política criminal. El referido grupo había propuesto "que los jóvenes de entre 18 y 21 años puedan quedar sometidos a la justicia juvenil y no a la de adultos, sin condicionar dicha posibilidad exclusivamente a la gravedad del delito cometido" (vid. *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Valencia 2000, pp. 14-15).

Vid. la Disposición Adicional cuarta introducida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que excluye la posibilidad de aplicación de la LORPM a los "jóvenes" en relación con determinados delitos.

42. Vid. art. 9.4ª y 5ª LORPM.

43. Vid. en este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal...*, cit., p. 91.

Mayores dificultades conlleva, en tales casos, determinar el tratamiento jurídico de los hechos conforme a la Ley de responsabilidad penal del menor. Cabe preguntarse, por ejemplo, si tendría carácter de hecho delictivo respecto a un delito de hábito, y si daría lugar por lo tanto a la imposición de las medidas previstas en la citada Ley, la realización de acciones en parte antes de alcanzar los 18 años y en parte después de modo que tan sólo tomando en consideración todas ellas fuese posible apreciar el requisito típico de la habitualidad. Entendemos que la respuesta debe ser afirmativa. La aceptación por la propia Ley de la posibilidad de extender la aplicación de la Ley hasta los 21 años y de prolongar más allá todavía de esa edad la ejecución de las medidas impuestas por hechos cometidos con anterioridad permite aceptar esta solución, que, gozando de una sólida cobertura legal, evita indeseables espacios de impunidad.

*totum* a la ley penal general, de modo que los supuestos en los que serán de aplicación las consecuencias jurídicas previstas legalmente vienen determinados no con una fórmula de *numerus clausus* sino a través de una cláusula general. De acuerdo con lo que dispone el art. 1 LO 5/2000, la Ley “se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la *comisión de hechos tipificados como delitos o faltas* en el Código penal o las leyes penales especiales”. En un tono similar se determina la competencia del Juez de Menores para conocer “de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el art. 1” y se hace referencia en el art. 4 a la aplicación de la Ley a “las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno *imputadas en la comisión de hechos delictivos*”.

Con ello el legislador ha optado, entre las varias alternativas posibles, por la técnica que presenta mayores insuficiencias en términos de seguridad jurídica. Tal conclusión no supone una denuncia de infracción absoluta del principio de legalidad, pues de algún modo la remisión a la ley penal ordinaria colma las exigencias mínimas de respeto a la garantía criminal inherente al referido principio, superándose así el impresentable modelo de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1944<sup>44</sup>. En cualquier caso la cuestión fundamental es que se podría haber ido más lejos en la determinación específica de los presupuestos de la intervención de la justicia de menores, en la convicción que ésta sirve, según se proclama reiteradamente, a objetivos no plenamente coincidentes con los del Derecho penal de adultos. Cabe preguntarse, además, si tiene algún sentido político-criminal concebir una responsabilidad penal de los menores con una extensión, en cuanto a los supuestos a sancionar, idéntica a la de los adultos; si, por ejemplo, resulta sensato un sistema que permite, sin límites *a priori*, castigar a menores de edad por la comisión de delitos comunes como falsedades, abusos sexuales<sup>45</sup>, la corrupción de menores, delitos contra el honor o en general los delitos imprudentes o las faltas. Cabe interrogarse asimismo por los mecanismos legalmente establecidos para evitar la persecución o en su caso la respuesta penal ante hechos como los descritos o constitutivos de otros delitos que dada su escasa

significación resulta aconsejable dejar sin respuesta cuando sus autores sean menores de edad.

Una alternativa que aspirara a un máximo de seguridad jurídica consistiría en acometer la elaboración de la Ley de menores de modo mimético respecto al Código penal, con un catálogo exhaustivo de infracciones penales y la consiguiente previsión específica de la reacción correspondiente a cada una de ellas. Probablemente una solución de este género resultaría técnicamente objetable por su carácter excesivamente casuístico y farragoso, y político-criminalmente poco oportuna en la medida que podría privar al sistema (caracterizado por una reducción de las exigencias de merecimiento de pena) de la mayor flexibilidad y funcionalidad que debe tener frente al de los adultos. Por ello es conveniente examinar la oportunidad de una vía situada a medio camino entre las anteriores, en la que la remisión al Código penal no se efectúe de modo ilimitado, sino mediante la específica mención de las infracciones cuya comisión da lugar a una reacción jurídica de carácter penal, con la exclusión de los delitos imprudentes y una determinación de los supuestos de escasa gravedad que quedarían sin respuesta penal. En esta dirección, un sector doctrinal ha propuesto que el legislador concrete “cuándo comportamientos constitutivos de hurto, robo con fuerza en las cosas o daños representan casos de escasa relevancia a partir de variables tales como la cuantía del perjuicio, la habitualidad, la lesión de otros bienes jurídicos, etc.”; o incluso, en el sector de la criminalidad de mediana gravedad, en un esfuerzo por conseguir que la intervención penal sea la excepción y no la regla, se reclama la determinación taxativa de causas de exclusión de la sanción penal, como la adopción de medidas por parte de los grupos primarios encargados de los menores (familia o escuela) o la reparación del daño<sup>46</sup>. Tal forma de remisión podría aparecer combinada con la definición específica de los presupuestos de la intervención en determinados delitos cuyo contenido de injusto, y no sólo las condiciones de la culpabilidad o responsabilidad del autor, debe ser valorado en el ámbito del Derecho penal de menores de modo autónomo, como es el caso de los abusos sexuales u otros delitos contra la libertad sexual.

44. No parecen en este sentido adecuadas las opiniones que, prescindiendo de los debidos matices, denuncian con excesivo automatismo una violación de los principios de igualdad y legalidad (vid. GARCÍA PÉREZ, O., ob. cit., p. 73).

45. Especialmente en el caso de los abusos sexuales cabe imaginar situaciones absurdas, como el carácter delictivo (en virtud de la presunción *legal iuris et de iure* de falta de consentimiento) de las relaciones sexuales de una persona de catorce años con otra de doce, además de otras cuya valoración se presenta particularmente compleja, como sucede en los supuestos de abusos de prevalimiento o de engaño (artículos 181 y 183 CP).

46. Así, GARCÍA PÉREZ, ob. cit. pp. 73-74.

La opción emprendida por el legislador conduce al difícil reto de tener que dar respuesta a los anteriores problemas por la vía de una reconstrucción del tipo sistemáticamente orientada hacia las finalidades político-criminales propias del sistema penal de menores. Siendo ésta una operación hermenéutica hasta cierto punto plausible y necesaria, no deben desconocerse los riesgos de creación de un subsistema dogmático autónomo, efecto del poco peso que tiene en la Ley lo sustantivo frente a lo procesal y que puede verse favorecido por el amplio margen de discrecionalidad judicial que se deriva de la fórmula legal consagrada en el art. 7.3<sup>47</sup>.

Otro problema que se deriva de la técnica legislativa empleada para la determinación de los presupuestos de la reacción penal, concretamente del modo genérico utilizado en la fórmula de remisión al Código Penal, es el de precisar el alcance de la responsabilidad penal en función del grado de desarrollo del delito, la forma de intervención y las condiciones de imputación objetiva y subjetiva. De entrada, no cabe duda que el ámbito de aplicación de la ley se extiende tanto a delitos como a faltas, pues así se establece expresamente en el art. 1.1 y se confirma en el art. 9.1<sup>a</sup>. Tampoco ofrece dudas la inclusión de los delitos imprudentes y de los omisivos, según se desprende de lo previsto en la regla sexta del art. 9. Mayor incertidumbre se plantea respecto a la inclusión de las formas de participación criminal previstas en el Código Penal (inducción y cooperación, especialmente cuando ésta constituye mera complicidad) y de la tentativa o los actos preparatorios en los supuestos en que son declarados legalmente punibles. La alusión reiterada a la "comisión de hechos" (así, en los artículos. 1.1, 2.1, 2.2, 5.1, 5.3, 9.1<sup>a</sup> y 4<sup>a</sup>, 10) o simplemente a los "hechos" (artículos 7.3, 8, 9.2<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup>, 11) no resulta muy clarificadora y genera una excesiva indeterminación. En cualquier caso, entendemos que, como regla general, deben considerarse comprendidos dentro del ámbito de la ley los supuestos

planteados, si se parte de la consideración que en términos dogmáticos cabe hablar de "tipos de participación" o de "tipos de imperfecta realización"<sup>48</sup>. En este sentido, no debería oponerse reparo alguno a entender la participación en un delito ajeno como la comisión de un hecho típico de participación criminal en un delito y no meramente como la participación en un hecho delictivo cometido por un tercero.

#### 4. Mínima intervención, desjudicialización y reparación

Uno de los aspectos fundamentales que no puede rehuir la legislación sobre menores radica en la previsión de mecanismos para limitar la intervención del sistema penal a los supuestos en que la misma resulta más necesaria. Asimismo, entre las características peculiares del sistema de menores se encuentra un mayor grado de flexibilidad y desformalización<sup>49</sup>. Desde diversos ámbitos sociales, doctrinales y profesionales se ha venido considerando que la comisión de un hecho delictivo debía ser condición necesaria pero no suficiente para la intervención de la justicia de menores y menos aún para la adopción de una medida. En esta dirección, el Grupo de estudios de política criminal había reclamado "fórmulas que permitan 'no entrar' o 'salir' del sistema cuando por la escasa gravedad de la infracción, por las circunstancias personales del autor o por la realización de actos de conciliación o reparación a la víctima se entienda que la intervención judicial podría ser innecesaria o contraproducente con los fines de socialización del joven"<sup>50</sup>.

Entre las razones que justifican la tolerancia de un mayor margen de flexibilidad en el proceso de menores debe tenerse en cuenta ante todo el interés del menor y la vocación educativa del sistema, además de los costes que el proceso puede tener para el menor (en términos de victimización de tipo terciario), así como el distinto sentido del

47. Vid. en este sentido, aunque en relación con la Ley anterior, ANARTE BORRALLO, en "Situación actual del derecho de los menores", cit., p. 165, quien denunciaba la tendencia a interpretar incorrectamente el art. 16 LOJM (que disponía que el juez "valorará las circunstancias y la gravedad de los hechos, así como la personalidad, situación y necesidades del menor y su entorno familiar y social") prescindiendo de evaluar si concurría una causa de justificación o de exculpación. Pese a que el actual art. 7.3 LORPM señala, en un sentido parecido, que para la elección de la medida deberá atenderse "de modo flexible", "especialmente a la edad, las circunstancias familiares, la personalidad y el interés del menor", debe recordarse que el art. 5.1 establece con claridad la aplicación de las causas eximentes de responsabilidad penal.

48. A favor de la inclusión de la tentativa y la participación criminal, aunque sin fundamentación, vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "La nueva ley...", cit., p. 714.

49. Vid. ALBRECHT, ob. cit., p. 112, que recoge esta idea en el plano de los principios. Sobre la oportunidad de las reacciones informales frente al escepticismo respecto a la eficacia de las sanciones convencionales, vid. pp. 157 ss.

50. Vid. Grupo de estudios de política criminal, "Un proyecto alternativo...", cit., p. 15.

transcurso del tiempo para quienes se encuentran en un acelerado proceso de maduración personal, lo cual aconseja una agilización de los trámites y la consiguiente reducción de algunos plazos, sin olvidar la mayor comprensión social que normalmente suscitan las soluciones menos formalizadas en relación con hechos protagonizados por menores<sup>51</sup>. En general se corresponde con el mayor grado de flexibilidad la asignación de un importante protagonismo a los Equipos técnicos, que deben valorar, según se proclama en la Exposición de motivos, el superior interés del menor "con criterios técnicos y no formalistas".

Por todo ello, la aprobación de la LORPM da lugar a un sistema con principios y contenidos que en algunos aspectos se encuentran muy alejados de los propios del proceso ordinario de adultos, pues si en este caso el sistema español de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encuentra entre los más impermeables a la penetración de soluciones basadas en el principio de oportunidad<sup>52</sup>, el nuevo proceso instaurado en el ámbito de la justicia de menores introduce diversos mecanismos orientados según el referido principio. En la Exposición de Motivos se invoca el principio de intervención mínima al hacer referencia a la no incoación y al sobreseimiento del expediente, así como a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, "con claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro"<sup>53</sup>. Tal afirmación aparece en la Exposición vinculada a la reparación del daño y la conciliación con la víctima, aunque debe advertirse ante todo que los referidos mecanismos tienen un alcance más amplio.

Así, el art. 18 atribuye al Ministerio Fiscal, que tiene competencia instructora, la facultad de desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas. En tales casos de menor gravedad la Ley remite a las medidas de protección de carácter extrapenal, en términos análogos a lo previsto con carácter general para los menores de catorce años. Otro límite a la posibilidad de optar por la no incoación de expe-

diente radica en que el menor haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, en cuyo caso queda tan sólo abierta la vía de instar el sobreseimiento. Caso de haberse dado inicio a la tramitación del expediente, el Ministerio Fiscal puede optar también por desistir de su continuación (art. 19.1), siempre que haya habido conciliación o compromiso de reparación del daño.

La segunda manifestación del principio de oportunidad consiste en el sobreseimiento del expediente, que puede acordar el juez en virtud de lo dispuesto en los artículos 19 y 27.4. Esta vía de terminación anticipada del proceso, que la Ley regula con poco acierto, debe diferenciarse del sobreseimiento acordado al final de la fase de instrucción, que aparece vinculado a motivos que no se corresponden con consideraciones de oportunidad político-criminal, remitiendo la Ley (art. 30.4) a las causas de sobreseimiento previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En lo que concierne a la reparación y la conciliación, sorprende el tono moralista que impregna la Exposición de motivos, que no se corresponde con la evolución político-criminal en esta materia. Expresiones, utilizadas con reiteración, como que el menor debe *arrepentirse* del daño causado o que la persona ofendida debe otorgar su *perdón*<sup>54</sup>, se hallan fuera de las finalidades y el sentido político-criminal de la reparación del daño y exceden con creces de los contenidos de la propia regulación de la misma en el texto articulado de la Ley. Al margen de los deslices terminológicos en que ha incurrido la Exposición de motivos (y en mucha menor medida el texto articulado), la regulación de la reparación se corresponde en muchos aspectos con el grado de desarrollo alcanzado en esta materia en otras legislaciones, al reconocerse de un modo u otro las ideas de voluntariedad (mediante la exigencia de asunción de un compromiso), reparación según las propias fuerzas (poniendo el acento en el esfuerzo de reparación) y de reparación simbólica, como garantía de la aplicación universal<sup>55</sup>. Pese a algunas lagunas y deficiencias técnicas, tanto las vías procesales como los efectos de la conciliación o reparación son concebidas desde cierta amplitud de horizontes, como refleja su doble tratamiento en el sobresei-

51. Un sistema penal de menores no puede construirse sobre bases criminológicamente sólidas y político-criminalmente bien orientadas prescindiendo de una consideración del menor como infractor y como víctima.

52. Véase, a título de muestra, el trabajo comparativo entre 22 sistemas penales europeos, recogido en BRIENEN / HOEGEN, *Victims of crime in 22 European Criminal Justice Systems*, Nijmegen (Holanda) 2000, pp. 841-842.

53. Vid. EM, II-13.

54. Vid. EM, II-13.

55. Vid. los antecedentes relativos a la formulación por parte de la doctrina alemana de estos principios de la reparación en el seno del sistema de sanciones penales, en mi obra *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*, Barcelona 1994, pp. 140-142.

miento del expediente (art. 19) y en la sustitución de las medidas (art. 51.2). La principal limitación se encuentra en la exclusión de los delitos graves y de los de carácter violento o intimidatorio, aunque tal limitación no opera tan sólo respecto a la primera de las referidas vías, quedando en todo caso abierta la puerta para que en cualquier momento en que se produzca la conciliación se pueda dejar sin efecto la medida impuesta<sup>56</sup>.

En contraste con el desarrollo de nuevas vías de reparación, se produce un relativo retroceso de las posibilidades de participación de la víctima en el proceso (en comparación con el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Así, se establece que en el procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de la acción penal por particulares. Con ello se rechaza tanto la acción por parte de la víctima o los perjudicados (con la excepción de la acción civil) como la acción popular, algo que no debe causar extrañeza si se tiene presente que en el contexto europeo la previsión de esta última vía de participación en el proceso penal resulta totalmente excepcional. Estas restricciones han suscitado algunas de las primeras críticas que socialmente ha recibido la Ley, aunque frente a ello deben tenerse en cuenta los inconvenientes que desde el punto de vista de la necesidad de evitar la estigmatización del menor y la perpetuación de situaciones de conflicto social podría tener el hecho de dar entrada a una acusación por particulares. Además, el legislador ha tratado de compensar esta relativa pérdida de protagonismo de la víctima con una serie de medidas que permiten una nada desdeñable participación de la misma en el proceso. Así, en caso que los hechos delictivos se atribuyan a personas de 16 años o más, se prevé la personación del perjudicado en el procedimiento, con una serie de facultades, que no llegan a suponer su consideración como parte en términos de cumplimiento del principio de igualdad de armas,

y entre las que se excluye expresamente la posibilidad de manifestarse sobre la procedencia de las medidas a imponer al menor<sup>57</sup>. A estas medidas se suma, en interés de la víctima y en lo que respecta a la responsabilidad civil *ex delicto*, la introducción de un procedimiento que permita un rápido resarcimiento y la responsabilidad civil solidaria con el menor de sus padres, tutores, guardadores o acogedores, novedad que responde a un principio calificado extrañamente e impropiamente de "en cierto modo revolucionario" y que, a juzgar por las críticas que ya ha recibido, más bien cabe reputar como inquietante<sup>58</sup>.

### 5. Especial atención a la criminalidad violenta y a la reincidencia

En el análisis de los contenidos de la Ley, interesa resaltar, en sus aspectos sustantivos, algunos conceptos que pasan a ocupar una posición central en el sistema y aparecen en diversas ocasiones como criterios decisivos. Nos referimos a la violencia y a la reincidencia. En ambos casos nos encontramos ante factores criminológicamente relevantes en el ámbito de la fenomenología de la delincuencia de menores, de los que se hace depender el sí, el cómo y el cuánto de la intervención del sistema.

En lo que concierne al tratamiento de la delincuencia violenta, la Ley de menores ha dado un paso de gran trascendencia dentro de una tendencia político-criminal general presidida por una creciente sensibilización ante la misma. Las opciones legalmente adoptadas van mucho más allá de las reformas habidas en esta dirección en el seno del Derecho penal de adultos, que ha tenido como manifestaciones más relevantes la nueva sistemática de los delitos de lesiones introducida en 1989 o el proceso de rearme punitivo frente al

56. Parece que la Ley da a entender que en este caso (previsto en el segundo párrafo del art. 51) no procedería la sustitución por otra medida (a que se alude alternativamente en el primer párrafo) dado que operaría ya en cierto modo como medida sustitutiva el propio acto de conciliación, aunque la previsión genérica contenida en el art. 14, presidida por una idea de máxima flexibilidad, ofrece en todo caso una cobertura legal suficiente para una eventual sustitución.

Especialmente compleja resulta la problemática que suscita la delimitación entre la previsión de la modificación de medida del art. 14 y la regulación de la sustitución en el art. 51, y a su vez entre los anteriores expedientes y la suspensión de la ejecución del fallo regulada en el art. 40, sometida a una serie de condiciones.

57. Entre las facultades previstas en el art. 25, cabe destacar las de tener vista de lo actuado, proponer pruebas siempre que no afecten a la situación psicológica, educativa, social o familiar del menor, participar en la práctica de las pruebas e interponer recurso de apelación por motivos legalmente tasados contra la decisión del juez que ponga término al procedimiento. También se prevé en el art. 35 la asistencia del perjudicado que se haya personado. En la EM se subraya la voluntad de arbitrar "un amplio derecho de participación de las víctimas", por encima de los límites, aunque en todo caso se reconoce expresamente la negación a los particulares del "derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales".

58. Vid. VAQUER ALOY, A., "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación", en LA LEY, núm. 5224, 2000, pp. 1 y ss., quien propone soluciones interpretativas que permitan atemperar el "ímpetu revolucionario" exhibido por el legislador.

fenómeno de la violencia doméstica<sup>59</sup>, que vienen a marcar un cambio de tendencia respecto a anteriores etapas históricas en que la sensibilidad de la Ley penal frente a la violencia era inferior. La especial consideración del carácter violento del hecho delictivo se produce en la LRPM en diversos planos:

Como condición necesaria para la extensión del ámbito de aplicación de la Ley a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno (art. 4.2.1<sup>a</sup>).

a) Como condición necesaria para acordar, por parte del Ministerio Fiscal, el desistimiento de la incoación del expediente con remisión del caso al ámbito familiar o tutelar (art. 18).

b) Como criterio central, aunque no vinculante, para desistir de la continuación del expediente o para acordar el sobreseimiento por conciliación o reparación.

c) Como condición para la imposición de las medidas en su versión agravada a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años (art. 9.4<sup>a</sup>)<sup>60</sup>.

Respecto a los cuatro supuestos señalados, debe efectuarse una distinción fundamental entre los tres primeros, en los que el contenido violento del hecho típico impide la adopción de soluciones beneficiosas que serían beneficiosas para el menor o joven, y el último, en que la presencia de este elemento comporta consecuencias restrictivas de derechos. En los del primer grupo, la ausencia de violencia o intimidación en las personas aparece como requisito añadido al carácter menos grave, con arreglo al Código penal, del delito cometido<sup>61</sup>. En el último supuesto, la existencia de violencia o intimidación se describe, a modo de alternativa, junto con el "grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas", lo cual, sin alejarse de la idea fundamental de conceder una especial atención al *modus operandi* violento en sentido amplio, permite abrir la puerta a comportamientos caracterizados por un medio comisivo no violento en sentido estricto (por ejemplo, supuestos de omisión o de uso de narcóticos) pero con incidencia en los referidos bienes jurídicos persona-

les<sup>62</sup>. También se alude al requisito del grave peligro para la vida o la integridad física en el primer supuesto relativo al régimen de los mayores de dieciocho años (art. 4-2), en este caso como requisito añadido a la ausencia de violencia o intimidación.

La otra cuestión a la que la Ley concede relevancia es la reincidencia. Las manifestaciones de este criterio son las siguientes:

a) Como condición necesaria para la extensión del ámbito de aplicación de la Ley a los jóvenes (18-21 años de edad), en términos similares a lo previsto en la regulación de la suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 81 CP).

b) Como criterio para la imposición a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho de la medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años seguida de libertad vigilada con asistencia educativa.

Una comparación de los anteriores criterios con la relevancia de los antecedentes en el Derecho penal de adultos arroja conclusiones paradójicas. Por una parte, la reincidencia opera de modo menos riguroso en la LRPM, pues no condiciona la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40) ni la modificación de la medida impuesta (art. 14) o la adopción de las decisiones que suponen la no incoación o la terminación anticipada del procedimiento (artículos 18 y 19). Ello resulta consecuente con el carácter que desde la criminología suele atribuirse a la reincidencia en la delincuencia juvenil, que puede entenderse en muchas ocasiones más como hecho episódico que como síntoma indubitado de iniciación en la carrera criminal. Por otra parte, sin embargo, la relevancia agravatoria de los antecedentes en la fase de imposición de medida es de mucha mayor intensidad que en el ámbito del Derecho penal de adultos<sup>63</sup>, hasta el punto de expresar un rigor absolutamente desproporcionado. La presunción legal contenida en el art. 9, regla 5<sup>a</sup> de que la reincidencia concede de modo automático al hecho una "extrema gravedad"

59. Otras manifestaciones quizás menos evidentes de esta tendencia, aunque según mi opinión igualmente destacables serían la creación de nuevas figuras delictivas como la agresión sexual (art. 178 CP) o el trato degradante (art. 173 CP).

60. Además, en tales supuestos se prevé la personación del perjudicado en el procedimiento con una serie de facultades (art. 25-2, *vid. Supra* nota 41).

61. Debe entenderse por lo tanto como delito menos grave el que tiene señalada por la Ley una pena menos grave (art. 13.2 en relación con el art. 33.3 CP).

62. *Vid. sobre las distintas acepciones del concepto "violencia", SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., La violencia en el Derecho Penal, Barcelona 1999, pp. 17 ss., 43 y 507-510. El autor parte de la constatación de la ubicuidad y de la indeterminación del concepto (indeterminación que deriva de su doble vaguedad intensional y extensional) y trata de elaborar un concepto unívoco de violencia.*

63. Naturalmente ello no significa que ello pueda tener como consecuencia la imposición efectiva de una sanción más gravosa que la que hubiera correspondido de haber sido juzgado el sujeto con arreglo al Código penal, pues tal efecto perverso se ve impedido por lo previsto en el art. 8.2 LORPM.

no puede atribuirse más que a una incomprensible pérdida del sentido de la realidad por parte del legislador. El examen de las labores parlamentarias refleja que la cláusula de la reincidencia fue introducida durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley contra los principios inspiradores de éste, lo cual explica que a lo largo de la Exposición de Motivos tan sólo se haga referencia, como criterios de valoración de la gravedad del hecho, a la violencia, intimidación o peligro para las personas<sup>64</sup> y en ningún momento a la reincidencia. Nos encontramos ante el que, por su trascendencia, probablemente sea el defecto de mayores dimensiones de todo el texto legal. El rigor y el automatismo con que se da lugar a la consecuencia agravatoria en el seno de un sistema de imposición de medidas caracterizado por la flexibilidad y la atención al interés del menor sólo pueden llegar a ser explicados en términos de excepcionalidad y atendiendo a una gravedad extrema, como indica la propia Ley, lo cual resulta contradictorio con una referencia genérica al concepto de reincidencia, sin que la inexcusable interpretación del mismo en el estricto sentido normativo derivado del art. 22.8 CP sirva como suficiente paliativo<sup>65</sup>. La reforma introducida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, hace muy difícil el recurso a propuestas interpretativas que neutralicen el rigor de la presunción legal<sup>66</sup>.

#### IV. Aspectos procesales: la distribución de competencias entre los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal

No quiero terminar este examen general de la LORPM sin un breve comentario de uno de los aspectos en los que ésta aporta mayores variantes en relación con el Derecho procesal penal de adultos,

que es el concerniente a la atribución de competencias a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal en las distintas fases del procedimiento. La cuestión más significativa es probablemente la concesión de plena competencia para instruir al Ministerio Fiscal, decisión legislativa que tiene un claro sentido experimental ante la posibilidad, demandada por un sector de la doctrina y la judicatura, de extender el sistema acusatorio al proceso penal ordinario. Frente a la radicalidad de la opción emprendida por el legislador no puede olvidarse la opinión de quienes tachan de inconstitucional la atribución al Ministerio Fiscal del monopolio de la acusación, por imperativo del art. 125 CE.

Sin entrar en este momento en esta debatida cuestión, debe ponderarse con sumo cuidado en el específico ámbito del proceso de menores la oportunidad de la concesión de tan amplios poderes al Fiscal, habida cuenta de la doble misión que ello conlleva para el Ministerio público, que debe asumir a la vez la dirección de la investigación y la defensa de los intereses del menor<sup>67</sup>. Tal acumulación de funciones constituye, desde el punto de vista de los principios, un serio motivo de reflexión, dado que cada una de ellas responde a una lógica distinta, por una parte la de perseguir el delito y por otra la de garantizar el interés del menor. La situación deviene todavía más compleja si se piensa en supuestos con víctimas menores de edad, hipótesis que no es precisamente infrecuente en el ámbito de la delincuencia juvenil. En algún momento el legislador ha tomado conciencia de esta dualidad de funciones, al prever que, en la declaración del detenido, en defecto de los representantes legales del menor, el menor esté asistido por el Ministerio Fiscal, pero representado por persona distinta a

64. Vid. II, 10 y III, 16.

65. Éste es el criterio interpretativo, plenamente asumible, propuesto en la Circular de la Fiscalía General del Estado (vid. V-3). Por otra parte, concluye la Circular en el sentido de afirmar la posibilidad de acudir al Registro de sentencias firmes creado por la Disposición Adicional tercera de la Ley para hacer constar la existencia de condenas anteriores, "y que la apreciación de esta circunstancia pueda conducir al Juez a valorar el hecho como de extrema gravedad". Con ello se apunta, sin fundamentarla jurídicamente, la posibilidad de que el Juez no se encuentre vinculado por la presunción general de extrema gravedad en caso de reincidencia y proceda a valorar en cada caso si, mediando antecedentes computables, se da además en el caso concreto tal gravedad extrema.

66. La reforma legal, con la adición del término "siempre", no deja lugar a dudas respecto al carácter *iuris et de iure* de la presunción. Con la primera versión de la Ley, era imaginable una interpretación teleológica de la cláusula legal fundada en los fines y principios generales de la Ley, que se verían negados de modo absoluto mediante una presunción *iuris et de iure* de extrema gravedad. Sin desconocer la dificultad que suponía cualquier propuesta interpretativa, dadas las deficiencias técnicas del último párrafo de la regla 5ª del art. 9, la indicación contenida en el primer párrafo de que la extrema gravedad debe ser apreciada expresamente en la sentencia podía haber llevado a entender que resultaba indispensable una valoración de la misma por parte del juez, sin que la mera presencia de reincidencia en el sentido del art. 22.8 CP debiera llevar automáticamente a las consecuencias más drásticas de las previstas por la Ley. Tal planteamiento deja de tener sentido con arreglo al nuevo texto legal.

67. A esta doble responsabilidad se añade todavía legalmente el cometido de velar por la observancia de las garantías del procedimiento (art. 6).

la del instructor del expediente. Nos encontramos por lo tanto ante situaciones que encajan con suma dificultad con los principios de coordinación y unidad de criterio que caracterizan la actuación del Ministerio público.

En lo que concierne estrictamente a lo jurisdiccional, la Ley ha optado por una concentración de poderes en el Juez de Menores en las distintas fases del procedimiento: en fase instructoria, básicamente como juez de garantías, en la de enjuiciamiento del hecho y finalmente en la fase de ejecución, lo cual supone la asunción de poderes que en el proceso de adultos están distribuidas entre tres órganos judiciales distintos<sup>68</sup>. Con ello se concede mayor atención a la necesidad de especialización del Juez y a la voluntad de imprimir al conjunto del sistema, en todo su ciclo, una lógica político-criminal distinta a la del Derecho penal ordinario, que al respeto de otros principios que aconsejan el desdoblamiento de las distintas funciones. La opción emprendida, además de encontrarse avalada por el Tribunal Constitucional, debe entenderse como algo coherente con la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal, lo cual impide que pueda plantearse la existencia de una violación del principio según el cual quien instruye no puede juzgar. Lo que resulta mucho más discutible es la oportunidad de la creación de Salas especializadas en los Tribunales Superiores de Justicia, que, amén de compensar la parquedad de competencias reales que tienen atribuidas, no se perciben demasiadas razones que expliquen razonablemente una decisión que produce una extraña asimetría con la competencia para la apelación establecida en el proceso ordinario.

### V. Conclusión

La Ley 5/2000 crea un sistema penal para el tratamiento de la delincuencia de menores con una relativa autonomía respecto al sistema penal ordinario. Pese a las insuficiencias e incluso ciertas deficiencias graves de la ley, debe evitarse toda tentación de interpretaciones y prácticas aplicativas basadas en una concepción de la justicia de menores en clave de subsistema, a modo de "justicia menor" o de subproducto del Derecho penal. La toma de conciencia de los fines político-criminales y de los principios y criterios

propios de este ámbito jurídico resulta compatible con el respeto de los principios generales relativos a la fijación de los presupuestos de la responsabilidad penal y la salvaguardia de las garantías fundamentales en la ordenación del funcionamiento efectivo del sistema.

*Bibliografía:* AA.VV., "Situación actual del derecho de los menores", en *Revista penal* (sección sistemas penales comparados), núm. 5, 2000; ALBRECHT, P.A., *El Derecho Penal de menores* (trad. Bustos Ramírez), Barcelona 1990; ARARTEKO, "Intervención con infractores menores de edad (Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco)", 1998; BONET ESTEVA, M., "Algunas pautas constitucionales para la reinterpretación de un Derecho Penal de menores", en *La Ley*, 1994, v 1; BRUNNER/DÖLLING, *Jugendgerichtsgesetz*, Berlín 1996; BYUNG-SUN CHO, "La delincuencia juvenil y el sistema de justicia juvenil en Corea", en *Revista Penal* n° 5, 2000, pp. 22 y ss; CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid 2000; FUNES ARTIAGA, J., *La nova delinqüència infantil i juvenil*, Barcelona 1982; FUNES / LUQUE / RUIZ, *Reincidència: en la justícia de menors*, Barcelona 1996; GARCÍA-PABLOS, A., "Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores", en "Menores privados de libertad", *Cuadernos de Derecho Judicial XV*, Madrid 1996; GARCÍA PÉREZ, O., "Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3 (1999); GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., *Delincuencia juvenil y control social*, Barcelona 1981; GIMÉNEZ-SALINAS/GONZÁLEZ ZORRILLA, "Jóvenes y cuestión penal en España", en *Jueces para la Democracia*, n° 3, 1998; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un Proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Valencia 2000; KAUFMANN, H., *Delinquentes juveniles; diagnosis y juzgamiento* (trad. Bustos Ramírez), Buenos Aires 1983; DE LEO, G., *La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones* (trad. González Zorrilla), Barcelona 1985; LORCA NAVARRETE, A.M., *El proceso español del menor*, Madrid 1993; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La legislación penal juvenil en Alemania", en "Menores privados de libertad", *Cuadernos de Derecho Judicial XV*, Madrid 1996; MARTÍN LÓPEZ, M.T., "Consideraciones sobre la delincuencia de menores", en *Justicia con menores. Menores in-*

68. Adviértase que la LO 7/2000, de 22 de diciembre, atribuye la competencia para conocer de los delitos de terrorismo cometidos por menores a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional.

*fractores y menores víctimas*, Cuenca 2000; PÉREZ VITORIA, O., *La minoría penal*, Barcelona 1940; QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª ed., Pamplona 2001; RÍOS MARTÍN, J.C., *El menor infractor ante la Ley penal*, Granada 1993; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Granada 1998; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., "La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", en *AP* n° 33, 2000; SÁNCHEZ-ÓSTIZ, P., "Consideraciones sobre la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores", en *Boletín Mensual Aranzadi*, n° 16, 2000; SILVA SÁN-

CHEZ, J.M., "El régimen de la minoría de edad penal (art. 19)", en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997; TAMARIT SUMALLA, J.M., "La protección penal del menor en la PANCP", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1986-II; URRÁ PORTILLO, F., "Respuesta social al joven infractor: Metalegislación", en "Política criminal comparada, hoy y mañana", en *CDJ, CGPJ* 1998; VIVES ANTÓN, T.S., "Constitución y Derecho Penal de menores", en *La libertad como pretexto*, Valencia 1995; VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia 1996. ●